

MARCOS DESTEFENNI

NATUREZA
CONSTITUCIONAL DA
TUTELA DE URGÊNCIA

Sergio Antonio Fabris Editor

MARCOS DESTEFENNI

Promotor de Justiça da Capital (São Paulo)

Assessor do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de
Justiça do Meio Ambiente do Ministério Público de São Paulo

Mestre em Direito Processual Civil

Professor Universitário – Graduação (PUCCamp e UNIP)

Professor Universitário – Pós-Graduação (USF)

Professor do Curso VereDicto (Preparatório às Carreiras Jurídicas)

Ex-Promotor de Justiça em Minas Gerais

Ex-Procurador do Estado de São Paulo

**NATUREZA
CONSTITUCIONAL DA
TUTELA DE URGÊNCIA**

Sergio Antonio Fabris Editor

Porto Alegre / 2002

© Marcos Destefenni

Diagramação e Arte:
PENA - Composição e Arte
Fone: (51) 9983-5783

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, à
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR

Rua Miguel Couto, 745
CEP 90850-050
Fone: (51) 3233-2681
Porto Alegre - RS

—0—

Rua Santo Amaro, 345
CEP 01315-001
Fones: (11) 3101-5383 / 3101-7039
São Paulo - SP

Para os meus professores, de graduação e pós-graduação.

Para os colegas de mestrado, de Ministério Público e para os meus amigos.

Para os meus alunos da Faculdade de Direito da PUC de Campinas, da Faculdade de Direito da UNIP de Campinas, da Universidade São Francisco de Bragança Paulista e do Curso VereDicto.

Para os meus pais, José e Ires, meus sogros, Bráulio e Leila.

Para o meu irmão, José Roberto, sua esposa Mônica e seus filhos Matheus e Thiago. Para a Lúcia.

Para o Enzo, meu filho amado.

Para a Andressa, esposa, companheira e amiga.

*Meu agradecimento sincero ao Professor João Batista Lopes,
homem
competente, sério, atento, disciplinado e senhor de
convicções robustas,
mas também mestre acessível, amigo e generoso. Obrigado
pela
orientação, pela paciência e pelo exemplo.*
*Meus agradecimentos aos Professores Antonio Scarance
Fernandes e
Susy Gomes Hoffmann pelas contribuições ao trabalho
durante a arguição oral.*

“O Direito é sobretudo um sistema histórico-cultural de garantias, e o “justo” não é senão a realização de um sistema social de vida que assegure civilmente a cada homem a afirmação e o livre desenvolvimento de sua singularidade pessoal. Podemos dizer, embora recorrendo à precariedade das imagens gráficas em problemas ético-jurídicos, que uma ordem social justa tem duas *coordenadas* (a liberdade pública e a liberdade privada), coordenadas essas que se cruzam no ponto em que se situa o valor central da “pessoa humana”, sendo impossível sem elas determinar qualquer das garantias devidas aos indivíduos e aos grupos” (REALE, Miguel, “Horizontes do direito e da história”, São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2000, p. 25).

SUMÁRIO

Apresentação	17
Introdução	19
Capítulo 1 – Os Institutos Fundamentais do Processo e as Novas Tendências	23
1.1 – A jurisdição	23
1.1.1 – Noções gerais	23
1.1.2 – A jurisdição no Brasil	28
1.1.3 – A jurisdição como poder-dever do Estado	30
1.1.4 – A jurisdição e o dever de efetividade	32
1.1.5 – A função jurisdicional e a tutela de urgência	34
1.2 – A ação	37
1.2.1 – Noções gerais	37
1.2.2 – Síntese das principais teorias	39
1.2.3 – Teoria imanentista, civilista ou clássica	40

1.2.4 - Teorias concretistas	42
1.2.5 - Teoria da ação como direito potestativo	46
1.2.6 - Teorias abstratistas	48
1.2.7 - A teoria de Liebman	50
1.2.8 - O CPC de 1973	52
1.2.9 - Concepções modernas acerca do direito de ação	56
1.3 - O processo	62
1.3.1 - Noções gerais	62
1.3.2 - Fases metodológicas	62
1.3.3 - Fase sincretista	62
1.3.4 - Fase autonomista	63
1.3.5 - Fase instrumentalista	67
1.3.6 - A instrumentalidade do processo	68
1.3.7 - A instrumentalidade e os conflitos coletivos	70
1.3.8 - O processo e os "direitos difusos"	73
1.3.9 - Um novo processo: o processo coletivo	76
1.4 - Conclusões	85
Capítulo 2 - A Tutela Constitucional do Processo Civil	87
2.1 - Introdução	87
2.2 - O fenômeno da constitucionalização das garantias processuais	89
2.3 - A tutela constitucional do processo e jurisdição constitucional	92
2.4 - A tutela constitucional do processo na CF de 88	93
2.5 - O devido processo legal	95
2.6 - O contraditório e a ampla defesa	98
2.6.1 - O contraditório	98
2.6.2 - A ampla defesa	104
2.7 - A isonomia	105
2.8 - O juiz natural	106
2.9 - A proibição das provas ilícitas	112
2.10 - A necessidade de motivação dos atos decisórios	117
2.11 - O duplo grau de jurisdição	121

2.12 – A segurança jurídica	125
2.13 – A inafastabilidade do controle jurisdicional	130
2.14 – Conclusões	133

Capítulo 3 – A Tutela Jurisdicional e a Tutela Jurisdicional

Diferenciada	141
3.1 – A prestação jurisdicional – noções introdutórias	141
3.2 – A busca da efetividade como garantia expressa	142
3.3 – A diferenciação da tutela como corolário da efetividade	143
3.4 – O conceito de tutela jurisdicional	145
3.5 – A tutela jurisdicional diferenciada	150
3.6 – Formas de diferenciação da prestação jurisdicional	152
3.7 – A importância das tutelas sumárias e de urgência	155
3.8 – A questão da cognição	156
3.9 – A questão dos efeitos (mutáveis ou imutáveis) da tutela	162
3.10 – Conclusões	163

Capítulo 4 – A Classificação das Tutelas e a Tutela de

Urgência	167
4.1 – Introdução	167
4.2 – A classificação da tutela jurisdicional	167
4.3 – A questão da atipicidade da tutela jurisdicional	168
4.4 – Possíveis classificações	169
4.5 – A classificação segundo a tutela pretendida pelo autor	170
4.5.1 – A tutela (meramente) declaratória	173
4.5.2 – A tutela constitutiva	176
4.5.3 – A tutela condenatória	178
4.5.4 – A tutela mandamental	180
4.5.5 – A tutela executiva “lato sensu”	181
4.5.6 – A polêmica em relação às ações mandamentais e executivas “lato sensu”	182
4.6 – Outras classificações	193

4.6.1 – Tutela ressarcitória e tutela inibitória	193
4.6.2 – Tutela coletiva e tutela individual	193
4.6.3 – Tutela monitória	194
4.6.4 – Tutela interdital	195
4.6.5 – Tutela sumária	195
4.6.6 – Tutela específica	196
4.6.7 – Tutela de urgência	197
4.7 – Conclusões	197
Capítulo 5 – As Tutelas de Urgência	199
5.1 – As tutelas de cognição exauriente e as tutelas de urgência	199
5.2 – Tutelas definitivas e tutelas provisórias	201
5.3 – A tutela de urgência provisória: a função puramente conservativa e a função antecipatória/satisfativa	201
5.4 – A tutela cautelar	205
5.4.1 – A tutela cautelar e outras formas de tutela	205
5.4.2 – A finalidade da tutela cautelar	210
5.5 – As características da tutela cautelar	214
5.5.1 – A preventividade	217
5.5.2 – A urgência	217
5.5.3 – A instrumentalidade	218
5.5.4 – A hipoteticidade	220
5.5.5 – A provisoriedade	221
5.5.6 – A revogabilidade	223
5.5.7 – A modificabilidade	224
5.5.8 – A fungibilidade	224
5.5.9 – A sumariedade	225
5.6 – A tutela antecipada	226
5.6.1 – Noções gerais	226
5.6.2 – A finalidade da tutela antecipada	228
5.6.3 – O momento processual da antecipação	231
5.6.4 – Espécies de tutela antecipatória	234
5.6.5 – Requisitos para a antecipação	235

5.6.6 – O fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação - <i>periculum in mora</i>	236
5.6.7 – O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório	238
5.6.8 – A existência de ação em curso	240
5.6.9 – A prova inequívoca	240
5.6.10 – O pedido da parte	241
5.6.11 – A reversibilidade	244
5.6.12 – A revogação da tutela antecipada	247
5.7 – Distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória	248
 Capítulo 6 – Natureza Constitucional da Tutela de Urgência	253
6.1 – Noções gerais	253
6.2 – O papel dos direitos e garantias fundamentais na limitação do poder político	257
6.3 – A garantia constitucional de acesso à jurisdição	269
6.4 – O dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional	280
6.5 – A garantia constitucional da efetividade da tutela	289
6.6 – A importância da tutela de urgência para a efetividade da prestação jurisdicional	294
6.7 – A legislação limitativa ou impeditiva da tutela de urgência.....	300
6.8 – Em particular o Mandado de Segurança e outras ações constitucionais	312
6.9 – A natureza constitucional da tutela de urgência	233
 Capítulo 7 – Conclusões Finais	351
 Bibliografia	357

APRESENTAÇÃO

O processo civil brasileiro atravessa fase de grande evolução e aprimoramento em razão dos estudos de doutrinadores consagrados e das pesquisas realizadas nos cursos de pós-graduação.

O elevado nível de muitas dissertações e teses vem contribuindo para o enriquecimento de nossa literatura, como se comprova com os lançamentos de nossas principais editoras.

Entre os trabalhos mais recentes inclui-se esta dissertação cuja proposta é, em essência, defender a natureza constitucional da tutela de urgência.

Mercê de sua experiência como professor em várias faculdades (PUCCAMP, UNIP, USF etc.) e como Promotor de Justiça da Capital de São Paulo - atualmente é Promotor de Justiça Assessor do Procurador Geral de Justiça junto ao Centro

de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente – Marcos Destefenni conseguiu levar a cabo esta importante empreitada, oferecendo preciosa contribuição ao esclarecimento de tema de inquestionável atualidade.

Antes de enfrentar o tema central da sua dissertação, o autor, atento às tendências atuais do direito processual, discorre sobre os institutos fundamentais do processo, a constitucionalização do processo civil, a tutela jurisdicional diferenciada (e uma de suas espécies, a tutela de urgência) apresentando um programa geral da doutrina mais autorizada.

Forte em tais fundamentos, passa a analisar o papel dos direitos e garantias fundamentais na limitação do poder político, a garantia do acesso à jurisdição e a garantia constitucional da tutela de urgência, que não pode ser embaraçada ou proibida pela legislação infraconstitucional.

Com este estudo, Marcos Destefenni passa a integrar a plêiade de processualistas modernos, preocupados com a efetividade do processo, com o processo civil de resultados, com a defesa da cidadania e a realização dos ideais de Justiça.

A excelência da dissertação foi reconhecida pela Banca Examinadora constituída pelos professores Antônio Scarance Fernandes (USP, Susy Gomes Hoffmann (PUCCAMP) e o autor desta apresentação traduzindo-se na nota por ele obtida: dez.

E a publicação do trabalho por conceituada editora, Sergio Fabris Editor, muito contribuirá para a discussão de matéria de inquestionável relevância e atualidade.

João Batista Lopes

INTRODUÇÃO

Superada a fase histórica da justiça privada, passou o Estado a monopolizar a prestação jurisdicional.

Como consequência inevitável, os indivíduos foram dotados do direito de exigir do Estado a solução dos conflitos de interesses surgidos. Em contrapartida, o Estado assumiu o *dever* de prestar a tutela jurisdicional.

Para cumprir o seu dever, o Estado passa a utilizar-se do processo, que se tornou, assim, o instrumento moderno de resolução das lides, ou seja, dos conflitos surgidos no corpo social.

É importante observar que o processo não é o único mecanismo de solução dos litígios. Na verdade há formas alternativas de justiça, como a conciliação, a composição e a arbitragem.

O presente estudo, frise-se, refere-se ao processo judicial.

Os estudos doutrinários sobre o processo podem ser divididos em diferentes “períodos”, reconhecendo-se a existência de três “ondas”: a onda da autonomia do direito processual, que passou pela afirmação do direito processual como disciplina autônoma (consequência foi a conceituação do direito de ação

como um direito abstrato e autônomo); a onda da instrumentalidade (de ampla repercussão, que levou a doutrina a consagrar o processo como um instrumento de realização da justiça); a onda da efetividade (marcada pela necessidade de agilização da prestação jurisdicional).

No presente trabalho, a preocupação primordial é com a eficiência da prestação jurisdicional.

Esse enfoque não poderia ser diferente, mesmo porque contemporâneo à era da “globalização”, na qual se exige rapidez.

Demora e lentidão, atualmente, significam atraso e ineficiência.

Porém, isso não significa dizer que as preocupações científicas anteriores cessaram. Na verdade, mudou-se o enfoque dos cientistas do direito processual, uma vez que o objetivo passou a ser o aprimoramento do processo através da “aceleração” da prestação jurisdicional.

Conforme observa J. E. Carreira Alvim¹, “com o crescimento da sociedade, cresceu o Estado e, conseqüentemente, multiplicaram-se os conflitos, tornando morosa a prestação jurisdicional, porquanto o Poder estatal, encarregado de resolvê-los, já não consegue, por inúmeras razões, desincumbir-se dela”.

Situa-se o presente estudo nesse contexto, uma vez que voltado à tutela de urgência.

Barbosa Moreira², depois de concluir que “o direito processual civil brasileiro move-se no sentido da atribuição de maior soma de poderes ao juiz, quer no plano da “direção formal”, quer (embora com menor intensidade) no da “direção material” do processo”, já constatou que, “no campo do processo cautelar, se nota evolução, em certa medida, inversa. Com efeito, as Leis ns. 8.076 e 8.437, entre outras providências, vieram a

1 – “Tutela antecipada na reforma processual”, Curitiba: Juruá, 2ª ed., 1999, p. 17.

2 – “Os novos rumos do processo civil brasileiro”, in *Temas de direito processual*, 6ª série, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 71.

restringir as possibilidades do órgão judicial não só no tocante à concessão de liminares, mas também quanto ao exercício do chamado poder geral de cautela”.

Por essas e outras razões, a idéia principal do presente trabalho foi demonstrar a natureza constitucional da tutela de urgência, como forma de se refletir sobre a validade ou não das restrições ao poder de prestar a tutela de urgência.

Obviamente, a preocupação é com o futuro do direito processual.

J. J. Calmon de Passos³, de forma inigualável, anota: “costuma-se dizer que o único tempo real do homem é o presente, o instante em que o seu viver se faz realidade. Mas, bem pensado, talvez o tempo único do homem seja o futuro, porque é sempre em função do tempo vindouro que o homem se lança ao desafio do seu agir. Já afirmei isso muitas vezes e repito-o agora. O tempo passado é algo definitivamente perdido; o tempo presente é por demais fugido, porque cada instante do agora já é passado e o instante por vir ainda é futuro. E é sempre em função do que está por vir, por mais próximo e por mais imediato que seja, que todo o presente se cumpre, que todo o agir do homem se realiza”.

Para se chegar às conclusões, passou-se por uma análise, mesmo que breve, dos institutos fundamentais do processo e pela tentativa de se apontar algumas das novas tendências da doutrina processual. Igualmente, foi explorado o relacionamento entre a Constituição Federal e o Processo. Também foram analisadas diversas formas de prestação jurisdicional, com o objetivo principal de situar a tutela de urgência e apontar suas principais características e, sobretudo, afirmar sua natureza constitucional. Decorrente dessa natureza foi a conclusão no sentido da

3 – “Administração da justiça no Brasil. Visão para além do imediato”, in *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 179.

inconstitucionalidade das tentativas de supressão da tutela de urgência.

Por fim, não poderia deixar de ser mencionado que o estudo teve por objetivo não somente a obtenção de um título, mas sobretudo tornar evidente uma garantia constitucional fundamental dentro de um Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 1

OS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO E AS NOVAS TENDÊNCIAS

1.1 - A JURISDIÇÃO

1.1.1 - Noções gerais

Calamandrei há muito tempo já afirmou a necessidade de se iniciar o estudo do processo pela jurisdição, pela análise da função jurisdicional⁴.

Aliás, a importância da função jurisdicional sempre foi destacada pelos maiores estudiosos do direito processual.

A propósito, Chiovenda⁵ também já frisou em sua obra que “o primeiro pressuposto processual, ou seja, a primeira condição

4 - Calamandrei, em 1940, já ensinava que “debemos, para emprender el estudio del derecho procesal, considerar, ante todo, los problemas desde el punto de vista del Estado que administra justicia, y partir de la noción de *jurisdicción*; esto es, de la noción de aquella potestad o función (llamada *jurisdiccional o judicial*) que el Estado, cuando administra justicia, ejerce en el proceso por medio de sus órganos judiciales” (“Instituciones de Derecho Procesal Civil”, vol. I, tradução argentina da obra *Instituzioni di Diritto Processuale Civile, Secondo il Nuovo Codice*, por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: *Livrería ‘El Foro’*, 1996, p. 114).

para poder examinar-se no mérito a demanda judicial, é que a demanda se haja endereçado a um órgão do Estado revestido de jurisdição”.

Por isso, Chiovenda também partia do estudo da jurisdição, definindo-a *“como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva...”*.

A preocupação do legislador constituinte de 1988 em assegurar o controle jurisdicional, ou seja, o acesso à justiça, foi tamanha que se inseriu no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a garantia de que “não se excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A função jurisdicional diferencia-se das outras atividades estatais, principalmente por ser destinada à realização da justiça.

Nada é mais importante para a vida em sociedade do que a justiça. Somente o homem isolado, podemos nos reportar a Robson Crusóé, pode entender dispensável a função jurisdicional.

Qualquer sociedade, por mais primitiva que seja, necessita de um poder capaz de aplicar coativamente a lei.

Entre nós, membros de uma sociedade pretensamente civilizada, a função jurisdicional é exercida por um poder autônomo e independente, dotado de garantias, o Poder Judiciário.

É inegável que se trata, na atualidade, de função exclusiva do Estado, que só em casos excepcionais pode reconhecer como legítima uma atuação da lei pelo particular. As hipóteses excepcionais são expressamente previstas pela legislação. Cite-se,

5 – “Instituições de direito processual civil”, vol. II, tradução de J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia. Editores, 1943, pp. 11-12.

por exemplo, a legítima defesa, o direito de desforço imediato na defesa da posse, o direito de retenção etc..

Nesses casos, não renuncia o Estado ao exercício da função jurisdicional. Na verdade, reconhece que não é onipresente e, em consequência, admite a atuação direta da lei em casos excepcionais.

Válida, pois, a observação de Chiovenda⁶: “hoje não se admite mais que, no território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para a atuação da lei, como acontecia em outras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeitos civis também”.

Revela-se oportuno, portanto, iniciar o estudo pela análise da função jurisdicional.

Todavia, é importante frisar que o conceito da função jurisdicional é sempre relativo, uma vez que dependente de circunstâncias históricas.

Calamandrei⁷ já fez advertência no sentido de que não se pode dar um conceito de jurisdição absoluto, válido para todos os tempos e para todos os povos. A administração da justiça, a

6 – “Instituições de direito processual civil”, vol. II, tradução de J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia. Editores, 1943, p. 13.

7 – “Instituciones de derecho procesal civil”, v. I, tradução argentina da obra *Instituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*, por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: *Livrería ‘El Foro’*, 1996, pp. 114-115: “del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento histórico. Hoy, en las principales legislaciones de la Europa continental, el contenido de la función jurisdicional no puede ser comprendido sino en relación con el sistema de la legalidad; y el nuevo Código quiere ser precisamente una reafirmación de la jurisdicción como complemento y como instrumento de la legalidad”.

forma de julgar e aplicar a lei é sempre diferenciada. Cada país possui uma estrutura própria e singular.

Porém, também não se pode negar que em todos os lugares e em todos os países do mundo, busca-se, através da função jurisdicional, a garantia de uma “legalidade”, de uma ordem jurídica justa.

O essencial é que através da função jurisdicional busca-se a realização da Justiça.

Embora não haja uniformidade no entendimento do que seja “Justiça”, é verdade que todos os povos perseguem o valor Justiça.

Para exprimir em poucas e suficientes palavras o valor “Justiça”, pode-se invocar Miguel Reale⁸: “O Direito é sobretudo um sistema histórico-cultural de garantias, e o “justo” não é senão a realização de um sistema social de vida que assegure civilmente a cada homem a afirmação e o livre desenvolvimento de sua singularidade pessoal. Podemos dizer, embora recorrendo à precariedade das imagens gráficas em problemas ético-jurídicos, que uma ordem social justa tem duas *coordenadas* (a liberdade pública e a liberdade privada), coordenadas essas que se cruzam no ponto em que se situa o valor central da “pessoa humana”, sendo impossível sem elas determinar qualquer das garantias devidas aos indivíduos e aos grupos”.

Portanto, as diferentes concepções sobre o que é a Justiça, na verdade, decorrem do fato de que o valor justiça é histórico-cultural.

Por isso também não pode ser desprezada a lição de Calamandrei, em suas “Instituições”⁹, no sentido de que o

8 – “Horizontes do direito e da história”, São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2000, p. 25.

9 – *Idem*, p. 115: “el Estado, cuyo fin fundamental es el mantenimiento del orden en la sociedad, regula a tal objeto la convicencia de los coasociados estableciendo el *derecho objetivo*, esto es, las normas las cuales los particulares deben, en sus relaciones sociales, ajustar su conducta. Los coasociados encuentran, pues, ya formulada exteriormente a ellos esta superior voluntad

Estado, através da função jurisdicional, busca a manutenção de uma ordem, de uma organização social. Afinal, o mínimo que se exige para que exista sociedade é o estabelecimento de uma ordem social.

A diferenciação na forma pela qual cada Estado realiza a “Justiça” é decorrente, também, da constatação de que é diferenciado o próprio sistema de produção e de aplicação das regras de conduta.

Há Estados, por exemplo, onde a lei se manifesta de caráter geral e obrigatório para todos. Outros onde não há uma formulação do direito em abstrato, sendo que a formulação se dá, se houver necessidade, no caso concreto, ou seja, somente depois de uma situação de conflito entre os cidadãos¹⁰.

Há sistemas onde são predominantes os julgamentos por equidade. Isso acontece, predominantemente, nos países em que o direito não é formulado antecipadamente, por hipóteses gerais e abstratas.

Diferentemente, nos sistemas de formulação do direito de forma abstrata vigora a idéia de legalidade, ou seja, prevalece a idéia de que o juiz deve aplicar, ao caso concreto, o direito preexistente.

No entanto, independentemente do sistema, todos têm, como se disse, o mesmo objetivo: a realização da Justiça. Essa

del Estado, que les ordena tener una cierta conducta ya exige ser obedecida a toda costa”.

10 – Segundo Calamandrei, *idem*, p. 117: “la diferencia entre los dos métodos de formulación del derecho se puede resumir, pues, en lo siguiente: que mientras en el sistema de la formulación para el caso singular el derecho se manifiesta en forma de mandato concreto e individualizado, dirigido ao individuo que se encuentra en una situación de hecho ya actual, en el sistema de la formulación legal el derecho se manifiesta en forma de leyes, esto es, de mandatos abstractos y generales, dirigidos de una manera indeterminada a todos aquellos que en el futuro puedan encontrarse en una situación de hecho, formulada anticipadamente, en hipótesis, como posible”.

realização, a nosso ver, é alcançada, quando não voluntária, somente pela atuação do Poder Jurisdicional.

Por isso, embora o conceito de jurisdição seja variável no tempo e no espaço, porque condicionado por fatores espaciais e históricos, não podemos deixar de reconhecer que se trata de função essencial, sem a qual está em risco a vida em sociedade.

Pode-se afirmar, portanto, o acerto do legislador constitucional ao expressar, através de uma cláusula pétrea, que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

1.1.2 – A jurisdição no Brasil

Partindo da premissa de que o conceito de jurisdição é relativo, uma vez que variável no tempo e no espaço, condicionado por fatores espaciais e históricos, é conveniente buscar uma idéia de Jurisdição que seja válida para o sistema brasileiro.

Esse conceito depende, sobretudo, da análise dos princípios constitucionais sobre os quais se estrutura a própria função jurisdicional no Estado brasileiro.

Não é de se esquecer, é bom frisar, que toda definição será sempre circunstancial e momentânea, jamais definitiva e acabada.

Todavia, nessa análise não podem ser desprezados os princípios fundamentais adotados pelo Estado brasileiro no texto constitucional. Afinal, no Estado brasileiro a Constituição é uma lei rígida e, sobretudo, que ocupa posição de supremacia em relação às demais leis.

Por isso, é importante visualizar a disciplina e a regulamentação da função jurisdicional no direito brasileiro, especialmente no texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 pretendeu instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar direitos sociais e

individuais, bem como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

Merecem destaque, porque diretamente ligados à função jurisdicional, os valores justiça, segurança, liberdade e igualdade como valores supremos, sem os quais não se pode falar em um Estado Democrático de Direito.

De outro lado, o artigo 5º da CF, mais concretamente, menciona a existência de garantias fundamentais acerca do processo: a inviolabilidade do direito à liberdade, à igualdade e à segurança aparecem no *caput* do artigo. O direito de petição, no inciso XXXIV, o direito de ação no inciso XXXV, a proteção à coisa julgada no inciso XXXVI, a garantia do juiz natural no inciso XXXVII, a exigência do respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa nos incisos LIV e LV e a inadmissibilidade de provas ilícitas no inciso LVI, também são garantias fundamentais.

Por isso, no Brasil, pode-se afirmar que a função jurisdicional é uma função essencial, prestada pelo Poder Judiciário e decorrente da soberania do Estado brasileiro¹¹.

Trata-se de função que tem papel fundamental na instituição de um Estado Democrático de Direito, através da realização da justiça por intermédio de um processo judicial instaurado a

11 O Professor João Batisa Lopes ("Tutela antecipada no processo civil brasileiro", São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15) lembra que a idéia de que a jurisdição é monopólio do Estado é questionada pela doutrina: "durante muito tempo se sustentou que a jurisdição era monopólio do Poder Judiciário (salvo hipóteses excepcionais previstas no texto constitucional), razão por que não se podia sequer conceber fosse seu exercício confiado a particulares. Após período de discussões e hesitação, prevaleceu entre os processualistas a tese de que os conflitos relativos a direitos disponíveis poderiam ser resolvidos extrajudicialmente, sem a intervenção do juiz togado. Como resultado dessa tendência doutrinária, a Lei n. 9.037, de 23-9-1996, introduziu no ordenamento jurídico, o instituto da arbitragem, estabelecendo que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º)".

requerimento do interessado, onde sejam assegurados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, sendo vedada a utilização de provas ilícitas, como a garantia da imutabilidade das decisões proferidas por um juiz natural, tudo com o objetivo de se tutelar uma simples ameaça a um direito, bem como, e é óbvio, a violação desse direito.

Qualquer restrição à função jurisdicional que afete esse conjunto de regras e valores é inconstitucional, mesmo porque compromete o ideal de instituir um Estado Democrático de Direito.

1.1.3 – *A jurisdição como poder-dever do Estado*

A função jurisdicional não pode ser concebida como um simples poder do Estado, monopolizado pelo Poder Judiciário.

Esse aspecto é muito relevante, pois tradicionalmente costuma-se definir a função jurisdicional como um poder.

Na verdade, não é lícito reduzir a cláusula da inafastabilidade do controle jurisdicional, ditada pelo inciso XXXV do artigo 5º da CF 88, a um enunciado de monopólio do Poder Judiciário em relação ao exercício da atividade jurisdicional.

Trata-se de visão por demais simplista dessa garantia constitucional.

Existem pelo menos três primas sob os quais pode ser enfocado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

De um lado, pode ser enfatizado o monopólio estatal na prestação jurisdicional. Basta acentuar que a lei não excluirá da apreciação *do Poder Judiciário* lesão ou ameaça a direito.

Está aí uma visão simplista da função jurisdicional. Ou seja, é verdade que o inciso XXXV da CF garante o monopólio da função jurisdicional.

Todavia, não está aí simplesmente garantido esse monopólio.

A função jurisdicional não pode ser enfocada somente sob o prisma do Poder Estatal de dirimir o conflito de interesses.

Ao contrário, deve predominar a idéia de que a jurisdição, além de ser um poder estatal, é também uma garantia constitucional individual e coletiva indisponível.

Pelo menos é assim que o direito de ação está disciplinado na Constituição, quando se fala no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

De fato, estamos falando do capítulo dos *direitos e garantias individuais fundamentais*. O Poder Judiciário é disciplinado a partir do artigo 92.

Por isso, mais do que um poder jurisdicional, estabelece a Constituição Federal a garantia individual fundamental de que todos têm direito de acesso ao Poder Judiciário. Este, por sua vez, não é detentor somente do poder jurisdicional, mas sim do *dever de prestar a tutela jurisdicional*.

Como se sabe, quando se cria um poder para o administrador público está sendo estabelecido, na verdade, um dever.

O Poder Judiciário, como a Administração Pública, exerce função.

Por isso, perfeitamente aplicável aqui a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹²: “Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no *interesse alheio*.”

Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade”.

12 – “Curso de direito administrativo”, São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1999, p. 31.

Pode ser aceito, então, o conceito de jurisdição enunciado por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹³: “a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)”.

1.1.4 – *A jurisdição e o dever de efetividade*

Não basta identificar a existência do dever de prestar a tutela jurisdicional.

A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional estará mais completa se se acrescentar, como corolário do dever de prestar a tutela jurisdicional, o dever de eficiência do Estado na prestação jurisdicional.

Pode-se falar, pois, no *princípio da efetividade da prestação jurisdicional*.

Com efeito, se existe o dever de prestar a tutela jurisdicional, existe o dever de prestá-la com a máxima eficiência possível.

Esse é o verdadeiro espírito da norma estabelecida no artigo 5º inciso XXXV da CF de 1988: a Constituição disciplina o dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional e, mais do que isso, dever de prestá-la com a maior eficiência possível.

Para que a prestação seja efetiva, devemos entender, em primeiro lugar, que não pode ser abolida qualquer forma de

13 – “Teoria geral do processo”, São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1995, p. 125.

prestação jurisdicional, ou seja, *há o direito constitucional de todo cidadão à prestação jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar.*

Afinal, são essas as três formas fundamentais da prestação jurisdicional.

Também se enquadra nessa idéia o dever do Estado de prestar tutelas jurisdicionais diferenciadas, ou seja, dever de prestar tutelas jurisdicionais apropriadas à tutela dos diversos direitos.

Como o presente estudo versa sobre a tutela de urgência, é necessário acrescentar, nesse momento, que a tutela de urgência também tem natureza constitucional.

Ou seja, também há para o cidadão *o direito fundamental de exigir do Estado a prestação da tutela de urgência.*

Esse direito é decorrência do monopólio estatal da função jurisdicional, pois o Estado, ao assumir essa tarefa, está inexoravelmente obrigado a disponibilizar ao cidadão os meios necessários e adequados a uma prestação eficiente¹⁴.

Deve a função jurisdicional, portanto, ser tratada não somente como uma função do Estado, mas sobretudo como um direito público, uma vez regulado pelo direito constitucional, subjetivo, uma vez que pertencente ao cidadão, de exigir, e não

14 – Nesse sentido Cármen Lúcia Antunes Rocha (“O direito constitucional à jurisdição”, in *As garantias do cidadão na justiça*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 32): “À medida que assume o monopólio desta função, o Estado arrosta identicamente a obrigação de prestar a justiça, substituindo-se a cada qual dos membros da sociedade, que a esta prática renuncia e deixa de poder fazê-lo por si... e para que a jurisdição não fosse idéia frágil diante da força que mutila leis com baionetas, fustiga direitos com cassetes e anula a justiça com tanques, forjou-se a normal fundamental garantidora da apreciação dos comportamentos ameaçadores ou lesivos a direitos pelo Poder Judiciário. Quanto mais democrático o povo, mais alargada é nele a jurisdição, mais efetiva, rápida e facilitada e concretizada a sua prestação”.

simplesmente requerer, do Estado a efetiva prestação jurisdicional.

Com essa visão concorda, por exemplo, Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁵: “o direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado”.

Nestes termos, o cidadão não é dotado apenas de um direito de acesso ao Judiciário. É dotado do poder de exigir a prestação jurisdicional. E mais do que isso, do poder de exigir e cobrar eficiência do órgão jurisdicional competente.

Por isso, a função jurisdicional, além de um poder, é um dever do Estado, ao qual corresponde o direito público subjetivo do cidadão de exigir que essa atividade seja efetiva, tempestiva e adequada.

1.1.5 – *A função jurisdicional e a tutela de urgência*

De acordo com o que foi exposto até o momento, pode ser dito que o Estado tem o dever de prestar tutelas diferenciadas.

A tutela de urgência se enquadra nessas formas diferenciadas de prestação jurisdicional.

Afinal, se ao Estado incumbe o dever de prestar a tutela jurisdicional, ao Estado também incumbe o dever de fazê-lo de forma eficiente, tempestiva e adequada, eliminando toda situação de ameaça ou de lesão afirmada em juízo.

Calamandrei já observou que a tutela cautelar (que é uma forma de tutela de urgência) é uma forma de tutela jurisdicional essencial à garantia da efetividade da função jurisdicional.

15 – “O direito constitucional à jurisdição”, in *As garantias do cidadão na justiça*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 33.

De fato, Calamandrei¹⁶, depois de observar que a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução demanda tempo¹⁷, afirma, com convicção, que “a evitar que o dano produzido pela inobservância do direito resulte agravado por este inevitável retardo do remédio jurisdicional (*periculum in mora*), está preordenada precisamente a atividade cautelar, a qual, enquanto se esperam as providências definitivas destinadas a fazer observar o direito, determina a antecipar provisoriamente seus previsíveis efeitos” – traduzi¹⁸.

O grande mestre italiano¹⁹, aliás, não deixa de frisar que “assim a garantia cautelar aparece como posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional que deverá restabelecer de uma forma definitiva a observância do direito: ela está destinada, mais

16 – “Instituciones de derecho procesal civil”, v. I, tradução argentina da obra *Instituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*, por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: *Livrería ‘El Foro’*, 1996, pp. 156/158.

17 – São suas as seguintes palavras: “...A fin de que la reintegración del derecho obtenido por vía jurisdiccional pudiera resultar prácticamente de igual eficacia y oportunidad que la ejecución voluntaria, sería necesario que la declaración de certeza y la puesta en práctica de los medios de coacción, acutasen *instantáneamente*, de manera que tomasen la situación de hecho como era en el momento en que, de la norma abstracta, nació el precepto individualizado, y de poder proveer así *re adhuc integra*. Pero esta instantaneidad del acto jurisdiccional no es prácticamente posible, porque el desarrollo de las actividades indispensables para llegar a la declaración de certeza y después a la coacción, exige caso siempre un tiempo no breve; de suerte que existe el peligro de que, mientras los órganos jurisdiccionales se ponen a la obra para proveer, la situación de hecho se altere de un modo tal que haga resultar ineficaces e ilusorias sus providencias, destinadas así a llegar demasiado tarde, cuando el daño sea ya irremediable.

18 – Na tradução argentina: “a evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (*periculum in mora*), está preordenada precisamente la actividad *cautelar*; la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a *anticipar provisoriamente sus previsibles efectos*”.

19 – *Idem*, pp. 158/159.

do que fazer justiça, a dar tempo à justiça de cumprir eficazmente sua obra” – traduzi²⁰.

Por essas e outras razões é que se pode concluir pela natureza constitucional da tutela de urgência, tanto da tutela cautelar quanto da tutela antecipatória.

Diante dessa indisfarçável natureza constitucional, a tutela de urgência não pode ser validamente suprimida pela legislador.

Principalmente se a restrição ao Poder Judiciário for feita por um outro Poder, porque aí teremos verdadeiro comprometimento da soberania dos Poderes Estatais, contrariando-se o princípio da separação dos poderes.

Cite-se, por exemplo, uma eventual tentativa de interferência na função jurisdicional por parte do Chefe do Poder Executivo.

Tal interferência, além de repugnante, é totalmente ilegítima.

O administrador jamais deve pretender interferir na tarefa de julgar, pois, como sabiamente já observou Chiovenda²¹, “há uma incompatibilidade psicológica ainda maior entre a tarefa do administrador e a jurisdicional, porque o administrador pode ser dominado pela consideração do interesse do Estado. Daí a conveniência de que se confie a órgãos *autônomos* a função jurisdicional, de modo que quem atua a lei não se deixe guiar senão do que se lhe afigure ser a vontade da lei, segundo a sua ciência e consciência. É mister ainda que esses órgãos sejam *independentes*, para impedir a intromissão da administração na justiça (justiça de gabinete)”.

Aliás, Chiovenda²² escreve lições que não podem ser esquecidas sobre a separação de poderes: “O exemplo da

20 – Na tradução argentina: “así la garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho: la misma está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra”.

21 – “Instituições de direito processual civil”, vol. II, tradução de J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia. Editores, 1943, pp. 15 e 16.

22 – *Idem*, p. 17.

independência que a ordem judiciária na Inglaterra havia conquistado em face do rei, as teorias dos escritores ingleses (Locke), alemães (Coccejo, cfr. Vol. I, pág. 134) e franceses (Montesquieu, *Esprit des lois*, XI, 6), fizeram abrigar-se na maior parte dos Estados modernos o princípio da “divisão dos poderes”, como excelente garantia de liberdade. As funções do Estado devem repartir-se entre órgãos diversos, os quais, procedendo por lei de modo autônomo e independente um do outro e devendo observar limites por ela rigorosamente traçados, apresentam o poder do Estado, se bem que uno em essência, como fracionado no exercício, de modo a tornar mais difíceis as usurpações. Por essa forma a jurisdição se oferece aos cidadãos como a melhor garantia da observância da lei, subtraída às móbeis correntes da administração e da política”.

O próprio Chiovenda já tinha percebido, de outro lado, que a separação entre as funções não é absoluta. Todavia, é de se garantir ao menos a independência de cada uma das funções, sendo que toda tentativa de usurpação de funções será um atentado contra o próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, por ora, é de concluir que é indispensável conceituar a jurisdição não somente como uma função estatal monopolizada pelo Poder Judiciário, mas sim como uma garantia constitucional, individual e coletiva, indisponível e que exige efetividade, tempestividade e adequação, além de não comportar restrições por parte do legislador ordinário (muito menos por meio de medidas provisórias).

1.2 – A AÇÃO

1.2.1 – Noções gerais

Depois da análise de aspectos clássicos e atuais da jurisdição, é de se focar a teoria da ação.

O direito de ação é reconhecido ao cidadão como decorrência do monopólio do Estado na prestação jurisdicional. Afinal, quando o Estado chamou para si a função jurisdicional outorgou ao cidadão o poder de invocar o órgão jurisdicional e exigir dele uma resposta à sua pretensão²³.

Hoje é pacífica na doutrina a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, em face da constatação da existência de uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica de direito material.

Essa autonomia, contudo, não pode ser vista de forma exagerada, pois há um nítido contato entre o direito material e o processo.

Sobre o tema, aliás, pode ser invocada a lição de Enrico Tullio Liebman²⁴: “a ordem jurídica... constitui-se de dois sistemas de normas, distintos e coordenados, que se integram e se completam reciprocamente: o *das relações jurídicas substanciais*, representadas pelos direitos e pelas correspondentes obrigações, segundo as várias situações em que as pessoas venham a se encontrar, e o *do processo*, que fornece os meios jurídicos para tutelar os direitos e atuar o seu sistema. Seria contrário à realidade pretender hoje reduzir um ao outro, como também não teria muito sentido discutir qual dos dois sistemas é prioritário do ponto de vista lógico; nós os vemos em situação paritária, *reciprocamente necessários e complementares*. Sem o processo, o

23 – Nesse sentido, por exemplo, Rodrigo da Cunha Lima Freira (“Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38): “assumindo o Estado a tutela do comportamento das pessoas diante do sistema jurídico, trazendo para si a responsabilidade de realizar a jurisdição, não como faculdade, mas como obrigação, a consequência lógica advinda foi o reconhecimento, no direito objetivo, da existência de um direito subjetivo conferido a toda e qualquer pessoa que deseje a resolução pacífica e imparcial de uma lide levada à presença estatal, exista ou não o direito material afirmado”.

24 – “Manual de direito processual civil”, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1985, p. 148.

direito ficaria abandonado unicamente à boa vontade dos homens e correria freqüentemente o risco de permanecer inobservado; e o processo, sem o direito, seria um mecanismo fadado a girar no vazio, sem conteúdo e sem finalidade” - grifei.

A autonomia do direito de ação, contudo, nem sempre foi aceita pela doutrina.

Sendo assim, é conveniente uma breve análise da evolução histórica do tema.

1.2.2 - Síntese das principais teorias

De início é importante destacar a dificuldade do tema.

Como já observou Waldemar Mariz de Oliveira Júnior²⁵, “a problemática da matéria é das mais sérias e difíceis, eis que a conceituação do direito de agir (ou direito de ação) não é pacífica entre os doutrinadores, justamente por ser extremamente controvertida sua própria natureza jurídica”.

Na verdade, existem inúmeras teorias acerca da natureza jurídica do direito de ação.

João Batista Lopes²⁶ afirma que “poucos temas jurídicos têm suscitado tantas controvérsias como o da conceituação do direito de ação. Cerca de cem teorias tentam explicar esse fenômeno quase misterioso...”.

Todavia, como afirma o mestre, “a consulta à literatura especializada revela que as teorias de maior expressão podem ser assim alinhadas: 1. teoria civilista; 2. teoria da ação como direito concreto; 3. teoria da ação como direito potestativo; 4. teoria da ação como direito abstrato; 5. teorias ecléticas”.

25 - “Curso de direito processual civil - Teoria geral do processo civil”, v. I, SP: RT, 1971, p. 61.

26 - “Ação declaratória”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 17.

Por isso, lembrando que o objetivo do trabalho não é esgotar o tema, o que aliás seria muito difícil, serão abordadas, de forma sintética, as principais teorias sobre a natureza jurídica da ação.

1.2.3 - *Teoria imanentista, civilista ou clássica*

Como se disse, nem sempre se distinguiu o direito material do direito de ação.

Num primeiro momento, os doutrinadores não estabeleciam diferenças entre o direito material e o direito de ação.

Para a chamada teoria imanentista, ou clássica, o direito de ação era imanente ao direito material. Ou seja, o direito de ação era o próprio direito material manifestando-se em juízo, sem dele se distinguir.

De acordo com os “imanentistas”, portanto, não há qualquer autonomia do direito de ação em relação ao direito material.

Conforme Waldemar Mariz de Oliveira Júnior²⁷, “para os civilistas a ação é o próprio direito material colocado em movimento; na verdade, ela não passa de uma possibilidade dinâmica do direito, a este se jungindo de maneira absoluta e indivorciável”.

São apontados como adeptos da teoria civilista juristas do porte de Savigny, Mattiolo, Paula Baptista, João Mendes Júnior e João Monteiro.

Segundo Fábio Gomes²⁸, “Savigny foi quem inicialmente desenvolveu a denominada *Teoria Civilista*, tornando-se seu maior sustentáculo. Partindo do conceito formulado pelos romanos, e invocando a célebre definição de Celso (*Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur iudicio persequendi* - Inst., L. IV, t. VI - A ação nada mais é que o direito de pedir em

27 - “Curso de direito processual civil - Teoria geral do processo civil”, v. I, SP: RT, 1971, pp. 62-63.

28 - “Carência de ação”, São Paulo: RT, 1999, p. 20.

juízo o que nos é devido), asseverou Savigny que a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou a violação.

Para Savigny, a violação do direito geral uma relação ou um direito para quem a sofre, direito este que se chama “direito de ação” ou “ação”.

É fácil constatar a influência da teoria civilista de Savigny entre os autores brasileiros.

Conforme Paula Baptista²⁹, “as acções são direitos em garantias de outros direitos preexistentes; e, por tanto, que a cada direito deve corresponder uma acção” (sic).

Trata-se de definição nitidamente civilista, que corresponde à redação do artigo 75 do Código Civil.

João Monteiro³⁰ evidencia o pensamento de sua época, no sentido de ligar, indissociavelmente, o direito de ação e o direito material: “a idéia genesiaca da *acção* judiciaria decorre do proprio conceito do direito objectivo. Entre direito (*jus*) e acção (*actio*) ha relações tão intimas, quanto as que reciprocamente vinculam, no mundo biologico, as idéas de *organismo* e de *vida*, ou, no mundo sociológico, as de *poder* e de *funcção* (sic).

João Monteiro³¹, ainda, rebate o pensamento contrário: “não é um direito independente, como querem aquelles que, partindo da velha e assás conhecida tríplice divisão de Gaio... fazem da acção um direito por si mesmo existente, paralelo ao direito de familia, ao direito de propriedade, ao direito de contractar etc. etc. Não o é” (sic).

Sintetizando o pensamento imanentista, João Monteiro conclui: “A *actio* pressuppõe a existência de um direito cujo exercicio fomos molestados por acto de terceiro” (sic).

29 – “Compendio de theoria e pratica do processo civil...”, pp. 10-11.

30 – “Direito das acções”, São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905, p. 7.

31 – *Op. cit.*, p. 10.

Nestes termos, o pensamento da teoria civilista é no sentido de que não há ação sem direito.

Trata-se de pensamento que predominou por muito tempo, questionado somente a partir de meados do século XIX³².

A principal objeção à teoria imanentista é a constatação da existência de uma ação declaratória negativa, ou seja, para declarar a inexistência de relação jurídica material.

1.2.4 – *Teorias concretistas*

Posteriormente, os doutrinadores passaram a distinguir o direito de ação do direito material, sem, todavia, reconhecer a abstração do direito de ação.

Conforme Waldemar Mariz de Oliveira Júnior³³, reagindo à teoria civilista, “muitas outras surgiram nos meados e em fins do século passado, todas adotando o entendimento de que o direito de ação é autônomo, não sendo dependente do direito material. Não obstante aceitando a tese da autonomia do direito de agir, essas novas doutrinas, no entanto, divergem no que concerne à natureza desse direito”.

A grande contribuição para a melhor conceituação do direito de ação, segundo aponta a doutrina, surgiu de uma célebre divergência, entre Windscheid e Muther.

João Batista Lopes³⁴ sintetiza a discussão: “Para o primeiro, o conceito romano de ação (*actio*) não se confunde com a idéia moderna do instituto, segundo a qual ação é o direito que provém de outro direito, dirigindo-se contra alguém (o

32 – Como observa Waldemar Mariz de Oliveira Júnior (*op. cit.*, p. 63), “a influência da doutrina civilista foi imensa em todo o mundo, imperando até meados do século XIX. E, no Brasil, seu domínio prolongou-se ainda mais, fazendo-se sentir até há bem pouco tempo”.

33 – *Op. cit.*, p. 64.

34 – “Ação declaratória”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 18.

obrigado). Segundo a visão desse autor, a *actio* romana traduzia o que se podia exigir de outrem (o próprio direito material) distinguindo-se, portanto, do conceito moderno de ação.

Já Muther, entrando em cerrada discussão com Windscheid, sustenta que a *actio* romana tinha caráter bilateral, nos primeiros tempos (exigia-se a presença de ambas as partes para o início do processo) passando, depois, a designar a “pretensão” (no sentido de aspiração) à formula dirigida contra o Pretor. A *ação* para ele, não se confunde com o direito material, mas significa o direito à tutela jurídica dirigido ao Estado (direito público subjetivo).³⁵

Fábio Gomes³⁶ observa que “das posições defendidas por Windscheid e Muther, na polêmica que se fez célebre..., emergiu a demonstração da existência de um direito à tutela jurisdicional exercido contra o Estado, convivendo com outro, perante o obrigado que é sujeito da relação substancial, ambos inconfundíveis”.

Um dos grandes responsáveis pela demonstração da autonomia do direito de ação em relação ao direito material foi Wach.

Nesse sentido João Batista Lopes³⁷: “deve-se a Adolf Wach, processualista alemão, o mérito de estremar, com clareza e precisão, o direito subjetivo do direito de ação”.

No dizer de Fábio Gomes³⁷, “após reconhecer estar seguindo os passos de Windscheid, parte Wach para demonstrar definitivamente a autonomia do direito de ação, afirmando desde logo que o mesmo não se confunde com o direito subjetivo privado e muito menos com a pretensão do direito civil. Em seguida refere o exemplo da ação declaratória negativa, através do qual deixou sem qualquer poder de reação os seguidores da doutrina clássica. Acrescenta Wach que o direito de ação, ou pretensão de proteção do direito, é de natureza pública,

35 – “Carência de ação”, São Paulo: RT, 1999, p. 21.

36 – “Ação declaratória”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 18.

37 – “Carência de ação”, São Paulo: RT, 1999, p. 30.

dirigindo-se contra o Estado e também contra o adversário (demandado): enquanto ao primeiro cabe outorgar a proteção do direito, ao segundo cabe tolerá-la, coexistindo assim duas realidades distintas: a relação processual e a relação de direito privado”.

Chiovenda³⁸ bem demonstrou a importância da polêmica entre Windscheid e Muther, e de Wach na conceituação do direito de ação como um direito autônomo: “diversos fatores concorreram à formação das modernas teorias que, edificando sobre bases diferentes a doutrina da ação, forneceram a pedra angular da hodierna doutrina geral do processo. Foi, de um lado, a renovação dos estudos do direito público, determinada por causas de ordem histórica, cultural, política, no princípio do século XIX, e que induziu os pesquisadores a considerar o processo como campo de uma função e de uma atividade estatal, no qual prevalece e domina a pessoa dos órgãos jurisdicionais e a finalidade da atuação, não tanto dos direitos dos indivíduos, *quanto da vontade da lei*. Foi, de outro lado, a renovação, ocorrente no mesmo período, dos estudos do direito romano, que assinalou entre seus mais importantes episódios o trabalho de Windscheid sobre a *actio* romana (1856) e a conseqüente polêmica sustentada com Muther. Esses estudos conduziram a diferenciar nitidamente o direito à prestação em sua *direção pessoal determinada* (*Anspruch* = *razão ou pretensão*) – que, segundo apuramos, equipara, no limiar do processo, os direitos absolutos e relativos, reais e pessoais – do direito de ação, como direito *autônomo*, tendente à realização da lei por via do processo. O reconhecimento dessa autonomia tornou-se completo com Adolfo Wach, que em seu *Manual* e na monografia fundamental sobre a ação declaratória (*Der Feststellungsanspruch*, 1888) demonstrou que a ação, tanto quando supre a falta de realização que, por lei, se deveria

38 – “Instituições de direito processual civil”, v. I, tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1943, p. 50.

verificar mediante a prestação de um devedor, como, e principalmente, nos numerosíssimos casos em que colima a realização de uma vontade concreta da lei, tal que não deve nem pode realizar-se por outra via a não ser o processo, é um direito que se constitui por si e claramente se distingue do direito do autor tendente à prestação do réu devedor”.

Demonstrou a teoria concretista, portanto, a autonomia do direito de ação, exercido em face do Estado, em relação ao direito material, que tinha como sujeito passivo outro indivíduo.

Essas teorias são chamadas de concretistas porque, embora demonstrem a autonomia do direito de ação, ainda entendem que o direito de ação existe para aquele que é, efetivamente, titular do direito material.

Conforme Fábio Gomes³⁹, “para Wach, embora autônomo, na medida em que não nasce juntamente com o direito material, nem deste por vezes decorra (como na ação declaratória negativa), o *direito de ação só compete a quem é titular de um interesse real, e não imaginário*”.

No mesmo sentido João Batista Lopes⁴⁰ observa que “a autonomia do direito de ação defendida por Wach não significa, porém, seja ele um direito abstrato, desvinculado do direito material. Ao revés, sustenta Wach que, exceção feita à hipótese da ação declaratória negativa, o direito de ação somente é conferido ao titular de um interesse rela, isto é, decorre necessariamente da existência do direito material”.

Trata-se, portanto, da fase das chamadas teorias concretistas, que não admitiam ter direito de ação aquele que tivesse julgada improcedente a demanda.

Esse, aliás, o grande argumento contrário à teoria concretista: como explicar o fenômeno da improcedência da ação. Ou seja, como dizer que aquele que movimentou a

39 – *Op. cit.*, pp. 30-31.

40 – “Ação declaratória”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 19.

máquina judiciária, até obter dela uma sentença, não exerceu um direito de ação.

1.2.5 - Teoria da ação como direito potestativo

Dentre as teorias concretistas, uma se tornou muito conhecida, a teoria do direito de ação como direito potestativo de Chiovenda.

Fábio Gomes⁴¹ assim se manifesta sobre a teoria de Chiovenda: “ainda que na essência deva ser considerada variante da teoria concreta, a particularíssima concepção de Chiovenda, engenhosamente elaborada sobre o prisma do direito potestativo, merece uma análise à parte...”

Sustenta Chiovenda que a ação é o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. É um bem e um direito autônomo que *geralmente* nasce do fato da transgressão da norma por parte de quem deveria conformar-se com a mesma”.

Chiovenda, pelo que se depreende de suas “Instituições de direito processual civil”, não aceita a tese de que o direito de ação é dirigido contra o Estado, sob o argumento de que não existiria um conflito de interesse entre o Estado e o cidadão.

Assim, Chiovenda aceita em parte a teoria de Wach, principalmente quando Wach admite que o direito à tutela jurídica é também dirigido contra o Estado.

No dizer do próprio Chiovenda⁴², “se a doutrina de Wach contém um grande fundo de verdade, ao pôr em evidência a autonomia da ação, devem-se, não obstante, reconhecer como exagero inaceitável dessa idéia de autonomia da ação aquelas

41 – *Op. cit.*, p. 32.

42 – “Instituições de direito processual civil”, v. I, trad. de J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia. Editores, 1943, p. 52.

teorias que, de um ou outro modo, reverterem ao conceito do denominado *direito abstrato de agir* conjecturado como simples *possibilidade jurídica* de agir em juízo, independentemente de um êxito *favorável*. Doutrinas tais, passíveis de alguns sequazes inclusive na Itália, têm origem, umas mais, outra menos, na doutrina de Defenkolb, o primeiro a definir a ação (1877) como “*um direito subjetivo público, correspondente a qualquer que, de boa fé, creia ter razão a ser ouvido em juízo e constranger o adversário a apresentar-se*”.

Chiovenda, então, enuncia sua teoria sobre a natureza da ação, afirmando tratar-se de um poder jurídico de provocar a atuação da lei.

A base da teoria de Chiovenda é a idéia de que “a atuação da lei depende de uma *condição*, a saber, da manifestação de vontade de um indivíduo; e diz-se que esse indivíduo tem *ação*, querendo dizer-se que tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei”⁴³.

Conclui Chiovenda⁴⁴, assim, que “a ação é, portanto, o *poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei*...”

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei”.

João Batista Lopes⁴⁵, sobre a posição de Chiovenda, assim se manifesta: “a posição de Chiovenda é, assim, a um tempo, favorável à existência de um direito *autônomo e concreto* de ação.

Corolário disso é seu entendimento de que as condições da ação são os requisitos necessários para que o juiz declare a existência e faça atuar a *vontade concreta* da lei ou, por outras

43 – Chiovenda, “Instituições de direito processual civil”, v. I, trad. J. Guimarães Menegale, com notas do Prof. Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia. Editores, 1943, p. 53.

44 – *Op. cit.*, p. 53.

45 – “Ação declaratória”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 20.

palavras, as condições necessárias para o autor obter um pronunciamento favorável.

Desse modo, sempre que presentes a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de partes, terá o autor, inafastavelmente, direito a uma sentença favorável”.

É exatamente por isso que a teoria de Chiovenda continua sendo uma teoria “concretista”, ou seja, porque Chiovenda entende que o direito de ação é um direito a uma sentença favorável.

Porém, não se pode negar a importância dessa teoria. Pode-se dizer, por exemplo, que a partir dos estudos de Chiovenda, Liebman desenvolveu a sua consagrada teoria acerca da natureza jurídica da ação.

1.2.6 – *Teorias abstratistas*

Partindo do conceito de que são inconfundíveis o mundo do processo e o mundo do direito material, deve-se estabelecer a autonomia e a abstração do direito material em relação ao direito de ação.

Como afirmado anteriormente, as teorias concretistas não explicam satisfatoriamente o fenômeno da improcedência da ação.

Afinal, é inegável que nesse caso há exercício do direito de ação, embora não tenha sido o autor considerado titular de qualquer direito material.

Não há como negar que aquele que movimentou a máquina judiciária e obteve uma decisão, mesmo que desfavorável, não tenha exercido um direito de ação.

Por isso, foi seriamente questionada a identificação entre o direito de ação e o direito material.

João Batista Lopes⁴⁶ bem sintetiza a questão: “em 1876, o húngaro Plóz lançava uma obra que veio a constituir-se importante marco no estudo do direito de ação: *Contribuição à teoria do direito de ação (Beitrag zur Theorie des Klagerechts)*.”

No ano seguinte, Degenkolb, processualista alemão, escrevia outro trabalho fundamental sobre o tema: *Ingresso forçado e norma judicial (Einlassungswang um Urtheilsnorm)*.

Nesses dois estudos, procuram esses processualistas demonstrar a total independência do direito de ação que, ao revés do que até então se sustentava, era inteiramente desvinculado do direito material.

Para eles, o direito de ação deve ser considerado como direito público subjetivo exercido contra o Estado, não se confundindo com o direito subjetivo material, que pode existir, ou não, dependendo de cada caso concreto.

Desse modo, independentemente da existência do direito material, pode qualquer cidadão acionar a máquina judiciária, exercendo seu direito público subjetivo de ação e, com isso, obrigando o Estado a prestar-lhe a tutela jurídica (favorável ou desfavorável).⁴⁷

Surgem, então, as chamadas teorias abstratistas.

Todas as teorias que defendem a autonomia e a abstração do direito de ação em relação ao direito material são chamadas de teorias abstratistas.

Nesse sentido observa Dinamarco⁴⁸ que “são abstratistas todas as teorias para as quais a ação se considere existente ainda que inexistente o direito subjetivo material afirmado (ou seja, “abstraindo-se” da existência deste)...”.

No mesmo sentido da lição de João Batista Lopes, Fábio Gomes⁴⁸ sustenta que “coube ao alemão Degenkolb e ao húngaro

46 – “Ação declaratória”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 21.

47 – Nota 103 à obra de Liebman, “Manual de direito processual civil”.

48 – “Carência de ação”, São Paulo: RT, 1999, p. 35.

Plósz lançarem, quase simultaneamente, as bases daquela que ficou conhecida como teoria da ação em sentido abstrato”.

Ainda segundo Fábio Gomes⁴⁹, “o direito de ação, segundo a concepção de Degenkolb e Plósz, é o direito subjetivo público que se exerce contra o Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo. É o direito de agir, decorrente da própria personalidade, nada tendo em comum com o direito privado argüido pelo autor; pode ser concebido *com abstração* de qualquer outro direito (por isso denominou-o Plósz direito abstrato); preexiste à própria demanda, constituindo-se esta tão somente o meio através do qual pode ser exercido. *Competiria a qualquer cidadão que viesse invocar a proteção de uma norma legal em benefício do interesse alegado*”.

Essas teorias, portanto, superaram as teorias anteriores, pois além do reconhecimento da diferença e, portanto, da autonomia entre o direito material e o direito de ação, as teorias abstratistas demonstram que o direito de ação é exercido mesmo que improcedente o pedido.

De fato, devem ser separadas as condições da ação, como requisitos para a obtenção de uma sentença (favorável ou não), do mérito.

A doutrina moderna, aliás, dá como superada essa questão, pois reconhece, quase que pacificamente, a autonomia e a abstração do direito de ação⁵⁰.

1.2.7 - A teoria de Liebman

Partindo das idéias de Chiovenda, Liebman apontou a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, bem

49 - *Op. cit.*, p. 37.

50 - A autonomia e abstração do direito de ação, segundo alguns, não permite esquecer que esses mundos, embora diferentes, distintos, autônomos, estão em constante contato, estabelecendo um inter-relacionamento.

como afirmou a existência de uma relação entre o direito material e o direito de ação.

Por isso, desenvolveu uma teoria que é chamada por alguns de *mista ou eclética*.

Segundo Liebman⁵¹, “a distinção entre o direito subjetivo substancial e a ação manifesta-se sob variados aspectos. Enquanto o primeiro deles tem por objeto uma prestação da parte contrária, a ação visa a provocar uma atividade dos órgãos judiciários justamente por isso, o direito dirige-se à parte contrária e tem, conforme o caso, natureza privada ou pública e um conteúdo que varia de caso a caso, enquanto a ação se dirige ao Estado e por isso tem natureza sempre pública e um conteúdo uniforme, qual seja o pedido de tutela jurisdicional de um direito próprio (embora varie o tipo de provimento que cada vez se pede ao juiz)”.

O conhecido mestre italiano desenvolveu sua teoria no sentido de que o direito de ação só pode ser exercido por aquele que demonstre preencher as chamadas “condições da ação”, que, a grosso modo, são condições que devem ser observadas para que o demandante possa obter o pronunciamento judicial acerca de sua pretensão.

Essas condições são requisitos relacionados à relação jurídica de direito material.

Isso equivale a dizer que não há uma total separação entre o direito material e o direito processual.

Inicialmente, Liebman afirmou a existência de três condições que devem ser observadas por todos aqueles que pretendem propor uma ação e obter um pronunciamento judicial.

As três condições são: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade “ad causam” e o interesse processual.

A possibilidade jurídica do pedido seria a previsão, em abstrato, no ordenamento jurídico, do pedido formulado pelo autor.

51 – *Idem*, pág. 149.

A legitimidade, ativa e passiva, seria a pertinência subjetiva da ação, de modo que esta só poderia ser proposta por aquele que se afirma titular da relação jurídico material, bem como só poderia ser proposta em face do responsável por suportar o pedido.

Por fim, o interesse, que pode ser resumido na necessidade de se recorrer ao Judiciário, na utilidade da prestação jurisdicional e na adequação do meio utilizado pelo autor para obter a prestação jurisdicional.

É verdade que o próprio autor voltou atrás na sua teoria, afastando das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido. Ocorre que ele dava como exemplo da impossibilidade jurídica do pedido o divórcio. Ou seja, como o pedido de divórcio era vedado pela legislação italiana, dizia o mestre italiano tratar-se de pedido juridicamente impossível porque vedado pelo ordenamento jurídico.

Porém, como a legislação italiana foi alterada, passando a ser admitido o divórcio, Liebman entendeu por bem reformular sua teoria para excluir das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido. Isso ocorreu na última edição do seu manual, publicada na Itália.

Essa teoria foi adotada no direito brasileiro, exercendo aqui enorme influência, mesmo porque o grande mestre chegou a residir e a lecionar no Brasil, conforme relata Alfredo Buzaid, na obra "Grandes processualistas", publicada pela editora Saraiva em 1982.

1.2.8 - O CPC de 1973

A teoria de Liebman ganhou inúmeros seguidores no Brasil e acabou influenciando Alfredo Buzaid, quando da elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

Ada Pellegrini Grinover⁵², por exemplo, escrevendo sobre as condições da ação penal, deixa evidenciada a influência de Liebman: "o direito de ação, embora abstrato, pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas condições da ação, ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional.

Trata-se, em outras palavras, de elementos ou requisitos que limitam o exercício do direito de ação, em cada caso concreto; elementos ou requisitos estes, para que se exerça, de maneira concreta, na espécie, o direito de obter o provimento jurisdicional: a sentença de mérito, no processo de conhecimento, e o provimento satisfativo, no processo de execução".

Aliás, Alfredo Buzaid⁵³ é confesso: "a influência das idéias de Liebman há de ser considerada no plano dos conceitos e no plano da política legislativa. A análise do primeiro requer uma apreciação geral das suas idéias, da sua doutrina, do seu pensamento no direito processual civil contemporâneo. O estudo do segundo dá uma clara perspectiva da repercussão do seu sistema no Código de Processo Civil, que o acolheu em suas linhas básicas, mantendo-lhe a unidade fundamental".

Palavras do mestre Buzaid.

Apesar da reconsideração do mestre Liebman, acerca da sua teoria das condições da ação, Alfredo Buzaid, seu discípulo no Brasil, já havia inserido no Código de Processo Civil de 1973 as condições da ação, na forma originariamente ensinada pelo mestre. Em consequência, *para o Código de Processo Civil brasileiro são três as condições da ação, conforme expressamente determina o artigo 267, inciso VI.*

52 - "As condições da ação penal: uma tentativa de revisão", São Paulo: Bushatsky, 1977, pp. 26-27.

53 - "Grandes processualistas", São Paulo: Saraiva, 1982, p. 20.

Pois bem, apesar de algumas poucas posições em sentido contrário, como a de Celso Agrícola Barbi, José Ignácio Botelho de Mesquita, Calmon de Passos, Fábio Luiz Gomes, a nossa doutrina também manifesta-se no sentido da existência de três condições da ação, prendendo-se ao que expressamente determina o estatuto processual civil⁵⁴.

Inclusive, com nova roupagem, a doutrina define a possibilidade jurídica do pedido como sendo uma condição da ação, mas não mais entendida somente como a previsão, em abstrato, no ordenamento jurídico, do pedido formulado pelo autor. Consiste, na previsão em abstrato do pedido ou, ainda, na falta de proibição expressa por parte da legislação.

Assim, embora em alguns casos o pedido seja expressamente previsto pelo legislador, como no caso da ação rescisória, em que são apontadas as hipóteses em que essa ação é admitida, deve-se entender a possibilidade jurídica do pedido como sendo a não proibição, em abstrato, do pedido formulado pelo autor.

Por isso, podem ser sintetizadas algumas conclusões, à luz do CPC de 1973:

- o direito material e o direito processual são distintos e autônomos;
- a autonomia do direito de ação, em relação ao direito material, não é absoluta, haja vista que o exercício da ação

54 Para Araken de Assis ("Manual do processo de execução", São Paulo: RT, 5ª ed., 1998, p. 91), por exemplo, "o acesso à tutela jurisdicional pelo cidadão ignora limites e inadmite restrições apriorísticas. A ação se considera proposta, reza o art. 263 do CPC, "tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara". Ora, despachando a inicial o juiz presta jurisdição. E até existem demandas que, repelidas no nascedouro pelo órgão jurisdicional, em seguida julgadas no Tribunal, e, na sequência submetidas ao rigoroso crivo da mais alta Corte, têm por objeto controvérsia a respeito de fantástica "carência" de ação. Indubitavelmente, no exemplo narrado existiu processo e, instituída a relação processual, houve ação".

está subordinado a condições, a requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil;

- são três esses requisitos, ou seja, são três as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade "ad causam" e interesse processual;
- pedido juridicamente possível é o pedido que não é expressamente vedado pelo legislador, ou, então, o pedido que é expressamente admitido;
- a legitimidade ativa consiste na titularidade de uma relação ou situação jurídica de direito material, afirmada em juízo;
- a legitimidade passiva consiste na identificação do sujeito passivo da relação ou situação jurídica de direito material afirmada em juízo;
- o interesse processual é verificável em face da utilidade, necessidade e adequação do provimento jurisdicional.

Quando faltam as chamadas condições da ação, ocorre o que se chama de carência de ação, que impede o exame do mérito do pedido.

Portanto, as condições da ação são condições que devem ser satisfeitas para que se chegue a exame do mérito.

Tratam-se de condições que podem e devem, em respeito ao princípio da economia processual, ser verificadas de ofício por parte do juiz. A matéria é de ordem pública, não precluindo, portanto.

Em consequência, as condições da ação devem ser verificadas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Porém, é preciso destacar que as condições da ação devem ser analisadas em tese, ou seja, com base nas afirmações feitas pelo autor na petição inicial. Não se trata de exame de mérito.

Essa análise deve considerar as condições existentes ao tempo da propositura da ação.

Parte da doutrina admite uma análise das condições da ação tendo em vista circunstâncias supervenientes ao momento da

propositura da ação. Nesse caso, pode-se falar em carência da ação superveniente, ou, ao contrário, em satisfação superveniente das condições da ação.

Porém, predomina o entendimento de que as condições devem ser analisadas em face das circunstâncias existentes no momento da propositura da ação.

Essa é a lição de Liebman: “A ação tem a sua disciplina, por isso, no direito em vigor no momento em que é proposta, mesmo que a relação substancial a que se refere seja regulada por lei anterior; analogamente, a admissibilidade da ação, bem como as suas condições de exercício, são reguladas pela *lex fori*, qualquer que seja a lei reguladora da relação substancial deduzida em juízo”⁵⁵.

O direito de ação, concluindo, embora autônomo em relação ao direito material, com ele se relaciona, uma vez que o seu exercício em juízo depende do preenchimento de determinadas condições.

1.2.9 – *Concepções modernas acerca do direito de ação*

Como já se mencionou, a preocupação atual dos processualistas não é com grandes questões doutrinárias.

Por isso, sendo pacífico que o direito processual é autônomo e, por isso, não se confunde com o direito material, voltam-se os processualistas para o problema da efetividade do direito de ação.

No contexto atual, mais importante do que o debate acerca da natureza jurídica do direito de ação é a garantia da efetividade desse direito.

Nessa perspectiva é importante conceituar o direito de ação como uma garantia constitucional fundamental.

Afinal, se é correto afirmar que o Estado monopoliza a função jurisdicional, não menos correto é afirmar que o Estado

55 – Liebman, *idem*, p. 152.

tem o dever de prestar a tutela jurisdicional sempre que for solicitado pelo cidadão.

Nesse sentido manifesta-se Cândido Rangel Dinamarco⁵⁶: “o poder de ação, em sua feição mais ampla, permite que as pessoas se façam ouvir sempre pelo Estado-juiz, quer tenham ou não tenham razão. Nessa mesma medida compromete-se o Estado a dar resposta a quem quer que lhe provoque o exercício da função jurisdicional, não lhe sendo lícito silenciar ante qualquer pedido, por mais absurdo ou descabido que seja.

Concebida assim nesses termos tão amplos, a ação é uma faculdade inerente à própria personalidade, ela não se prende a condição alguma; é esse o primeiro sentido da garantia contida no preceito programático do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição brasileira. Trata-se do princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional*, em sua acepção mais lata e menos profunda, o qual será violado sempre que se pretenda impedir a alguém o exercício da faculdade de se fazer ouvir pela Justiça”.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, evidencia a *natureza constitucional do direito de ação*, pois o legislador previu o direito de ação como uma das garantias individuais fundamentais.

Conforme observa José Roberto dos Santos Bedaque⁵⁷, “o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado e retirá-la de sua inércia está assegurado a todas as pessoas em sede constitucional. Ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV), o legislador garante, de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal destinado a proporcionar a tutela jurisdicional a quem dela necessitar”.

Ainda adverte o autor que “muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição

56 – “Execução civil”, São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 1998, pp. 367-368.

57 – “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 57.

da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa⁵⁸, ou seja, proporciona a satisfação do direito não cumprido espontaneamente”.

Nessa esteira, tem sido o direito de ação conceituado como um direito público, abstrato, autônomo, subjetivo, do indivíduo, de invocar as formas de prestação jurisdicional do Estado (tutela de conhecimento, execução e cautelar)⁵⁹.

O direito de ação, assim, é a forma de que dispõe o cidadão de exigir do Estado o acesso à ordem jurídica justa.

Mesmo porque, como lembra Bedaque⁶⁰, “a garantia constitucional de ação representa para as pessoas, em última análise, garantia ao devido processo constitucional, ao instrumento estatal de solução de conflitos. Garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto”.

Segue o autor⁶¹: “a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual”.

Porém, falando em atualidades, mesmo essa conclusão parece hoje superada. Ocorre que não há como discutir que não seja o direito de ação uma garantia constitucional.

Nessa perspectiva, Bedaque⁶² afirma que “a revisão conceitual do fenômeno *ação* mostra-se adequada à realidade da ciência

58 – O próprio autor conceitua o que seja *acesso à ordem jurídica justa*: “significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do *devido processo constitucional*. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo *équico, correto, giusto*”.

59 – A ação é dirigida contra o Estado, ao passo que a pretensão é dirigida ao réu.

60 – “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 58.

61 – *Idem*, p. 59.

processual. Não parece mais conveniente continuarmos nos grandes debates sobre a natureza da ação. Devemos extrair dessa garantia constitucional significado útil para o destinatário, cujo objetivo é obter a satisfação do suposto direito violado.

Têm valor meramente histórico, portanto, as considerações a respeito da natureza abstrata ou concreta da ação, de seu caráter condicionado ou incondicionado. Na verdade, a ação perdeu a relevância que lhe era atribuída pelos processualistas...

Parece mais adequado tentar identificar a relevância constitucional da ação como direito de obter concretamente os meios necessários à satisfação de um interesse protegido pelo legislador material.

Daí a pertinência teórica e prática de se voltar ao tema, agora por outro prisma, na tentativa de enfrentá-lo segundo visão instrumentalista da ciência processual".

Pode-se observar, nitidamente, que o processualista moderno não pode mais se preocupar com grandes construções teóricas acerca da natureza do direito de ação.

Deve, ao contrário, preocupar-se em estabelecer de vez o direito de ação como uma garantia constitucional de alto significado para o cidadão, pois é o meio de que ele dispõe para evitar a lesão a um direito ou para reparar o direito já violado.

No direito italiano, os doutrinadores já demonstraram, de forma inquestionável, o fundamento constitucional do direito de ação e as implicações de se elevar o direito de acesso a nível de garantia constitucional⁶³.

62 – *Idem*, p. 62.

63 – Conforme o Professor João Batista Lopes ("Tutela antecipada no processo civil brasileiro", São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17), "independentemente da discussão sobre o conceito e a natureza do direito de ação, impende registrar a tendência atual da doutrina de analisar o tema com os olhos voltados para o direito constitucional. A doutrina italiana mais autorizada evoluiu para considerar a ação não mero direito a um julgamento, mas verdadeira garantia de efetividade da tutela dos direitos substanciais. Registre-se, também, a

Crisanto Mandrioli⁶⁴, ao analisar a situação jurídica de quem pede a tutela, refere-se à existência de um “poder” de propor a demanda. Lembra o autor italiano que o artigo 24 da constituição italiana garante a todos a possibilidade de agir em juízo para a tutela dos seus próprios direitos e interesses legítimos.

Mandrioli⁶⁵ também analisa a situação de quem presta a tutela e se refere a um “dever decisório do juiz”. Dentre esses deveres, fala o autor em dever de prestar uma tutela de conhecimento, de execução e cautelar.

Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo⁶⁶, por sua vez, analisam a garantia constitucional do artigo 24, da constituição italiana, e demonstram, com clareza e precisão, o real alcance da garantia.

De início, observam os autores que, com a entrada em vigor da Constituição republicana e depois de uma longa evolução jurisprudencial, é indiscutível a presença de garantias mínimas sobre a disciplina do processo e da organização judiciária.

Lembram os autores que isso é consequência, principalmente, da existência de uma constituição rígida e de um sistema de controle jurisdicional de legitimidade das leis.

Outrossim, frisam os autores que o direito à tutela é, na verdade, uma garantia constitucional. Portanto, mais ampla do que um mero reconhecimento ou uma atribuição abstrata de um direito pela norma.

Extraem os autores, da citada garantia constitucional, um direito à efetividade da ação, atualmente elevado a um componente definidor e insuprimível das garantias constitucionais referentes ao processo.

recente tendência de constitucionalização do direito de ação, isto é, a desnecessidade de especificação das normas que atribuem o poder de agir”.

64 – “Corso di diritto processuale civile”, v. I, Torino: Giappichelli Editore, 1997, p. 46.

65 – *Op. cit.*, p. 79

66 – “Lezioni sul processo civile”, Bologna: Il Mulino, 1998, pp. 55-95.

Também falam os autores na garantia de um processo justo, que não pode existir sem se reconhecer:

- o *poder* de propor ao juiz uma demanda (trata-se de *conditio sine qua non* onde vigora o princípio *nemo iudex sine actore*);
- o *poder*, derivado do primeiro, de dirigir-se ao julgador para fazer valer suas razões (poder de alegação, de dedução, de argumentação e de prova);
- o *direito*, subordinado ao sucesso da atividade, de obter do juiz um provimento, uma decisão, tecnicamente idônea a assegurar uma tutela adequada e efetiva à relação jurídica material deduzida em juízo.

Verifica-se, portanto, a preocupação em dar um conteúdo concreto à garantia abstrata do direito de acesso, ou direito de ação.

Essa deve ser, de fato, a verdadeira preocupação do processualista.

Por isso a preocupação do presente trabalho é tentar demonstrar um aspecto concreto da garantia de acesso à justiça.

Assim, é de se concluir, juntamente com Kazuo Watanabe⁶⁷, que “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa”.

67 - “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in *Reforma do código de processo civil*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

1.3 – O PROCESSO

1.3.1 – *Noções gerais*

Para complementar a trilogia fundamental do direito processual, falta a menção ao processo, considerando ser essa trilogia constituída pelos temas jurisdição, ação e processo⁶⁸.

Como ensinam Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco⁶⁹, “caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de *processo*”.

1.3.2 – *Fases metodológicas*

Araújo Cintra, Ada e Dinamarco⁷⁰ demonstram que “a história do direito processual inclui *três fases metodológicas fundamentais*” (“três ondas renovatórias”): período de sincretismo; fase autonomista; fase instrumentalista.

1.3.3 – *Fase sincretista*

No início, não há distinção entre o processo e o direito material. O processo é visto como sendo o próprio direito material. Trata-se da primeira fase, chamada de sincretismo.

68 – Dinamarco fala em jurisdição, ação, defesa e processo.

69 – “Teoria geral do processo”, São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1995, p. 40.

70 – “Teoria geral do processo”, São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1995, p. 42.

Dinamarco⁷¹, sobre esse período, afirma que “tinha-se, até então, a remançosa tranquilidade de uma *visão plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão 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 e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz ...

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

A fase sincretista começa a ser superada a partir do momento em que os estudiosos começam a identificar a existência de uma relação jurídica processual que, além de autônoma, é totalmente diversa da relação jurídica de direito material.

A doutrina aponta a polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther como o início de um inconformismo com a identificação da relação jurídica processual com a relação jurídica material.

1.3.4 – *Fase autonomista*

Posteriormente, principalmente com os estudos desenvolvidos na Alemanha (cite-se a polêmica entre Windscheid e Muther), passou-se a afirmar a autonomia do direito processual em relação ao direito material.

Conforme sintetiza Dinamarco⁷², “primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande

71 – “A instrumentalidade do processo”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1987, p. 14.

72 – “A instrumentalidade do processo”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1987, p. 15.

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 à plena consciência da *autonomia* não da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto”.

Para os doutrinadores, Von Büllow, embora não tenha sido o precursor da idéia da relação jurídica processual, foi o responsável pela racionalização e desenvolvimento da teoria da autonomia da relação jurídica processual.

Büllow, de fato, com sua teoria das exceções e pressupostos processuais, permitiu a autonomia científica do direito processual.

Niceto Alcalá-Zamora y Castilho, em uma “advertência preliminar” da obra de James Goldschmidt (“Derecho procesal civil”, trad. Leonardo P. Castro, Barcelona: Editorial Labor, 1936), afirma que “o ano de 1868 marca uma data decisiva no desenvolvimento da disciplina processual. Quando Oscar Von Büllow publica *Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (A teoria das exceções e os pressupostos processuais), a partir da qual se inicia a ciência processual moderna” – traduzi⁷³.

73 – Na tradução argentina: “el año 1868 marca una fecha decisiva en el desarrollo de la disciplina procesal. Es entonces cuando Oscar von Büllow publica *Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales), a partir de la cual se hace arrancar la Ciencia procesal moderna...”.

Oskar von Büllow⁷⁴ bem demonstrou a natureza pública da relação processual: “nunca se duvidou que o direito processual civil determina as faculdades e os deveres que põem em mútua vinculação as partes e o tribunal. Porém, dessa maneira, afirmou-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, isto é, uma relação jurídica.

Esta simples, porém, para o direito científico, importantíssima realidade, desde todo ponto de vista, não foi até agora devidamente apreciada nem sequer claramente entendida. Acostuma-se falar, tão somente, de relações de direito privado. A estas, entretanto, não pode ser referido o processo. Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também às partes se consideram unicamente no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma relação jurídica pública” – traduzi⁷⁵.

74 – “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, trad. de Miguel A. R. Lichtschein, Buenos Aires: EJE, 1964, pp. 1-2.

75 – Na tradução argentina: “nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*. Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera clamamente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertence, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*”.

Também apontou Büllow⁷⁶ outra característica fundamental da relação processual: “A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra singular característica, que pode haver contribuído, em grande parte, para desconhecer sua natureza de relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas, a relação processual se encontra em embrião” – traduzi⁷⁷.

Büllow, na sua clássica obra sobre as exceções e os pressupostos processuais, depois de evidenciar que o processo é uma relação jurídica de natureza pública, depois de apontar as peculiaridades dessa relação jurídica, ainda propôs o emprego da expressão “pressupostos processuais” para se referir aos requisitos e às condições para a tramitação da relação processual. Essa teoria, aliás, acabou consagrada.

Conforme Vicente Greco Filho⁷⁸, “a teoria da relação jurídica processual foi contestada apenas pela teoria do processo como situação jurídica, de Goldschmidt, mas ainda não foi superada, porque é a que melhor explica o fenômeno processual, daí ser quase universalmente aceita”.

76 – *Op. cit.*, p. 2.

77 – Na tradução argentina: “La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que se *desarrolla* paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión”.

78 – “Tutela constitucional das liberdades”, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 54-55.

1.3.5 - Fase instrumentalista

Depois de afirmada e reconhecida a autonomia da relação processual, a ponto de se afirmar que o direito de ação é abstrato em relação ao direito material, voltou-se a doutrina para a preocupação com os resultados práticos do processo.

A preocupação com grandes questões teóricas é substituída pela preocupação com a efetividade do sistema.

Nesse momento, procura a doutrina demonstrar a necessidade de se estudar a relação existente entre o direito material e o direito processual, de forma que o processo seja um instrumento de aplicação do direito material. Essa perspectiva em nada compromete a autonomia da relação processual.

Não deve ser esquecido que o processo é um instrumento muito importante para a vida em sociedade, pois é o meio adequado à solução das controvérsias que tanto comprometem a ordem social que deve imperar em qualquer país.

Destaca-se, pois, a sua função pacificadora. Antonio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco⁷⁹ chamam o processo de “*instrumento a serviço da paz social.*”

Sendo assim, nesse contexto, é de se visualizar o processo como um instrumento do direito material.

Cândido Dinamarco⁸⁰ observa, então, que “chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”.

E conclui o mestre: “O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para a o que queremos, ou seja, para a construção de

79 - “Teoria geral do processo”, São Paulo: Malheiros, 11^a ed., 1995, p. 41.

80 - “A instrumentalidade do processo”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2^a ed., 1987, pp. 19-20.

um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados”.

1.3.6 – A instrumentalidade do processo

Um dos primeiros autores no Brasil a demonstrar preocupação com a instrumentalidade do processo foi Cândido Rangel Dinamarco.

Dinamarco, em passagem memorável de seu clássico livro “A Instrumentalidade do Processo”, deixou consignada uma lição que não pode ser esquecida: “Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida. Daí a proposta de colocar o próprio sistema processual como objeto de exame a ser feito pelo *ângulo externo*, ou seja, a partir da prévia fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele há de estar permanentemente comprometido. É a proposta de uma *nova perspectiva*”.

Essa *nova perspectiva* é instrumentalista, ou seja, muito mais preocupada em construir um processo eficiente, que possa atender, adequadamente, às peculiaridades do direito material. O processo é meio de realização da justiça.

O próprio Dinamarco⁸¹ bem demonstra essa visão instrumentalista: “Já disse a doutrina que a ação é “um direito subjetivo instrumentalmente conexo a uma situação concreta”. É preciso não perder de vista o binômio “direito-processo”, nem esquecer que todo o sistema processual vale, afinal, como método destinado à efetivação do contexto apresentado pelo direito objetivo material e pelos valores que lhe estão à base. No Estado-de-direito, a possibilidade de proteção judiciária dos direitos é uma inerência inafastável, despontando o Poder Judiciário como

81 – “Execução civil”, São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 1998, p. 375.

última cidadela das pessoas e das comunidades mais ou menos organizadas, para a defesa contra os males sofridos e injustiças advindas, quiçá, do próprio Estado. A ação é assegurada pela Constituição, mais o devido processo legal e o juiz natural, com vista à “efetiva realização judicial do direito”. É preciso atender “à necessidade de relacionar a ação com o direito material que através dela se faz valer”, sob pena de perder-se o verdadeiro sentido instrumental dos institutos processuais”.

O pensamento de Dinamarco acabou por influenciar toda a doutrina brasileira.

José Roberto dos Santos Bedaque⁸², por exemplo, seguindo as idéias instrumentalistas de Dinamarco, demonstra que o processo é uma forma de acesso à ordem jurídica justa, ressaltando a necessidade de uma maior consciência do processualista em aceitar a natureza instrumental do direito processual. Afinal, segundo ele, “a partir do momento que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão. Isso porque toda a construção científica se deu na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, se valorizou demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, que, obviamente, lhe são externos. Em nenhum momento pode o processualista esquecer de que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele”.

Critica o autor o excessivo distanciamento entre direito e processo, lembrando que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual.

Conforme o próprio Bedaque⁸³, “talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instru-

82 - “Direito e processo”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 13.

83 - “Direito e processo”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 18.

mentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto”.

Como afirmam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁸⁴, “é indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima de tudo, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado”.

É necessário que os estudiosos do processo tenham a consciência desse aspecto ético do processo e de que o processo deve permitir o acesso à justiça.

1.3.7 – A instrumentalidade e os conflitos coletivos

A preocupação com a instrumentalidade do processo e, portanto, com a sua eficiência, não pode ser limitada aos conflitos individuais de interesses.

Não basta garantir o acesso à justiça de forma individualizada.

Dessa forma, também surge uma nova perspectiva com relação à idéia de acesso à justiça.

Inicialmente, o acesso à justiça é individual, assegurando-se ao interessado a defesa própria de seus direitos e interesses. É o que dispõe o artigo 6º do CPC.

Todavia, com a “evolução” da sociedade, dos conflitos individuais para os conflitos coletivos, surge uma nova preocupação com o acesso à justiça, principalmente porque a legitimidade ordinária exigida pelas legislações torna-se ineficiente.

84 – “Teoria geral do processo”, São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1995, p. 45.

Sobre o acesso à justiça nos casos de conflitos coletivos de interesses, notáveis os estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸⁵. Demonstraram os autores algumas importantíssimas transformações no conceito do acesso à justiça, exaltando a necessidade de um acesso efetivo e não meramente formal à justiça.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸⁶, “a partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer *os direitos e deveres* sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos antes proclamados”.

De fato, em determinado momento histórico percebeu-se que a dicotomia clássica entre direito público e privado era insuficiente, haja vista a existência de um direito que não é público e nem individual: o direito coletivo.

A constatação do “direito coletivo” está intimamente ligada ao surgimento de uma nova classe social, produto da revolução industrial: a classe dos operários.

Surgiram movimentos reivindicatórios de direitos de classe, coletivos. Esses novos direitos são, na verdade, interesses de massa, cuja constatação teve como consequência a superação da tradicional dicotomia “público – privado”, ou seja, do conflito “Indivíduo X Estado”, ou, “Estado X Indivíduo”, ou, ainda, “Indivíduo X Indivíduo”.

85 – “Acesso à justiça”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 10.

86 – “Acesso à justiça”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 9.

Para reivindicar esses "novos direitos", surgem os chamados corpos intermediários, com atuação na tentativa de composição dos conflitos coletivos de interesses.

Dentre os primeiros "organismos intermediários" que surgem nesse "litígio" destacam-se os sindicatos.

Modernamente, existem vários outros grupos com atuação destinada a tutelar os direitos coletivos e difusos como, por exemplo, associações de proteção, as ONGs, o Ministério Público, o Procon, as Delegacias Especializadas, os Conselhos de Defesa do Contribuinte, do Consumidor, dos Direitos Humanos, do Meio Ambiente, etc.

A "descoberta" dessa nova categoria de direitos também traz conseqüências no plano jurisdicional, com o surgimento da "*Class Action*" do Direito Americano, atribuindo legitimidade a esses órgãos e organismos acima referidos para a defesa dessa terceira categoria de direitos ou interesses.

Esses organismos intermediários (entre Estado e Indivíduo) surgiram principalmente para reivindicar os direitos de seus membros em face do Estado. A reivindicação coletiva é muito mais efetiva do que a reivindicação individual.

Por isso, também há necessidade de se buscar um processo, ou um sistema processual, apto a atender demandas coletivas, a reivindicação dos interesses coletivos.

Nesse sentido Barbosa Moreira⁸⁷ afirma que "as relações interindividuais continuam sem dúvida a revestir grande importância na vida contemporânea, pelo menos em alguns setores da atividade humana. Ao lado delas, porém, vai crescendo incessantemente o número e o relevo de situações de diferente corte, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas. Essas situações também podem e costumam servir de nascedouro a conflitos de interesses, cuja freqüência e

87 - "A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos", in *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110.

gravidade aumentam dia a dia. Mas, para dar-lhes solução adequada, não raro parecem pouco eficazes as armas do arsenal jurídico herdado de outros tempos. Torna-se indispensável um trabalho de adaptação, que afeiçoe às realidades atuais o instrumento forjado nos antigos moldes; ou antes, em casos extremos, um esforço de imaginação criadora, que invente novas técnicas para a tutela efetiva de interesses cujas dimensões extravasam o quadro bem definido das relações interindividuais”.

O interesse coletivo pode ser definido como um interesse que se refere a uma categoria, a uma comunidade menor, a um grupo social determinado.

Decorre da necessidade do homem de se associar em pequenos grupos, como uma família, uma empresa, um sindicato, etc.

Na perspectiva instrumentalista, é necessário pensar em um processo que seja adequado e eficiente para a solução das controvérsias coletivas.

1.3.8 – O processo e os “direitos difusos”

A “evolução”, porém, não parou na constatação da existência de conflitos coletivos de interesses.

Evidenciou-se uma nova categoria de interesses, os chamados interesses difusos.

Esses interesses difusos também são interesses que pertencem a uma pluralidade de sujeitos. Todavia, possuem características próprias que os separam dos interesses coletivos, principalmente porque no caso de interesses coletivos existe um agrupamento de pessoas identificável, ao passo que, em se tratando de direitos difusos, é impossível a total identificação do “grupo”.

Os interesses difusos caracterizam-se por produzir grande quantidade de lesões, lesões em massa, atingindo inúmeras e indetermináveis pessoas.

Nesse sentido é a lição de Péricles Prade⁸⁸, que afirma ser "a natureza extensiva e mal circunscrita das lesões ocasionadas a mais relevante característica dos interesses difusos, situando-se no pedestal de sua problemática jurídica que é, precisamente, a criação de eficazes instrumentos para a tutela jurisdicional".

Esses direitos difusos são apontados pelos filósofos como sendo direitos de terceira geração, principalmente em face das lições de um grande filósofo italiano: Norberto Bobbio.

Segundo Bobbio, "do ponto de vista teórico, 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 e nem de uma vez por todas.... a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos. Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas 'já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta

88 - "Conceito de interesses difusos", São Paulo: RT, 2ª ed. 1987, p. 55.

geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie⁸⁹.

Sem dúvida essa evolução “afetou” inúmeros conceitos clássicos do direito processual civil, que precisam ser reexaminadas.

Por isso, em todo estudo científico do processo civil não se pode esquecer de se “revisitar” os institutos do processo civil tradicional (individual).

A propósito, como lecionam Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Nery⁹⁰, “já antes mesmo da

89 – “A era dos direitos”, tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 5-6.

90 – “Direito processual ambiental brasileiro”, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 86.

Segunda Guerra Mundial, nos países mais desenvolvidos (EUA e Europa), essas transformações levaram a desencadear verdadeiras pressões na busca de novos direitos (direitos coletivos e difusos), que acabaram por fazer perceber que o sistema processual clássico e tradicional, baseado no individualismo era por demais insuficiente para dirimir toda essa problemática do fenômeno da ascensão da massas, que trouxe consigo gravames de ordem jurídica (pela própria concepção individualista dele), posto que esta não estava apta a resolvê-los com os seus remédios tradicionais”.

1.3.9 – Um novo processo: o processo coletivo

A “descoberta” dos chamados direitos e interesses transindividuais, mercedores de tutela jurisdicional, fez surgir uma nova perspectiva do direito de ação.

Ocorre que a tutela efetiva desses direitos só é possível por intermédio de ações coletivas, onde poucos possam defender os interesses de muitos.

Em consequência, houve necessidade de se pensar em um novo processo, adaptado às exigências dessa nova categoria de ações.

Institutos processuais clássicos tiveram de ser revisitados e reestruturados. Podem ser citados, a título de exemplo, o instituto da legitimação “ad causam” e o da coisa julgada, especialmente no que diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada.

Portanto, as chamadas “ações coletivas” propiciaram profundas transformações nos conceitos tradicionais do direito processual.

Teresa Arruda Alvim⁹¹ afirma que “rigorosamente se está diante de um *novo processo civil*, de um *outro* processo civil, diferente daquele com que lidamos no dia a dia e que nos é familiar.

Assim, só uma mentalidade de certo modo “conformada” com a necessidade de se abandonarem os padrões tradicionais do processo é capaz de ser receptiva e portanto, entender esse novo processo, engendrado para regular uma outra faceta da realidade, que talvez possa ser eleita como a nota mais marcante das sociedades do nosso tempo”⁹².

José Rogério Cruz e Tucci⁹³, após estudar a *class action* nos ordenamentos jurídicos norte-americanos (EUA e Canadá)”, aponta cinco questões principais referentes às ações coletivas: a) o objeto da ação; b) a legitimação; c) os poderes do juiz; d) o devido processo legal; e) os limites subjetivos da coisa julgada.

O tema, portanto, é de grande complexidade, considerando as repercussões no direito processual civil tradicional, regulado pelo Código de Processo Civil⁹⁴.

91 – “Noções gerais sobre o processo no código do consumidor”, in *Direito do Consumidor* n° 10, São Paulo: RT, abril/junho – 1994, p. 248.

92 – Barbosa Moreira (“Os novos rumos do processo civil brasileiro”, in *Temas de direito processual*, 6ª série, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 72) faz uma advertência extremamente importante para a evolução da tutela jurisdicional coletiva: “a escassa disposição das associações civis para exercer a legitimação de que gozam nos termos da Lei n° 7.347, ou do Código de Defesa do Consumidor – para ficarmos em dois exemplos expressivos –, deixa praticamente quase toda a iniciativa a entes e órgãos públicos. Ora, à filosofia da tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos é inerente a confiança na participação dos denominados “grupos intermediários”, como as entidades associativas privadas”.

93 – “*Class action* e mandado de segurança coletivo, Saraiva: São Paulo, 1990, p. 33.

94 – Ada Pellegrini Grinover (“Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”, RJ: Forense Universitária, 5ª ed., 1997, p. 609) fala na “necessária reestruturação dos esquemas processuais clássicos, para sua adaptação aos conflitos emergentes, próprios de uma

De forma contundente, Celso Fiorillo, Marcelo Abelha e Rosa Nery⁹⁵, sobre o novo processo, afirmam que “não há mais que se falar sequer na possibilidade de se usar o ortodoxo sistema liberal individualista do Código de Processo Civil e normas afins, para dirimir os conflitos de massa”.

Segundo os citados autores⁹⁶, “falar em devido processo legal em sede de direitos coletivos *lato sensu*, é, inexoravelmente, fazer menção ao sistema integrado de tutela processual trazido pelo CDC e LACP (Lei n. 7.345/85). Assim, hoje, em sede de jurisdição civil, há a existência de dois sistemas de tutela processual: um destinado às lides individuais, cujo instrumento adequado e idôneo é o Código de Processo Civil, e um outro, destinado à tutela coletiva, na exata acepção trazida pelo art. 81, parágrafo único, do CDC”..

Esse sistema, que forma o chamado “processo coletivo”, de fato, tem uma série de diferenças em relação ao processo civil tradicional, razão pela qual é justa a afirmação de que se trata de um “novo processo”.

De uma forma resumida, pode-se dizer que as principais questões teóricas do processo coletivo estão: na legitimação; no papel e nos poderes do magistrado; no ônus da prova e sua possível inversão; na coisa julgada, especialmente quanto aos seus limites subjetivos; na execução coletiva (habilitação na terminologia do Código de Defesa do Consumidor).

O objetivo do trabalho, obviamente, não permite uma análise aprofundada dessas questões.

De qualquer forma, parece conveniente uma breve menção das principais questões.

sociedade de massa, de que os decorrentes das relações de consumo representam um ponto nodal”.

95 – “Direito processual ambiental brasileiro”, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 99.

96 – *Idem*, p. 100.

Quanto à legitimação, o Código de Processo Civil, em seu art. 6º, é expresso no sentido de que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Assim, regra geral, deve haver uma correspondência entre os sujeitos da relação jurídica de direito material e os sujeitos da relação processual.

Essa correspondência subjetiva é chamada na doutrina de legitimidade ordinária e é traduzida, normalmente, pela expressão: “alguém, em nome próprio, defende um direito ou interesse próprio”.

Evidente que nas ações coletivas a legitimação “ordinária” exigida para as ações individuais não pode ser aceita.

Assim, enquanto no processo civil individual essa é a regra, ou seja, a legitimidade ordinária, no processo civil coletivo a regra é a legitimação extraordinária.

Ocorre que, nesse tipo de processo, os legitimados expressamente por lei, especialmente pela Lei da Ação Civil Pública (artigo 5º, da Lei 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 82, da Lei 8.078/90), agem em nome próprio, na defesa de direitos ou interesses que lhe não pertencem exclusivamente.

Fala-se, portanto, em legitimidade extraordinária nas ações coletivas⁹⁷.

97 - Conforme Hugo Nigro Mazzilli (“A defesa dos interesses difusos em juízo”, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9), “na ação civil pública ou coletiva identificamos a legitimação extraordinária ou substituição processual, distinguindo-a das hipóteses em que o titular da pretensão age apenas na defesa do próprio interesse. Na ação civil pública ou coletiva, embora em nome próprio, os legitimados defendem mais que interesses próprios: zelam também por interesses metaindividuais, que não estariam legitimados a defender a não ser por expressa autorização legal. Daí a legitimação extraordinária”. José Rogério Cruz e Tucci (“*Class action* e mandado de segurança coletivo”, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43) também aborda a questão: “diz-se, pois, que determinado processo se constituiu entre partes legítimas (*legitimi*

Como os órgãos legitimados para a propositura de ações coletivas não são, necessariamente, titulares dos interesses individuais e sociais indisponíveis que defendem em juízo, pode-se dizer que são legitimados extraordinários.

Outra questão importante nas ações coletivas é referente ao papel e aos poderes do magistrado no campo probatório.

Com relação ao processo civil tradicional, João Batista Lopes, após analisar as posições de Taruffo, Joan Pico I Junoy, Bedaque e Sérgio Alves Gomes, conclui⁹⁸: “acompanhando embora as tendências modernas no sentido do fortalecimento dos poderes do juiz, não devemos superestimar o comando do art. 130 do CPC para converter o magistrado em investigador de fatos ou juiz de instrução. Não se afigura adequado, pois, permitir que o juiz substitua as partes na tarefa que lhes é atribuída, premiando sua omissão e descaso. Mas também não se deve subestimar a força do preceito, que insere nas modernas tendências do processo civil, presentes a função social do processo e os ideais de justiça...”

Cabe advertir, por último, que as iniciativas probatórias do juiz devem limitar-se aos fatos controvertidos do processo, não lhe sendo lícito alterar a *causa petendi*, introduzindo fatos ou fundamentos novos”.

contradictores) quando as situações jurídicas dos litigantes coincidem em tese com as respectivas situações processuais legitimantes. Quando a situação legitimante se identifica com aquela deduzida em juízo, a legitimação é ordinária, caso contrário, isto é, havendo descoincidência subjetiva entre autor ou réu e o possível titular da relação de direito material, a legitimação é extraordinária”. Outros autores, como Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (“Código de processo civil comentado”, São Paulo: RT), afirmam que, em se tratando de interesses difusos, a “defesa em juízo é realizada por meio de legitimação autônoma para a condução do processo..., estando superada a dicotomia clássica legitimação ordinária e extraordinária”.

98 - *Op. cit.*, pp. 69-70.

Todavia, nas ações coletivas é de se esperar um juiz mais atuante, que tome iniciativas probatórias, principalmente porque estamos em uma área onde os interesses são indisponíveis.

Se no processo civil tradicional o poder de iniciativa do magistrado esbarra no princípio dispositivo, no processo civil coletivo os interesses em jogo são indisponíveis.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, prevê até a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Ocorre que o CDC, no art. 6º, inciso VIII, estabelece que são direitos básicos do consumidor: ... VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Ainda dispõe o art. 38 do mesmo estatuto que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Também o art. 51 do CDC refere-se ao ônus da prova: são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que... VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

É de se frisar, porém, que a inversão do ônus da prova não é automática.

Nesse sentido João Batista Lopes⁹⁹ observa que “a lei não impõe inversão nas hipóteses indicadas, mas deixa a critério do juiz analisar cada caso e ver se a alegação do consumidor é verossímil e se ele é hipossuficiente”.

Ainda segundo o autor¹⁰⁰, “a lei confere ao juiz o poder de inverter o ônus da prova nas hipóteses sobreditas, o que significa

99 - “A prova no direito processual civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

100 - “A prova no direito processual civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

dizer que, em se cuidando de relações de consumo, a inversão do ônus da prova não é fruto de convenção das partes, mas de deliberação do juiz. E a inversão não é automática, mas depende da observância dos requisitos já mencionados”.

Nas ações coletivas, portanto, é peculiar o problema da inversão do ônus da prova¹⁰¹.

Outro tema indispensável de ser abordado, em se tratando de ações coletivas, é o referente à coisa julgada, especialmente no que diz respeito aos seus limites subjetivos.

A coisa julgada em ações coletivas é disciplinada em vários dispositivos legais. Por exemplo, no artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, no artigo 18, da Lei da Ação Popular e no artigo 4º da Lei 7.853/89, lei que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência.

O artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), de forma mais ampla, dispõe que:

“Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - “*erga omnes*”, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

101 - Patricia Miranda Pizzol (“Liquidação nas ações coletivas”, São Paulo: Lejus, 1998, p. 208.), de forma específica sobre o processo coletivo, afirma: “em se tratando de ação coletiva *lato sensu*, é do réu (a regra da inversão do ônus da prova não se aplica apenas às ações destinadas à tutela do consumidor, mas a qualquer espécie de ação coletiva, tendo em vista a perfeita interação entre o CDC e a LACP)... Faz-se mister acrescentar que a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC é regra de juízo, ou seja, tendo em vista que o destinatário da prova é o órgão julgador, cumpre ao juiz, depois de produzidas as provas pelas partes, não estando ele convencido para proferir julgamento, determinar àquele que tem o ônus de provar que o faça, ou julgar desfavoravelmente àquele que deveria ser provado e não provou”.

II – “ultra partes”, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III – “erga omnes”, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

A peculiaridade está no fato de que a sentença proferida em ação coletiva pode beneficiar pessoas que não participaram do processo, o que é inconcebível no processo civil tradicional, em que a coisa julgada, no que diz respeito aos seus limites subjetivos, não atinge “terceiros”¹⁰².

Arruda Alvim e Thereza Alvim¹⁰³, em comentários ao artigo 103, do CDC, apontam as principais peculiaridades da coisa julgada em ações coletivas:

a) a extensão subjetiva da coisa julgada, *não restrita às partes*;

b) a sua possível ocorrência em conformidade com o resultado do processo”. Nesse caso, fala a doutrina em coisa julgada *secundum eventum litis*, ou, ainda, da coisa julgada somente para beneficiar.

Verifica-se, portanto, principalmente pela extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, bem como pela possibilidade de sua formação de acordo com o resultado do processo, que a

102 – Sobre a questão assim se manifestam Nelson e Rosa Nery (“Código de processo civil comentado”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 1156): “no processo civil ortodoxo, a coisa julgada não favorece nem beneficia terceiros, alcançando somente as partes entre as quais foi dada a sentença de mérito (CPC 472). Nas ações coletivas, entretanto, a solução não atende às necessidades próprias dos conflitos coletivos, de sorte que a LACP criou, a exemplo do que dispõe a LAP 17, um sistema diferenciado de limites subjetivos da coisa julgada: o da eficácia *erga omnes* do comando da sentença de mérito”.

103 – “Código do consumidor comentado”, 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 461.

disciplina da coisa julgada nas ações coletivas é diferente do sistema do Código de Processo Civil.

Conforme Antonio Gidi¹⁰⁴, “o importante, o inovador, o revolucionário é que se estendem os efeitos da sentença favorável, com a força da imutabilidade do seu comando, a terceiros alheios à relação jurídico-processual estabelecida com a ação coletiva”.

Explicam Nelson e Rosa Nery¹⁰⁵ que “o efeito *erga omnes* da coisa julgada, decorrente de sentença proferida na ACP, inibe a repositura da mesma ação civil pelo autor ou por qualquer outro co-legitimado ao ajuizamento das ações coletivas, deixando a salvo apenas os particulares em suas relações intersubjetivas (Grinover, *CDC Coment.*, 592). É bom frisar que os efeitos *erga omnes* da coisa julgada somente ocorrerão se procedente o pedido ou improcedente por ter sido considerada infundada a pretensão. Se a improcedência se der por falta ou insuficiência de provas, não se forma a autoridade da coisa julgada sobre a sentença proferida na ACP”.

A coisa julgada nas ações coletivas, portanto, além de poder ser estendida a terceiros que não figuraram no processo, também depende do resultado do processo (ou seja, na linguagem da doutrina, a coisa julgada ocorre *secundum eventum litis*).

Resumidamente, pode-se dizer que: a) se procedente a ação coletiva, há a imutabilidade dos efeitos da sentença em relação às partes do processo e em relação a terceiros (efeito *erga omnes*); b) se julgada improcedente pelo mérito, também há a imutabilidade dos efeitos da sentença em relação às partes do processo e em relação a terceiros (*erga omnes*); c) todavia, se a ação for julgada improcedente por falta de provas, não há imutabilidade dessa

104 - “Coisa julgada e litispendência em ações coletivas”, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 107.

105 - “Código de processo civil comentado”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 1156.

decisão, podendo ser reproposta a ação com base em novas provas.

Esse é, em síntese, o sistema da coisa julgada nas ações coletivas.

Existem outras inúmeras peculiaridades nas ações coletivas. Todavia, não serão analisadas nessa oportunidade em face dos objetivos do trabalho.

De qualquer forma, pelo que já foi exposto é possível dizer que o chamado “processo coletivo”, pelas diferenças em relação ao processo civil tradicional, constitui-se em um processo diferenciado.

Assim, em face dessa breve análise, não há erro em afirmar que se está diante de um “novo processo civil”.

1.4 – CONCLUSÕES

Vê-se, pois, que a importância de se buscar um processo que não seja afastado da realidade e das necessidades individuais e coletivas, não se esquecendo de que o processo deve ser visto como um instrumento para a tutela dos direitos e de que a doutrina deve se preocupar com a efetividade desse processo, de modo a adequá-lo à sua finalidade de pacificação social e de realização da justiça”.

Oportuna uma das mais magníficas lições de Bobbio¹⁰⁶, sobre a justificativa desse estudo:

“O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los,

106 – “A era dos direitos”, tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

No mesmo sentido concluem Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁰⁷: “o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Desse modo, há que se pensar no processo como um instrumento do direito material, um instrumento destinado a tornar efetivo o acesso à tutela jurisdicional.

O processo é a garantia mais segura de que dispõe o cidadão para impedir a violação de seus direitos, bem como para ressarcir-se das violações infelizmente ocorridas.

Nessa perspectiva também é evidente que qualquer restrição ao acesso à ordem jurídica justa é inconstitucional.

Ou, como afirma Cândido Dinamarco¹⁰⁸, “o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número possível de pessoas – *universalizando-se* tanto quanto possível para evitar ilegítimos resíduos não-jurisdicionalizáveis e aprimorando-se internamente para que a idéia de *ação* não continue sobreposta à de *tutela jurisdicional*”.

107 – “Acesso à justiça”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 12.

108 – “Nasce um novo processo civil”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1.

CAPÍTULO 2

A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL

2.1 - INTRODUÇÃO

O direito de ação, de acordo com o atual texto constitucional, é uma garantia fundamental do cidadão de obter do Estado a prestação jurisdicional.

A tutela jurisdicional, desde que se proibiu a vingança privada, é prestada através do processo.

Para Greco Filho¹⁰⁹, o “processo representa uma dupla garantia: a ativa e a passiva.

O processo é garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade. Nesse sentido existe a garantia do *habeas corpus*, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra a violação do direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc.

109 - “Tutela constitucional das liberdades”, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.

O processo diz-se que é uma garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem o competente e devido processo legal”.

Mesmo em face do processo civil pode ser dito que o processo é uma garantia passiva, pois o réu também não será privado de seu patrimônio sem o devido processo legal.

O processo é, então, em um Estado Democrático de Direito, o meio, o instrumento de que dispõe o cidadão para a busca da tutela jurisdicional.

Sendo disponibilizado pelo Estado, o processo garante a todos os cidadãos o acesso à ordem jurídica justa.

Em face dessa importância, recebe o processo uma série de garantias da própria Constituição Federal.

Com efeito, encontra-se no texto constitucional não apenas a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas também um rol de princípios que incidem diretamente sobre o processo.

Conforme Greco Filho¹¹⁰, “observado que o processo é garantia ativa e passiva, cabe referir o sistema constitucional de garantias do próprio processo, que o torna instrumento de justiça e de efetivação de direitos. Não basta, evidentemente, que se estabeleça a possibilidade do *habeas corpus*, do mandado de segurança, da ação, do processo penal etc. Se não se der ao processo garantias, e ao Judiciário poderes, sua atuação será inócua ou impossível.

Prevêem, então, os textos constitucionais, além do direito ao *habeas corpus*, ação, processo penal etc., que são os instrumentos de tutela, um conjunto de normas relativas ao processo, de modo a propiciar-lhe segurança e efetividade”.

Por isso a preocupação, nesse capítulo, de visualizar a relação entre a Constituição Federal e o processo, lembrando que alguns

110 – “Tutela constitucional das liberdades”, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 105.

autores defendem a existência de um sub-ramo da ciência jurídica (é o caso, por exemplo, de Marcus Orione Gonçalves Correia¹¹¹), formado pelas normas de direito processual constantes da Constituição Federal.

2.2 - O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

É fácil identificar nas constituições modernas o estabelecimento de um rol de garantias fundamentais.

Muitas dessas garantias dizem respeito ao processo.

Trata-se do fenômeno da constitucionalização das garantias processuais, surgido depois da segunda guerra mundial, com a nítida preocupação de combater o totalitarismo.

Conforme Antonio Scarance Fernandes¹¹², “na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais...”.

De acordo com Joan Picó i Junoy¹¹³, doutrinador espanhol, a constitucionalização das garantias constitucionais do processo

111 - “Direito processual constitucional”, São Paulo: Saraiva, 1998.

112 - “Processo penal constitucional”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 11.

113 - “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, p. 17: “Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos,

aparece após a segunda guerra mundial, principalmente em países que tiveram regimes totalitários, com a evidente preocupação de dotar o cidadão de garantias mínimas oponíveis ao próprio Estado e que não podem ser desconsideradas pelos futuros legisladores. Com isso, obtém-se uma proteção “reforçada” dessas garantias.

A menção ao direito espanhol, aliás, é oportuna, uma vez que a Constituição espanhola, assim como a brasileira, enumera uma série de garantias processuais.

A propósito, afirma Joan Picó i Junoy¹¹⁴ que “a C.E. estabelece em seu art. 24 toda uma série de garantias processuais outorgando-lhes o caráter de direitos fundamentais, pelo que se configuram, desse modo, como ponto de referência ineludível de todo o ordenamento processual.

A diferença de nossos Textos Fundamentais históricos, nos quais encontramos poucas referências a direitos de conteúdo processual, na atual Carta Magna se prevê um conjunto de garantias processuais que sintetizam o que deve constituir o devido processo em um Estado de Direito, dando lugar ao denominado <<direito constitucional processual>>” – traduzi¹¹⁵.

protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional”.

114 – “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, p. 15.

115 – No original: “la Constitución Española establece en su art. 24 toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, de este modo, como punto de referencia ineludible de todo el ordenamiento procesal. A diferencia de nuestros Textos Fundamentales históricos, en los que encontramos escasas referencias a derechos de contenido procesal, en la actual Carta Magna se prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que debe constituir el debido proceso en un Estado de Derecho, dando lugar al denominado «derecho constitucional procesal»”.

Sem se adentrar a polêmica sobre a autonomia desse ramo da ciência jurídica, é evidente que é indispensável o estudo dos princípios processuais constitucionais.

Mesmo porque, conforme Teori Zavascki¹¹⁶, “em nosso direito, caracterizado pela supremacia da Constituição e pela viabilidade ampla de controle difuso dessa supremacia, todo e qualquer preceito normativo sofre inafastável relação de coordenação e de subordinação para com os preceitos constitucionalizados. É a Constituição que dá unidade ao sistema, que estabelece seus princípios básicos, que fixa as diretrizes e os limites do conteúdo da legislação ordinária”.

Marcus O. G. Correia¹¹⁷ cita alguns exemplos: “Assim, princípios como o do contraditório, previstos na Constituição Federal, passam a ser a base de todo o procedimento a ser adotado pela lei infraconstitucional. Afetada, ainda, como um todo, fica a noção de processo na sua integralidade.

Da mesma forma, intrinsecamente ligadas à idéia de jurisdição, as competências estabelecidas constitucionalmente são a base de toda a teoria processual da competência.

Outro exemplo: o direito constitucional de ação deve ser tido como o substrato da teoria da ação.

Vários são, pois, os preceitos constitucionais que estão diretamente ligados às noções basilares do direito processual civil de ação, jurisdição e processo. E, conforme a orientação ideológica assumida pela própria Constituição, esses conceitos serão profundamente afetados. Assim, por exemplo, o prestígio das ações coletivas dado pela Constituição Federal influencia de forma extremamente significativa esses conceitos. Outrossim, a preocupação constitucional - maior ou menor, segundo as ideologias - com a manifestação da cidadania poderá, como se verá no momento próprio, trazer significativas contribuições ao

116 - “Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante”, in *RePro* n° 82, abril-junho 1996, p. 57.

117 - “Direito processual constitucional”, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 3.

direito processual civil, através da revisão de seus conceitos básicos de ação, jurisdição e processo”.

Assim, considerando que qualquer interpretação deve partir do texto e dos princípios constitucionais, imprescindível estudar a relação entre o processo e a Constituição.

2.3 - A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

De início, deve-se distinguir a tutela constitucional do processo da jurisdição constitucional, a fim de que a matéria seja bem situada.

Adverte Cândido Dinamarco¹¹⁸ que “a visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso *dois sentidos vetoriais* em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se a *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada *jurisdição constitucional*, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (“jurisdição constitucional das liberdades”), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive”.

É evidente que o presente estudo volta-se para a perspectiva Constituição-processo, com a preocupação de analisar a *tutela constitucional* do processo e os princípios constitucionais que o regem.

118 - “A instrumentalidade do processo”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1987, p. 25.

Mesmo porque, conforme Dinamarco¹¹⁹, “a *tutela constitucional do processo* tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional¹²⁰”.

A seguir, então, serão analisados os princípios que integral a tutela constitucional do processo.

2.4 – A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO NA CF DE 88

Na Constituição Federal brasileira de 1988 há diversas normas a respeito do processo, que acabam por enunciar um rol de princípios aplicáveis ao direito processual civil.

Podem ser destacados os direitos e garantias fundamentais estabelecidos no artigo 5º, incisos XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LX, LXVII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXIV e LXXVII, que tratam, respectivamente, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da vedação à utilização de provas ilícitas, da publicidade dos atos processuais, da restrição à prisão civil, do mandado de segurança, do mandado de injunção, do *habeas data*, da ação popular, do direito à assistência jurídica integral e gratuita, da gratuidade da ação de *habeas corpus* e *habeas data*.

119 – *Idem, ibidem*.

120 – O mesmo raciocínio é válido para o Processo Penal. A propósito, sustenta Antonio Scarance Fernandes (Op. Cit., pág. 43), que “...os estudos de processo constitucional devem ser feitos a partir das garantias do devido processo, ou, mais especificamente, a partir das garantias do devido processo penal e, ainda, para justificar a inclusão de garantias de ordem procedimental neste título.”

Também não pode ser esquecido o princípio estabelecido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que determina a necessidade de motivação das decisões judiciais.

Outrossim, no próprio *caput* do artigo 5º da CF estão enunciados os princípios da isonomia e da segurança.

De forma implícita ou explícita (há controvérsias doutrinárias) a Constituição Federal de 1988 ainda assegura a recorribilidade das decisões judiciais, através da garantia ao duplo grau de jurisdição.

Oportuna a visualização de alguns desses direitos e garantias fundamentais, que se traduzem em verdadeiros princípios da ciência processual.

Mesmo porque, como ensina Dinamarco¹²¹, “generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou *direito processual constitucional* e que consiste na “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”. A idéia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*”.

Vale a tentativa, portanto, de “condensar” os princípios constitucionais, na perspectiva de identificar o real alcance da tutela constitucional do processo.

Nesse contexto, merecem destaque o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a isonomia, o juiz natural, a segurança jurídica, a inafastabilidade do controle jurisdicional, a vedação à utilização de provas ilícitas, a necessidade de motivação das decisões judiciais e a possibilidade de se recorrer das decisões judiciais.

121 – *Idem*, p. 24.

2.5 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal ("due process of law") é o princípio fundamental do processo.

Trata-se de princípio que, para a maioria dos doutrinadores, teve origem no direito inglês (*Magna Carta* - 1215) e estabeleceu a necessidade de que os barões, e depois o povo, somente fossem julgados através de um processo que obedecesse as leis do país¹²².

Vale registrar que a *Magna Carta* é de grande importância histórica na luta do homem em busca de direitos que devem ser respeitados pelos governantes.

A propósito, afirma Fábio Konder Comparato¹²³ que a *Magna Carta* é "a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados".

No aspecto processual, importante destacar a cláusula 39 da *Magna Carta* de 1215, que estabelece devam "os homens livres ser julgados por seus pares e de acordo com a lei da terra".

Para a doutrina, esse dispositivo consagra o princípio do devido processo legal.

O devido processo legal, no aspecto processual, caracteriza-se pela exigência de respeito às normas constitucionais acerca do

122 - Observa Antonio Scarance Fernandes (*Op. cit.*, p. 43), nesse sentido, que "essa garantia do devido processo legal tem como antecedente remoto o art. 39 da *Magna Carta*, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra. Falava-se inicialmente em *law of the land*. Os textos posteriores é que mencionaram o *due process of law*, que veio a ter assento constitucional nos Estados Unidos da América do Norte, nas Emendas números V e XIV. Passa esta cláusula com o tempo a integrar o rol de garantias dos textos das Constituições européias: italiana, portuguesa, espanhola, alemã, belga." No mesmo sentido Oreste Laspro (*Op. cit.*, p. 81).

123 - "A afirmação histórica dos direitos humanos", São Paulo: Saraiva, 1999, p. 65.

processo, verdadeiras garantias estabelecidas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Também é exigido o respeito às normas infraconstitucionais.

Sem obediência a essas regras fundamentais não se chega à almejada “justa composição da lide”¹²⁴.

Trata-se de garantia indeclinável, à qual deve obediência o próprio Estado¹²⁵.

Por isso, a prestação da tutela jurisdicional só pode se dar com o respeito às normas processuais estabelecidas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional com ela compatível.

Dos princípios processuais, não há dúvida que o mais importante é o princípio em tela, que foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LIV.

Do ponto de vista processual, haja vista que o princípio também pode ser considerado do ponto de vista material, o princípio representa uma garantia de acesso à justiça, ou, como prefere a atual doutrina, garantia de “acesso à ordem jurídica justa” (expressão do processualista Kazuo Watanabe).

124 – Conforme Djanira Maria Radamés de Sá (“Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional”, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58), o princípio “encerra a garantia de um processo justo e regular. Seu conteúdo é claramente o de abranger qualquer tipo de processo em que haja risco de perda de alguma situação de vantagem integrante do patrimônio jurídico do sujeito de direito. Compreende a garantia, ainda, a estruturação adequada e correta do procedimento do ponto de vista formal, estabelecendo, pelos seus corolários, os limites da formalização procedimental. Por constituir segurança de processo e decisão justos, o que envolve também a garantia de participação dos sujeitos da lide na sua composição, e do Estado no exercício de seu poder coativo de composição de lides, o princípio do devido processo legal é compreensivo de muitas das demais garantias processuais, pelo que contribui decisivamente para torná-las efetivas”.

125 – Aliás, segundo Fábio Konder Comparato (*Op. cit.*, pág. 65), “a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”.

Significa, portanto, não uma mera garantia formal, mas um verdadeiro direito à prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva, com a supressão de alguns óbices ao acesso ao Judiciário como, por exemplo, das dificuldades econômicas, o que pode ser atingido através do direito à assistência judiciária gratuita.

A onerosidade da prestação jurisdicional não pode impedir o acesso ao Judiciário, por exemplo.

Portanto, o direito à assistência judiciária gratuita, estabelecido no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, também é decorrente do devido processo legal.

Decorre ainda do devido processo legal a necessária proteção aos interesses metaindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos).

Enfim, há uma série de princípios e exigências que decorrem da garantia do devido processo legal.

Nesse momento, em face da pertinência com o tema do trabalho, deve-se destacar que a exigência de efetividade da prestação da tutela jurisdicional é também decorrente da mencionada garantia processual.

Ou seja, o devido processo legal impõe que o Estado, através de seu órgão jurisdicional, preste uma tutela jurisdicional efetiva.

Nesse sentido manifestou-se, recentemente, José Rogério Cruz e Tucci¹²⁶, afirmando a existência de uma garantia constitucional à tutela jurisdicional sem dilações indevidas.

Verifica-se, portanto, a importância do princípio em tela.

Nesse momento vamos tentar identificar o possível conteúdo do *due process of law*, analisando os princípios e garantias que decorrem do mencionado princípio, mesmo porque estudar os demais princípios e garantias é, na verdade, identificar o conteúdo da garantia do devido processo legal.

126 - "Garantia do processo sem dilações indevidas", in *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: RT, 1999, p. 237.

2.6 – O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Também são princípios fundamentais do processo o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa.

Enuncia a Constituição Federal de 1988 os mencionados princípios nos seguintes termos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (artigo 5º, inciso LV).

Verifica-se, pois, que os princípios são aplicáveis a todo e qualquer processo judicial e administrativo, sem exceção.

2.6.1 – O contraditório

Liebman¹²⁷ bem definiu o que se deve entender por contraditório: “Garantia fundamental da justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo o qual todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz suas razões antes que ele profira sua decisão... As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações impostas arbitrariamente. Qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida”.

Clássica também é a definição do Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida¹²⁸, no sentido de que contraditório é a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.

127 – “O princípio do contraditório no processo civil italiano”, no volume intitulado *A proteção jurídica do trabalhador*, Milão, 1968, p. 130, *apud* Giuseppe Tarzia, in *RePro* nº 28, p. 55.

128 – “Princípios fundamentais do processo penal”, São Paulo: RT, 1973, p. 82.

Pelas definições acima expostas, é possível identificar dois requisitos indispensáveis para se pensar em contraditório: *informação e participação*.

Essas condições são apontadas por Dinamarco¹²⁹, para quem o contraditório exige, “de um lado, a necessária informação dos atos do processo às partes e, de outro, a possível reação destas aos atos desfavoráveis. Informação necessária. Reação possível”.

A informação é garantida, principalmente, pela previsão dos chamados atos de comunicação processual: citação, notificação e intimação.

Tratam-se de atos indispensáveis ao desenvolvimento válido da relação processual.

Porém, não basta a informação. Há necessidade de se garantir às partes a possibilidade de participação na realização dos atos processuais.

Sobre a questão, magnífica a lição de Dinamarco¹³⁰: “Participar significa, para quem participa, aumentar as possibilidades de vitória no processo; mas significa, para o Estado e para o juiz, uma colaboração para a melhoria da função jurisdicional...”

...Participar é participar da instrução... *Instruir não é só provar*. Instruir, em linguagem processual, significa *preparar*. É claro, através da prova vai-se influindo no espírito do juiz, preparando uma solução que eu quero seja favorável a mim e a parte contrária quer o mesmo. Mas não é só provando que eu participo do processo. Não é só provando que eu instruo o juiz, que eu preparo a sua mente para chegar à solução que quero; também em todas as demais atividades. Nas alegações que se fazem no processo, existe atividade instrutória...”.

129 - “Fundamentos do processo civil moderno”, São Paulo: RT, 2ª ed., 1987, p. 93.

130 - *Idem*, pp. 94-95.

Também ensina Dinamarco¹³¹ que o contraditório deve ser efetivo e equilibrado. Para o mestre, o equilíbrio do contraditório exige o tratamento igual das partes. “Tudo se faz para que haja uma igualdade de oportunidades das partes no processo... É aí, então, que o contraditório deve funcionar com prazos iguais e com oportunidades iguais para ambas as partes”.

O contraditório exige, portanto, um mínimo de garantias:

- que as partes sejam científicas dos atos processuais praticados e a serem praticados;
- que seja garantida uma “paridade de armas”, ou seja, um tratamento igual entre as partes;
- que as partes possam dialogar entre si e com o juiz;
- que o diálogo com o juiz seja anterior às suas decisões;
- que as decisões do juiz sejam motivadas;
- que sejam concedidos às partes meios de impugnar os atos decisórios.

O respeito ao contraditório, em suma, está ligado ao próprio fim do processo, que é a justa composição da lide.

Segundo Humberto Theodoro Júnior¹³², “embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é *absoluto*, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo.

Decorrem três consequências básicas desse princípio:

- a) a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores;
- b) só há relação processual completa após regular citação do demandado;

131 – *Idem*, p. 98.

132 – “Curso de direito processual civil”, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 27.

c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.

O princípio do contraditório reclama, outrossim, que se de oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, como também de *fazer* a prova contrária. A não ser assim, cair-se-ia no vazio. E, por isso, nega-se o princípio e comete-se cerceamento de defesa quando se assegura a audiência da parte adversária, mas não se lhe faculta a contraprova”.

Alexandre Freitas Câmara¹³³ lembra da divergência doutrinária acerca da ligação entre contraditório e isonomia. Segundo constata, “afirmam muitos autores que o contraditório nada mais é do que a aplicação, no processo, da garantia da isonomia. Dissente desta forma de pensar *Cândido Dinamarco*, a nosso sentir com razão. Não nos parece que contraditório e isonomia sejam conceitos coincidentes. Pode-se pensar num ordenamento processual em que ambas as partes tenham oportunidade de se manifestar no processo, mas tais oportunidades sejam conferidas de forma desequilibrada. Haveria aí contraditório sem isonomia. Da mesma forma, pode-se imaginar um ordenamento processual em que a participação das partes seja igualmente restringida, não havendo nenhuma garantia substancial de participação no processo. Nesta hipótese haveria isonomia sem contraditório.

É certo, de toda forma, que embora conceitualmente distintos os dois princípios, é adequado que os mesmos se encontrem, garantindo-se assim o que se chamou “contraditório efetivo e equilibrado”. O processo justo (ou, em outras palavras, o devido processo legal) exige não apenas contraditório, mas também isonomia, o que nos leva a concluir que a garantia constitucional do *due process of law* só estará verdadeiramente assegurada onde os dois conceitos – de contraditório e isonomia –

133 – “Lições de direito processual civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 59.

conviverem harmonicamente, tendo as partes do processo não só oportunidade de participação, mas identidade de oportunidades. Em outras palavras, há que se assegurar não só o contraditório, mas um contraditório que além de efetivo (ou seja, capaz de permitir resultados adequados na formação do provimento jurisdicional), seja também equilibrado, o que se assegura com a igualdade substancial de tratamento deferida às partes”.

Alexandre Freitas Câmara¹³⁴, além de destacar este aspecto jurídico do princípio do contraditório, lembra que também há necessidade de examinar o princípio do contraditório sob o aspecto político.

Segundo afirma, “o contraditório é uma garantia política conferida às partes do processo. Através do contraditório se assegura a legitimidade do exercício do poder, o que se consegue pela participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional. Tal assertiva merece ser aprofundada.

Como se sabe, num Estado Democrático de Direito o exercício do poder deve ser não apenas legal, mas também legítimo. Tal legitimidade é exigida em todas as manifestações do exercício do poder, inclusive quando do exercício da função jurisdicional. Em outras palavras, cada ato ou procedimento estatal para exercício de poder deve ser encarado como um microcosmo do Estado Democrático de Direito.

O exercício da função jurisdicional, como várias outras manifestações de exercício do poder soberano do Estado, se dá através de um procedimento destinado à elaboração de um provimento. Tais procedimentos só se legitimam pela participação dos interessados no provimento que se vai formar.

Isto significa dizer o seguinte: qualquer que seja a função exercida pelo Estado, só se terá exercício legítimo de poder quando houver participação no procedimento (ao menos potencial) de todos aqueles que podem vir a ser alcançados pelos

134 – “Lições de direito processual civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, pp. 59-60.

efeitos do ato estatal produzido. Tal participação deve ser garantida, pois, em todas as três funções classicamente atribuídas ao Estado: legislativa, administrativa e jurisdicional...

No exercício da função jurisdicional deve ser assegurado aos interessados o direito de participar dos procedimentos que têm por fim a elaboração de provimentos. Tal participação se concretiza na garantia constitucional do contraditório, que pode, assim, ser compreendido como o direito de participação no processo que tem por fim legitimar o provimento estatal que nele se forma. Em outras palavras, só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo onde se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito".

Portanto, reveste-se o contraditório de uma importância fundamental para a relação processual.

Sobretudo porque o respeito ao contraditório também garantirá a igualdade e o equilíbrio entre as partes.

E o respeito ao contraditório somente existirá se houver a necessária informação e a possibilidade de participação das partes.

Lembra Antonio Scarance Fernandes¹³⁵ que, no processo penal, a garantia ao contraditório é até mais intensa do que no processo civil. Afinal, conforme o próprio autor, enquanto no processo penal "não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar aos atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los", "no processo civil" para a observância do contraditório basta a oportunidade de defesa assegurada pela citação, garantindo-se ao réu o direito

135 - "Processo penal constitucional", São Paulo Revista dos Tribunais, 1999, pp. 52-53.

de, se quiser, se defender e comparecer ao processo, respondendo aos atos da parte contrária”.

2.6.2 – A ampla defesa

A garantia da “ampla defesa” significa que as partes têm a garantia constitucional de promover a ampla defesa de seus direitos e interesses.

Nesse sentido deve ser entendida a expressão ampla defesa, ou seja, ampla defesa de direitos.

Com essa conotação, a expressão ganha significado mais amplo do que o significado mais restrito empregado por alguns autores.

De fato, há autores que se referem à expressão “ampla defesa” para relacioná-la à idéia de defesa de um acusado em um processo penal ou de um réu no processo civil.

A justificativa para essa restrição ao conceito de “ampla defesa” parece ser a redação do artigo 153, § 15, da CF de 67, com a Emenda 1 de 69: “a lei assegurará *aos acusados* ampla defesa, com os recursos a ele inerentes...”.

Hoje, todavia, o texto constitucional fala em contraditório e ampla defesa como garantias aplicáveis a todos os processos.

Sendo assim, não há ampla defesa apenas no processo penal. Há, também, quando alguém alega a violação de um direito seu em juízo, pleiteando a tutela jurisdicional.

A melhor forma de se garantir às partes essa ampla defesa é através do respeito ao contraditório, pois esse princípio é que vai garantir a dialeticidade da relação processual, de forma que, tanto o autor, quanto o réu, possam ser ouvidos antes de qualquer decisão acerca de suas diferentes e opostas pretensões.

Há, portanto, muita proximidade entre os princípios, de forma que é justificável estejam previstos em um único dispositivo constitucional.

2.7 – A isonomia

A isonomia, na perspectiva jurídica, decorre da idéia de que “todos são iguais perante a lei”.

Processualmente falando, a isonomia exige “paridade das armas no processo”, a igualdade de tratamento e de oportunidades.

Está garantida, várias vezes, na Constituição Federal, bem como no próprio Código de Processo Civil, no art. 125, inciso I.

A regra da igualdade, no processo, tem inúmeras aplicações. Cite-se, por exemplo, o art. 508 do CPC, que determina a identidade de prazos para a interposição e para a impugnação do recurso.

Porém, sempre é colocado em dúvida o princípio nas hipóteses em que o código estabelece um tratamento diferenciado entre as partes.

Sem dúvida, a maior discussão surge em face do art. 188 do CPC, que estabelece prazos diferenciados para a Fazenda Pública e para o Ministério Público (prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer)¹³⁶.

A doutrina majoritária, acertadamente a nosso ver, destaca que o tratamento diferenciado estabelecido pelo artigo 188 do

136 – Alexandre Freitas Câmara (“Lições de direito processual civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 49) constata a divergência: “muito se discute sobre a constitucionalidade deste dispositivo, entendendo alguns que o mesmo afronta a garantia da isonomia, enquanto a doutrina dominante vê no dispositivo uma aplicação do referido princípio constitucional. Esta última é, realmente, a melhor posição. A Fazenda Pública e o Ministério Público devem cumprir uma série de burocracias e formalidades para que se torne possível sua manifestação no processo. Além disso, tais entidades representam interesses de grande relevância social, os chamados interesses públicos, e eventuais obstáculos que fossem criados à sua adequada participação no processo seriam prejudiciais a toda a coletividade. Por esta razão, merecem o tratamento diferenciado que se lhes outorgou”.

CPC na verdade confirma o princípio da igualdade, pois busca-se uma igualdade material e não meramente formal¹³⁷.

Nelson Nery Junior¹³⁸ cita um exemplo interessante da aplicação da regra da igualdade substancial e não meramente formal: “O art. 4º, n. I, do CDC reconhece o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo. Portanto, para que se tenha a isonomia real entre o consumidor e o fornecedor, é preciso que sejam adotados mecanismos como o da inversão do ônus da prova, estatuído no art. 6º, n. VIII, do CDC como direito básico do consumidor. Este artigo não é inconstitucional, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei”.

Nestes termos, não há devido processo legal sem que seja assegurado às partes um tratamento paritário, igualitário.

A igualdade material exige, por paradoxal que possa parecer, um tratamento diferenciado de certas situações.

2.8 - O juiz natural

Também assegura a Constituição Federal de 1988 o princípio do juiz natural.

137 - Alexandre Freitas Câmara (“Lições de direito processual civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, pp. 49-50.) aponta outro caso de tratamento desigual no CPC, o que, segundo ele, também tem por fim assegurar a igualdade substancial: “é o que se encontra no art. 82, I, do CPC, segundo o qual o Ministério Público deve intervir obrigatoriamente nos processos em que haja interesse de incapaz envolvido. Tal norma tem por fim assegurar aos incapazes a já mencionada “paridade de armas” que se pretende assegurar com a garantia de igualdade substancial, já que não se pode pretender afirmar que exista igualdade material entre capazes e incapazes”.

138 - “Princípios do processo civil na constituição federal”, São Paulo: RT, 1995, p. 40.

Para José Frederico Marques¹³⁹, “o chamado princípio do *juiz natural* surgiu formulado com este nome, pela primeira vez, ao que parece, na Carta Constitucional francesa de 1814”.

Ada Pellegrini Grinover¹⁴⁰, de outro lado, constata que “é tradicional a postura que faz remontar à Carta Magna o estabelecimento do princípio do *juiz natural*. O art. 21 da Carta de 1215 dispunha que “condes e barões não serão multados *senão pelos seus pares*, e somente de conformidade com o grau de transgressão”; e o conhecidíssimo art. 39 reafirmava: “nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por *juízo legítimo de seus pares e pela lei da terra*”. Matriz de outro aspecto do princípio do *juiz natural* é o art. 20 da Magna Carta, quando, ao cuidar das penalidades e de sua proporcionalidade às transgressões, afirmava que “nenhuma multa será lançada *senão pelo juramento de homens honestos da vizinhança*”.

Todavia, Ada Pellegrini Grinover¹⁴¹, que estudou e pesquisou a origem da garantia, chegou à conclusão de que “a naturalidade do *juiz* como expressão da proibição de juízes extraordinários deriva diretamente da *Petition of Rights*, de 1627, e do *Bill of Rights*, de 1688”.

Segundo a autora, “observou-se recentemente que, para a correta compreensão da garantia do *indiciu parium suorum* da Carta Magna, é preciso relembrar o sistema de administração da justiça na Inglaterra daquela época.

139 - “Instituições de direito processual civil”, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 147.

140 - “O princípio do *juiz natural* e sua dupla garantia”, in “O processo em sua unidade - II”, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 4.

141 - “O princípio do *juiz natural* e sua dupla garantia”, in “O processo em sua unidade - II”, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 5.

Prevalecia, então, o sistema jurisdicional feudal, com a distribuição da justiça pelos proprietários da terra. A função jurisdicional estatal era incipiente, e exatamente no período de transição para a estatização da justiça foram surgindo aos poucos os juízes itinerantes: antes, como meros inspetores que agiam por comissão real; depois, como verdadeiros juízes, desempenhando a função jurisdicional estatal, concorrentemente com as Cortes Feudais.

Parece, assim, que o fenômeno dos juízes itinerantes, à época de João Sem Terra, ainda não havia assumido consistência tal, que justificasse a garantia da Magna Carta contra os juízos extraordinários. Notou-se que a experiência histórica que exerceu influência sobre o documento de 1215 era o sistema jurisdicional feudal. Daí por que é lícito concluir que a garantia dos arts. 21 e 39 se dirigia à justiça feudal, e não à proibição de juízes extraordinários... A problemática do juiz natural, como hoje a entendemos, é sucessiva à época da Magna Carta”.

No direito brasileiro, o princípio constou, desde o início, dos textos constitucionais, excetuando-se a Carta de 10 de novembro de 1937, que não se referiu ao princípio.

Como constata Ada Pellegrini Grinover¹⁴², “na tradição do direito brasileiro, o princípio do juiz natural inseriu-se, desde o início, em sua dupla garantia nas Constituições, equivalendo à proibição de comissões, entendidas como tribunais extraordinários, *ex post facto*, e à proibição de evocação, como transferência de uma causa para outro tribunal”.

A garantia, no direito brasileiro, atualmente, está expressa nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º.

De acordo com essas disposições, é vedada a existência de juízos ou tribunais de exceção, bem como garante-se o julgamento pela autoridade competente.

142 - “O princípio do juiz natural e sua dupla garantia”, in “O processo em sua unidade - II”, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 15.

Refere-se Ada Pellegrini Grinover a uma dupla garantia decorrente do princípio do juiz natural.

Segundo a autora¹⁴³, “o princípio do juiz natural, entre nós, é tutelado por dupla garantia: consiste a primeira na proibição de juízos extraordinários, constituídos *ex post facto*; e, a segunda, na proibição de subtração do juiz constitucionalmente competente.

Tais garantias desdobram-se, na verdade, em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”.

No mesmo sentido afirma Alexandre Freitas Câmara¹⁴⁴ que “o princípio do juiz natural só será entendido em todos os seus aspectos se ficar claro que a garantia tem duas faces: uma primeira: ligada ao órgão jurisdicional, ou seja, ao juízo, e não propriamente à pessoa natural do juiz. Uma segunda faceta do mesmo princípio, porém, diz respeito à pessoa do juiz, e está ligada à sua imparcialidade.

É o primeiro aspecto do princípio que a Constituição consagra, ao proibir juízes de exceção e ao determinar que os processos tramitem perante o juízo competente. Por esta razão, nada impede que se denomine este primeiro aspecto do princípio do juiz natural de “princípio do juiz constitucional”.

O que a Carta Magna quer assegurar é que os processos tramitem perante juízos cuja competência constitucional é preestabelecida. A Constituição, como se sabe, fixa a competência de diversos órgãos jurisdicionais, como se verifica, por exemplo, nos arts. 102 (competência do Supremo Tribunal Federal), 105 (competência do Superior Tribunal de Justiça), 108

143 - “O princípio do juiz natural e sua dupla garantia”, in “O processo em sua unidade - II”, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39.

144 - “Lições de direito processual civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 50.

(competência dos Tribunais Regionais Federais), 109 (competência dos juizes federais), além de muitos outros. Tais regras devem ser observadas em todos os processos, e eventuais alterações que as mesmas venham a sofrer não poderão ser aplicadas a casos que já tivessem ocorrido antes da mudança. Exemplifique-se: praticado ato ilegal pelo Presidente da República, tendo tal ato causado dano a direito líquido e certo de alguém, o titular do direito lesado poderá, como é notório, impetrar Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal, órgão competente nos termos do art. 102, I, *d*, da Constituição. Imagine-se, agora, que uma emenda constitucional viesse a ser aprovada após a prática do ato presidencial mencionado, mas antes de ser impetrado o Mandado de Segurança, deslocando a competência para julgar tal demanda para o Superior Tribunal de Justiça. Tal emenda constitucional, ainda que entrasse em vigor imediatamente, não teria o poder de alterar a competência para o julgamento daquele Mandado de Segurança antes mencionado, e que se dirige contra ato praticado, como se viu, antes da alteração da norma constitucional. Isto porque a aplicação imediata da nova regra seria contrária ao princípio do juiz natural, que exige sejam as demandas judiciais submetidas aos órgãos cuja competência constitucional foi preestabelecida em relação ao fato que será submetido à apreciação do Judiciário.

Em outros termos, a competência constitucional a ser observada num processo é aquela que estava estabelecida na Lei Maior na data em que ocorreu o fato que será submetido ao Judiciário. Não se diga que tal regra está ligada à idéia de "direito adquirido", pois não existe um "direito adquirido ao órgão jurisdicional competente", mesmo porque a competência para o processo só é, em princípio, fixada com a propositura da ação (art. 87 do CPC). A proibição de que as mudanças posteriores ao fato sejam influentes na fixação da competência constitucional estão ligadas, isto sim, ao princípio do juiz natural (ou, quanto a

este aspecto que ora examinamos, princípio do juiz constitucional)".

Para Nelson Nery Junior¹⁴⁵, "quando a CF, no art. 5º, estabelece que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (inciso n. XXXVII) e que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (inciso n. LIII), adotou o princípio do juiz e do promotor natural, denominado pelos alemães de princípio do *juiz legal*, terminologia absorvida pelos portugueses. A proibição da existência e criação de tribunais de exceção é o complemento do princípio do juiz natural.

Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do tribunal.

Assim como o Poder do Estado é um só (as atividades legislativa, executiva e judiciária são formas e parcelas do exercício desse poder), a jurisdição também o é. E para a facilitação do exercício dessa parcela de poder é que existem as denominadas justiça especializadas. Portanto, a proibição da existência de tribunais de exceção, *ad hoc*, não abrange as justiça especializadas, que são atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário.

Juízo especial, permitido pela constituição e não violador do princípio do juiz natural, é aquele previsto anteriormente, abstrato e geral, para julgar matéria específica prevista na lei.

Não se pode confundir tribunal de exceção com prerrogativa de foro. Esta se dá quando a lei favorece alguém em razão de interesse público, como ocorre com as ações de separação judicial, divórcio e anulação do casamento, todas versando sobre direito indisponível, que devem ser processadas e julgadas no foro da residência da mulher (art. 100, n. 1, CPC), bem como com as ações de alimentos, cuja competência é do foro da

145 - "Princípios do processo civil na constituição federal", São Paulo: RT, 1995, pp. 60-61.

residência do alimentando (art. 100, n. II, CPC). O poder jurisdicional dado ao Senado Federal para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, n. I, CF), por exemplo, constitui manifestação de prerrogativa de foro em razão da função, mas não tribunal de exceção. É, por assim dizer, antes de caracterizar-se como privilégio, uma *garantia* assegurada à independência e imparcialidade da justiça, destinada a proteger o interesse público geral”.

2.9 – A proibição das provas ilícitas

Outro princípio importante que foi adotado expressamente pelo legislador, com a Constituição Federal de 1988, é o princípio da proibição das provas ilícitas.

O texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LVI, enuncia que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O texto constitucional procura impedir a utilização, em qualquer processo, de uma prova obtida por meio ilícito.

Todavia, conforme constata João Batista Lopes¹⁴⁶, “a questão da admissibilidade das “provas ilícitas” apresenta, na doutrina, panorama de grandes contrastes.

É que a expressão “provas ilícitas” pode ser tomada em sentido lato ou restrito.

Em sentido lato, abrange não só as provas contrárias à Constituição, como também às leis ordinárias e aos bons costumes.

Em sentido restrito, refere-se às provas que ofendam disposições legais e constitucionais”.

146 – “A prova no direito processual civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85.

De fato, há divergência na doutrina com relação à terminologia, pois os autores falam em provas *ilegais*, *ilegítimas* e *ilícitas*.

Contudo, de uma forma mais ou menos pacífica, procura-se distinguir a prova ilícita da prova ilegítima.

Ada Pellegrini Grinover¹⁴⁷, acolhendo lição de Nuvolone, assim se manifesta: “a prova será *ilegal* toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será *ilegítima* (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será *ilícita* (*rectius* à fonte de prova será ilicitamente colhida)”¹⁴⁸ – grifei.

147 – “Liberdades públicas e processo penal”, 2ª ed, São Paulo: RT, 1982, p. 98.

148 – Ada Pellegrini Grinover (“Provas ilícitas”, in *O processo em sua unidade-II*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 170-171) ainda observa que a “prova pode ser, ao mesmo tempo, ilícita e ilegítima, ou seja, se pode configurar hipótese de a prova ilícita, isto é, a prova colhida em infração à norma material, ser considerada, ao mesmo tempo, inadmissível pelo ordenamento processual: nesse caso, introduzida que fosse no processo, a prova seria contemporaneamente ilícita e ilegítima... temos um exemplo no nosso ordenamento processual, que considera uma prova ilegítima em virtude da ilicitude da maneira pela qual foi colhida, com infringência ao direito material. Trata-se do art. 233 do Código de Processo Penal, ao qual corresponde o art. 375 do Código de Processo Penal Militar, artigos estes que consideram inadmissíveis, como provas, as cartas (ou a correspondência, no conceito do código processual militar) interceptadas ou obtidas criminosamente, prescrevendo o Código de Processo Penal Militar, expressamente, o seu desentranhamento. Aqui, é no momento da colheita da prova que se configura a infração à norma material penal, porquanto a correspondência é obtida por intermédio de uma interceptação criminoso; mas, ao mesmo tempo, a norma processual também considera a prova inadmissível, rejeitando o ordenamento a sua produção em juízo”.

Essa lição é também seguida por Luiz Francisco Torquato Avolo¹⁴⁹, que acrescenta outro detalhe: “a par da distinção da natureza da norma violada, outra se faz quanto ao momento da transgressão: enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este”.

Seguindo-se esse pensamento, as principais diferenças entre provas ilícitas e provas ilegítimas são:

- *provas ilegítimas*: são provas colhidas com ofensa às normas de direito processual; a ilegalidade ocorre quando da produção da prova no processo;

- *provas ilícitas*: a colheita ofende norma de direito material; a ilegalidade ocorre fora do processo.

Além da questão referente à classificação das provas em ilegais, ilícitas e ilegítimas, existe outro ponto extremamente relevante: a admissibilidade ou não do uso das provas ilícitas.

A questão decorre do conflito entre buscar a verdade real e preservar, de outro lado, os direitos fundamentais do investigado.

Ou seja, percebe-se a existência de um conflito entre o interesse na busca da verdade e o interesse na tutela do indivíduo contra eventuais abusos praticados pelo Poder Público.

Como há esse conflito, pode-se indagar da prevalência, em certos casos, do interesse na utilização de uma prova, mesmo que obtida ilicitamente.

A justificativa para tal prevalência tem sido sustentada por alguns autores, sob a invocação do *princípio da proporcionalidade*.

149 - “Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas”, SP: RT, 2ª ed., 1999, pp. 44-45.

Sobre a questão, anota Antonio Magalhães¹⁵⁰ que “a atividade probatória deve ser limitada diante da tutela conferida pelo ordenamento a outros valores, que se sobrepõem à busca da verdade judicial; enfim, nessa última hipótese, é a *ponderação* entre os interesses em conflito que justifica a exclusão.

Essa mesma consideração pode implicar, em outras situações especiais, a prevalência do interesse na obtenção da prova sobre o valor cuja proteção é almejada pela regra da proibição: fala-se, então, em *razoabilidade*, em *proporcionalidade*, como princípio que autorizaria a superação de vedações probatórias”.

A matéria, contudo, é extremamente controvertida.

A propósito, Ada Pellegrini Grinover¹⁵¹, sobre a questão, constata a existência de uma profunda divergência jurisprudencial e aponta uma síntese de entendimentos:

“a) a primeira tendência é no sentido da admissibilidade da prova ilícita, sustentando-se que somente se pode afastar a prova do processo, desde que o próprio ordenamento processual assim o determine...

b) a segunda tendência doutrinária é pela inadmissibilidade das denominadas provas ilícitas, buscando-se o fundamento da inadmissibilidade na visão unitária do ordenamento jurídico. Não se constituindo o ordenamento jurídico de departamentos estanques, não se poderia admitir no processo ato ilícito...

c) uma terceira corrente, que se filia a esta segunda porque acaba concluindo pela inadmissibilidade da prova ilícita, utiliza o fundamento diferente, não se reportando à unidade do ordenamento jurídico, mas sim a uma visão de índole constitucional. Aduzem seus adeptos que quando uma prova

150 - “Direito à prova no processo penal”, São Paulo: RT, 1997, p. 104.

151 - “Provas ilícitas”, in *O processo em sua unidade-II*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 172-174.

é colhida infringindo-se direitos fundamentais do indivíduo, configura-se a categoria da inconstitucionalidade...

d) como quarta escola, filiada a esta última e ainda sustentando a inadmissibilidade das provas ilícitas, mas com certas atenuações, podemos citar a tendência que se delineia na jurisprudência constitucional alemã e que se prende a princípios já expostos pela Corte Suprema norte-americana: trata-se do que se convencionou chamar de critério da proporcionalidade, na Alemanha, ou critério da razoabilidade, nos EUA. Isto significa que certa doutrina reconhece a inconstitucionalidade e conseqüentemente a ineficácia da prova colhida com infração aos direitos fundamentais do homem; ao mesmo tempo, abrande-se a proibição, em casos excepcionalmente graves e quando a prova ilícita for a única a ser produzida, com o objetivo de tutelar outros valores fundamentais”.

Atualmente, em face da vigente Constituição Federal, inclinam-se doutrina e jurisprudência no sentido da terceira posição, ou seja, da inadmissibilidade da prova ilícita.

Alguns julgados e parte da doutrina sustentam a atenuação da regra pelo princípio da proporcionalidade, o que não parece absurdo.

Nesse sentido anota Antonio Scarance Fernandes¹⁵² que “pretendendo pôr fim ao dissenso na doutrina e na jurisprudência, o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

Contudo, vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição”.

152 - “Processo penal constitucional”, São Paulo: RT, 1999, p. 80.

No direito de família há uma antiga orientação no sentido da admissibilidade das provas ilícitas, em face da indisponibilidade dos interesses tutelados.

A doutrina ainda debate a questão das *provas ilícitas por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada)*¹⁵³.

A matéria também é objeto de intensos debates e, obviamente, não será analisada nesse trabalho.

De qualquer forma, não há dúvida de que o princípio da proibição à utilização da prova ilícita, integrando o rol de garantias processuais da Constituição Federal de 88, passou a integrar o devido processo legal, havendo debate doutrinário acerca da natureza relativa ou absoluta da restrição constitucional.

2.10 – A necessidade de motivação dos atos decisórios

Também é importante de ser mencionado o princípio da necessária motivação dos atos decisórios.

Conforme Barbosa Moreira¹⁵⁴, “registra a história do direito precedentes antigos de decisões judiciais que precisavam ou

153 – Conforme Luiz Francisco Torquato Avolio (“Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas”, SP: RT, 2ª ed., 1999, p. 73.), “o problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. A questão é saber-se se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo”. Segundo o autor, “a doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a uma posição pacífica, quer no direito comparado, quer no direito brasileiro”.

costumavam ser motivadas. A partir da segunda metade do século XVIII, porém, é que se começou a generalizar, nas legislações ocidentais, a exigência feita aos juizes de declarar, em seus pronunciamentos decisórios, as razões em que se baseavam – imposição em regra qualificada pelo requisito da publicidade. Consagrou-a a Revolução Francesa, primeiro no art. 15, título V da lei de organização judiciária de 1790, e depois no art. 208 da Constituição do ano III. Na mesma época, adotou-se na Prússia a *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1773, ao passo que na península itálica a inovação se vira introduzida por anteriores reformas, em Nápoles (1774) e no Principado de Trento (1788).

A obrigatoriedade da motivação constituiria traço comum a quase todas as grandes codificações processuais do século XIX.

Entre nós, o dever de fundamentar as decisões judiciais encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 93, inciso IX, que exige seja motivada (fundamentada), sob pena de nulidade absoluta, a decisão judicial.

Mais uma vez inovou o texto constitucional de 1988, a favor do cidadão¹⁵⁵, mesmo porque com a atual Constituição a garantia tornou-se expressa.

A exigência se explica como forma de garantir às partes o conhecimento dos motivos que o levaram a decidir de determinada forma. Com isso também garante-se a possibilidade de a parte recorrer e mostrar a insubsistência dos argumentos do magistrado.

154 – “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 16, Uberaba: Forense, 4º trim. 1978, p. 111.

155 – A motivação já era exigida anteriormente, em lei ordinária. Barbosa Moreira (“A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 16, Uberaba: Forense, 4º trim. 1978, p. 113) afirma que “a obrigatoriedade da motivação tem fundas raízes na tradição luso-brasileira. No Código Filipino, assim estatuiu a Ordenação do Livro III, Título LXVI, § 7º. Também o CPC, em vários artigos (131, 165, 458), exige a motivação.

Barbosa Moreira¹⁵⁶ lembra de um aspecto importante da necessidade da motivação: “no Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como “*rechtsfertigender Staat*”, como “Estado que se justifica”. Distingue a doutrina dois aspectos complementares dessa “justificação”: o material e o formal. A intromissão é materialmente justificada, quando para ela *existe* fundamento: é formalmente justificada, quando *se expõe, se declara, se demonstra* o fundamento”.

Além dessa importante questão, a doutrina afirma que a motivação é igualmente importante para demonstrar que o julgador conheceu da lide, bem como para permitir um controle pelas partes e pela sociedade da função jurisdicional¹⁵⁷.

Mostrando a íntima relação entre a garantia do contraditório e da necessária motivação dos atos decisórios, Michele Taruffo¹⁵⁸

156 - “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 16, Uberaba: Forense, 4º trim. 1978, p. 117.

157 - Conclui Sérgio Nojiri (“O dever de fundamentar as decisões judiciais”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 69.) que “a *garantia* que tem o cidadão de conhecer as razões que convenceram o magistrado a julgar desta ou daquela forma é tão absoluta que, segundo entendemos, nem mesmo uma emenda, reforma ou revisão constitucional pode retirá-la de nosso sistema. O dever de fundamentar as decisões judiciais, por fazer parte integrante de um *princípio estruturante* da Constituição (do Estado Democrático de Direito), não pode deste ser retirado, ou ter sua significação restringida, sob pena de desvirtuamento da identidade e estrutura do próprio Estado”.

158 - “La prova dei fatti giuridici”, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 2, Milano: Giuffrè Editore, 1992, p. 408: “accanto al controllo *ex ante* assicurato dal metodo del contraddittorio vi è anche un possibile controllo *ex post* che può esercitarsi per il tramite della motivazione della sentenza. È noto invero che anche la motivazione è oggetto di una specifica garanzia, talvolta enunciata da norme costituzionali, e che la sua principale funzione consiste nel rendere possibile un controllo sucesivo sulle ragioni poste dal giudice a fondamento della decisione. È anche comunemente accettata la tesi secondo la quale la motivazione non può considerarsi come un

afirma que o contraditório favorece um controle da decisão antes dela ser proferida, ao passo que o controle posterior é exercitado em face da motivação da sentença.

Por isso o importante doutrinador italiano afirma que a garantia da motivação, enunciada por normas constitucionais, tem por principal função tornar possível um controle sobre as razões enunciadas pelo juiz como fundamento da decisão.

Também não deixa de observar Michele Taruffo¹⁵⁹, por outras palavras, que a exigência de motivação decorre da liberdade que goza o magistrado na valoração das provas. Através da motivação é possível o controle dentro e fora do processo onde foi a decisão proferida.

Barbosa Moreira¹⁶⁰ também ressalta a importância da motivação das decisões para o “controle extraprocessual” da sentença, citando Taruffo: “o pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da *controlabilidade* das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle

resoconto del procedimento logico o psicologico con cui il giudice è pervenuto alla decisione; essa è piuttosto l'esposizione di un ragionamento giustificativo, con il quale il giudice mostra che la decisione si fonda su basi razionali idonee a renderla accettabile. La motivazione è dunque una giustificazione razionale elaborata *ex post* rispetto alla decisione, ma finalizzata comunque a consentire il controllo sulla razionalità della decisione stessa.”

159 – “La prova dei fatti giuridici”, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. III, t. 2, Milano: Giuffrè Editore, 1992, p. 409: “La concezione della motivazione come giustificazione razionale del giudizio, valida in linea generale anche per numerose altre ragioni, trova dunque un sostegno particolare nell'esigenza di controllo che deriva dalla discrezionalità del giudice nell'impiego e nella valutazione delle prove: proprio la motivazione così concepita realizza infatti la funzione di controllo su tale discrezionalità, obbligando il giudice a giustificare le proprie scelte e rendendo possibile un giudizio successivo su di esse, nel processo e fuori del processo”.

160 – “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 16, Uberaba: Forense, 4º trim. 1978, pp. 118-119.

endoprocessual que se precisa assegurar: visa-se ainda, e sobretudo, “a tornar possível um controle “generalizado” e “difuso” sobre o modo como o juiz administra justiça”; e “isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião do *quisquis de populo*”. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como “privilégio” dos diretamente interessados, mas estender em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade da *motivação obrigatória e pública*”.

Imprescindível, portanto, a garantia da motivação dos atos decisórios.

2.11 – O duplo grau de jurisdição

Outro princípio que deve ser mencionado nesse estudo é o da recorribilidade ou do duplo grau de jurisdição¹⁶¹.

161 – Para Oreste Nestor de Souza Laspro (“Duplo grau de jurisdição no direito processual civil”, São Paulo: RT, 1995, pp. 17-18) “falar-se em duplo grau de jurisdição, tecnicamente, é equivocado pois se a jurisdição é uma das projeções do poder soberano, tolerar o duplo grau de jurisdição seria admitir a existência de várias jurisdições e, conseqüentemente, a pluralidade de soberanias, o que não faz sentido”. Para o autor, “o termo correto dessa maneira seria, por exemplo, duplo grau de cognição e julgamento”. Todavia, conforme ele mesmo reconhece, “a expressão duplo grau de jurisdição é de tal forma tradicional que não faria sentido a sua substituição. Temos uma

Conforme Chiovenda¹⁶², “entre os princípios judiciários fixados pela revolução francesa, um consistiu em que as causas possam normalmente transitar pela cognição de *dois* tribunais sucessivamente (princípio do *duplo grau de jurisdição*)”.

Portanto, em decorrência do mencionado princípio, os atos decisórios de um juiz ou tribunal devem ser recorríveis, de forma que possam ser apreciados por um tribunal de instância superior.

O objetivo é minimizar o problema natural do erro judiciário. Problema natural porque os julgamentos são efetuados por seres humanos.

O duplo grau de jurisdição representa uma garantia fundamental do cidadão de dispor de mecanismos aptos à correção e supressão de erros e falhas nos julgamentos.

Todavia, não basta a recorribilidade. É inerente ao princípio, e por isso se fala em princípio do duplo grau de jurisdição, que o recurso seja dirigido a um órgão superior e distinto daquele onde foi proferida a decisão¹⁶³.

pluralidade de instâncias e não de graus de jurisdição” (Idem, nota de rodapé nº 12, pág. 18).¹⁶²

162 – *Idem*, p. 139.

163 – Nesse sentido Humberto Theodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 28): “Não basta assegurar o direito de recurso, se outro órgão não se encarregasse da revisão do decisório impugnado. Assim, para completar o princípio da *recorribilidade* existe, também, o princípio da dualidade de instâncias ou do *duplo grau de jurisdição*. Isto quer dizer que, como regra geral, a parte tem direito a que sua pretensão seja conhecida e julgada por dois juízos distintos, mediante recurso, caso não se conforme com a primeira decisão. Desse princípio decorre a necessidade de órgãos judiciais de competência hierárquica diferente (os de primeiro grau juízes singulares) e os de segundo grau (Tribunais Superiores). Os primeiros são os *juízos da causa* e os segundos os *juízos dos recursos*”. Para Djanira Maria Radamés de Sá (*Op. cit.*, p. 89), “não importa que o reexame seja feito por órgão jurisdicional colegiado de hierarquia igual ou superior à do prolator da sentença ... Cuida-se mais, então, de um duplo exame que, propriamente, de um duplo grau”.

Destaca Djanira Maria Radamés de Sá¹⁶⁴, autora de monografia sobre o princípio, que “a razão de ser do princípio do duplo grau de jurisdição encontra-se na persecução da segurança como elemento ínsito da Justiça, que se concretiza por meio do pronunciamento do órgão jurisdicional”.

A segurança seria decorrente da possibilidade de um segundo exame, fato que permite um maior controle dos atos judiciais decisórios.

O princípio do duplo grau de jurisdição é disciplinado pela legislação infraconstitucional, sendo que a Constituição atual não o prevê expressamente. A Constituição do Império de 1824 estabelecia, expressamente, a garantia.

Por isso, como já observou Chiovenda¹⁶⁵, o duplo grau de jurisdição pode ser disciplinado de várias formas.

Pela mesma razão, a doutrina tem afirmado não se tratar de uma garantia absoluta¹⁶⁶.

164 - “Duplo grau de jurisdição - conteúdo e alcance constitucional”, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 86.

165 - “Instituições de direito processual civil”, vol. II, tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1943, p. 139.

166 - Nelson Nery Junior (“Princípios do processo civil na constituição federal”, São Paulo: RT, 1995, p. 152), por exemplo, afirma que o princípio não é absoluto: “O art. 158, da Constituição do Império de 1824, dispunha expressamente sobre a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, permitindo que a causa fosse apreciada, sempre que a parte o quisesse, pelo então Tribunal da Relação (depois de Apelação e hoje de Justiça). Ali estava inscrita a regra da garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. As constituições que se lhe seguiram, limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia *previsão* para a existência de recurso. Mas, frise-se, não *garantia* absoluta ao duplo grau de jurisdição. A diferença é sutil, reconheçamos, mas de grande importância prática. Com isto queremos dizer que, não havendo *garantia* constitucional do duplo grau, mas mera *previsão*, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso...”. Oreste Laspro (“Duplo grau de jurisdição no direito processual civil”, São Paulo: RT, 1995, p. 94), depois de observar que o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição

A questão, porém, não é pacífica.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, no seu § 2º, do artigo 5º, admite a existência de outros princípios, além daqueles enumerados expressamente.

O princípio do duplo grau de jurisdição seria um desses princípios implícitos.

Nesse sentido, por exemplo, afirma Djanira Maria Radamés de Sá¹⁶⁷ que “autoriza a garantia da inafastabilidade do controle judicial a afirmação de que o direito de recorrer é inerente ao do exercício da função jurisdicional, sendo, por isso mesmo, certeza de regularidade processual e de consecução dos objetivos da atividade jurisdicional”.

Percebe-se, portanto, que a doutrina diverge quanto à natureza absoluta ou relativa do princípio do duplo grau de jurisdição.

Apesar dessa polêmica, há autores que têm apontado elementos inerentes ao mencionado princípio.

A propósito, Oreste Laspro¹⁶⁸, que pesquisou o tema, estabelece “dois elementos inerentes ao duplo grau de jurisdição, sendo um positivo e outro negativo.

No primeiro aspecto, positivo, pressupõe-se que, da sentença de primeiro grau, o sucumbente possa apresentar um recurso devolutivo e que a decisão de segundo grau seja substitutiva. Isto significa que o recurso deve ser cabível pelo simples fato de o recorrente ter sucumbido, sendo esse recurso dirigido a um outro juízo, normalmente de grau superior, e que a decisão de segundo grau substitua a de primeiro, passando a mesma a ter eficácia e eventual executoriedade”.

envolvem mais questões políticas que jurídicas, também afirma que “é possível assegurar o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição e vice-versa”.

167 – “Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional”, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107.

168 – *Idem*, pp. 19-24.

Em relação ao aspecto negativo, afirma o autor que “enquanto o sistema jurídico admite, no duplo grau de jurisdição a impugnação da primeira decisão, nos moldes em que a tratamos, ele acaba se satisfazendo com a segunda decisão, ou seja, enquanto da simples sucumbência nasce o direito de recorrer da decisão de primeiro grau, daquela de segundo o mesmo não ocorre”.

Pelo exposto, pode-se concluir que o princípio do duplo grau de jurisdição integra a tutela constitucional do processo, mesmo que de forma implícita.

2.12 – A segurança jurídica

A Constituição Federal de 1988 pretendeu instituir um Estado Democrático de Direito que, segundo o preâmbulo da própria Carta Magna, é destinado “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos...” – grifei.

Depreende-se, pois, que o valor segurança é um valor supremo para o Estado Democrático.

Sabendo que no preâmbulo estão expressos valores fundamentais, que devem nortear a atividade do intérprete do texto constitucional, dos governados e também dos governantes, não há como não reconhecer que o valor segurança é um valor primordial.

Afinal, como nos ensina J. Cretella Jr¹⁶⁹, “na interpretação dos dispositivos constitucionais subsequentes, os dizeres do Preâmbulo, se for o caso, se esclarecerem ou completarem o texto, devem ser levados em conta, para efeito de interpretação. Como o Preâmbulo é elemento integrante da Constituição, assim

169 – “Comentários à constituição de 1988”, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 76

que promulgada, não há a menor dúvida de que a ele se deve recorrer, quando surgem problemas de hermenêutica, desde que, nessa peça vestibular ou introdutória, haja princípios que se relacionem de modo direto ou indireto com os dispositivos constitucionais questionados”.

Nestes termos, sendo evidente que os valores contidos no preâmbulo são valores fundamentais, é de se concluir que o valor segurança é um valor essencial para a instituição de um Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil.

Tanto isso é verdade que o artigo 5º da CF enuncia que “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...”.

Assim, além de ser um valor supremo, o direito à segurança é um valor inviolável assegurado por uma cláusula pétrea, imodificável. Com efeito, após ser enunciado no preâmbulo, o valor segurança é garantido no artigo 5º, referente aos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o valor segurança jurídica é essencial para a instituição do Estado de Direito.

Nesse sentido ensina Susy Gomes Hoffmann¹⁷⁰: “o princípio da segurança jurídica é inerente a todo Estado de Direito que tem por alicerce a legalidade do administrador em detrimento de sua vontade própria. Num Estado de Direito, o bem comum é o objetivo do administrador, a fim de que os cidadãos que fazem parte da sociedade não sejam surpreendidos com leis que alterem, imediatamente, os seus modos de vidas”.

No Estado de Direito a idéia de segurança decorre da idéia de superioridade da lei.

Costuma-se afirmar que são elementos essenciais do Estado de Direito a supremacia da constituição, a separação de poderes, a garantia dos direitos individuais e a superioridade da lei.

170 – “Teoria da prova no direito tributário”, Campinas: Copola, 1999, p. 127.

E quando se pretende que o Estado de Direito seja Democrático, como no caso do Brasil, a superioridade da lei deve submeter todos à sua vontade, governantes e governados.

Sobretudo em um estado republicano, “pois a república é a institucionalização das formas pelas quais os mandatários do povo *administram* – *sensu lato* – a coisa pública”¹⁷¹.

Geraldo Ataliba lembra que, a partir do princípio republicano, “surtem a representatividade, o consentimento dos cidadãos, a segurança dos direitos, a exclusão do arbítrio, a legalidade, a relação de administração, a previsibilidade da ação estatal e a lealdade informadora da ação pública, como expressões de princípios básicos lastreadores necessários e modeladores de todas as manifestações estatais”¹⁷².

Nestes termos, em um Estado Democrático de Direito a superioridade da lei deve submeter todos à sua vontade, sejam governantes ou governados. Além disso, é de se garantir aos cidadãos a necessária segurança jurídica, para que possam planejar suas atividades¹⁷³.

171 – Geraldo Ataliba, “República e constituição”, São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1998, p. 170.

172 – *Op. cit.*, p. 180.

173 – Geraldo Ataliba (“República e constituição”, São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1998, p. 181) bem aponta a importância da segurança jurídica: “A rigorosa inteligência do conteúdo, sentido e alcance de cada um dos direitos exemplificativamente enumerados no art. 5º da Constituição, bem como do seu significado, no contexto do nosso direito constitucional, exige que se entenda serem todos eles informados – e, portanto, tendo a sua interpretação rigorosa e diretamente dele dependente – pelo princípio da segurança jurídica, compreendido no § 2º desse mesmo art. 5º e informador especial de todos os demais direitos. Efetivamente, seja os direitos que defluem diretamente do texto constitucional, seja os que a lei reconhece aos cidadãos, pouca eficácia terão sem a informação essencial da segurança jurídica. Em primeiro lugar surge, como expressão da segurança jurídica, o princípio da legalidade, inscrito no inciso II, com todo o rico e amplo conteúdo que o peculiariza no contexto de nossas instituições. Mas, também, o princípio assecurador da estabilidade das relações jurídicas – consagrado no inciso XXXVI -, que garante, até mesmo

A segurança jurídica é expressada por diferentes formas no ordenamento jurídico brasileiro.

Podem ser destacados o princípio da legalidade e a garantia do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

É inerente a essas garantias a previsão do inciso XXXV, do artigo 5º, da CF de 1988, no sentido de que não deve ser excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito individual.

Para Geraldo Ataliba¹⁷⁴, o princípio da segurança jurídica “tem a sua justificação na circunstância de que não se compreenderia que os cidadãos se reunissem em república, para darem ao Estado a possibilidade de exercitar os poderes que deles mesmos recebeu, usando tais faculdades, instrumentos e meios deslealmente ou surpreendentemente relativamente aos próprios cidadãos. Daí por que entre as mais graves violações dos agentes públicos, principalmente os políticos, estejam o abuso de poder, a deslealdade, a surpresa, a agressão às liberdades públicas”.

É inegável, portanto, que a segurança jurídica é uma das mais importantes garantias que integram o devido processo legal.

Não há devido processo legal, por exemplo, sem respeito à coisa julgada, uma das mais típicas expressões do princípio da segurança jurídica.

contra a obra do legislador, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Aí o fulcro essencial da segurança dos direitos, que encontra também expressão maiúscula no preceito da universalidade da jurisdição – inscrito no inciso XXXV -, de acordo com o qual nem mesmo o legislador pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual praticada pelo Estado, mediante seus agentes, seja a que título for. Por último, é ainda expressão imediata desse princípio a norma segundo a qual a lei assegurará aos acusados ampla defesa, ao lado da exclusão dos foros privilegiados e tribunais de exceção, salvo as hipóteses de foro especial (que não se confunde nem com privilégio, nem com exceção) previstas no próprio texto constitucional”.

174 – *Op. cit.*, p. 182.

Trata-se, aliás, de questão sedimentada na doutrina. Mesmo a recente idéia de “relativizar a coisa julgada” não deixa de destacar a importância da preservação desse instituto¹⁷⁵.

Afinal, não se admite que possa o cidadão desenvolver-se em um ambiente de incertezas.

Nesse contexto, inquestionável a conclusão de Djanira Maria Radamés de Sá¹⁷⁶: “O próprio Direito, que se realiza através da atuação jurisdicional, consubstancia-se como exigência de Justiça e segurança, na medida em que é expressão do respeito devido à dignidade imanente à condição humana.

Valor moral por excelência, apoiada nos ideais de liberdade e igualdade, depende a Justiça, para sua efetivação, da materialidade do valor segurança.

Ao Direito, tradutor da ordem social, o que interessa, portanto, é o justo, que se perfaz com o certo, o seguro”.

Em suma, pode-se concluir, juntamente com Geraldo Ataliba¹⁷⁷, que “o direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e

175 - J. J. Gomes Canotilho (“Direito constitucional”, Coimbra: Almedina, 1993, p. 371.) também traz uma importante lição sobre a idéia de segurança jurídica: “o homem necessita de uma certa *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito o *princípio da segurança jurídica* e o *princípio da confiança do cidadão*”. Geraldo Ataliba (“República e constituição”, São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1998, p. 169.) destaca essa idéia ao afirmar que “a previsibilidade da ação estatal, decorrente do esquema de Constituição rígida, e a representatividade do órgão legislativo asseguram aos cidadãos, mais do que os direitos constantes da tábua do art. 5º, a paz e o clima de confiança que lhes dão condições psicológicas para trabalhar, desenvolver-se, afirmar-se e expandir sua personalidade”. Alfredo Augusto Becker (“Teoria geral do direito tributário”, São Paulo: Lejus, 3ª ed., 1998, p. 76) lembra que “uma das funções do direito positivo é precisamente *conferir certeza à incerteza das relações sociais*”.

176 - “Duplo grau de jurisdição - conteúdo e alcance constitucional”, São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 86-87

177 - “República e constituição”, São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1998, p. 184.

governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam”.

2.13 – A inafastabilidade do controle jurisdicional

Trata-se de mais um princípio fundamental dentro de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 4º, estabeleceu a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional nos seguintes termos: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A Constituição de 1967 e também a Emenda 1/69, nos artigos 150, § 4º, e 153, § 4º, respectivamente, mantiveram a garantia ora enfocada.

A Constituição Federal de 1988 acabou por ampliar a garantia.

Ocorre que o texto constitucional passou a dispor, no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a direito*”.

Verifica-se, portanto, o incremento da garantia a partir do momento em que se preocupou o legislador com a tutela preventiva (inibitória), garantindo-a expressamente, assim como já garantia a tutela reparatória.

Por isso, correto Arruda Alvim¹⁷⁸ ao afirmar que “isto quer dizer que nenhuma lesão ou mera ameaça da lesão de direito individual ou não, pode ser por lei infraconstitucional subtraída do conhecimento do Poder Judiciário”.

178 – “Tratado de direito processual Civil, v. 1, São Paulo: RT, 2ª ed., 1990, p. 155.

Celso Bastos¹⁷⁹, depois de frisar que a garantia “é um dos sustentáculos do Estado de Direito”, afirma que “isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação”.

De outro lado, lembra Alexandre Freitas Câmara¹⁸⁰ que o “destinatário da norma contida no mencionado inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal é o legislador, o qual fica impedido de elaborar normas jurídicas que impeçam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Judiciário”.

Ainda observa o autor que “embora esta não seja a única interpretação possível para o dispositivo, trata-se, sem dúvida, de importante exegese, com reflexos consideráveis na aplicação do princípio aqui estudado. Assim é que deve ser tida por inconstitucional qualquer norma jurídica que impeça aquele que se considera titular de uma posição jurídica de vantagem, e que sinta tal posição lesada ou ameaçada, de pleitear junto aos órgãos judiciais a proteção de que se sinta merecedor”¹⁸¹.

Também não deixa de consignar Alexandre Freitas Câmara¹⁸² que “além de se ter no legislador um destinatário da norma

179 – “Curso de direito constitucional, São Paulo: Saraiva, 12ª ed., 1990, pp. 197-198.

180 – “Lições de direito processual civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 53.

181 – Também não passou despercebido para Alexandre Freitas Câmara que “a questão mais polêmica quanto a este aspecto, sem sombra de dúvidas, é a da *constitucionalidade (ou não) das leis que proíbem a concessão de medidas liminares*”. Para o autor, é “predominante o entendimento acertado, diga-se de passagem - que considera inconstitucional a vedação de concessão de liminares. Tais normas violam frontalmente o princípio que ora analisamos”.

182 – “Lições de direito processual civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 55.

contida no art. 5º, XXXV, da CF, também o juiz deve ser entendido como destinatário daquele princípio.

Tal afirmação significa o seguinte: se a Constituição nos garante a todos o direito de acesso ao Judiciário, a tal direito deve corresponder - e efetivamente corresponde - um dever jurídico, o dever do Estado de tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam realmente sendo lesadas ou ameaçadas. Tal tutela a ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pretende proteção. Em outras palavras, ao direito que todos temos de ir a juízo pedir proteção para posições jurídicas de vantagens lesadas ou ameaçadas, corresponde o dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional adequada. Tal afirmação leva a uma revitalização do disposto no art. 75 do Código Civil, segundo o qual "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura". Este dispositivo, que originariamente tinha uma concepção imanentista, deve ser inteiramente despido de tal roupagem civilista, para que se possa ver na referida norma uma garantia de que a todo direito substancial deve corresponder uma forma de tutela jurisdicional ("ação") adequada a assegurá-lo".

Sem dúvida, o princípio constitucional enunciado no inciso XXXV permite mais de uma interpretação.

De um lado, pode-se pensar no monopólio da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário. Afinal, dispõe a Constituição que a lei não excluirá da apreciação *do Poder Judiciário* lesão ou ameaça a direito.

Alguns autores chegam a afirmar que aí estaria previsto o monopólio da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Todavia, também é de se observar que o artigo 5º da Constituição trata de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Por isso, mais importante é verificar que o inciso XXXV estabelece que a prestação jurisdicional é um *dever do Estado*.

Afinal, se nem a lei pode excluir qualquer causa da apreciação judicial, muito menos pode o juiz negar a prestação jurisdicional.

A garantia ainda abrange, além do direito à tutela jurisdicional, o direito à tutela efetiva, tempestiva e adequada.

A questão será, por sua total pertinência com o presente trabalho, abordada de forma mais aprofundada nos capítulos seguintes, mesmo porque o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional um dos fundamentos principais no enquadramento do direito à tutela de urgência como garantia constitucional.

2.14 - Conclusões

Pelo exposto, vários preceitos constitucionais estão relacionados ao direito processual civil, influenciando-o. Por isso, a referência ao relacionamento entre a Constituição Federal e o Direito Processual.

Não pode ser esquecido que a constitucionalização das garantias processuais tem por objetivo permitir o acesso à ordem jurídica justa, como melhor forma de se realizar a justiça.

Nesse sentido afirma Joan Picó i Junoy¹⁸³ que “a finalidade última do fenômeno de constitucionalização das garantias processuais não é outro que lograr a tão pretendida Justiça, reconhecida na nossa Carta Magna como valor superior do ordenamento jurídico (art. 1.1 C.E.). O processo se converte deste modo – como aponta Couture – “no meio de realização da justiça” – traduzi¹⁸⁴.

183 - “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 21.

184 - No original: “la finalidad última del fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales no es otro que lograr la tan pretendida Justicia, reconocida en nuestra Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 C.E.). El proceso se convierte de este modo – como apunta Couture – “en el medio de realización de la justicia”.”

Joan Picó Y Junoy¹⁸⁵, a propósito, lembra do *duplo aspecto de uma garantia fundamental*: “nosso T.C., seguindo a doutrina do Bundesverfassungsgericht alemão, mantém o duplo caráter ou função, objetivo e subjetivo, dos direitos fundamentais. Assim, a STC 51/1985, destaca que todos os direitos estabelecidos nos arts. 14 a 29 C.E., apresentam uma dupla linha de projeção de sua eficácia, pois são um parâmetro para fixar a legitimidade constitucional das Leis e comportam um direito (e uma norma) diretamente exercitável (aplicável) pelo particular.

O caráter objetivo dos direitos fundamentais comporta sua configuração como normas essenciais do nosso ordenamento jurídico, como figuras que resumem um valor assumido no sistema de uma comunidade, inserindo-se com força vinculante no conjunto normativo.

Ademais, tais direitos têm uma vertente subjetiva, à medida em que atribuem a uma pessoa o poder de exercitá-los, assim como de reclamar sua devida proteção. Partindo desse caráter subjetivo, o T.C. estimou que os direitos fundamentais são irrenunciáveis” – traduzi¹⁸⁶.

185 – “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 22.

186 – No original: “nuestro T.C., siguiendo la doctrina del Bundesverfassungsgericht alemán, mantiene acerca del doble carácter o función, objetivo y subjetivo, de los derechos fundamentales. Así, la STC 51/1985, destaca que todos los derechos establecidos en los arts. 14 a 29 C.E., presentan una doble línea de proyección de su eficacia, pues son un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las Leyes y comportan un derecho (y una norma) directamente ejercitable (aplicable) por el particular. El carácter objetivo de los derechos fundamentales comporta su configuración como normas esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, como figuras que resumen un valor asumido en el sistema de una comunidad, insertándose con fuerza vinculante en el conjunto normativo. Además, tales derechos tienen una vertiente subjetiva, en la medida en que atribuyen a una persona el poder de ejercitarlos, así como de reclamar su debida protección. Partiendo de este carácter subjetivo, el T.C. ha estimado que los derechos fundamentales son irrenunciables”.

Joan Picó Y Junoy ainda aponta as consequências mais importantes, no direito espanhol, da constitucionalização dos direitos fundamentais:

- sua aplicação direta e imediata;
- sua interpretação conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pelo Estado espanhol;
- a sua regulamentação deve respeitar seu conteúdo essencial;
- a possibilidade de pedir a tutela dos tribunais ordinários mediante um procedimento preferencial e sumário;
- a possibilidade de pedir a tutela ao Tribunal Constitucional mediante o recurso de amparo;
- sua especial proteção perante o Tribunal Constitucional pela via do recurso de inconstitucionalidade.

Algumas afirmações do autor¹⁸⁷ merecem destaque:

“O caráter normativo da Constituição, unanimemente admitido nos nossos dias, comporta que os direitos fundamentais vinculem a todos os poderes públicos; requerendo um adequado sistema de garantias constitucionais dentro das quais se encontra a exigência dirigida aos juízes de aplicar, de modo direto e imediato, as normas constitucionais. Por este motivo – como analisamos – tais garantias se subtraem da livre disposição dos particulares, isto é, são irrenunciáveis... Finalmente, e como derivação desta primeira consequência, observa reiteradamente o T.C. a necessidade, sempre e em todo caso, de efetuar em matéria de direitos fundamentais, uma interpretação da legalidade a mais ampla possível, visando a dar-lhes a máxima virtualidade e eficácia. É contínua e constante sua doutrina segundo a qual o

187 – “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, pp. 24-35.

ordenamento jurídico deve ser interpretado judicialmente no sentido mais favorável ao exercício e desfrute dos direitos fundamentais, pelo que devem ser especialmente considerados todos os poderes públicos e mui especialmente pelos órgãos jurisdicionais em sua função de aplicação das leis...” – traduzi¹⁸⁸.

Também importante a constatação, do autor, de que há incorporação ao direito interno dos tratados e convenções internacionais, reconhecendo que essas normas levam a uma vinculação formal e material: “...incorporam-se expressamente ao ordenamento interno espanhol as declarações de direitos de carácter supranacional, quedando nosso ordenamento jurídico vinculado a elas. Ditos convênios ou declarações incorporam verdadeiros catálogos de direitos processuais pelo que – como indica Ramos Méndez – é possível invocar, por dupla via, a maioria das garantias fundamentais do processo. Neste caso, a proteção de ditas garantias transcende as instâncias judiciais espanholas e se projeta sobre instâncias internacionais.

188 – No original: “El carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestros días, comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos; requiriendo un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de las cuales se halla la exigencia dirigida a los jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales. Por este motivo – como hemos analizado – tales garantías se sustraen de la libre disposición a los particulares, esto es, son irrenunciables... Finalmente, y como derivación de esta primera consecuencia, observa reiteradamente el T.C. la necesidad, siempre y en todo caso, de efectuar en materia de derechos fundamentales una interpretación de la legalidad lo más amplia posible, con objeto de darles la máxima virtualidad y eficacia. Es continua y constante su doctrina según la cual el ordenamiento jurídico debe ser interpretado judicialmente en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, por lo que han de ser especialmente tenidos en cuenta por todos los poderes públicos y muy especialmente por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las leyes...”.

A força vinculante para nosso direito interno vai descendo a cada um dos grupos: no primeiro caso, nos encontramos ante verdadeiras normas materialmente convencionais que têm eficácia obrigatória não só ante o Tribunal Constitucional mas também ante os demais poderes do Estado; na segunda hipótese, se produz também uma vinculação geral tanto do Tribunal Constitucional como dos tribunais ordinários; e, finalmente, no que se refere às técnicas de interpretação, não tem mais força que a de constituir uma importante fonte doutrinal, porém sem capacidade vinculante” – traduzi¹⁸⁹.

Esses aspectos apontados pelo doutrinador espanhol são fundamentais.

Além disso, são perfeitamente aplicáveis ao direito brasileiro, principalmente porque aqui também há a *garantia constitucional à tutela judicial efetiva, tempestiva e adequada*.

Assim, antes de se avançar é preciso consignar que a garantia à efetividade da tutela jurisdicional, a nível constitucional, exige, dentre outras coisas:

189 – No original: “...se incorporan expresamente al ordenamiento interno español las declaraciones de derechos de carácter supranacional, quedando nuestro ordenamiento jurídico vinculado a ellas. Dichos convenios o declaraciones incorporan verdaderos catálogos de derechos procesales por lo que - como indica RAMOS MÉNDEZ - es posible invocar, por doble vía, la mayoría de las garantías fundamentales del proceso. En este caso, la protección de dichas garantías trasciende las instancias judiciales españolas y se proyecta sobre instancias internacionales. La fuerza vinculante para nuestro derecho interno va descendiendo en cada uno de los grupos: en el primer caso, nos encontramos ante verdaderas normas materialmente convencionales que tienen eficacia obligatoria no sólo ante el Tribunal Constitucional sino también ante los demás poderes del Estado; en el segundo supuesto, se produce también una vinculación general tanto del Tribunal Constitucional como de los tribunales ordinarios; y, finalmente, respecto de las técnicas de interpretación, no tienen más fuerza que la de constituir una importante fuente doctrinal, pero sin capacidad vinculante”.

- a vinculação de todos os poderes públicos, que devem assegurar sua máxima proteção em todos os níveis (legislativo, judiciário e executivo);
- a sua aplicação direta e imediata por parte dos juízes;
- a criação, por parte dos legisladores, de um sistema de tutelas jurisdicionais diferenciadas;
- uma interpretação extensiva e a mais favorável possível, objetivando a máxima virtualidade e eficácia;
- uma interpretação que reconheça a incorporação, ao direito interno, de todas as garantias processuais fundamentais, adotadas ou não expressamente pelo ordenamento jurídico interno;
- a vinculação formal e material de todos os poderes públicos, no sentido de lhe assegurar um conteúdo e não somente um respeito formal.

Joan Picó Y Junoy¹⁹⁰ enumera o conteúdo do direito constitucional à tutela judicial efetiva:

“O direito à tutela judicial efetiva tem, nas palavras do T.C., um conteúdo complexo que inclui, de forma resumida, os seguintes aspectos:

- O direito de acesso aos Tribunais;
- O direito de obter uma sentença fundada em direito congruente;
- O direito à efetividade das decisões judiciais; e
- O direito ao recurso legalmente previsto” - traduzi¹⁹¹.

190 - “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 40.

191 - No original: “El derecho a la tutela judicial efectiva tiene, en palabras del T.C., un *contenido complejo* que incluye, a modo resumen, los siguientes aspectos: El derecho de acceso a los Tribunales; El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y El derecho al recurso legalmente previsto”.

Verifica-se, portanto, que no direito espanhol, assim como no brasileiro, o direito à efetividade das resoluções judiciais é uma garantia fundamental.

Nesse sentido esclarece Joan Pico Y Junoy¹⁹² que “dentro do conteúdo complexo que o T. C. atribui ao direito à tutela judicial, destaca-se o referente à efetividade das decisões judiciais. Neste ponto, podemos distinguir três grandes matérias que incidem diretamente sobre dita efetividade, a saber, a imodificabilidade das decisões judiciais; as medidas cautelares; e a execução das decisões definitivas” – traduzi¹⁹³.

Como se pretende demonstrar, esse entendimento deve ser aceito pela doutrina brasileira, reconhecendo-se, em consequência, a natureza constitucional do direito à tutela de urgência.

192 - “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 69.

193 - No original: “dentro del contenido complejo que el T.C. atribuye al derecho a la tutela judicial, destaca el referente a la efectividad de las resoluciones judiciales. En este punto, podemos distinguir tres grandes materias que inciden directamente sobre dicha efectividad, a saber, la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares; y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes”.

CAPÍTULO 3

A TUTELA JURISDICIONAL E A TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

3.1 – A prestação jurisdicional – noções introdutórias

A prestação jurisdicional é dever do Estado.

Qualquer cidadão, alegando a violação de uma regra jurídica, pode invocar a prestação jurisdicional. Trata-se do direito de ação, assegurado constitucionalmente.

A “tutela jurisdicional” se dá através do processo. Este, por sua vez, deve ser efetivo.

Por isso, a preocupação atual dos processualistas, com toda razão de ser, é assegurar que a prestação jurisdicional produza resultados práticos satisfatórios, reparando a lesão ao direito da parte ou mesmo evitando que uma situação de ameaça se converta em lesão.

Quanto melhor e mais rápida a atividade exercida pelo Estado, através do Poder Judiciário, na composição da lide, mais efetiva será a prestação jurisdicional.

É de se observar, porém, que a justiça se aplica aos dois pólos da relação processual: do ponto de vista do autor, justiça equivale à rápida e efetiva entrega do bem jurídico pretendido através do

processo. Por sua vez, para o réu a justiça está relacionada mais diretamente à possibilidade de contrariar a pretensão do autor. Para isso, necessita o réu conhecer plenamente a pretensão do autor e dispor de um mecanismo eficiente para contestar essa pretensão, refutando-a.

3.2 – A busca da efetividade como garantia expressa

A observância ao princípio do contraditório já é questão pacífica, cristalizada em doutrina, jurisprudência e legislação.

Aliás, trata-se de princípio que está expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

De outro lado, a busca à consagração expressa do princípio da efetividade e da identificação de seu conteúdo é a questão atual dos processualistas.

Barbosa Moreira¹⁹⁴, após destacar que “a preocupação de tornar mais efetivo o processo vem sendo ultimamente, em nosso país e no estrangeiro, nota constante na produção doutrinária e no pensamento de quantos participam da atividade forense ...”, afirma a existência de cinco itens que podem permitir maior efetividade:

- “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares

194 – “Efetividade do processo e técnica processual”, in *Temas de direito processual* - 6ª série, São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 17-18.

dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo de eventuais sujeitos”;

c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;

d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) cumpre que possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”.

Assim, mais do que preocupar-se com a forma, com o processo em si, buscam os atuais doutrinadores a identificação dos mecanismos necessários para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, que somente será atingida quando o processo puder satisfazer o titular de um direito de maneira rápida e satisfatória.

3.3 – A diferenciação da tutela como corolário da efetividade

Para José Roberto dos Santos Bedaque¹⁹⁵, uma das melhores formas de se assegurar a efetividade é reconhecer a existência de uma relação de instrumentalidade entre o direito material e o direito processual, de modo que a afirmação da autonomia do direito processual não signifique isolar o processo do direito material.

A propósito, assim se manifesta o processualista: “O caráter instrumental do processo constitui premissa inafastável de

195 – “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 9.

qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do direito.

O direito material ou substancial é formado por um conjunto de regras voltadas para a solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando qual deve prevalecer e conferindo situação de vantagem ao seu titular.

Já o direito processual é constituído por normas que regulamentam os diversos mecanismo estatais destinados à atuação das regras substanciais, naquelas situações concretas em que os destinatários não se subordinam espontaneamente ao comando delas emergente.

Isso implica reconhecer a existência de relação de instrumentalidade entre esses dois grandes planos do ordenamento jurídico.

Na medida em que se afirma a natureza instrumental do direito processual, sua autonomia como ciência não pode significar isolamento em relação ao direito material. Sem este último, aquele não teria sentido, pois ficaria vazio de objeto”.

Trata-se de uma constatação lúcida, cujo reconhecimento leva a um novo rumo o estudo dos institutos fundamentais do processo civil.

Para a efetividade da prestação jurisdicional é indispensável a existência de um *sistema de tutelas jurisdicionais* que atendam às exigências do direito material e respeitem suas especificidades.

Por outras palavras, podemos dizer que a efetividade do processo depende da criação de um “sistema processual” capaz de enfrentar, adequadamente, os conflitos surgidos no plano do direito material.

Trata-se da adequação, da adaptação do instrumento (do processo) às peculiaridades do direito material, o que pode ser obtido através da previsão de mecanismos processuais diferenciados, que sejam aptos a propiciar a prestação de “tutelas jurisdicionais diferenciadas”.

3.4 – O conceito de tutela jurisdicional

É importante, nesse momento, tornar claro o conceito de tutela jurisdicional. Afinal, analisados aspectos da jurisdição, da ação e do processo, falta uma abordagem sobre a “tutela jurisdicional”.

Importante frisar que a abordagem restringe-se à tutela “jurisdicional” e não a outras formas de tutela.

Cândido Dinamarco¹⁹⁶ não deixa de registrar a existência da tutela jurídica, conceito genérico que abrange a tutela administrativa e a tutela jurisdicional.

Aliás, Cândido Dinamarco¹⁹⁷, há certo tempo, já demonstrou a atualidade do estudo da tutela jurisdicional: “O atual momento metodológico da ciência processual autoriza o retorno às especulações em torno da idéia de *tutela jurisdicional*, que fora banida dos estudos dos processualistas de um século atrás e agora volta reabilitada e revigorada, em novas vestes”.

Conforme o próprio autor¹⁹⁸, “o direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis. Tal é a idéia da *efetividade da tutela jurisdicional*, coincidente com a da plenitude do *acesso à justiça* e a do *processo civil de resultados*”.

196 – “Tutela jurisdicional”, in *Revista de Processo* nº 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 63.

197 – “Tutela jurisdicional”, in *Revista de Processo* nº 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 54.

198 – “Tutela jurisdicional”, in *Revista de Processo* nº 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 55.

Não deixa de observar Dinamarco, ainda, que “falar em *tutela jurisdicional*, nesse contexto moderno, constitui legítimo desdobramento do postulado da *instrumentalidade do processo*.”

O estudo da tutela jurisdicional, portanto, parte do pressuposto de que não basta assegurar ao cidadão apenas o direito de ingresso em juízo.

Há que se dar ao cidadão o direito à “efetiva, tempestiva e adequada” tutela jurisdicional.

Deve-se, então, pensar no resultado do processo, ou seja, naquilo que o processo pode, concretamente, oferecer ao cidadão que demonstrou, em juízo, ser titular do direito que postulou.

Afinal, a única coisa concreta que o cidadão recebe do Estado é a tutela jurisdicional, pois, como dizia, Liebman¹⁹⁹, “só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente”.

No mesmo sentido Dinamarco²⁰⁰: “tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo”.

Seguindo essa orientação, também José Roberto dos Santos Bedaque²⁰¹ fala que tem direito à tutela jurisdicional aquele que é titular do direito material: “todos têm o direito de propor demandas. Tal fenômeno corresponde àquilo que se convencionou chamar de direito de petição, de demandar ou de mero acesso ao Poder Judiciário.

Direito ao provimento sobre a situação jurídica material somente têm aqueles que preencherem determinados requisitos, denominados por parte da doutrina de condições da ação. Trata-se, aqui, de algo mais que o simples direito de ingresso em juízo. O

199 - “Manual de direito processual civil”, v. I, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1985, p. 147.

200 - “Tutela jurisdicional”, in *Revista de Processo* nº 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 61.

201 - “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 24.

titular da “ação processual” tem direito ao pronunciamento judicial sobre a situação da vida trazida para o processo, ainda que desfavorável. No processo de conhecimento fala-se em direito à sentença de mérito.

Já, a tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano do direito material”.

A doutrina, portanto, procura definir a tutela jurisdicional como a providência concedida àquele que efetivamente é o titular do direito material. Direito à tutela tem aquele que demonstrou ser titular de um direito ameaçado ou violado.

Segundo o autor²⁰², “percebe-se a cada uma dessas etapas uma aproximação maior da situação substancial. Trata-se de uma escalada, que vai do direito quase absoluto de ingressar em juízo, abstrato e incondicionado, até o provimento jurisdicional... Parte-se do poder de ingressar em juízo e chega-se à tutela jurisdicional.

Tutela jurisdicional relaciona-se, pois, com o direito material; distingue-se de prestação jurisdicional (serviço jurisdicional) ou do dever de resposta ao poder de ação”.

Esse “escalonamento” também é apontado por Cândido Rangel Dinamarco²⁰³: “existe uma escalada de intensidade entre os poderes e faculdades de que o Estado municia as pessoas para a defesa judicial de seus interesses, de modo que (a) todos têm a faculdade de ingressar em juízo, independentemente de terem o direito alegado e mesmo de serem amparadas pelas condições da ação; b) tem o poder de exigir o provimento jurisdicional final quem estiver amparado pelas condições da ação, quer tenha ou não o direito subjetivo material alegado; c) só tem direito à tutela jurisdicional quem reunir as condições e ainda desfrutar do direito subjetivo material alegado (no processo de conhecimento, fará jus à sentença favorável)”.

202 - *Idem*, p. 24.

203 - “Execução civil”, São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 1998, p. 371.

Bedaque²⁰⁴ também chama a atenção para a importância de se “estabelecer o exato significado de tutela jurisdicional. É análise do fenômeno processual do ângulo de quem tem razão. O escopo do processo é a tutela, seja da situação material do autor, seja do réu. Somente com ela obtém-se a pacificação definitiva. Está consubstanciada no provimento jurisdicional que acolhe a pretensão de uma das partes”.

Assim, para Bedaque²⁰⁵, “tutela jurisdicional deve ser entendida como tutela efetiva de direitos ou de situações do processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material”.

Ocorre que, conforme o próprio autor²⁰⁶, “o estudo do processo pela perspectiva do direito de acesso ao Poder Judiciário não satisfaz. De que adianta, para o ordenamento substancial, para a efetiva pacificação, assegurar-se o direito de demandar? Necessário que o consumidor do serviço jurisdicional obtenha a satisfação total de seus interesses legitimamente postulados, pois apenas esse resultado atende à promessa estatal de proteção aos direitos.

Assim, tutela jurisdicional tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do direito a casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário”.

No mesmo sentido é o conceito de Flávio Luiz Yarshell²⁰⁷: “a locução *tutela jurisdicional* se presta a designar o *resultado* da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais

204 - “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 25.

205 - *Idem*, p. 25.

206 - “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 26.

207 - “Tutela jurisdicional”, São Paulo: Atlas, 1999, p. 28.

(jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do *vencedor*. Nessa medida, é inegável que a locução *tutela jurisdicional* designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de *quem tem razão* (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento”.

Flávio Luiz Yarshell²⁰⁸ faz importante observação no sentido de que não se deve confundir a expressão “tutela jurisdicional” com “tutela de direitos”. Nesse sentido, afirma que “a tutela de direitos é fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento. Pode ela ocorrer dentro ou fora do processo, isto é, mediante intervenção estatal – pelo exercício da jurisdição – ou não. Daí falar-se, nessa segunda hipótese, em *tutela jurisdicional dos direitos*, isto é, a tutela de direitos mediante o exercício da jurisdição”.

Partindo desses conceitos, é possível pensar-se em uma diferenciação da tutela jurisdicional.

Conforme explica Bedaque²⁰⁹, “para determinadas situações da vida existem tutelas específicas. Daí falar-se que a tipicidade não é da ação, mas da tutela pleiteada... O elemento variável da demanda é exatamente o tipo de tutela, que leva em conta o resultado do processo e que pode ser objeto de classificação”.

Ainda segundo o autor, “isso revela o nítido caráter instrumental do direito processual e reforça a necessidade de relativizar o binômio direito-processo”.

Para Bedaque²¹⁰, “a efetividade da tutela jurisdicional depende muito da sensibilidade do jurista, principalmente do estudioso de direito processual, que deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado.

208 – “Tutela jurisdicional”, São Paulo: Atlas, 1999, p. 29.

209 – *Idem*, p. 28.

210 – “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 29.

Assim, direito à tutela jurisdicional significa mais do que direito de ação. Só o tem quem tiver razão perante o direito material. Adequada tutela jurisdicional representa a adequação do provimento à situação lamentada pelo demandante”.

Por isso, conclui o autor²¹¹ que “tutela jurisdicional é a proteção que se dá a determinado interesse, por via jurisdicional, assegurando direitos ou a integridade da esfera jurídica de alguém”.

Finalmente, deve ser consignado que o direito à tutela jurisdicional não existe somente para o autor. Também o réu tem direito à tutela jurisdicional.

Com efeito, observa Dinamarco²¹² que “não se pode negar que também o *vencido* receba alguma tutela mediante o processo ou durante ele... O vencido recebe a tutela consistente em não restar sacrificado além dos limites do justo e do razoável para a efetividade da tutela devido ao vencedor”²¹³.

3.5 – A tutela jurisdicional diferenciada

Partindo, pois, da idéia de que o processo é um instrumento cuja finalidade é a prestação jurisdicional através da concessão da tutela jurisdicional (proteção) àquele que demonstrou ser titular de um direito material, há que se buscar uma adequação do processo (instrumento) a essa finalidade.

Sem essa adequação, deixará o processo de ser efetivo. E o que se busca é exatamente a efetividade do processo.

211 – *Idem*, p. 30.

212 – “Tutela jurisdicional”, in *Revista de Processo* nº 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 64.

213 – Dinamarco ainda observa que são limitados, legalmente, os encargos de sucumbência. Mesmo na execução aplica-se o princípio estabelecido no artigo 620, do CPC, que recomenda seja o executado submetido ao procedimento menos gravoso possível.

Sendo assim, dentro da temática da busca da efetividade do processo, destaca-se a questão da diferenciação da tutela jurisdicional, ou seja, “da tutela jurisdicional diferenciada”.

Conforme Donaldo Armelin²¹⁴, “a temática de uma tutela jurisdicional diferenciada posta em evidência notadamente e também em virtude da atualidade do questionamento a respeito da efetividade do processo, prende-se talvez mais remotamente à própria questão da indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela.

Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo da prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potência o seu tônus de efetividade”.

Dentro desse contexto, bem observa Luiz Guilherme Marinoni²¹⁵ que “do mesmo modo que o procedimento comum não serve para a tutela efetiva das várias situações de direito substancial, a noção de uma tutela jurisdicional descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo. Ou seja, é insuficiente a idéia de direito à tutela jurisdicional como direito a uma sentença. Não é por razão diversa que a doutrina contemporânea passa a falar em tutela jurisdicional dos direitos. A expressão tutela jurisdicional dos direitos revela um compromisso com a instrumentalidade substancial do processo; constitui um alerta contra o dogma da neutralidade do processo em relação ao direito substancial”.

214 - “Tutela jurisdicional diferenciada”, *Revista de Processo* nº 65, São Paulo: RT, 1992, p. 45.

215 - “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 1.

3.6 – Formas de diferenciação da prestação jurisdicional

Há diferentes formas de prestação jurisdicional.

Como ensina José Roberto dos Santos Bedaque²¹⁶, “sabe-se que não existe apenas um tipo de processo. A tutela jurisdicional se apresenta de várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido. A modalidade de tutela processual depende única e exclusivamente do tipo de proteção de que o direito material necessita.

Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria.

Isso significa que a efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a resolver os inúmeros problemas surgidos no plano material.

É essa a razão por que, na construção do sistema processual de tutelas, não se pode ignorar a realidade jurídico-material. O reconhecimento dessa necessária influência contribui decisivamente para a efetividade do processo.

Daí a conclusão, já externada em outra oportunidade, a respeito do caráter ético da ciência processual. Na medida em que a tutela deve ser adequada às especificidades do direito material, não se pode pensar na construção de um instrumento absolutamente neutro, puramente técnico. Inexiste a suposta indiferença do instrumento em relação ao objeto. A variedade de meios procedimentais, formas e espécies de tutelas está relacionada às necessidades específicas das relações de direito substancial.

216 – “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 11.

Somente com base em premissas dessa ordem é possível construir um sistema processual efetivo, porque adequado à solução das questões propostas para exame em sede jurisdicional”.

Nestes termos, quando se fala em tutela jurisdicional diferenciada, volta-se para a análise dos diversos procedimentos existentes no processo civil.

A identificação dos diversos procedimentos também não é um fim em si. A preocupação reside exatamente em questionar essas técnicas de prestação jurisdicional, para torná-las mais eficientes.

Não se esconde, portanto, a pretensão de uma revisitação à norma do artigo 75 do Código Civil, de forma que a prestação jurisdicional seja adequada a cada direito material. Ou, como diz o próprio artigo, a todo direito deve corresponder uma ação, que o assegure.

Nesse sentido, constatou Ovídio Baptista²¹⁷ que “as mesmas exigências do nascente estado industrial refletiam-se igualmente no campo do Direito Processual Civil com uma intensidade sequer suspeitada pelos doutrinadores, no sentido de buscarem-se formas e estruturas procedimentais capazes de atender a duas outras necessidades básicas do Estado liberal, a *certeza do direito* e a maior simplicidade e celeridade procedimentais”.

Sempre houve uma tendência na doutrina processual em considerar que a verdadeira prestação jurisdicional só é possível através de um procedimento ordinário, padrão, onde há amplo conhecimento e discussão do litígio.

É a consagração máxima do princípio do contraditório, que acaba reduzindo em muito a efetividade da prestação jurisdicional.

Qualquer “ação especial”, ou “procedimento especial”, é visto como um “desvio do padrão”, que só se justifica em casos extremos, como o da violação ao direito de posse, por exemplo.

Para Ovídio Baptista²¹⁸, “na verdade, a teorização sobre o conceito de “ação” processual escondeu sempre a proposição

217 – “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 114.

218 – “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 115.

ideológica básica que a alimentava, e que tinha por fim legitimar a *universalização do procedimento ordinário*, como a única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões culturais da civilização moderna; ao mesmo tempo em que – com um único golpe – derrotava-se outro inimigo, contra o qual, na realidade, a luta se dirigia, quais sejam os *processos sumários*.

Se a “ação” é *una e abstrata*, então não haveria razão para continuar a repetir os “equivocos” cometidos pelos velhos *praxistas* quando estes procuravam distinguir e classificar as inúmeras espécies de *ações*.

Todas as classificações que se fizessem a respeito das ações não teriam nenhum interesse para o processualista, uma vez que, qualquer que fosse a *pretensão de direito material*, o veículo processual correspondente haveria de ser a única “ação” existente, rigorosamente formal e abstrata, correspondente a *procedimento ordinário*, desde que, demonstrada que a “ação” era *una*, não mais se justificava a insistência com a categoria das “ações especiais”.

Atualmente, porém, o que se busca é exatamente a sistematização dessas ações “desviadas” do rito padrão, sempre objetivando maior efetividade na prestação jurisdicional.

Nesse sentido ensina Ovídio Baptista²¹⁹ que “hoje, porém, transcorridos alguns anos, a maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser, justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de “*tutela diferenciada*”, que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo o direito corresponde, ou deve corresponder, uma *ação* (adequada) que efetivamente o “assegure”, proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente “instrumental” do processo.

Volta-se, pois, a tratar – ao lado da “ação” processual “una e abstrata” – de *ações especiais* que, longe de significarem simples desvios do padrão ritual ordinário, equivalem a formas muito especiais de tutela processual sumária”.

219 – “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, pp. 116-117.

A principal razão dessa mudança de enfoque, s.m.j., é a exigência de uma atuação rápida, eficiente, efetiva, urgente, do direito processual para coibir a lesão ou a ameaça de lesão a um direito.

3.7 – A importância das tutelas sumárias e de urgência

É muito mais justa, às vezes, a prestação jurisdicional urgente do que a prestação jurisdicional tradicional, fundada na idéia de um contraditório amplo (e quase interminável).

Assim, se a verdadeira preocupação dos juristas deve ser com a justiça, não há como desprezar a prestação jurisdicional diferenciada.

Nesse contexto, ganha importância o estudo das chamadas tutelas sumárias, talvez como a principal forma de se garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

A “sumarização” do processo consiste, fundamentalmente, em produzir um corte no conflito de interesses, cindi-lo em partes, permitindo, inclusive, que seja levado ao juiz o conhecimento de apenas uma parte do conflito de interesses.

Com isso, outros pontos do conflito de interesses poderão ser objeto de futura discussão.

Ovídio Baptista²²⁰ bem sistematiza a questão: “Toda e qualquer demanda somente poderá ser tornada sumária, pelo direito processual, por meio desta técnica: a) uma porção do “conflito extraprocessual de interesses” em que as partes se acham envolvidas, é deixada fora da demanda, vedando-se ao réu a possibilidade de usar determinadas defesas; b) o demandado que fora impedido de valer-se de tais defesas, denominadas “exceções reservadas”, terá de promover, se assim o desejar, uma segunda demanda, para tentar obter, agora como autor o reconhecimento de seus direitos, não apreciados na demanda sumária”.

220 – “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, pp. 130-131.

A “sumarização” é necessária porque o conceito de efetividade está, atualmente, intimamente ligado à idéia de rapidez na solução do litígio.

Nesse sentido observa Donaldo Armelin²²¹ que “essa permanente necessidade de adaptação da tutela jurisdicional e de seus instrumentos à sua finalidade vê-se, no presente, exacerbada pela constância e crescimento indesejável fenômeno da demora na prestação jurisdicional, o qual, embora não adstrito apenas ao nosso país, repercute negativamente na efetividade de tal prestação, impondo a adoção de várias medidas direcionadas à sua atenuação, em sendo impossível a sua total erradicação”.

3.8 – A questão da cognição

A diferenciação na prestação da tutela jurisdicional passa pelo aspecto da cognição.

O professor Kazuo Watanabe²²² já afirmou que, “se de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento, como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, à intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos.”

Portanto, às formas de tutela jurisdicional devem corresponder diversos tipos de cognição.

Luiz Guilherme Marinoni²²³ definiu a cognição como sendo, “antes de tudo, uma relação entre sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Esta relação entre o sujeito e o objeto se dá através

221 – “Tutela jurisdicional diferenciada”, *Revista de Processo* nº 65, São Paulo: RT, 1992, p. 45.

222 – Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, São Paulo, RT, 1987, pág. 19.

223 – “A tutela cautelar e a tutela antecipatória”, São Paulo: RT, 1992, p. 21.

da função intermediária da cognição. A cognição, inobstante, pode ter seu grau de intensidade (vertical) ou de amplitude (horizontal) diversificado, atendendo-se, diante da perspectiva da efetividade do processo, à peculiaridade da pretensão de direito material a ser tutelada....

A cognição pode ser referida a dois planos distintos: *horizontal*, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz; e *vertical*, que pertine à profundidade da cognição do magistrado acerca da afirmação dos fatos.”

A cognição horizontal refere-se, portanto, à extensão do conhecimento, por parte do juiz, acerca do conflito de interesses. Nesse plano, pode ser dividida em *plena* e *parcial*. A cognição plena é aquela em que o juiz conhece “toda a lide”. Por sua vez, a parcial ocorre na hipótese em que o conflito de interesses não é objeto de pleno conhecimento por parte do julgador. Leva-se ao magistrado o conhecimento de parte dele.

No plano *vertical* o grau de cognição refere-se à “profundidade” da análise do juiz sobre a causa, podendo ser, conforme classificação aceita na doutrina brasileira, *exauriente*, *sumária* ou *superficial*.

Explica Luiz Guilherme Marinoni²²⁴ que “a cognição no plano vertical diz respeito à intensidade de relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, ou seja, ao grau de cognição do objeto. Nesta perspectiva, a cognição, pode ser exauriente, sumária e superficial”.

A *cognição exauriente* é a cognição plena, completa. Nesse tipo de cognição, o juiz conhece com profundidade do conflito de interesses.

Trata-se de cognição típica dos processos de conhecimento. Por ser exauriente, a lide é resolvida de forma definitiva. “Quando se fala em cognição exauriente, portanto, se quer dizer que a lide

224 - “A tutela cautelar e a tutela antecipatória”, São Paulo: RT, 1992, p. 22

objeto da cognição não mais será objeto de cognição em outro processo”²²⁵.

Na *cognição sumária* o grau de conhecimento é menor, quase sempre fundado em um juízo de aparência do direito. A lide não é analisada com profundidade. Conhece-se com superficialidade.

Há necessidade do emprego da cognição sumária como técnica processual.

Com efeito, diante de situações de urgência e relevância, em que há perigo da demora na prestação jurisdicional, não é lícito exigir-se um amplo conhecimento da lide para que seja emitida uma solução.

Nesses casos, a cognição exauriente é, verdadeiramente, inapropriada.

Observa Ovídio A. Baptista da Silva²²⁶ que “a cognição exauriente do juiz, no momento em que ele é convocado para conceder uma proteção jurisdicional provisória a um direito eventual, seria, além de supérflua e inútil, incompatível com a urgência que se supõe existente, como um pressuposto constante, para legitimar o provimento cautelar, pois que este há de ser outorgado para conjurar uma situação emergencial de iminente perigo de dano irreparável.”

Como é curial, se o conhecimento não é profundo, a solução dada pelo magistrado somente pode ser provisória.

Luiz Guilherme Marinoni²²⁷, com precisão, observa que a cognição sumária “é a cognição própria das situações de aparência, ou melhor, dos juízos de probabilidade.”

Por isso, a cognição sumária é a empregada em casos de tutela cautelar e de tutela sumária antecipatória, em que o julgador, para proferir uma decisão (provisória), vale-se de um juízo de probabilidade ou de verossimilhança.

225 – Luiz Guilherme Marinoni, *idem*, p. 22.

226 – “Comentários ao código de processo civil”, Porto Alegre: Lejur, 1986, p. 83.

227 – “A tutela cautelar e a tutela antecipatória”, São Paulo: RT, 1992, p. 23

De fato, diante de uma situação emergencial não há possibilidade de uma cognição exauriente, sob pena de ser causado à parte um dano irreversível.

Não deve ser confundida a cognição sumária, com a cognição existente no procedimento sumário. Nesse, a cognição é plena e exauriente. A cognição não sofre, no procedimento sumário, restrições, nem no plano vertical nem no plano horizontal.

Entre uma cognição exauriente, exaustiva, e uma cognição sumária, superficial, podemos encontrar uma terceira espécie de cognição do ponto de vista vertical.

Luiz Guilherme Marinoni²²⁸ com lucidez observa que “parece necessária a distinção de dois momentos cognitivos diferentes do magistrado: o da apreciação liminar e do julgamento da lide cautelar ou sumária antecipatória.

Na primeira hipótese temos o que denominaremos de cognição superficial e juízo de verossimilhança, enquanto que no outro caso estamos diante do que chamaremos de cognição sumária e juízo de probabilidade... o que ocorre é a valoração da verossimilhança de que o fato afirmado possa vir a ser demonstrado através das provas permitidas pela justiça sumária. Outra coisa bem diversa acontece quando o juiz profere a sentença no processo sumário ou cautelar. Aí a valoração situa-se sobre as provas produzidas pelas partes, mas não suficientes para a cognição exauriente do fato afirmado. Podemos concluir, então, que o juízo de verossimilhança precede o procedimento probatório, atendo-se tão somente a afirmação do fato, enquanto que o juízo de probabilidade se dá em confronto com as provas compatíveis com uma dada situação”.

Basicamente, a grande distinção entre a cognição sumária e a superficial, de um lado, e a cognição exauriente, de outro, está no fato de que, na cognição exauriente a cognição recai sobre o fato, enquanto que na cognição sumária a cognição recai sobre a afirmação do fato.

228 – *Idem*, p. 24

É bastante evidente a hipótese em que o magistrado tem que apreciar um pedido de liminar em uma ação cautelar, por exemplo. Para conceder ou não a liminar, terá o magistrado que considerar, fundamentalmente, aquilo que foi afirmado pelo autor, na petição inicial.

Nestes termos, pode-se concluir que a cognição pode ser dividida em dois planos: horizontal e vertical.

Em relação ao plano horizontal, a cognição é vista sob a amplitude do conhecimento do juiz acerca da lide. É dividida em plena e parcial.

Em relação ao plano vertical, a cognição é vista sob a perspectiva da profundidade do conhecimento.

Essas formas de cognição podem ser combinadas, para a criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Por isso, nada impede que a cognição seja exauriente no plano vertical e parcial no plano horizontal.

Ensina Luiz Guilherme Marinoni²²⁹ que “fala-se em cognição plena, em contraposição a processo de cognição parcial, pretendendo-se, obviamente, fazer alusão ao que ocorre a partir do plano do direito material, já quem determinadas hipóteses a cognição do magistrado pode não atingir toda a extensão fática do conflito de interesses.”

São impostas limitações pela lei.

Cite-se o caso das ações possessórias, em que a lei, como regra, não admite a alegação, em sede de defesa, de questões referentes à propriedade. Nesse caso, a cognição será exauriente, do ponto de vista vertical, mas parcial, do ponto de vista horizontal.

Hipótese idêntica existe na ação de desapropriação, em que a contestação é sensivelmente restringida pela legislação. Basicamente, o réu somente pode alegar a ocorrência de algum vício ou impugnar o preço.

Assim, combinando-se o procedimento a um tipo de cognição, teremos a criação de uma tutela jurisdicional mais adequada.

229 – “A tutela cautelar e a tutela antecipatória”, São Paulo: RT, 1992, p. 26.

Ovídio Baptista²³⁰ chama a atenção para a necessidade desses provimentos jurisdicionais diferenciados: “Se o *procedimento ordinário* oferecia reconhecidas vantagens sobre os *processos sumários*, na medida em que aquele normalmente poderia conter uma *demanda plenária*, capaz de trazer para o processo todo o conflito de interesse qualificador da lide, as necessidades e contingências atuais de nossa realidade têm mostrado, muito mais do que suas possíveis vantagens, as enormes e insuportáveis desvantagens desse tipo procedimental, exacerbadamente moroso e complicado, a ponto de tornar-se inadequado ao nosso tempo e às novas exigências decorrentes de uma sociedade urbana de massa.

É por este ângulo, precisamente, que os defeitos e inconveniências do *procedimento ordinário* mais se destacam, porque, além de sua natural morosidade – que o transforma em instrumento processual de índole conservadora, enquanto preserva às vezes por longos e longos anos o *status quo* anterior à propositura da demanda -, funda-se ele igualmente num outro princípio herdado do liberalismo do século XIX, qual seja a existência de um magistrado destituído de quaisquer poderes para intervir no *objeto litigioso*, dando-lhe, através de decisões liminares, alguma forma de disciplina provisória enquanto a demanda se processa”.

Partindo dessa idéia, almeja-se, sobretudo, a criação e o desenvolvimento de procedimentos sumários, que permitam a realização rápida e efetiva do direito. A idéia, inclusive, é o estabelecimento de “*tutelas preventivas*”, ou seja, introduzir no Código de Processo Civil mecanismos processuais que permitam a atuação do Judiciário mesmo antes da ocorrência da lesão e não somente depois, através de ações ressarcitórias.

A tendência atual é de “sumarização”, principalmente agora, depois do artigo 273, do CPC, que permitiu, em todo e qualquer procedimento, a concessão de “sentenças liminares” (na verdade decisões interlocutórias antecipatórias de efeitos”).

230 – “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 120.

Não tem sentido a submissão de todos, impotentes, a assistir, muitas vezes, por vários anos, a exaustiva utilização de manobras de uma parte para retardar a solução da demanda.

A demora na prestação jurisdicional só serve de escudo para aqueles que não querem honrar seus deveres. Quase sempre aconselhados por um advogado inescrupuloso a não cumprir voluntariamente a obrigação, pois podem levar a causa à Justiça, que demorará muitos anos para solucionar a questão.

No mundo atual, onde comumente se ouve que tempo é dinheiro, o ganho de tempo, indevido, tem sido o móvel de tantos inadimplementos voluntários.

Ovídio Baptista²³¹ também constata que, “no direito brasileiro, como se sabe, esta situação de verdadeira angústia, em que freqüentemente se vê posto o litigante que enfrenta o procedimento ordinário, ainda se torna mais dramática em virtude da forma como nosso Código de Processo Civil disciplina a *execução provisória* da sentença de primeiro grau”.

3.9 – A questão dos efeitos (mutáveis ou imutáveis) da tutela

Donaldo Armelin bem observa, em seu clássico texto sobre a “Tutela Jurisdicional Diferenciada”, publicada na Revista de Processo nº 65, que a diferenciação da tutela jurisdicional também deve ser analisada no que se refere aos efeitos da tutela concedida.

Afinal, se a cognição não é plena, não se pode conceder uma tutela jurisdicional com a característica da imutabilidade, que é típica do procedimento ordinário, com cognição plena e exauriente.

Nesse sentido, afirma Donaldo Armelin²³² que “aceita como premissa consubstanciar-se a tutela jurisdicional no ato ou atos

231 – “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 122.

232 – *Op. cit.*, pp. 46-47.

mediante os quais se atende a pretensão da parte, difícil se torna engendrar um tipo novo, diverso dos já utilizados para tanto, provados através dos tempos e aperfeiçoados no exercício diuturno da jurisdição. Declaração, constituição, condenação, comandos judiciais e atos de satisfação ou de asseguração são resultados da prestação jurisdicional, que não comportam, em regra, considerando-se sua abrangência, efeitos parelhos mas diferenciados. A diversidade há de ser buscada em outro plano, ou seja, na qualidade que se empresta a esses efeitos”.

Afirma o autor a necessidade de se eliminar a idéia de que somente uma decisão imutável é que permite a realização da justiça.

É evidente o acerto desse posicionamento doutrinário.

Em determinados casos, ou seja, presentes certos requisitos, deve-se admitir a prestação de uma tutela satisfativa que não tenha a característica da imutabilidade.

Segundo Donaldo Armelin²³³ a “supressão da imutabilidade” “permitirá o surgimento de tipos diferenciados de tutela no plano daquela declaratória *lato sensu*.”

Prossegue o mestre: “não será o instituto da coisa julgada material obstáculo a que se adote um tipo de prestação jurisdicional que satisfaça sem se tornar imutável. Da mesma forma, a garantia do devido processo legal não pode empecer essa opção, desde que a tutela não se convole em solução inalterável”.

3.10 – Conclusões

A garantia da *efetividade da prestação jurisdicional* depende, necessariamente, da criação de novas formas de tutelas sumárias e preventivas.

O objetivo é, sem dúvida, a busca de uma justiça mais rápida e dotada de mecanismos processuais que permitam a efetivação do

233 – *Idem*, p. 47.

direito material, numa pura visão do processo como um instrumento e não como um fim em si mesmo.

Segundo Ovídio Baptista²³⁴, “se a função do processo há de ser verdadeiramente *instrumental*, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-se a seu titular, às mais das vezes, um precário e aleatório sucedâneo indenizatório”.

Assim, conforme Luiz Guilherme Marinoni²³⁵, “o direito de acesso à justiça tem como corolário o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos”.

Para encerrar esse breve estudo sobre a tutela jurisdicional e sobre a tutela jurisdicional diferenciada, é necessário, ainda, enfatizar uma questão importante.

Quando se fala em “tutela jurisdicional diferenciada”, há que se lembrar que essa diferenciação refere-se tanto à espécie de tutela que é prestada (pode-se exemplificar: de conhecimento, de execução, cautelar, declaratória, condenatória, mandamental...), quanto à forma que é prestada (procedimento ordinário, sumário, especial), bem como quanto ao resultado (mutável, imutável, definitiva, provisória, satisfatória...).

Donaldo Armelin²³⁶, sobre a questão, observa que “dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de “tutela diferenciada”. Um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela aí

234 – “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, pp. 125-126.

235 – “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 7.

236 – “Tutela jurisdicional diferenciada”, *Revista de Processo* nº 65, São Paulo: RT, 1992, p. 46.

veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no *iter* procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular”.

Ainda afirma o autor²³⁷ que “outro posicionamento situa no instrumento processual a sede da investigação da tutela jurisdicional diferenciada, cuja diversidade resulta de técnicas relativas ao procedimento de onde ela emerge e ou do grau de cognição indispensável à sua efetivação”.

No mesmo sentido é a observação de Luiz Flávio Yarshell²³⁸: “não parece incorreto admitir maior abrangência da examinada locução – *tutela jurisdicional* – para com ela designar não apenas o *resultado* do processo, mas igualmente os *meios* ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A *tutela*, então, pode também ser divisada no próprio *instrumento*, nos atos que o compõem e bem ainda nos “princípios”, “regramentos” ou “garantias” que lhe são inerentes.

Com efeito, quando a doutrina fala, por exemplo, de uma *tutela jurisdicional “diferenciada”*, não cogita apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também dos *meios* predispostos à consecução desse resultado”.

Portanto, pode-se afirmar que a efetividade do processo depende da criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas, dando-se maior importância aos procedimentos sumários que culminem em decisões provisórias, fundadas em juízos de probabilidade.

237 – *Idem*, p. 49.

238 – “Tutela jurisdicional”, São Paulo: Atlas, 1999, p. 31.

CAPÍTULO 4

A CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS E A TUTELA DE URGÊNCIA

4.1 – Introdução

Pelo que até aqui foi exposto, pode-se concluir que a diferenciação da tutela jurisdicional contribui para sua maior efetividade.

Ocorre que a efetividade, na concepção atual da doutrina, depende da aceitação da idéia de que há uma relação de instrumentalidade entre o direito material e o direito processual.

Ou seja, é importante não isolar o direito processual do direito material.

Sendo assim, o instrumento é de ser adaptado às exigências do direito material, de forma que sejam concebidos mecanismos processuais diferenciados que propiciem uma prestação de “tutelas jurisdicionais diferenciadas”.

4.2 – A classificação da tutela jurisdicional

A expressão *tutela jurisdicional* comumente é definida como o resultado da atividade jurisdicional.

Esse resultado, como se sabe, pode variar de acordo com as peculiaridades do próprio direito material.

A tutela jurisdicional, portanto, pode ser classificada de acordo com o tipo de resultado que propicie ao vencedor, ao titular do direito material.

Pode-se novamente invocar José Roberto dos Santos Bedaque²³⁹: “para determinadas situações da vida existem tutelas específicas. Daí falar-se que a tipicidade não é da ação, mas da tutela pleiteada... O elemento variável da demanda é exatamente o tipo de tutela, que leva em conta o resultado do processo e que pode ser objeto de classificação”.

Nestes termos, é possível falar-se em classificação da tutela jurisdicional.

4.3 – A questão da atipicidade da tutela jurisdicional

As possibilidades de classificação da tutela jurisdicional, todavia, são inúmeras, considerando-se a “*atipicidade da tutela jurisdicional*”, conforme recentemente defendeu o jurista Flávio Luiz Yarshell, em tese de doutorado orientada por Cândido Rangel Dinamarco (publicada pela Editora Atlas, sob o título “Tutela Jurisdicional”).

Segundo Flávio Luiz Yarshell²⁴⁰, “é preciso reconhecer a *atipicidade* da tutela jurisdicional, no sentido de que, ao menos em princípio, não há um “rol” previamente estabelecido de provimentos aptos à proteção de direitos e interesses materiais”.

O próprio autor, porém, reconhece a conveniência de se identificar “modelos” de tutela jurisdicional.

A propósito, afirma que “o sistema deve estabelecer “modelos” de provimentos (= resultados) aptos à efetividade de todo e qualquer direito ou interesse material, com o que se obtém

239 – *Idem*, p. 28.

240 – “Tutela jurisdicional”, São Paulo: Atlas, 1999, p. 138.

inegável alargamento do acesso à justiça. Por outras palavras, na passagem da *atipicidade* da garantia da ação para a *tipicidade* do direito material, é preciso extrair do sistema processual modelos aptos à ligação de um e outro.

Convém reafirmar que a aceitação desses *modelos* de provimentos não deve, ao menos como regra, operar como fator limitativo do acesso ao Poder Judiciário”.

Prossegue o autor²⁴¹, frisando a necessidade e conveniência de se sistematizar um rol (não exaustivo) de tutelas jurisdicionais: “o reconhecimento da *atipicidade* da tutela jurisdicional não impede – ao contrário, recomenda – que se busque uma tipologia dessa mesma tutela. É que categorização dessa ordem desempenha importante papel na compreensão e desenvolvimento do direito processual, notadamente em sua interação com o plano substancial. Dessa forma, é conveniente sistematizar – sem pretender elencá-las taxativamente – as *formas* de tutela para as diferentes situações substanciais dela carentes. Além disso, *tutela* é conceito que somente se completa à luz do direito material (“tutela jurisdicional de direitos”) e, nessa medida, é lógica a busca de semelhante categorização”.

4.4 – Possíveis classificações

As classificações mais importantes consideram:

- a) espécie de tutela que é prestada. Nesse sentido a tutela pode ser, por exemplo, de conhecimento, de execução, cautelar, meramente declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva *lato sensu* etc.
- b) a forma como é prestada a tutela jurisdicional, ou seja, tutela sumária, tutela antecipatória etc.

241 – *Idem*, p. 140.

c) o resultado da tutela prestada: definitiva, provisória, satisfatória etc.

A diferenciação é obtida, sobretudo, através da escolha do procedimento, do grau de cognição e, em consequência, do grau de modificabilidade ou revogabilidade da tutela concedida.

Portanto, há diferentes formas de se pensar a diferenciação da prestação jurisdicional.

A seguir serão analisadas algumas possíveis classificações, com o objetivo de situar nesse contexto a chamada tutela de urgência.

4.5 – A classificação segundo a tutela pretendida pelo autor

De início, cabe ressaltar que a classificação mais conhecida e repetida pela doutrina considera a espécie de tutela jurisdicional pretendida pelo autor.

Afirma Moacyr Amaral Santos²⁴² que “concordam os modernos processualistas, Chiovenda à frente, em classificar as ações tomando por critério a *diversa natureza da decisão* que se pretende do juiz. Tal classificação, por isso que fundada na diversa natureza da sentença a que a ação tende, coincide com a classificação das sentenças”.

Aliás, pode-se registrar que a classificação da ação, considerando a natureza da sentença pleiteada pelo autor, coincide com a classificação das sentenças, bem como coincide com a classificação da tutela jurisdicional. Afinal, quando alguém formula o pedido de alguma sentença, na verdade pleiteia um tipo de tutela jurisdicional do Estado.

Flávio Luiz Yarshell²⁴³ lembra, a respeito dos “modelos de tutela jurisdicional”, que “a primeira dessas tipologias –

242 – “Ações cominatórias no direito brasileiro”, 1º Tomo, São Paulo: Max Limonad, 1958, pp. 13 14.

243 – “Tutela jurisdicional”, São Paulo: Atlas, 1999, pp. 140-141.

“tradicional” ou “clássica”, como se costuma falar em doutrina – é composta das tutelas de *conhecimento, executiva e cautelar*. Dentro da primeira, também “classicamente”, divisam-se as *tutelas meramente declaratória, constitutiva e condenatória*. Ao lado dessas, é sabido que parte da doutrina – entre nós, cada vez com mais força – identificou outras duas formas ou *tipos* de tutela: a *mandamental* e a *executiva em sentido lato*”.

Como observa João Batista Lopes²⁴⁴, considerando o provimento jurisdicional pretendido pelo autor, a doutrina dominante classifica as ações de conhecimento declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Observa o autor, porém, que “Pontes de Miranda, inspirando-se no direito alemão, contempla, além daquelas, outras duas espécies: as mandamentais e as executivas.

Dissentindo da assertiva de que as ações declaratórias são meramente (exclusivamente) declaratórias propõe esse autor, como critério para diferenciar as ações, a preponderância (e não a exclusividade) de seus efeitos”.

De fato, para Pontes de Miranda²⁴⁵, considerando-se o “quanto de eficácia”, “as ações ou são *declarativas* (note-se que as relações jurídicas, de que são conteúdo direitos e pretensões, ou de que direitos ou pretensões derivam, antes de tudo *existem*); ou são *constitutivas* (positivas ou negativas; isto é, geradoras ou modificativas, ou extintivas); ou são *condenatórias*; ou são *mandamentais*; ou são *executivas*”.

Ainda segundo adverte Pontes de Miranda²⁴⁶, “a preocupação da ciência do direito até há pouco foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra, condenatória; outra, mandamental; outra, executiva. O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa

244 – “Ação declaratória”, São Paulo: RT, 3ª ed., 1991, p. 31.

245 – “Tratado das ações”, tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 117.

246 – *Idem, ibidem*.

das cinco classes, e o que vem, dentro delas, em espectração de efeitos”.

João Batista Lopes aceita a classificação proposta por Pontes de Miranda, afirmando²⁴⁷ que “a posição de Pontes de Miranda, recusada pela generalidade dos processualistas pátrios, permite, porém, identificar em cada caso, a natureza da ação proposta, explicando muitas situações não solucionadas pela doutrina dominante.

Conquanto discutível a validade dessa concepção no tocante aos “pesos de eficácia” (como se sabe Pontes de Miranda atribui às ações certos pesos, de 1 a 5, para indicar a preponderância dos efeitos da sentença) o certo é que o critério básico adotado (preponderância dos efeitos) é guia seguro para resolver tão difícil problema”.

João Batista Lopes²⁴⁸ ainda estabelece uma importante análise dos diferentes tipos de tutela: “De acordo com essa posição é possível, em apertada síntese, estabelecer a diferença entre as diversas ações de conhecimento:

a) *As ações declaratórias:*

São as que objetivam, preponderantemente, a declaração da existência, ou inexistência, de uma relação jurídica (ex. ação declaratória negativa de débito fiscal).

Além dessa eficácia, a sentença declaratória possui, ainda que em menor extensão, outros efeitos (v.g., o condenatório, quanto às custas e honorários etc.).

b) *As ações condenatórias*, conquanto visem também à declaração de uma relação jurídica, possuem eficácia *preponderantemente* condenatória, porque objetivam a formação de um título executivo judicial contra o devedor (ex. ação de indenização).

247 - “Ação declaratória”, São Paulo: RT, 3ª ed., 1991, p. 31.

248 - “Ação declaratória”, São Paulo: RT, 3ª ed., 1991, p. 32.

- c) Nas *ações constitutivas*, também está presente o elemento declaração, mas o que nelas prepondera é a constituição de uma relação jurídica (ex. ação de anulação de casamento).
- d) Nas *ações mandamentais* almeja o autor preponderantemente, uma ordem, um mandado do juiz para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa (ex. mandado de segurança).
- e) As chamadas *ações executivas lato sensu* são assim denominadas porque conduzem a uma sentença que contém, em si mesmas, a eficácia executiva, tornando dispensável o processo de execução (ex. ação de despejo, ação de reintegração de posse)” – grifei.

Considerando que se trata de uma classificação muito importante para o direito processual civil, conveniente uma abordagem mais detalhada dos diversos tipos de tutela jurisdicional, segundo o que é pretendido pelo autor.

4.5.1 - A tutela (meramente) declaratória

Com muita clareza, afirma Pontes de Miranda²⁴⁹ que “a *ação declarativa* é ação a respeito de *ser* ou *não-ser* a relação jurídica. Supõe a pureza (relativa) do enunciado que se postula; por ele, não se pede condenação, nem constituição, nem mandamento, nem execução. Só se pede que se torne *claro* (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver *se é*, ou *se não é*, a relação jurídica de que se trata. O enunciado é só enunciado de existência. A prestação jurisdicional consiste em simples clarificação”.

Segundo Alfredo Buzaid²⁵⁰, “a conceituação científica da ação declaratória, como figura geral de tutela jurídica, data do advento do Código de Processo Civil Alemão... Antes da promulgação

249 - “Tratado das ações”, tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 118.

250 - “A ação declaratória no direito brasileiro”, São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia. Editores”, 1943, p. 3.

desse Código, com que propriamente se inicia, no campo da legislação, a fase moderna do direito processual civil, toda a atenção da doutrina era voltada para uma única espécie de ação: a *ação condenatória*. A despeito disso, a mera declaração do direito como função judicial sempre existiu: no direito romano ela se manifestou *pura*, não contaminada de qualquer condenação, *nas ações prejudiciais*: no direito intermédio, manifestou-se também nos *processos provocatórios*, mas de forma anormal e imperfeita”.

No mesmo sentido afirma Pontes de Miranda²⁵¹ que “o direito romano já reconhecia algumas ações declarativas, as chamadas *actiones praeiudiciales*. É freqüente a ação, ou a questão prejudicial, ou o ponto prejudicial, em julgamentos declarativos prévios; daí as primeiras descobertas, tímidas, da especificidade da declaração sentencial. A ação declaratória, geral, autônoma, com o seu conteúdo delimitado e definido, só se alcançou no direito contemporâneo; e ocorre sempre que haja interesse jurídico na declaração, quer positiva, quer negativa. O interesse jurídico há de consistir na prestação jurisdicional de declaração da existência, ou inexistência, de relação jurídica...”.

A declaração do direito, ou seja, da regra jurídica aplicável ao caso concreto, é elemento comum de todas as sentenças.

Como anota João Batista Lopes²⁵², “em rigor técnico, todas as ações são *declaratórias*, porque o elemento declaração está sempre presente, qualquer que seja a forma de tutela jurídica.

Mas a denominação *ação declaratória* foi reservada para designar as ações que, segundo a doutrina dominante, são *meramente* declaratórias, isto é, aquelas que não possuem senão o elemento declaração”.

Liebman²⁵³ assim também se pronuncia: “todas as sentenças que decidem o mérito de uma causa contêm também uma

251 - “Tratado das ações”, tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 119.

252 - “Ação declaratória”, São Paulo: RT, 3ª ed., 1991, p. 35.

253 - “Manual de direito processual civil”, vol. I, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1985, p. 179.

declaração sobre a relação jurídica deduzida em juízo, porque essa declaração é premissa necessária para qualquer outro provimento (condenatório ou constitutivo). A característica da ação declaratória é que ela conduz a uma sentença meramente declaratória, isto é, com a função específica e a única finalidade de declarar qual é a situação jurídica existente entre as partes”.

João Batista Lopes²⁵⁴ define a ação declaratória: “o que particularmente define a ação declaratória e a extrema de outras ações de conhecimento é que, nela, a pretensão do autor se exaure na simples declaração da existência, ou inexistência, de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de um documento”.

O objetivo da ação declaratória é, portanto, eliminar uma situação de incerteza.

A propósito, anota Alfredo Buzaid²⁵⁵ que “o resultado da ação declaratória é assim criar uma certeza jurídica e produzir a coisa julgada, exaurindo-se como pronunciamento judicial. Distingue-se da ação condenatória, porque esta tende a obter do réu o cumprimento de uma obrigação em favor do autor e a satisfazer ao interesse protegido pela lei por via de execução forçada. Distingue-se também da ação constitutiva, porque esta tende a modificar o estado jurídico, ou melhor, a constituir, transformar ou extinguir a relação jurídica. A sentença declaratória valerá, por fim, como *preceito*, isto é, como juízo normativo de futuro juízo, que não poderá modificá-lo, nem dele se afastar”.

Assim, a ação meramente declaratória procura eliminar possíveis incertezas.

Excepcionalmente, essa ação pode declarar a existência de meros fatos, como no caso de declaração de falsidade documental.

Afinal, dispõe o artigo 4º, inciso II, do Código de Processo Civil, que o interesse do autor pode limitar-se à declaração da autenticidade ou falsidade de documento.

254 - “Ação declaratória”, São Paulo: RT, 3ª ed., 1991, p. 48.

255 - “A ação declaratória no direito brasileiro”, São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia. Editores”, 1943, p. 9.

O parágrafo único do mesmo artigo, por sua vez, resolvendo polêmica doutrinária, estabelece que é admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

A doutrina divide as sentenças declaratórias em algumas espécies:

- *declaratória positiva*: afirma-se a existência de determinada relação jurídica ou a autenticidade do documento;
- *declaratória negativa*: é negada a existência da relação jurídica ou é declarada a falsidade do documento;
- *declaratória incidental*: tem fundamento no artigo 5º do CPC: “Se, no curso do processo, se tornar litigiosa a relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença”. Há, na verdade, um aumento dos limites objetivos da coisa julgada”.

Nossa doutrina tem enumerado alguns exemplos, nem todos pacíficos, de ações declaratórias: declaratória de (in)constitucionalidade; declaratória negativa de débito fiscal; improcedência ou rejeição da demanda; procedência da ação consignatória; declaratória de posse; usucapião; declarativa de cessação da incapacidade civil; declaratória de existência (ou inexistência) de sociedade de fato; declaratória incidental de falsidade documental.

4.5.2 – A tutela constitutiva

Como define Pontes de Miranda²⁵⁶, “a ação constitutiva é a que tem por fito geral, modificar ou extinguir alguma relação jurídica. Quando se constitui não se faz estar dentro (não se institui), nem se substitui, nem se restitui, nem se destitui: ou se constitui positivamente, isto é, com (*cum*) o que se decidiu se põe

256 – “Tratado das ações”, tomo III, São Paulo: RT, 1972, p. 03.

plus, que diferencia o momento posterior; ou se constitui negativamente, isto é, se retira, *com* o ato, o que lá estava; ou se altera o que lá está, como se tem de alterar. A ação constitutiva ou constitui estrito senso, ou modifica; donde as três espécies: a) a ação constitutiva positiva; b) a ação constitutiva modificativa; c) a ação constitutiva negativa”.

Ainda observa Pontes de Miranda²⁵⁷ que “a eficácia da sentença constitutiva é, quase sempre, *ex nunc*.”

No mesmo sentido Liebman²⁵⁸ afirma que “normalmente, as sentenças constitutivas produzem os seus efeitos *ex nunc*, isto é, a partir do momento em que passam em julgado”.

Esses efeitos da sentença, quase sempre futuros, decorrem do fato de que é a sentença constitutiva que vai modificar o mundo jurídico. Se a sentença declaratória meramente reconhece a existência ou inexistência da relação jurídica, a sentença constitutiva altera essa relação jurídica.

Por isso Pontes de Miranda²⁵⁹ afirma que, “quem constitui faz *mais* do que declarar. Quem somente declara não constitui. Quem somente declara, necessariamente se abstém de constituir”.

Ou, ainda²⁶⁰: “A constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico”.

Por isso é correto o dizer de Nagib Slaibi Filho²⁶¹, no sentido de que “usualmente, salvo disposição em contrário na lei (como, por exemplo, no art. 1596 do CC), a sentença constitutiva tem efeitos *ex nunc*, isto é, a partir de sua prolação... enquanto a sentença declaratória, que nada modifica no mundo jurídico, simplesmente tem efeito *ex tunc*”.

257 - “Tratado das ações”, tomo III, São Paulo: RT, 1972, p. 15.

258 - “Manual de direito processual civil”, vol. I, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1985, p. 190.

259 - “Tratado das ações”, tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 202.

260 - “Tratado das ações”, tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 203.

261 - “Sentença cível - Fundamentos e técnica”, Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1997, p. 255.

Outro aspecto importantíssimo a ser lembrado é que a sentença constitutiva não necessita de processo de execução. Ou, como afirma Nagib²⁶², “a sentença constitutiva, por si só, tem o condão de alterar o mundo jurídico, de transformar a realidade (ao menos a realidade no mundo jurídico)...”.

4.5.3 – A tutela condenatória

Segundo Pontes de Miranda²⁶³, “a ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado *contra direito*, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (com-damnare). Não se vai até à prática do com-dano; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danoção, de que se acusou alguém, e pede-se a condenação. À ação executiva é que compete, depois, ou concomitantemente, ou por adiantamento, levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico”.

José Frederico Marques²⁶⁴ afirma que “as ações condenatórias visam à aplicação da regra sancionadora do mandamento legal, ou seja, a condenação”.

Por isso, “a sentença condenatória tem eficácia executória, pois autoriza o credor a pedir a execução forçada contra o devedor”.

Não deixa de existir declaração do direito no caso de ação condenatória.

No entanto, adotando o critério proposto por Pontes de Miranda, predomina aqui a imposição da condenação.

A propósito, constata José Frederico Marques²⁶⁵ que “no processo condenatório, o juiz deve, primeiro, examinar o preceito

262 – *Idem*, *ibidem*.

263 – “Tratado das ações”, tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 121.

264 – “Instituições de direito processual civil”, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 52.

primário da norma jurídica, e nisto há inteira semelhança entre a condenação e a simples declaração. Naquela, porém, há um *plus* resultante da aplicação da regra sancionadora. E com isto uma nova relação jurídica aparece: o direito do credor à execução forçada e a obrigação do devedor de a ela ser submetido.

A ação condenatória, por essa razão, tem duplo fim: um, implícito, que é a declaração do direito existente, no que não difere das demais ações de conhecimento; e outro, explícito e específico, que é aplicação da sanção adequada ao caso concreto”.

Liebman²⁶⁶ assim também ensina: “na condenação, há alguma coisa a mais, acrescida à declaração que é constante nas sentenças. Esse segundo provimento, que se segue à declaração e que o juiz não pode proferir se não lhe tiver sido expressamente pedido, é a aplicação da sanção estabelecida pela lei para o ato ilícito cometido pela outra parte”.

Cândido Dinamarco²⁶⁷ fala, no mesmo sentido, que “a sentença condenatória (*ordinária*) é composta de dois momentos lógicos, a saber: a) *declaratório*, em que o juiz, com a imperatividade inerente à jurisdição, afirma a existência da obrigação e define desde logo os seus elementos identificadores; b) o *sancionatório*, portador da sanção executiva e que, em termos mais práticos, é o elemento instituidor da adequação da tutela executiva a partir daí”.

É de se observar que a sentença condenatória, portanto, forma título executivo judicial.

Aliás, é a única sentença que necessita de processo de execução subsequente. Ou seja, não cumprida voluntariamente a sentença pelo condenado, surge para o credor a pretensão à tutela executiva.

265 – “Instituições de direito processual civil”, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 52.

266 – “Manual de direito processual civil”, vol. I, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1985, p. 183.

267 – “As três figuras da liquidação de sentença”, in *Atualidades sobre a liquidação de sentença*, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 1997, p. 15.

Para Cândido Dinamarco²⁶⁸, aliás, a verdadeira tutela jurisdicional está no processo executório: “inexiste autêntica tutela jurisdicional no processo condenatório ou na sentença de condenação. Eles visam somente a tornar admissível a verdadeira tutela efetiva que se deseja em casos de *crises de adimplemento*, ou seja: preparam a tutela executiva. Fale-se no máximo, portanto, numa *tutela condenatório-executiva*”.

4.5.4 – A tutela mandamental

Tema debatido entre os doutrinadores diz respeito à admissibilidade da tutela mandamental como forma autônoma de tutela jurisdicional.

É conhecido o pensamento de Pontes de Miranda, defendendo a existência da tutela mandamental.

Conforme enuncia Pontes de Miranda²⁶⁹, “a *ação mandamental* prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a *ação mandamental*”.

Seguindo o seu critério tradicional, afirma Pontes de Miranda²⁷⁰ que “a *ação mandamental* é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*”.

Em separado a questão será analisada (ver item 4.5.6).

268 – “As três figuras da liquidação de sentença”, in *Atualidades sobre a liquidação de sentença*, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 1997, nota de rodapé nº 5, p. 15.

269 – “Tratado das ações”, tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 122.

270 – “Tratado das ações”, tomo VI, São Paulo: RT, 1976, p. 3.

4.5.5 – A tutela executiva “*lato sensu*”

Ensina Pontes de Miranda²⁷¹ que “a *ação executiva* é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*)”.

Ações executivas “*lato sensu*” seriam aquelas que produzem uma sentença que autoriza, dentro do mesmo processo onde ela foi proferida, a prática de medidas executivas para cumpri-la, sem necessidade de posterior processo de execução.

Pontes de Miranda²⁷² estabelece uma diferença entre a tutela mandamental e a tutela executiva: “Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o “mandado”. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o *ato* do juiz, fazendo, não o que deveria ter feito pelo juiz *como juiz*, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a *solução* final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, *forçando*.”

A ação de despejo seria exemplo típico de tutela executiva “*lato sensu*”.

Todavia, também há polêmica em relação à admissibilidade desse tipo de tutela jurisdicional como categoria autônoma.

Por isso, a questão será analisada, com maior profundidade, no tópico seguinte.

271 – “Tratado das ações”, tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 122.

272 – “Tratado das ações”, tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 211.

4.5.6 – A polêmica em relação às ações mandamentais e executivas “*lato sensu*”

A doutrina nacional não aceita, pacificamente, a existência autônoma e distinta da tutela mandamental e da tutela executiva “*lato sensu*”.

Segundo Frederico Marques²⁷³, “as ações de mandamento foram criadas por Kuttner e aceitas, entre outros, por Goldschmidt”.

De fato, Goldschmidt fala em quatro classes de ações: ações condenatórias, declaratórias, constitutivas e de mandamento.

Segundo Goldschmidt²⁷⁴, “a ação de mandamento se destina a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio da sentença judicial” – traduzi²⁷⁵.

Adverte Goldschmidt, contudo, que esta quarta classe de ação, que foi denominada por Kuttner, está ainda pendente de investigação científica.

Alguns autores nacionais afirmam a existência das ações mandamentais: podem ser lembrados Pontes de Miranda e Ovídio Baptista.

Segundo Ovídio²⁷⁶, “a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência, contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de

273 – “Instituições de direito processual civil”, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 57.

274 – “Derecho procesal civil”, trad. por Leonardo P. Castro, Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 113.

275 – Na tradução espanhola: “la acción de *mandamiento* se encamina a obtener un mandato dirigido a otro órgano del Estado, por medio de la sentencia judicial”.

276 – “Curso de processo civil”, v. II, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990, p. 247.

sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz ordena e não simplesmente condena. E nisto reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do Processo de Conhecimento. Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento".

Portanto, são mandamentais as ações nas quais o juiz, não se limitando a proferir uma condenação, vai além, emitindo uma ordem a ser cumprida.

Outro aspecto peculiar das ações mandamentais é o fato de que nessas ações existe atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência, na mesma relação processual em que a sentença foi proferida.

Conforme Ovídio Baptista²⁷⁷, "as ações mandamentais descendem diretamente dos interditos romanos. Também nesse tipo de tutela jurisdicional, o pretor romano não condenava, mas ao contrário ordenava que o demandado fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa".

Para o autor, aliás, "esta origem das ações mandamentais explica a formidável resistência que lhe opõe a doutrina corrente que, até hoje, não obstante a proliferação deste tipo de ações, persiste em negar-lhe existência. A razão é simples. Os interditos não eram ações. As verdadeiras ações (*actiones*), como antes dissemos, ligavam-se invariavelmente, às obrigações, ao passo que os interditos eram remédios que o pretor se valia para proteção de outros interesses, especialmente de natureza pública. Enquanto as *actiones* eram julgadas por um juiz privado, sem *iurisdictio*, os interditos eram da competência exclusiva do pretor".

Ovídio também chama a atenção para a importância da diferença fundamental entre o juiz do nosso sistema, da *civil law*, e o juiz do sistema anglo-saxão, da chamada *common law*.

277 - *Idem, ibidem.*

Ocorre que, segundo o autor, no nosso sistema prevalece a idéia de que a jurisdição tem um caráter privatístico, sendo que o juiz é tido como um mero aplicador da lei.

Por isso, segundo Ovídio²⁷⁸, "não é de surpreender que nossa cultura haja resistido, com tanta tenacidade, à outorga de poderes de *imperium* ao juiz, cuja expressão mais significativa são as ações mandamentais".

"Afirmar, como o faz acertadamente Merryman, que os juízes contemporâneos dos sistemas de direito escrito "herdaram e realizam "funções reservadas ao *iudex* privado romano, é afinal dizer que nossos magistrados foram feitos para exercer *iuris+dictio*, jamais *imperium*, sabido como é que estas elevadas funções eram estritamente reservadas ao pretor romano, jamais ao *iudex* privado, cujas atribuições, à semelhança dos árbitros modernos, resumiam-se em dizer o direito, em ser, afinal de contas, como a doutrina posterior à Revolução Francesa pretendeu, simples "*bouche de la loi*", sem qualquer poder criativo ou de império"²⁷⁹.

Para Ovídio Baptista, a resistência à admissão das ações mandamentais decorre de um exagerado individualismo, assentado no princípio da intangibilidade da pessoa humana.

Em consequência, o descumprimento de uma decisão judicial, no nosso sistema, não traz maiores consequências, propiciando apenas o direito à execução, ou seja, à propositura de outra ação.

Já no sistema da *common law* a situação é diferente, pois o descumprimento da decisão judicial pode ser encarado como desobediência à ordem judicial, o que pode permitir sua prisão.

Oportuna a lição do próprio Ovídio Baptista²⁸⁰: "No sistema da *common law* - como igualmente acontece, em certos casos, no direito alemão -, se a sentença determinar que o demandado pague uma certa quantia em dinheiro ou o condene a entregar coisa

278 - *Idem*, p. 250.

279 - *Idem*, p. 250.

280 - *Idem*, p. 255.

alheia, além naturalmente das condenações ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, poderá o credor requerer que o tribunal imponha ao condenado uma injunção, determinando o cumprimento da sentença, sob pena de considerar-se a resistência como ato de desobediência e desacato ao tribunal (*contempt ou Court*), com a aplicação de sanções punitivas de natureza pessoal...".

De plano verifica-se que a questão é polêmica.

Deve ser frisado, porém, que as ações não se classificam por um critério de exclusividade, mas por um critério de preponderância de determinados efeitos.

Tanto é verdade que a doutrina reconhece existir atividade de conhecimento no processo de execução, bem como no processo cautelar e vice-versa.

Dentro deste critério de preponderância, é possível defender a existência da ação mandamental, cujo maior exemplo é a ação de mandado de segurança.

No entanto, tal posição não é aceita por grande parte da doutrina nacional, havendo inúmeros juristas que negam a existência da chamada ação mandamental.

A propósito, afirma José Frederico Marques²⁸¹ que "essa categoria de ações, como observa Alcalá-Zamora, além de pouco difundida, não atingiu o grau de maturação alcançado pelas demais categorias do direito de agir. E a razão é simples: não há lugar para uma nova espécie de ação, como esse título. A ação mandamental, no dizer de GUASP, não é categoria processual congruente com as anteriores, pois não se funda em natureza peculiar do pedido ou prestação jurisdicional invocada, e sim, no destinatário especial da sentença, que é um órgão do Estado diferente do judicial".

Nesse sentido também é a lição de Celso Agrícola Barbi²⁸², quando afirma que "...essa classe de ações mandamentais não tem

281 - "Instituições de direito processual civil", v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 57.

282 - "Do mandado de segurança", Rio de Janeiro: Forense, 7ª ed., 1993, p. 46.

logrado maior aceitação na doutrina, não nos parecendo que constituam espécie distinta das demais ações".

O próprio Celso Barbi²⁸³ explica: "esse tipo de sentença (mandamental) não tem conteúdo diferente do que comportam as três classes geralmente admitidas. Quando a sentença for proferida entre particulares e tiver de ser feita alguma averbação ou anotação por funcionários do Estado, como os oficiais de Registro em geral, teremos, na realidade, simples casos de execução imprópria, como bem acentuou o ilustre processualista Amílcar de Castro. E se a sentença for proferida em ação na qual seja parte a Administração, a determinação para que esta pratique determinado ato configura o elemento condenatório".

No entanto, como já destacado em outro trabalho²⁸⁴, a razão parece estar com aqueles que admitem a existência da ação mandamental como categoria autônoma.

Pode existir declaração, constituição ou condenação na sentença mandamental. Todavia, a ação mandamental tem uma peculiaridade não encontrada nas demais ações, que é o fato de o juiz emitir, através da sentença, uma ordem para cumprimento imediato e direto, no mesmo processo em que foi proferida a decisão.

Apresentando, pois, uma peculiaridade própria, é justo que a ação mandamental seja classificada separadamente das demais ações de conhecimento.

Também comunga dessa opinião Hugo de Brito Machado²⁸⁵: "É sabido de todos que o objeto da ação se define pelo pedido. E a natureza da sentença depende, logicamente, do objeto da ação.

No mandado de segurança não se pede ao Juiz que anule, ou que declare nulo um ato, e por isto se diz que a sentença não é

283 - *Idem*, p. 218.

284 - "Admissibilidade ou não das ações mandamentais no ordenamento jurídico brasileiro", Campinas: Revista Jurídica da PUCC, vol. 15, 1999.

285 - "Mandado de segurança em matéria tributária", São Paulo: RT, 1994, p. 183.

constitutiva. Nem que declare existente, ou inexistente uma relação jurídica, nem que lhe declare o alcance, ou o modo de ser, e por isto se diz que a sentença não é declaratória. Nem que condene a autoridade impetrada a pagar ao impetrante determinada quantia, ou a cumprir outras obrigações de dar, e por isto se diz que a sentença não é condenatória. Outra não é a razão pela qual o mandado de segurança não substitui a ação de cobrança, nem a sentença que concede o mandado de segurança produz efeitos patrimoniais relativamente ao período pretérito, devendo tais efeitos ser reclamados administrativamente, ou pela via judicial própria. Tais restrições ao mandado de segurança somente se explicam em face da natureza mandamental da sentença que no mesmo se obtém, a qual decorre da natureza do pedido que na impetração geralmente se faz".

No mesmo sentido Ovídio Baptista²⁸⁶: "quando classificamos ações, segundo a eficácia de suas respectivas sentenças de procedência (!), fazemo-lo levando em conta a carga de sua eficácia de maior peso, cuja identificação se há de fazer tendo em vista o objeto principal do pedido".

Também comunga desse entendimento Nagib Slaibi Filho²⁸⁷: "na sentença mandamental, o juiz não substitui, pelo seu provimento, a vontade da parte - o juiz *manda* ou *impõe* uma determinada conduta. Enquanto na ação executiva é o juízo que transforma a realidade, praticando o fato (expropriando o bem, na execução de quantia certa contra devedor solvente; retirando o esbulhador do prédio, pelo mandado de reintegração; imitando o autor na posse etc.), na ação mandamental expede-se mandado ao sucumbente (embora caiba ao oficial de justiça intimar ou notificar) para que atue (ou se omita) nos termos do comando judicial".

286 - "Curso de processo civil", v. II, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990, p. 263.

287 - "Sentença cível - Fundamentos e técnica", Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1997, p. 336.

Aliás, para Nagib Slaibi Filho²⁸⁸ existem sentenças mandamentais nas seguintes ações: a) mandado de segurança: trata-se de ação mandamental típica, pois nesse tipo de ação o juiz *manda* que o administrador proceda de determinada forma; b) mandado de segurança coletivo: também é ação mandamental, diferenciando-se apenas pelo objeto que, no caso, é a tutela de interesses coletivos; c) mandado de injunção: se não é objeto do mandado de injunção obter provimento jurisdicional ao órgão legislador no sentido de que faça a norma jurídica, pode ser objeto da injunção (e comumente o é...) a pretensão de se obter um comando à Administração para a realização de determinado ato ou fato; d) “habeas data”: o pedido de conhecimento da informação pode ser cumulado com o pedido de ordem de correção; e) ação de manutenção de posse: pleiteia-se uma ordem judicial no sentido de que cessem os atos turbativos ou de que seja mantida a posse; f) ação de interdito proibitório: busca-se uma ordem judicial que determine a expedição de mandado proibitório ao réu para que não pratique, contra a posse do autor, turbação ou esbulho; g) embargos de terceiro: é ação mandamental negativa porque o seu conteúdo é a cessação da “eficácia” do ato construtivo; h) ação de depósito: a ordem judicial buscada é no sentido de que se mande o réu entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar o equivalente em dinheiro”.

A doutrina também tem vislumbrado aspectos mandamentais nas sentenças emitidas nos processos cautelares e nos casos do artigo 461, do CPC, que se refere à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer.

Segundo Kazuo Watanabe²⁸⁹, “valeu-se o legislador, no art. 461, da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente

288 – “Sentença cível – Fundamentos e técnica”, Rio de Janeiro: Forense, 4^a ed., 1997, pp. 338-351.

289 – “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

do mandamental e do executivo *lato sensu*, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer ou não fazer”.

Kazuo Watanabe²⁹⁰ explica: “a execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançado através do *provimento mandamental* ou do *provimento executivo* “*lato sensu*”, ou da conjugação de ambos.

Através do *provimento mandamental* é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração do *crime de desobediência*, portanto mediante imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada através de *meios de atuação* que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a *conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo* “*lato sensu*”, permitindo este último que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução”.

Assim, apesar de muitos doutrinadores negarem a existência das ações mandamentais, é de se observar que há uma nova tendência na doutrina brasileira, especialmente após a reforma processual de 1994.

Acima foi destacada a posição de Kazuo Watanabe, que é respaldada por Ada Pellegrini Grinover.

Eduardo Talamini²⁹¹ também admite a tutela mandamental, refutando a opinião daqueles que não aceitam a existência de ações mandamentais:

“Houve quem afirmasse que, ao se considerar a sentença mandamental como sendo de uma nova espécie, estaria sendo utilizado critério distinto do das outras três categorias tradicionais.

290 – *Idem*, p. 44.

291 “Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º do CPC”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, Coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 1997, pp. 135-170.

Para estas, o critério seria o do conteúdo da sentença, para aquela o do destinatário (agente do Estado).

Mas, trata-se de crítica a uma noção superada. Consequentemente, é uma crítica, por igual, superada.

Sustentou-se, ainda que, para se conferir autonomia às categorias das mandamentais e executivas *lato sensu*, não se estaria levando em conta o conteúdo da sentença, mas “algo que lhe é exterior” e posterior: seu efeito, sua “execução”. Quanto ao conteúdo, seria o mesmo que o das condenatórias.

Mas o que é classificação tripartida senão a adoção de critério que já leva em conta precisamente os efeitos de cada sentença? O que são declaração, condenação e constituição, senão efeitos?

O que se faz é considerar a *eficácia* de cada espécie de sentença. Eficácia é a *aptidão de produzir determinado efeito*. E a eficácia está, ela mesma, *no conteúdo*.

Portanto, quando se pretende levar em conta a circunstância de que certas sentenças geram ordem e não apenas autorizam medidas executivas sub-rogatórias, não se está fugindo daquele mesmo critério usado para a classificação dos três tipos tradicionais de sentença. A diversidade dos efeitos, da firma de efetivação do comando da sentença é decorrência direta das diferentes eficácias – e, portanto, dos diferentes conteúdos. Então, quando a sentença é atuada praticamente através de ordem para o réu, isso acontece porque no próprio conteúdo dela há uma ordenação, um mandamento – e isso faz seu conteúdo diferente do conteúdo da sentença condenatória ou executiva.

Em suma, a classificação que acolhe as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* toma por base exatamente o mesmo critério usado para a distinção dos três grupos de sentença usualmente admitidos: conteúdo e eficácia.

Por fim, não há como coerentemente pretender introduzir as sentenças mandamental e executiva no âmbito das condenatórias e, ao mesmo tempo, persistir nas duas afirmações, tradicionalmente acolhidas, de que: a) condenatória é a sentença que gera “título

executivo”, enseja novo processo, de execução; b) só há atividade executiva através de meios sub-rogatórios e não mediante ordens conjugadas com meios coercitivos.

Ora, em primeiro lugar, a sentença mandamental e a executiva não ensejam novo processo. Depois, o provimento mandamental jamais propicia atividade executiva (sub-rogatória) - nem mesmo naquele processo em que foi proferido. Afinal, ele não é efetivado através de meios sub-rogatórios e sim mediante medidas coercitivas, meios de pressão psicológica, a fim de que o próprio réu, por conduta própria, cumpra a ordem que lhe foi dada”.

Eduardo Talamini ainda conclui que, além da eficácia mandamental encontrada no § 3º do artigo 461, também utilizou-se o legislador, na reforma de 1994, da ação executiva “*lato sensu*” e da conjugação entre essas ações.

A propósito, afirma o autor que “o § 5º permite ao juiz “determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial”.

Essas providências poderão ser tomadas “*para efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente*”. A norma do § 5º, portanto, autoriza não só o emprego de mecanismos sub-rogatórios da conduta do demandado. Confere ao juiz, igualmente, poderes para a imposição de outros meios coercitivos (além da multa, expressamente prevista no § 4º) destinados a acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu, para que ele cumpra o “fazer “ ou “não fazer””.

Nestes termos, após a reforma processual de 1994, parece inquestionável que existe, autonomamente, a categoria das “ações mandamentais”.

São mandamentais as sentenças que se caracterizam pela emissão de uma ordem por parte do juiz, que deve ser cumprida no próprio processo, ou seja, sem necessidade de processo de execução subsequente, e que também podem sujeitar aquele que a descumprir a responder pelo crime de desobediência.

Reforçada está essa conclusão pela nova regulamentação dada ao art. 461 do CPC, que autoriza o juiz a expedir uma ordem determinando a realização prática da tutela específica concedida.

Sobre a questão, afirma Luiz Guilherme Marinoni²⁹² que “a própria dicção da norma do art. 461, no sentido de que “o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento”, indica que o objetivo do legislador foi criar uma ação onde o conhecimento e a execução se misturam, viabilizando a tutela do direito na ação inicialmente aforada, sem a necessidade de uma ação de execução.

Ora, se a sentença deve *conceder a tutela específica, ou determinar* as providências que assegurem o resultado prático equivalente, não há como imaginar-se que é necessária a ação de execução. Note-se, aliás, que se o juiz pode, de ofício, impor a multa ou determinar as medidas do § 5º do art. 461, é porque a efetivação da tutela não requer um processo de execução”.

Nestes termos, devem ser admitidas no ordenamento jurídico brasileiro as chamadas “ações mandamentais”, até em nome da busca de maior eficiência do sistema processual.

Por isso, quanto ao provimento jurisdicional pleiteado, pode-se classificar tutela jurisdicional de conhecimento em: meramente declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva “lato sensu”.

Não se pode esquecer da tutela executiva estrito senso e da tutela cautelar. Todavia, essas formas de tutela jurisdicional serão analisadas no estudo da tutela de urgência e, conseqüentemente, da tutela cautelar.

292 – “Tutela inibitória – individual e coletiva”, São Paulo: RT, 1998, pp. 72-73.

4.6 – Outras classificações

Analizada a classificação mais “tradicional” da doutrina brasileira, é importante reafirmar que essa não é a única classificação possível das diversas formas de “tutela jurisdicional”.

De forma breve podem ser mencionadas outras classificações.

4.6.1 – Tutela ressarcitória e tutela inibitória

A tutela ressarcitória é aquela que se exerce após a ocorrência do dano e que visa, portanto, à reparação.

Por sua vez, como explica Flávio Luiz Yarshell²⁹³ a tutela preventiva ou inibitória “permite a prevenção do ilícito, no sentido de impedir sua consumação, ou, em certos casos, sua continuação ou repetição, sem que isso configure uma atuação propriamente cautelar, à medida que propicia, desde logo, a atuação do direito material. Nesse particular, o sistema processual civil brasileiro – ao menos o hoje vigente – dispõe de “instrumentos” para assegurar essa tutela preventiva. No plano infraconstitucional, basta lembrar as regras dos arts. 273 e 461 do CPC, que permitem a antecipação da tutela de forma consideravelmente abrangente, embora com as restrições ali consignadas”.

Recentemente, Luiz Guilherme Marinoni desenvolveu profundo estudo sobre o tema, que foi publicado pelo editora RT, sobre o título “Tutela Inibitória”.

4.6.2 – Tutela coletiva e tutela individual

Conforme Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery²⁹⁴, em face do princípio da

293 – “Tutela jurisdicional”, São Paulo: Atlas, 1999, p. 165.

294 – “Direito processual ambiental brasileiro”, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 98-99.

indeclinabilidade da jurisdição e do “advento da nova temática, originada pela criação formação dos direitos difusos, consequência inevitável da *rebelião das massas*, como diz *Ortega Y Gasset*, ou da *multiplicação dos direitos*, como diz *Bobbio*, ou ainda da massificação social a que alude *Cappelletti*, que escapam de qualquer definição do ortodoxo sistema público em contraste com o privado, posto que situado num abismo entre estes, não há mais que se falar sequer na possibilidade de se usar o ortodoxo sistema liberal individualista do Código de Processo Civil e normas afins, para dirimir os conflitos de massa. Portanto, tratar-se-ia, por certo, se assim fosse, de uma forma hedionda de inconstitucionalidade à medida que impede o acesso *efetivo* à justiça e fere, em todos os sentidos, o direito processual do devido processo legal. Isto porque, falar em devido processo legal em sede de direitos coletivos *lato sensu*, é, inexoravelmente, fazer menção ao sistema integrado de tutela processual trazido pelo CDC e LACP (Lei n. 7.347/85). Assim, hoje, em sede de jurisdição civil, há a existência de dois sistemas de tutela processual: um destinado às lides individuais, cujo instrumento adequado e idôneo é o Código de Processo Civil, e um outro, destinado à tutela coletiva, na exata acepção trazida pelo art. 81, parágrafo único, do CDC”.

4.6.3 – Tutela monitoria

Os *procedimentos monitorios* têm como grande característica a inversão do contraditório. Partindo da verossimilhança do direito, o juiz está autorizado a “proferir uma decisão liminar condenatória”²⁹⁵. Depois da decisão liminar, o réu é citado.

Conforme explica Ovídio Baptista²⁹⁶, “proferida a decisão liminar, então o réu há de ser citado para defender-se. Nos

295 – A expressão é de Ovídio Baptista, in “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 131.

296 – “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 131.

processos monitoriais puros, de que nossa antiga ação *cominatória*, do art. 302 do CPC de 1939, era um exemplo, a contestação oferecida pelo demandado, por si só, tem a virtude de transformar o preceito contido na decisão liminar em simples citação e o processo, a partir daí, prosseguirá como se fora desde o início uma ação ordinária comum. Esta técnica de sumarização que consiste em antecipar a eficácia condenatória por meio de uma decisão liminar, destinada a desaparecer se o réu comparece e contesta a ação, não teria nenhum significado perante nosso atual Código de Processo Civil que, modificando, em relação ao direito anterior, os *efeitos da revelia* (art. 319), insere sempre, no mandado de citação, a cominação de terem-se por verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, se o demandado não contestar a ação, caso em que o juiz poderá desde logo proferir sentença de mérito (art. 330, II)".

4.6.4 – Tutela interdital

Segundo Ovídio Baptista²⁹⁷, "uma espécie de *procedimento especial* bastante conhecida é o denominado *processo interdital*, cuja característica genérica está na possibilidade de o juiz poder outorgar ao autor uma *decisão liminar* que antecipe, em parte, o resultado da futura sentença de procedência da ação".

Lembra o autor o caso dos interditos possessórios, previstos nos artigos 920 a 933 do CPC.

4.6.5 – Tutela sumária

O exemplo típico de tutela sumária é o mandado de segurança.

A sumarização, no mandado de segurança, ocorre em face da limitação da cognição, proibindo-se a utilização de outra prova que não a documental.

297 – "Curso de processo civil", v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 126.

Aponta a doutrina, também, uma sumarização extrema no caso dos direitos de crédito, em que sequer há necessidade de se passar pelo prévio processo de conhecimento. Confere-se ao portador de um título “extrajudicial” o processo executivo.

Para Ovídio Baptista²⁹⁸, “a técnica de sumarização processual é uma aplicação importante de um dos princípios fundamentais do direito processual civil, o *princípio da verossimilhança*.... Ante as necessidades, que podem ser meramente circunstanciais ou políticas, de obter-se uma pronta e eficaz proteção para determinadas situações jurídicas, o juiz é autorizado a prover desde logo, com base na simples plausibilidade do direito afirmado pelo autor”.

4.6.6 – *Tutela específica*

A tutela específica está prevista no art. 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.

Foi preocupação do legislador consignar expressamente no parágrafo primeiro do citado artigo que a obrigação somente se converta em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

A reforma processual de 1994, aliás, trouxe avanços significativos na capítulo referente à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, buscando-se uma maior efetividade.

Passou-se a procurar mecanismos que permitissem, em maior número de casos, a execução específica, ou seja, uma execução, no dizer de Carreira Alvim²⁹⁹, que “tem por objetivo a restauração (ou

298 – “Curso de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 130.

299 – *Idem*, p. 30.

obtenção) da idêntica situação jurídica violada, através de uma restituição (ou atividade) direta, ou seja, outorgando ao credor o *bem da vida* a que tem direito, como se a obrigação fosse voluntariamente satisfeita, na forma convencionada ou imposta na sentença”.

4.6.7 - Tutela de urgência

Como se trata do tema da dissertação, essa forma de tutela será analisada em separado.

4.7 - Conclusões

Portanto, as possibilidades de classificação da tutela jurisdicional são inúmeras.

Como observa Flávio Luiz Yarshell³⁰⁰, a “necessidade de “aproximar” o processual do direito substancial acaba resultando em outras formas de sistematização que, baseadas em critérios diversos, passam a conviver com aquela outra “tradicional”. Assim, fala-se em tutela *preventiva ou inibitória*, por oposição à tutela *sancionatória ou reparatória*; ou em tutela *coletiva*, por oposição à *individual*; ou tutela *específica*, em oposição a uma tutela *genérica*; ou ainda tutela *antecipada ou antecipatória*”.

Ainda segundo o autor, “esses outros tipos de tutela não são necessariamente excludentes, entre si; pelo contrário, boa parte dessas qualificações convivem (“combinam-se”, por assim dizer) e, conjuntamente, podem ajudar a visualizar com maior clareza o fenômeno processual”.

Essas observações são extremamente importantes para o presente trabalho.

300 - “Tutela jurisdicional”, São Paulo: Atlas, 1999, p. 141.

Ocorre que, no capítulo seguinte, tentar-se-á uma definição e uma contextualização da chamada “tutela de urgência”, tema central da presente pesquisa, sem se esquecer, portanto, que existem inúmeras outras classificações possíveis e igualmente importantes.

CAPÍTULO 5

AS TUTELAS DE URGÊNCIA

5.1 – As tutelas de cognição exauriente e as tutelas de urgência

Conforme destacado anteriormente, a classificação mais “tradicional” da doutrina brasileira, dividindo a tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, de execução e cautelar, não é a única.

Principalmente depois que se constatou a necessidade de se buscar “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, através de um estreitamento de relações entre o direito material e o direito processual.

É importante ressaltar que as diversas classificações, conforme também já se destacou, não se excluem entre si. Muito pelo contrário, podem ser combinadas.

De início, é importante observar que, adotando-se a terminologia proposta por José Roberto dos Santos Bedaque, as tutelas jurisdicionais podem ser divididas em dois grandes grupos: tutelas de cognição exauriente e tutelas de urgência.

Com efeito, segundo Bedaque³⁰¹, “as tutelas jurisdicionais dividem-se em dois grandes grupos: aquelas destinadas a afastar definitivamente a crise verificada no plano das relações da vida pela não atuação espontânea da regra de direito material; e as que têm por escopo possibilitar soluções urgentes e provisórias, a fim de que as primeiras possam servir como instrumento efetivo de aplicação das regras substanciais e de pacificação”.

O presente estudo refere-se às tutelas jurisdicionais de urgência, ou seja, àquelas tutelas que, precedidas de cognição sumária, possibilitam soluções urgentes e provisórias. Ou seja, tutela de urgência provisória.

Afinal, há autores, como o próprio Bedaque, que dividem as tutelas de urgência em tutelas de urgência definitivas e tutelas de urgência provisórias³⁰².

Ambas são precedidas de cognição sumária. Todavia, as definitivas levam a uma solução definitiva, enquanto que as provisórias, como o próprio nome diz, propiciam soluções transitórias.

O presente estudo, é importante frisar, refere-se à tutela de urgência provisória, ou seja, aquela precedida de cognição sumária que não leva a uma solução definitiva.

301 – “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 243-244.

302 – A propósito, afirma Bedaque (“Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 244.) que “existem as tutelas de urgência, precedidas de cognição sumária, que podem ser divididas em definitivas e provisórias. Aquelas, como as de cognição exauriente, são aptas a definir o litígio, no sentido de que representam a resposta final obtida no âmbito jurisdicional. Caracterizam-se, porém, pela sumariedade da cognição. As últimas, também precedidas de cognição sumária, são prestadas de forma urgente, mas constituem soluções provisórias, com função de mera segurança para o resultado final. Não são aptas a produzir esse resultado, mas contribuem para que ele possa se verificar com a maior dose de utilidade possível”.

A tutela de urgência provisória, por sua vez, pode ser subdividida em tutela cautelar e tutela antecipatória. Vamos, então, analisar essas duas formas de tutela.

5.2 – Tutelas definitivas e tutelas provisórias

Sobre o prisma da definitividade ou não das decisões jurisdicionais, pode-se dividir as tutelas em duas grandes categorias:

- As *tutelas definitivas*: fundadas na idéia de certeza, levam a uma solução definitiva da lide. Resolvem a lide.
- As *tutelas urgentes provisórias*, em que a preocupação é com o valor urgência. Destinam-se, principalmente, a assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional. Não há resolução definitiva, mas sim provisória da lide.

5.3 – A tutela de urgência provisória: a função puramente conservativa e a função antecipatória/satisfativa

As tutelas provisórias nem sempre têm a mesma finalidade. Com efeito, ora têm uma função puramente conservativa, o que ocorre na tutela cautelar típica, ora tem uma função satisfativa/antecipatória.

Por isso é que a tutela provisória pode ser subdividida em tutela cautelar e tutela antecipatória.

A tutela antecipatória é uma espécie de tutela provisória que tem função satisfativa, pois através da antecipação dos efeitos da tutela final permite-se a fruição do bem pretendido através do processo.

Luiz Guilherme Marinoni³⁰³ bem explica a função satisfativa da tutela antecipatória: “Quando falamos em tutela sumária antecipatória, como já foi possível perceber, queremos dizer tutela sumária satisfativa. Ou seja, assimilamos tutela antecipatória à

303 – “Tutela cautelar e tutela antecipatória”, São Paulo: RT, 1992, p. 99.

tutela que satisfaz por antecipação. ...Não devemos, efetivamente, pensar a antecipação como antecipação no mundo jurídico. Na verdade, se concluirmos que a antecipação ocorre no mundo jurídico, ou seja, na órbita dos efeitos principais, nunca, com efeito, poderemos admitir a antecipação na tutela cautelar. Quando se fala em antecipação de determinados efeitos da sentença definitiva, portanto, se quer dizer, obviamente, antecipação de certos efeitos materiais. Deveras, a tutela cautelar assegura os resultados práticos da tutela definitiva; atua no plano fático.

Numa análise estrutural e funcional, pois, tem-se que a tutela sumária antecipatória, na maioria da vezes, antecipa a sentença definitiva, realizando desde logo a pretensão”.

Quando se menciona a expressão tutela de urgência, a doutrina costuma se referir tanto à tutela cautelar, quanto à tutela antecipatória.

Nesse sentido José Roberto dos Santos Bedaque³⁰⁴ afirma, ao se referir à tutela cautelar e à tutela antecipatória, que “são modalidades de tutela jurisdicional que, com variações decorrentes das especificidades da relação de direito material ou de técnicas legislativas, podem ser classificadas numa categoria única, à qual se mostra adequada a denominação *tutelas de urgência*”.

Ou seja, a expressão “*tutela de urgência*” é genérica e refere-se à:

- a) *tutela cautelar* (acautelatória): cujo valor perseguido e tutelado é o da segurança e da preventividade;
- b) *tutela antecipatória*: em que se busca, preponderantemente, satisfatividade³⁰⁵.

304 - “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 24.

305 - Bedaque, como já foi advertido anteriormente, ainda fala em *tutela de urgência definitiva*, exemplificando com a tutela monitória e a tutela possessória. Todavia, esse tipo de tutela jurisdicional não será abordado no presente estudo.

Em situações de urgência, tem reconhecido a doutrina a ineficiência do procedimento ordinário.

Por isso é que devem ser buscados, nessas situações de urgência, dentro do espírito de construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas, mecanismos que permitam a prestação jurisdicional com sumariaidade, ou seja, com cognição sumária.

Todavia, há que se distinguir duas situações.

Em certos casos, há necessidade de mera prevenção, ou seja, a tutela é necessária para evitar a ocorrência do dano.

Para essa hipótese, a tutela cautelar é adequada.

Porém, às vezes não basta a atividade meramente preventiva. Há necessidade, pela insuportabilidade da demora da prestação jurisdicional, de uma composição mais rápida, mais célere, a fim de se permitir a fruição imediata do bem da vida pretendido.

Nesses casos, a tutela antecipatória permite um “adiantamento” na prestação jurisdicional (na verdade adiantamento de efeitos). Permite-se, inclusive, uma adiantamento até da execução (há aqui verdadeira execução sem título).

Há nesse tipo de tutela jurisdicional muito mais que mera preventividade. Há, também, satisfatividade.

Está-se, pois, no campo de uma tutela jurisdicional sumária, de urgência, que contribui certamente para maior rapidez e eficiência do sistema de tutelas jurisdicionais e está inserida na luta pela agilização da justiça³⁰⁶.

J.E. Carreira Alvim³⁰⁷ constata que “pelo menos duas técnicas de agilização da Justiça têm sido modernamente postas em prática: a) a que mantém no seio da comunidade a solução dos seus próprios conflitos, através dos organismos parajudiciais, mais

306 - No mesmo sentido afirma Bedaque (*Op. cit.*, p. 245) que “a preocupação com a efetividade do processo ode ser identificada em ambas, o que significa dizer que, perante o sistema, tanto a tutela sumária cautelar como a não cautelar acabam tendo o mesmo escopo.

307 - “Tutela antecipada na reforma processual”, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 1999, p. 18.

voltados para a pacificação dos contendores; b) a quem mantém a Justiça estatalizada buscando minimizar o processo, pela simplificação do procedimento, com a adoção de institutos como a antecipação da tutela, v.g., o julgamento antecipado da lide, a decisão liminar, com o que torna menos lenta a jurisdição”.

Verifica o autor, ainda, que “embora tenha o ordenamento jurídico transigido, em mais de uma oportunidade, com o monopólio da jurisdição – como no reconhecimento de eficácia sentencial a acordos extrajudiciais, homologados pelo juiz; na eficácia executiva, equivalente à sentença, dos títulos extrajudiciais; etc., fato é que tem preferido a simplificação dos procedimentos, para proporcionar uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz. Esse objetivo tem sido alcançado através da deformalização (não confundir com deformação) do processo, em que este é adaptado à resolução de determinadas controvérsias, com vistas na realidade social. Um Estado que não dispõe de condições de ministrar uma Justiça rápida pelo método mais seguro, que é o processo de cognição plena, tem de contentar-se em ministrá-la com base na probabilidade proporcionada pela cognição sumária. A segurança (*garantismo*) cede lugar à urgência (*urgenza*), em função das exigências sociais”.

Frisa o autor que “não se pense que a Justiça sumária seja menos justa do que a ordinária, porque o que estraga a Justiça, minado a sua credibilidade, não é o rito que adota, mas a morosidade da máquina judiciária. O tempo continua sendo o inimigo número um do processo, mas o processo não pode prescindir dele, ainda que reduzido, pelo que um processo demorado não proporciona à parte senão uma Justiça pela metade (Carnelutti)”.

Conforme Carnelutti³⁰⁸, a duração do processo é um de seus defeitos humanos que jamais poderão ser eliminados totalmente.

308 – “Sistema de derecho procesal civil”, vol. 1, tradução de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo - Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Uteha, 1944, p. 243.

Por isso é justificável que o Estado disponibilize um tipo de tutela jurisdicional com menor dose de certeza, mas com maior celeridade.

Daí a importância da tutela de urgência, entendida aqui como gênero, do qual são espécies outras duas formas de tutela jurisdicional, a cautelar e a antecipatória.

Nesse sentido manifesta-se Ovídio Baptista da Silva³⁰⁹: “é necessário tratar o chamado “processo cautelar” com o espírito aberto à realidade, e consciente de que o sistema jurídico brasileiro, como os demais que se filiam à tradição romano-canônica, serve-se de um instrumento processual assim denominado, para realizar formas variadas de *tutela urgente*, às vezes *cautelares* e às vezes *satisfativas*, e nem sempre os princípios adequados a uma dessas classes harmonizam-se com os de outra”.

Assim, serão analisadas, separadamente, as principais características da tutela cautelar e da tutela antecipatória.

Posteriormente, como não se pretende entrar na polêmica quanto a essa divisão, pois há aqueles que não admitem essa distinção entre gênero e espécies, será analisada a natureza jurídica da tutela de urgência, para se defender o seu fundamento constitucional, questão que parece mais importante.

5.4 - A Tutela cautelar

5.4.1 - A tutela cautelar e as outras formas de tutela

No direito brasileiro, é pacífica a classificação tripartida do processo: *processo de conhecimento*, *processo de execução* e *processo cautelar*.

Trata-se de classificação que se fundamenta na natureza da tutela jurisdicional prestada através do processo. O critério básico é o fim visado pelo autor quando invoca a prestação jurisdicional.

309 - “Do processo cautelar”, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 7.

O processo de conhecimento caracteriza-se por prestar uma tutela jurisdicional definitiva e satisfativa, através do pleno conhecimento da lide e da emissão de uma sentença definitiva de mérito.

O processo de execução também se caracteriza por uma prestação jurisdicional satisfativa. Porém, a execução tem por finalidade tornar efetivo o direito do credor, portador de um título executivo judicial ou extrajudicial.

A tutela jurisdicional executiva, portanto, pressupõe a existência de um título executivo, pois nesse tipo de processo não há discussão do direito, sendo certo que o que se busca é a efetivação de um direito já reconhecido, com a entrega do bem jurídico devido.

Barbosa Moreira³¹⁰ explica porque se diz que tanto o processo de execução quanto o processo de conhecimento levam a uma prestação jurisdicional definitiva e satisfativa: “o processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua, praticamente, essa norma jurídica concreta, têm um denominador comum: visam um e outro à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar *em termos definitivos* a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Por isso se diz que constituem modalidades de tutela jurisdicional *imediata ou satisfativa*”.

O processo cautelar, de outro lado, tem uma outra finalidade, qual seja, a de assegurar a eficácia dos outros processos. Essa, aliás, é uma característica marcante do processo cautelar, a sua *instrumentalidade*. Com efeito, o processo cautelar existe para garantir, dentre outras coisas, a efetividade, a utilidade das demais formas de prestação jurisdicional.

310 - “O novo processo civil brasileiro”, 18^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 351.

Carnelutti há muito já destacou a importância da tutela cautelar para a prevenção dos danos, atribuindo ao processo uma “terceira finalidade”³¹¹.

Segundo Carnelutti³¹², “diferentemente do processo jurisdicional e do processo executivo, o processo cautelar não conduz nem à coisa julgada nem à restituição forçada: à coisa julgada, porque sua finalidade não consiste em lhe dar a razão ou em negá-la a um ou outro dos litigantes; à restituição forçada, porque não tem por finalidade remediar a lesão de uma pretensão; pelo contrário, por meio dele se trata de criar um estado jurídico provisório, que dure até que se efetue o processo jurisdicional ou o processo executivo. Em virtude do processo cautelar, a *res* não é, pois, *iudicata*, e sim composta de modo que possa esperar-se o juízo; e a esta composição, cujo conceito se esclarece comparando-a com o curativo de uma ferida, dá-se-lhe o nome de *medida cautelar*, a qual, por sua vez, pressupõe o *provenimento cautelar*, ou seja, o ato por meio do qual o órgão judicial dispõe a composição provisória do litígio”.

Exatamente por constatar uma finalidade específica do processo cautelar, Carnelutti refere-se ao processo cautelar como um “*tertium genus*”³¹³.

Assim, pode-se concluir que no processo cautelar típico, a prestação jurisdicional não é definitiva e também não é satisfativa. Na verdade, o processo cautelar se caracteriza pela prestação de

311 – Conforme o autor, “junto a la jurisdicción y a la ejecución se presenta la prevención (de los daños del litigio), como una tercera finalidad del proceso” (“Sistema de derecho procesal civil”, vol. 1, tradução de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo e Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Uteha, 1944, p. 243).

312 – “Sistema de derecho procesal civil”, vol. I, traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 488.

313 – “Sistema de derecho procesal civil”, vol. 1, tradução de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo e Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Uteha, 1944, p. 387. Segundo o autor, “el provenimiento *cautelares*, por tanto, el *tertium genus* junto al proveimiento *jurisdiccional* y al proveimiento *satisfaciente*, y corresponde al tercer género de proceso por razón de la finalidad”.

uma tutela jurisdicional provisória, que tem por finalidade precípua garantia da efetividade das outras formas de prestação jurisdicional.

Pressupõe o processo cautelar a afirmação e a demonstração de uma situação de perigo, que normalmente é decorrente da inevitável demora³¹⁴ da prestação jurisdicional definitiva.

Assim, como a tramitação de um processo de conhecimento ou de execução demanda tempo, existe o processo cautelar para atenuar os possíveis danos e prejuízos que possam surgir dessa demora inevitável.

Se a tutela de conhecimento exige cognição exauriente e a tutela executiva exige um título, a tutela cautelar também tem requisitos próprios: o *periculum in mora*, que é decorrente do tempo necessário para a prestação jurisdicional definitiva, e o *fumus boni iuris*, decorrente da plausibilidade do direito afirmado.

A demonstração de que o pedido “principal” (de conhecimento ou execução) poderá vir a ser reconhecido como merecedor de tutela, ou seja, de que há probabilidade de receber um provimento favorável, é um requisito específico da tutela cautelar.

Por essa existência condicionada a um “processo principal”, o processo cautelar é chamado de processo “auxiliar” ou “instrumental”. Na verdade, trata-se de um instrumento de garantia da efetividade da própria atividade jurisdicional.

É tradicional, por isso, a afirmação, como a de Moacyr Amaral Santos³¹⁵, de que as ações cautelares “visam a providências urgentes e provisórias, tendentes a assegurar os efeitos de uma providência principal, em perigo por eventual demora”.

De fato, como o desenvolvimento da atividade jurisdicional de conhecimento ou de execução, inevitavelmente, demanda tempo,

314 – Repetindo a frase de Carnelutti, “a duração do processo é um de seus defeitos humanos que jamais poderão ser eliminados totalmente”.

315 – “Primeiras linhas de direito processual civil”, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 177.

podem surgir situações de perigo, em que seja possível a ocorrência de danos às partes.

Desse modo, a providência solicitada no processo cautelar visa a eliminar essas situações de perigo, garantindo os efeitos e a eficácia das tutelas de conhecimento e de execução.

Donaldo Armelin³¹⁶ lembra que o processo existe para resolver os conflitos de interesses e que “será ele tanto mais eficaz quanto mais rápido for o seu resultado. Por isso mesmo, o processo é um sistema onde mais deve ser acentuado o seu caráter entrópico, de tal sorte que a sua excelência deve ser medida em função do menor espaço de tempo possível entre o seu início e a sua conclusão eficaz, entendida esta expressão como o término do processo que produz efeitos normais.

Nada obstante, a rapidez e celeridade nem sempre se afinam com a segurança e excelência de resultados. Entre a incoação de um processo e o seu fim, há de medear sempre um espaço de tempo, maior ou menor, indispensável para que o órgão judicante possa apreciar, com relativa segurança para a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, a matéria fático-jurídica trazida à sua apreciação. Esse intervalo entre o início e o término do processo pode ser fatal para sua eficácia.

Por isso mesmo a atividade do legislador processual, independentemente das técnicas de sumarização do processo que venha a adotar, estará sempre à procura de um ponto de equilíbrio entre a justiça e a eficácia. Isto porque na medida em que se privilegia uma, inexoravelmente, estar-se-á sacrificando a outra.

Surge, então, a tutela jurisdicional cautelar como uma garantia adicional à eficácia da prestação de tutela jurisdicional satisfativa, e, inclusive, algumas vezes, como meio de assegurar a própria justiça no processo com a manutenção do equilíbrio entre os litigantes, como sucede com a produção antecipada de provas. Serve, destarte, a tutela jurisdicional cautelar para suprir as deficiências do

316 – “A tutela jurisdicional cautelar”, in Revista da PGE de São Paulo, nº 23, junho de 1995, pp. 115-116.

processo veiculador de uma prestação à tutela jurisdicional satisfativa, principalmente do processo de cognição plena e exaustiva, no qual o fator tempo é maximizado em favor das garantias das partes quanto a uma prova ampla e uma maior possibilidade de uma prestação justa de tal tutela, concebida essa justiça como uma ideal adequação dos fatos à norma que os discipline”.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco³¹⁷ também explicam a finalidade do processo cautelar: “A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos”.

Nota-se, portanto, que o processo cautelar tem por finalidade garantir a eficácia da decisão proferida no processo de conhecimento, bem como garantir a utilidade das providências a serem tomadas no processo de execução, afastando a possibilidade de que o tempo produza danos irreparáveis às partes.

5.4.2 – A finalidade da tutela cautelar

Em relação à utilidade e à finalidade do processo cautelar é oportuna a lição de Barbosa Moreira³¹⁸: “A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de

317 – “Teoria geral do processo”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 318.

318 – *Idem*, p. 351.

atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório. Isso explica o caráter *urgente* de que se revestem as providências cautelares, e, simultaneamente, o fato de que, para legitimar-lhes a adoção, não é possível investigar, previamente, de maneira completa, a real concorrência dos pressupostos que autorizariam o órgão judicial a dispensar ao interessado a tutela satisfativa: ele tem de contentar-se com uma averiguação superficial e provisória, e deve conceder a medida pleiteada desde que os resultados dessa pesquisa lhe permitam formular um *juízo de probabilidade* acerca da existência do direito alegado, a par da convicção de que, na falta do pronto socorro, ele sofreria lesão irremediável ou de difícil reparação”.

O processo cautelar tem, portanto, uma finalidade específica, que é dar garantia de efetividade aos outros processos (de conhecimento e execução).

Exatamente do problema da demora na tramitação do processo surge o perigo que justifica a concessão de uma medida cautelar.

Sobre a questão da demora da tutela definitiva, ensina Marcelo Lima Guerra³¹⁹ que “a duração do processo pode obstar à efetividade da tutela jurisdicional, de duas formas distintas. Por um lado, essa duração é uma ameaça à efetividade da tutela jurisdicional, apenas por criar a oportunidade à ocorrência de eventos que impeçam aquela efetividade e, de outro lado, por submeter o titular do direito, que se pretende tutelar através do processo, a um estado prolongado de insatisfação deste direito, do qual resultam prejuízos capazes de tornar inócua a tutela, quando afinal prestada.

É fácil perceber, pois, a exigência (constitucional) da efetividade da tutela jurisdicional a induzir o sistema a preordenar meios adequados à eliminação ou neutralização desse perigo específico, resultante da incontornável duração do processo.

319 – “Estudos sobre o processo cautelar”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14.

A tutela cautelar se deixa definir, de uma perspectiva funcional, como aquela forma de tutela jurisdicional que visa a eliminar ou neutralizar um *periculum in mora*, ou seja, que se destina a garantir a prestação efetiva de outra forma de tutela jurisdicional, evitando ou neutralizando a ocorrência de determinadas circunstâncias fáticas que, uma vez verificadas, obstaríam à efetividade de tal prestação”.

Mas ao lado dessa função preventiva, de procurar evitar a ocorrência do dano, a doutrina tem destacado outra importante função do processo cautelar.

Com efeito, Donaldo Armelin³²⁰ afirma que “ao lado dessa sua finalidade de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional satisfativa, que é a posição clássica no exame da teleologia do processo cautelar, uma nova posição se afirma atualmente. Como pondera Fritz Baur, partindo de uma legislação que encarta as medidas cautelares na disciplina do processo de execução, a visão moderna da tutela jurisdicional cautelar alargou-se consideravelmente.

Assim é que, além daquela finalidade primeiramente ressaltada na doutrina, esse tipo de tutela jurisdicional passou a assegurar o equilíbrio das partes no processo. Esse equilíbrio pode ser rompido por situações fáticas e mesmo jurídicas desencorajadoras da incoação de um processo ou do prosseguimento de processo já pendente, enquanto não prestada a tutela jurisdicional satisfativa. O protesto de uma cambial é um exemplo patente de como um expediente jurídico pode alterar o equilíbrio entre credor e devedor, forçando este último, em razão das consequências funestas, principalmente de ordem fática, que defluirão de tal providência, a um pagamento liminar (antecipado) de importância que entende juridicamente não devida. O devedor, sob a ameaça de um protesto, pode não ter condições de arrostar as suas consequências para obter, posteriormente, o reconhecimento de

320 - “A tutela jurisdicional cautelar”, in RPG do Estado de São Paulo, nº 23, 1985, pp. 117-118.

seu direito. Por isso mesmo, ao conceder a medida cautelar de sustação do protesto o juiz mantém o equilíbrio entre as partes litigantes permitindo que possam questionar em juízo, em igualdade de condições, a existência ou o *quantum* de tal crédito.

Destarte, a tutela jurisdicional cautelar assume contornos diversos que lhe eram primitivamente imputados. O seu papel de manutenção do equilíbrio processual ou preprocesual, à vista de um processo incoado ou incoando, resulta de vários fatores decorrentes das mais variadas situações emergentes da sociedade dos sistemas jurídicos modernos. Atua, pois, com uma função litisreguladora, como já havia acentuado José Maria Rosa Tescheiner, assumindo, já no plano constitucional, a função de manter entre as partes, onde isso se impõe, a igualdade real e não apenas formal, consoante garante a lei”.

Trata-se, portanto, de um papel bastante diferente do apontado pela doutrina clássica acerca do processo cautelar, que sempre concebeu essa forma de prestação jurisdicional como destinada a garantir a efetividade da prestação jurisdicional principal.

A função de manutenção do equilíbrio entre as partes no processo serve para demonstrar a importância do estudo da tutela cautelar, pois está intimamente ligada ao acesso à ordem jurídica justa, onde a manutenção da igualdade processual é condição primeira da realização de um contraditório real e efetivo.

Pelo que já foi demonstrado, é inequívoco o acerto da classificação tripartida dos processos, pois pode-se constatar a existência de três processos com estruturas próprias e com finalidades específicas.

De fato, no Brasil é inquestionável a divisão tripartida dos processos e, portanto, também a autonomia do processo cautelar, pois esse processo recebe tratamento e disciplina próprios, haja vista que o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11.1.73), é

dividido em livros, sendo que um dos livros trata especificamente do processo cautelar, o “Livro II”³²¹.

Donaldo Armelin³²², além de concluir por essa autonomia da tutela cautelar, a conceitua como sendo “a tutela jurisdicional prestada *ex officio* ou por provocação das partes sem caráter satisfativo e com a finalidade de assegurar, quanto possível, o equilíbrio entre os litigantes no processo satisfativo e a eficácia da prestação jurisdicional neste reclamada ou reclamanda”.

5.5 – As características da tutela cautelar

Pelo que se viu até aqui, pode-se dizer que o processo cautelar apresenta características próprias, que permitem distingui-lo de outros processos.

Porém, é conveniente não se esquecer da advertência feita por Antonio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco, no sentido de que “a atividade do órgão jurisdicional, quando prevê a tutela cautelar, não difere intrinsecamente das demais: há conhecimento, para decidir se se verificam as condições impostas pela lei para a concessão do provimento cautelar; e há execução, para atuar a medida nos casos - os mais frequentes - em que essa atividade ulterior é necessária para atingir o escopo a que o processo tende”³²³.

Essa advertência também já foi feita por Carnelutti³²⁴: “se o processo cautelar se contrapõe, por razão da finalidade, ao jurisdicional e ao executivo, convém advertir desde já que, quanto

321 – Livro I - Do Processo de Conhecimento - arts. 1º a 565; Livro II - Do Processo de Execução - arts. 566 a 795; Livro III - Do Processo Cautelar - arts. 796 a 889; Livro IV - Dos Procedimentos Especiais - arts. 890 a 1.210; Livro V - Das Disposições Finais e Transitórias - arts. 1.211 a 1.220.

322 – “A tutela jurisdicional cautelar”, in RPG do Estado de São Paulo, nº 23, 1985, p. 121.

323 – “Teoria geral do processo”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 318.

324 – “Sistema de direito processual civil”, vol. I, traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 323.

aos meios, identifica-se, pelo contrário, algumas vezes com um e outras vezes com outro, posto que os atos do processo cautelar são, segundo os casos, os mesmos de que se vale a jurisdição ou os mesmos que servem para a execução. Assim, para obter um provimento de seqüestro conservativo ou judicial, desenvolve-se um processo de conhecimento, e, para levá-lo a termo, segue-se um processo executivo. Isso significa que a figura do processo cautelar apresenta características próprias do ponto de vista da função do processo, mas não quanto à estrutura”.

Essa identidade, contudo, não significa que não possa ser classificado o processo cautelar como um terceiro gênero.

Com efeito, afirma Carnelutti³²⁵ que “isso não exclui, naturalmente, que o processo cautelar possa representar dentro do esquema de um ou de outro (pelo menos em determinados aspectos) uma subespécie diferenciada por algum desvio quanto às características estruturais ordinárias do processo jurisdicional ou do executivo, e se compreende que esse desvio possa obedecer a sua finalidade especial”.

Aliás, Calamandrei desenvolveu estudo exatamente para investigar as características específicas das providências cautelares, pois, segundo o citado autor³²⁶, as providências cautelares se distinguem por suas próprias características das outras providências jurisdicionais.

É possível, portanto, apontar características próprias do processo cautelar.

Para os doutrinadores, essas características são, em síntese: a preventividade, a instrumentalidade, a urgência, a hipoteticidade, a revogabilidade, a modificabilidade, a provisoriedade, a fungibilidade e a sumariedade.

325 - “Sistema de direito processual civil”, vol. I, traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 324.

326 - “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, p. 31.

Para Calamandrei³²⁷, a relação de instrumentalidade, que existe entre a tutela cautelar e as outras formas de tutela, é a característica típica das providências cautelares.

Com efeito, assim se manifesta o autor: “Em meu conceito, é a nota verdadeiramente típica das providências cautelares: às quais nunca constituem um fim por si mesmas, senão que estão iniludivelmente preordenadas à emanção de uma posterior providência definitiva, o resultado prático da qual asseguram preventivamente. Nascem, por assim dizer, a serviço de uma providência definitiva, com o ofício de preparar o terreno e de aprontar os meios mais aptos para seu êxito. Esta relação de instrumentalidade ou, como disseram outros, de subsidiariedade, que liga inevitavelmente, toda providência cautelar à providência definitiva em previsão da qual se dita, é o caráter que mais nitidamente distingue a providência cautelar da chamada declaração de certeza com predominante função executiva” – traduzi³²⁸.

De qualquer forma, importante e conveniente a análise das características da tutela cautelar.

327 - “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, p. 44.

328 - Na tradução argentina: “en mi concepto, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, *al servicio de una providencia definitiva*, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de *instrumentalidad* o, como han dicho otros, de *subsidiariedad*, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva”.

5.5.1 – A preventividade

A *preventividade* é inerente à tutela cautelar, uma vez que o processo cautelar atua de forma eminentemente preventiva, ou seja, atua com o objetivo de evitar a ocorrência do dano.

Essa, aliás, uma das finalidades da tutela cautelar, ou seja, evitar a ocorrência do dano que comprometa a efetividade da prestação jurisdicional.

Todavia, é preciso frisar que não se trata de uma característica exclusiva da tutela cautelar, uma vez que a tutela inibitória também tem essa função.

Assim, correto Calamandrei³²⁹ ao afirmar que não se deve identificar o *periculum in mora*, que é condição típica e distintiva das providências cautelares, com o perigo genérico de dano jurídico em vista do qual, em certos casos, a tutela jurisdicional ordinária pode assumir caráter preventivo. É preciso não estabelecer confusão entre a tutela preventiva e a tutela cautelar³³⁰.

5.5.2 – A urgência

A *urgência* decorre da necessidade de rapidez da tutela cautelar.

De fato, sendo a tutela cautelar cabível diante de uma situação de perigo (*periculum in mora*), não há como exigir que a cognição do juiz, para prestar essa tutela, seja demorada, pois disso resultaria a ocorrência do dano, exatamente o que se objetiva suprimir.

329 – “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, p. 40.

330 – Na tradução Argentina assim está escrito: “no se debe identificar el *periculum in mora*, que es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, con el peligro genérico de daño jurídico en vista del cual, en ciertos casos, la tutela jurisdiccional ordinaria puede asumir carácter preventivo. Es preciso no establecer confusión entre tutela *preventiva* y tutela *cautelar*”.

Todavía, mais uma vez vale a advertência de Calamandrei no sentido de que também a urgência não é característica exclusiva da tutela cautelar.

Segundo o mestre italiano³³¹, “pueden existir procedimientos y providencias de urgencia que no tengan carácter cautelar (así las providencias de urgencia en materia posesoria ...)”.

5.5.3 – A instrumentalidade

A tutela cautelar também é prestada com o objetivo de garantir a eficácia de outro provimento jurisdicional, chamado pelo próprio Código de Processo Civil de “principal”.

Daí advém a característica da *instrumentalidade*, pois a tutela cautelar, da forma que está concebida, é um instrumento destinado a garantir a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução.

Ora, se a tutela cautelar existe para garantir a efetividade do processo de conhecimento ou de execução, não há como negar que funciona como um instrumento do próprio processo, ou seja, um instrumento do instrumento, pois costuma-se chamar o direito processual de direito instrumental. Por isso é que alguns autores, como Calamandrei, falam que a tutela cautelar tem “instrumentalidade ao quadrado”.

Segundo o autor italiano³³², nas providências cautelares, mais do que a finalidade de atuar o direito, há a finalidade imediata de

331 – “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, p. 41.

332 – “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, p. 45. Tradução livre do original: “hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho substancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia. Contribuye a garantizar el eficaz

assegurar a eficácia prática da providência definitiva que servirá, por sua vez, para atuar o direito. A tutela cautelar é, em relação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, contribui para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todas as providências jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que se atua através delas, nas providências cautelares se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado; são um meio predisposto para o melhor êxito da providência definitiva, que por sua vez é um meio para a atuação do direito; isto é, são, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumento do instrumento*.

Calamandrei, como visto acima, aponta a instrumentalidade como a característica específica da tutela cautelar.

Portanto, a instrumentalidade, que permite distinguir a tutela cautelar, é uma das características mais marcantes da tutela cautelar e significa que o processo cautelar funciona como instrumento do próprio direito processual, garantindo a efetividade das decisões proferidas no processo de conhecimento, bem como a efetividade dos atos materiais concretos praticados no processo de execução.

Ovídio A. Baptista da Silva³³³, de outro lado, deixa claro que, sendo a proteção cautelar instrumental de um direito ou de uma pretensão, a dependência, ou acessoriedade do processo cautelar, estabelece-se no plano do direito material e não no plano do direito processual.

Assim, deve-se deixar claro que a chamada acessoriedade ou instrumentalidade da tutela cautelar não tem o condão de tornar o

funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predisposto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*".

333 - "A ação cautelar inominada no direito brasileiro", Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 98.

processo cautelar um processo dependente dos demais tipos de processo.

Aliás, é pacífico na doutrina que o processo cautelar é um processo autônomo dos demais processos, com princípios próprios e específicos.

5.5.4 – A hipoteticidade

Outra característica (também não exclusiva) da cautelar é a *hipoteticidade*, decorrente do fato de que as medidas cautelares são concedidas por juízos de probabilidade e não de certeza.

De fato, no momento em que o juiz é chamado a apreciar um pedido de tutela cautelar, quase sempre de medida liminar, não está ainda apto a formular um juízo de certeza sobre a pretensão das partes. O juízo formulado nesse momento, quando ainda não ocorreu a plena cognição, é de mera probabilidade.

Por isso que a concessão da medida cautelar está condicionada não à existência propriamente dita do direito, mas sim à demonstração de um *fumus boni juris*.

Aliás, considerando que a exigência constitucional do contraditório impõe que o juiz não decida sem que ambas as partes tenham oportunidade de participar da relação processual, não seria possível que o juiz emitisse um provimento jurisdicional definitivo sem o pleno conhecimento da lide.

Dessa forma, a situação de perigo impõe uma solução rápida, embora provisória, tomada diante da verificação da plausibilidade do direito afirmado.

Pela mesma razão pode-se afirmar que a tutela jurisdicional será prestada diante de uma situação em que o pedido se mostra possível.

Fala-se, por isso, em hipoteticidade.

Afinal, conforme já afirmou Barbosa Moreira³³⁴, a concessão da providência cautelar não está condicionada à demonstração plena da existência do direito alegado pela parte.

5.5.5 – A *provisoriedade*

Outra característica da tutela cautelar é a sua *provisoriedade*, pois a tutela cautelar, inevitavelmente, depende do que vier a acontecer no processo principal.

Trata-se de aspecto inerente à acessoriedade da tutela cautelar, pois a tutela cautelar é uma forma de tutela provisória, em oposição à tutela definitiva prestada pelos processos de conhecimento e execução.

Donaldo Armelin³³⁵ faz questão de frisar que a característica é a da *provisoriedade* e não *temporiedade* como querem alguns autores. Segundo ele, “enquanto que aquilo que é temporário, embora seja limitado no tempo pode ser em si bastante, no sentido de prescindir de outras providências, o provisório é algo que aguarda o definitivo.

Há prestações jurisdicionais definitivas, embora temporárias. É o que sucede v.g. com a obrigação de pensionar, decorrente de ato ilícito, que desaparecerá chegando-se ao termo final da vida provável da vítima. Mas as prestações jurisdicionais provisórias apenas sobrevivem enquanto não ocorre a definitiva, *in casu*, a satisfativa. É certo que existem prestações jurisdicionais satisfativas provisórias, como sucede nas liminares das ações possessórias, que correspondem a uma antecipação da eficácia da prestação jurisdicional definitiva, ou nas execuções provisórias. São prestações jurisdicionais satisfativas antecipatórias sujeitas à confirmação ou revogação a final, tal como existem prestações

334 – “O processo cautelar”, in *Estudos sobre o novo CPC*, RJ: Liber Juris, 1974, p. 238.

335 – “A tutela jurisdicional cautelar”, in *RPG do Estado de São Paulo*, n° 23, 1985, p. 122.

jurisdicionais cautelares antecipatórias. Mas esta imbricância quanto à antecipação não descolore aquela distinção entre provisoriedade e temporariedade. A uma, porque a prestação da tutela jurisdicional cautelar é sempre provisória, o que não ocorre com a satisfativa; a duas, porque o fundamento de uma e de outra são díspares e inconfundíveis”.

No mesmo sentido Calamandrei³³⁶: é conveniente não passar adiante sem advertir que o conceito de provisoriedade é um pouco diverso, e mais restrito, do que o de temporariedade. Temporal é, simplesmente, o que não dura sempre; o que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, ao contrário, o que está destinado a durar até que sobrevenha um acontecimento sucessivo... A qualidade de provisória dada às providências cautelares quer significar em substância o seguinte: que os efeitos jurídicos das mesmas não somente têm duração temporal (fenômeno que, de certa forma, pode-se considerar comum a todas as sentenças pronunciadas, como se diz, com a cláusula *rebus sic stantibus*, das quais pode nascer efeitos dispositivos ou negociais destinados a durar enquanto permaneçam sem variar certas circunstâncias de fato próprias da relação substancial, ou em absoluto destinadas a valer somente por um certo tempo, preestabelecido pelo juiz ou pela lei ...), mas que têm duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a emanção da providência cautelar e a emanção de *outra providência jurisdicional*, que, na terminologia comum, se indica, em contraposição à qualificação de *cautelar* dada à primeira, com a qualificação de *definitiva*³³⁷.

336 - “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, pp. 36-37.

337 - Na tradução argentina: “es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de *provisoriedad* es un poco diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo... La cualidad de *provisoria* dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los

Não há dúvida, assim, que a provisoriedade é uma característica da tutela cautelar (aliás, é uma característica da tutela de urgência).

5.5.6 – A revogabilidade

Bem observa Marcelo Lima Guerra³³⁸ que “não se deve confundir a característica da provisoriedade com outras duas características da tutela cautelar, a saber, a *revogabilidade* e a *modificabilidade* da medida cautelar, expressas na segunda parte do *caput* do art. 807. Tais características são também imediatamente decorrentes da acessoriedade ou instrumentalidade da tutela cautelar, mas no sentido específico de que cada medida cautelar deve ser *proporcional* ao *periculum in mora* que ela visa a eliminar. Dessa forma a revogabilidade e a modificabilidade da tutela cautelar consistem na sua necessária adequação ao *periculum in mora*, de sorte que, tendo este se modificado ou sido definitivamente eliminado, deve ser, respectivamente, modificada ou revogada a medida cautelar correspondente”.

Assim, também aparece como característica da tutela cautelar a sua revogabilidade.

Afinal, a tutela cautelar, não sendo definitiva, pode ser revogada a qualquer instante, seja pelo julgamento desfavorável da

efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración *temporal* (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice, con la cláusula *rebus sic stantibus*, de las cuales pueden nacer efectos dispositivos o negociales destinados a durar mientras permanezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación substancial, o en absoluto destinadas a valer solamente pro un cierto tiempo, preestablecido por el juez o por la ley...), sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de *otra providencia jurisdiccional*, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de *cautelar* dada a la primera, con la calificación de *definitiva*”.

338 – “Estudos sobre o processo cautelar”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 22

ação principal, seja pela desnecessidade superveniente da tutela cautelar enquanto se aguarda o julgamento principal.

Também não é característica exclusiva da tutela cautelar, uma vez que a tutela antecipatória, por exemplo, também é essencialmente revogável.

5.5.7 – A *modificabilidade*

Pelas mesmas razões expostas acima, se o juiz pode o mais, que é revogar a tutela cautelar, pode o menos, que é modificar a tutela cautelar concedida, adaptando-a às necessidades supervenientes.

Aliás, tanto a provisoriedade, quanto a revogabilidade e a modificabilidade estão ligadas à cognição sumária efetuada no processo cautelar.

Isto é, a tutela cautelar não é prestada em face de um juízo de certeza por parte do julgador. Muito pelo contrário, parte o juiz de uma cognição sumária para emanar uma decisão que é, por isso mesmo, provisória, revogável e modificável.

5.5.8 – A *fungibilidade*

Não é de se esquecer da característica da *fungibilidade* da tutela cautelar.

Como observa Donaldo Armelin³³⁹, “não aquela fungibilidade da forma de fundamento, que constitui o apanágio do processo de conhecimento e que tem aplicação no processo cautelar, mas a fungibilidade na forma da prestação da tutela reclamada. O juiz não está adstrito rigorosamente ao pedido da parte porque não se cuida de direito material tutelável engastado no patrimônio do requerente. Ao revés, trata-se de garantir a eficácia do instrumento

339 – “A tutela jurisdicional cautelar”, in RPG do Estado de São Paulo, nº 23, 1985, p. 123.

de prestação da tutela jurisdicional satisfativa e, pois, desta, ou de manter o equilíbrio entre os litigantes, de sorte que a qualidade de tal prestação não possa ser prejudicada pela falta desse equilíbrio”.

Portanto, em decorrência da característica da fungibilidade, não está o juiz vinculado ao pedido da parte, sendo a ele reservada a faculdade de prestar a tutela cautelar mais adequada à garantia da efetividade do processo principal e ao equilíbrio das partes.

5.5.9 – *A sumariedade*

Finalmente, deve-se relembrar que a tutela cautelar é prestada através de cognição superficial ou sumária.

A sumariedade não é característica exclusiva do processo cautelar, pois há outras formas de prestação jurisdicional que são sumárias.

Todavia, em face da urgência necessária nesse tipo de atividade jurisdicional, o procedimento a ser seguido para a decisão acerca da medida cautelar é bastante sumarizado.

Como lembra, mais uma vez, Donaldo Armelin³⁴⁰, “ao lado do processo de cognição plena e exaustiva, como o denomina Proto Pisani, está o sumário e, pois, o cautelar em que a prova não é certeza, mas de mera plausibilidade, onde a cognição é restrita, sacrificada, portanto, em favor da presteza. A sumariedade do procedimento, no processo pelo qual se veicula a prestação da tutela jurisdicional cautelar é, de conseguinte, essencial a esta. Sem tal sumariedade a prestação dessa tutela tornar-se-á inócua, perdendo a sua operatividade e reproduzindo nas suas vicissitudes a prestação da tutela jurisdicional satisfativa, cuja eficácia pretendia garantir. Entretanto, exatamente porque veio para suprir as deficiências da prestação jurisdicional do tipo satisfativo é que a

340 – “A tutela jurisdicional cautelar”, in RPG do Estado de São Paulo, n° 23, 1985, p. 125.

tutela jurisdicional cautelar tem atingido, atualmente, a importância de que se reveste”.

No mesmo sentido Theotonio Negrão³⁴¹ observa que os requisitos da tutela cautelar, *fumus boni juris e periculum in mora*, “se provam mediante “*summaria cognitio*”, ao passo que na ação de mérito a cognição é plena: “No processo principal cuida-se do bem; no cautelar, da segurança. Por isso, o programa do processo principal concentra seu objetivo na ambiciosa fórmula da busca da verdade, enquanto o da cautelar se contenta com o desígnio, mais modesto, da busca da probabilidade. Assim, têm - processo principal e processo cautelar - campos de instrução distintos e inconfundíveis” (RT 603/203)”.

Essas, em síntese, as principais características da tutela cautelar.

5.6 - A tutela antecipada

5.6.1 - Noções gerais

No contexto da busca de uma justiça mais ágil, mais célere e efetiva, destaca-se, por sua importância, a chamada tutela jurisdicional antecipada, prevista, genericamente, no artigo 273, do CPC.

A novidade foi trazida pela Lei 8.952/94.

Antônio Cláudio da Costa Machado³⁴², sobre o instituto da antecipação da tutela, é categórico: “dentro todos os avanços introduzidos na legislação do processo civil pela Reforma de 1994, o instituto da antecipação da tutela é, indubitavelmente, o que mais tem a capacidade de modificar a visão negativa que as pessoas, em geral, têm da atividade jurisdicional e, de fato, ele cumprirá esse

341 - DIS, “Direito Informatizado Saraiva”, nº 02, “CPC e legislação processual em vigor”, 1996.

342 - “Tutela antecipada”, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 19.

mister de fazer o Judiciário ser enxergado como instrumento de justiça, e não de sua negação, se houver coragem e responsabilidade por parte dos juízes que o aplicarão daqui para a frente”.

Para João Batista Lopes³⁴³, “cuida-se, em apertada síntese, de forma de tutela jurisdicional diferenciada em que o autor não objetiva simplesmente evitar os prejuízos decorrentes da demora processual mas obter, desde logo, a satisfação do direito, ainda que provisoriamente.

Extrema-se, pois, da tutela cautelar em que se almeja garantir o resultado útil do processo principal, sem satisfação antecipada do direito”.

No mesmo sentido Athos Gusmão Carneiro³⁴⁴ observa que “cumpre uma redistribuição do ônus do processo decorrentes do passar do tempo. Para tanto, impuseram-se formas diferenciadas de tutela, quer buscando abreviar, embora mantida a cognição exauriente, a prolação da sentença de mérito com eficácia de coisa julgada material: quer através de técnicas de preservação provisória e temporária dos interesses daquele litigante que, tendo em seu favor uma aparência do bom direito, razoavelmente possa invocar prejuízo grave decorrente da duração do processo”.

Assim, de acordo com Athos Gusmão³⁴⁵, um dos responsáveis pela reforma processual de 94, “a consagração legislativa do instituto da *antecipação dos efeitos da tutela* ou, mais simplesmente, da *antecipação da tutela*, além de impedir, doravante, a deturpação do uso da medida cautelar “inominada”, veio a responder às exigências de equânime distribuição dos ônus do tempo no processo”.

343 – “A prova no direito processual civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79.

344 – “Da antecipação de tutela no processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 5.

345 – “Da antecipação de tutela no processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 8.

Segundo dispõe o atual art. 273, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

J. E. Carreira Alvim³⁴⁶ destaca que “a antecipação, enquanto fenômeno processual, ensejou entre nós, num primeiro passo, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória – com o que se sepultaram as provas procrastinatórias – e, agora, num passo de gigante, antecipa *initio litis* a própria tutela jurisdicional, com o que diminuirá o número das defesas infundadas, também imbuídas de propósitos meramente protelatórios”.

Pelo que se percebe, portanto, trata-se de importante técnica processual de antecipação dos efeitos da tutela, que tem por objetivo principal a minimização dos problemas decorrentes da inevitável demora do processo.

Conveniente, então, uma análise mais detalhada da tutela antecipada.

5.6.2 – A finalidade da tutela antecipada

Conforme dito acima, as tutelas provisórias nem sempre têm a mesma finalidade, uma vez que podem ter função conservativa ou função satisfativa (antecipatória).

A tutela antecipatória é a espécie de tutela provisória que tem função satisfativa, uma vez que através da antecipação dos efeitos da tutela final permite-se o uso, o gozo, a fruição do bem da vida pretendido através do processo (há o adiantamento de certos efeitos materiais).

Nesse ponto há uma nítida diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, uma vez que a tutela cautelar destina-se à preservação da utilidade das providências de conhecimento e execução, sem permitir uma antecipação dos efeitos do pedido.

346 – “O direito na doutrina”, Curitiba: Juruá, 1998, p. 69.

Sobre a questão, oportuna a lição de Athos Gusmão Carneiro³⁴⁷: “percebe-se, de logo, a profunda diferença entre as providências que objetivam apenas *garantir* a “justiça” e a eficiência prática da futura (provável) sentença, e aquelas providências que *antecipam*, integrando-o no patrimônio jurídico do autor (no todo ou em parte), exatamente aquele bem da vida postulado pelo demandante. As primeiras eram e são realmente cautelares, “*stricto sensu*”. As segundas, embora sob as ‘vestes processuais’ das medidas cautelares, revestem-se de natureza *satisfativa*...”³⁴⁸.

Depreende-se, portanto, que o julgador, ao antecipar os efeitos da tutela jurisdicional pretendida, atua provisoriamente sobre o mundo fático, emitindo provimentos reversíveis que se destinam a adiantar, total ou parcialmente, efeitos da tutela jurisdicional pretendida.

Sendo assim, é inegável que a tutela antecipada diminui os efeitos maléficos do tempo no processo.

Com efeito, enquanto a fruição do bem pretendido no processo somente seria possível ao final, depois do trânsito em julgado da decisão que “declara o direito”, com a antecipação da tutela permite-se a fruição do bem jurídico pretendido antes da decisão final.

Com isso são minimizados os efeitos prejudiciais que a demora na prestação jurisdicional possa acarretar³⁴⁹.

347 - “Da antecipação de tutela no processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6.

348 - Também pensam assim Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (“Curso avançado de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 348): “Trata-se de tutela satisfativa no sentido de que o que se concede ao autor liminarmente coincide, em termos práticos e no plano dos fatos (embora reversível e provisoriamente), com o que está sendo pleiteado *principaliter*”.

349 - Segundo Cândido Dinamarco (Tribuna da Magistratura, Caderno de Doutrina julho/agosto de 1998.), “os males de corrosão e frustração que o decurso do tempo pode trazer à vida dos direitos constituem ameaça à

Aliás, a atenuação desses efeitos é um dever do Estado, pois não pode aquele que tem direito ser penalizado pela demora na prestação jurisdicional, fato que é muito comum nos tribunais brasileiros.

A finalidade da tutela antecipada, portanto, é atenuar a crise da falta de efetividade, através da aceleração do momento em que se pode usufruir o bem da vida pretendido no processo.

A fruição do bem da vida pretendido é possível, uma vez que, havendo antecipação, é possível a execução imediata da decisão interlocutória³⁵⁰ proferida pelo julgador.

Esse, aliás, o grande objetivo daquele que pretende a antecipação: executar imediatamente a decisão para obter, desde já, o bem da vida pretendido.

Sendo assim, é correto concluir que a principal finalidade da tutela antecipatória é atenuar as consequências decorrentes da demora da prestação jurisdicional, permitindo ao autor a obtenção antecipada dos efeitos da tutela pretendida, através de um provimento jurisdicional provisório e reversível.

efetividade da promessa de tutela jurisdicional, contida nas Constituições modernas – e ameaça tão grave e tão sentida, que em tempos modernos se vem afirmando que tal garantia só se considera efetiva quando for tempestiva”.

350 – Por isso observa Athos Gusmão Carneiro (“Da antecipação de tutela no processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 9.) que “implicou a *antecipação de tutela*, pois, em superação do princípio “*nulla executio sine titulo*”, superação da “dicotomia” processo de conhecimento/processo de execução, de milenar raiz romanística e que, embora seu sólido arrimo doutrinário e lógico-formal, importava com frequência em prêmio ao réu inadimplente, e em castigo ao autor que, embora favorecido com sólida aparência do bom direito, se via obrigado a suportar o ônus da demora processual”.

5.6.3 - O momento processual da antecipação

A antecipação da tutela pode ocorrer em qualquer fase processual, tanto em primeiro, quanto em segundo grau de jurisdição.

Afinal, o Código de Processo Civil não fixa uma fase ou um momento específico para que o juiz conceda a tutela antecipada prevista, genericamente, no artigo 273³⁵¹.

Por isso, correto Antônio Cláudio da Costa Machado³⁵² ao concluir que a antecipação é possível desde a petição inicial até as razões finais.

Há autores que afirmam a impossibilidade de antecipação de tutela antes da citação e da concessão de oportunidade de defesa ao réu. Ou seja, negam que a antecipação possa ocorrer através de medida liminar. Cite-se, por exemplo, Calmon de Passos³⁵³: “inexiste possibilidade de antecipação da tutela, no processo de conhecimento, antes da citação do réu e oferecimento de sua defesa ou no transcurso do prazo para ela previsto”.

Todavia, a melhor orientação parece ser no sentido de se admitir a antecipação em caráter liminar, mesmo que sem a oitiva da parte contrária³⁵⁴. Evidentemente, nesse caso é imprescindível que se demonstre o risco de ineficácia do provimento jurisdicional.

351 - Como constata Antônio Cláudio da Costa Machado (“Tutela antecipada”, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 43), “não se encontra qualquer referência ao momento da antecipação em nenhum dos parágrafos do art. 273 que se limitam a exigir fundamentação decisória (§ 1º), proibir a antecipação em caso de irreversibilidade (§ 2º), disciplinar a sua execução (§ 3º), revogação e modificação (§ 4º) e regular o efeito da concessão ou denegação sobre o procedimento (§ 5º)”.

352 - “Tutela antecipada”, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 45.

353 - “Inovações no processo civil”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense 1995, p. 12.

354 - Esse entendimento encontra respaldo na doutrina. Pode ser citado Antônio Cláudio da Costa Machado (“Tutela antecipada”, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 46): “a antecipação da tutela, mesmo a só fundada no inciso I, é algo muito mais amplo do que apenas uma medida liminar, mas é

A antecipação *initio litis* decorre do fato de que a tutela antecipada, espécie de tutela de urgência, está condicionada aos conhecidos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, de forma que está predisposta a atenuar os riscos decorrentes da demora da prestação jurisdicional.

Além disso, sempre que há o risco de ineficácia da prestação jurisdicional com a oitiva da parte contrária, é dotado o julgador de um poder geral de antecipação, pois a Constituição Federal determina que a função jurisdicional deve atuar para reparar os danos surgidos, bem como para atenuar situações de ameaça a direito.

Ou seja, deve ser assegurado ao autor a oportunidade da antecipação inicial para evitar-se a ocorrência do dano irreparável ou de difícil reparação.

De outro lado, também deve ser admitida a antecipação durante ou depois de proferida a sentença de primeiro grau de jurisdição³⁵⁵.

As razões são as mesmas.

evidente que dentro da sua amplitude essencial, obviamente se encontra a medida concessível *initio litis*. Afinal, se a antecipação do art. 273, inciso I, depende do preenchimento de requisitos tão severos (um *fumus boni iuris* difícil de preencher, somado ao sempre problemático *periculum in mora* na ótica da prova), que razão existiria para que não se concedesse liminarmente a providência antecipatória? A simples circunstância da lei exigir *periculum in mora*, por outro lado, parece enfatizar significativamente a conclusão pela afirmativa, uma vez que se com a inicial o autor demonstra, a par da “prova inequívoca” do *caput*, que ele se encontra na iminência de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação, que providência, a não ser a liminar, pode afastar tal estado de perigo?”.

355 – Nesse sentido, por exemplo, o mestre João Batista Lopes (“A prova no direito processual civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 80) ao afirmar que “a tutela antecipada pode ser concedida mesmo após a fase postulatória e, até mesmo, em segundo grau de jurisdição, em alguns casos (v.g., interposição de agravo de instrumento não só para suspender o ato impugnado, mas também para obter a providência negada em primeiro grau)”.

Demonstrada nos autos uma situação de perigo, e isso pode ocorrer em qualquer fase do procedimento, pode ser pleiteada a antecipação, a aceleração dos efeitos da prestação jurisdicional³⁵⁶.

Assim, se não parece correto entender que não há possibilidade de antecipação liminar, também parece que não é correto entender que a sentença de primeiro grau de jurisdição seja um limite para que ocorra a antecipação.

Em recente monografia, William Santos Ferreira³⁵⁷ foi enfático: “a tutela antecipada pode ser concedida tanto no início do processo como no seu curso – não há qualquer óbice; e por “em seu curso” entenda-se *também* em sede recursal”.

Segundo William Santos Ferreira³⁵⁸, “a admissibilidade da concessão de tutela antecipada em sede recursal tem, evidentemente, total relação com o efeito devolutivo, porque é da definição do que será objeto de apreciação pelo órgão *ad quem*, isto é, do mérito do recurso, que se anteverá, em regra, o que poderá ser antecipado, bem como se avaliará o provável sucesso do recurso interposto”.

Ainda observa o autor³⁵⁹ que “é contraditório admitir-se que a tutela antecipada seja concedida em primeira instância, por mera *cognição parcial*, e, em processo com *cognição exauriente* (apenas em primeira instância), que o órgão responsável pela reapreciação do julgamento não possa conceder a tutela antecipada somente porque a sentença foi desfavorável ao apelante”.

356 – Cite-se, também, a opinião de Athos Gusmão Carneiro (“Da antecipação de tutela no processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 67): “A antecipação de tutela também pode ser requerida e deferida estando processo em grau de recurso, sendo então o pedido (mais freqüentemente pela incidência do art. 273, II) formulado *ao relator*. A urgência pode inclusive caracterizar-se, em nível recursal, pela previsível demora decorrente do acúmulo de processos, ou resultar da necessidade de remessa dos autos – máxime nos tribunais superiores – para parecer do Ministério Público”.

357 – “Tutela antecipada no âmbito recursal”, São Paulo: RT, 2000, p. 385.

358 – “Tutela antecipada no âmbito recursal”, São Paulo: RT, 2000, p. 389.

359 – *Idem*, p. 390.

Também Teori Albino Zavascki³⁶⁰ deixa evidente a possibilidade de se pleitear a antecipação nos tribunais: “As disposições do art. 273 do Código de Processo Civil, de caráter geral e integrantes do procedimento comum, são aplicáveis, subsidiariamente, a todos os procedimentos especiais (CPC, art. 272, parágrafo único), inclusive nos processos de competência originária dos tribunais (a .1). Assim, em princípio, a tutela antecipada poderá ser ali requerida, nos mesmos termos e observados os mesmos pressupostos aplicáveis ao procedimento comum”.

Nestes termos, é de se concluir que a antecipação da tutela jurisdicional pode ocorrer em qualquer fase processual, em primeira ou em segunda instância.

5.6.4 – *Espécies de tutela antecipatória*

Tem reconhecido a doutrina a existência de *duas espécies* de tutela antecipatória, uma de natureza cautelar (art. 273, I) e outra de natureza sancionatória (art. 273, II).

Com efeito, o artigo 273, inciso I, admite a antecipação da tutela no caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Utiliza-se na parte final do inciso I a conjunção “ou”, o que demonstra uma alternativa: a antecipação também poderá ocorrer se ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório.

Existem, portanto, duas hipóteses em que se admite a antecipação de tutela: a hipótese do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como a hipótese de abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, bem observa Antônio Cláudio da Costa Machado³⁶¹ que “o abuso de direito ou propósito protelatório é fundamento

360 – “Antecipação da tutela”, São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 117-120.

361 – “Tutela antecipada”, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 46.

complemente autônomo em relação ao *periculum in mora*. Em outras palavras, o autor tanto pode requerer a antecipação por causa de perigo, como por causa do comportamento processual reprovável do réu”.

Por isso pode-se falar que a antecipação pode ser “cautelar”, quando ligada ao *periculum in mora*, ou sancionatória, quando utilizada para coibir o abuso do direito de defesa³⁶².

Marcelo Lima Guerra³⁶³ fala na existência de duas funções distintas previstas nos incisos I e II do art. 273 do CPC: uma cautelar e outra repressiva.

Nestes termos, encontram-se no artigo 273, do CPC, duas espécies de tutela antecipada: uma fundada na existência de um *periculum in mora*; outra fundada no abuso do direito de defesa.

5.6.5 – Requisitos para a antecipação

A antecipação genérica da tutela, prevista no artigo 273 do CPC, está condicionada à observância de alguns requisitos:

- a demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), se a antecipação tiver por fundamento o artigo 273, I, do CPC; ou a demonstração do *abuso de direito de defesa* ou do manifesto propósito

362 – Segundo Dinamarco (Tribuna da Magistratura, Caderno de Doutrina julho/agosto de 1998), “na sistemática do art. 273 do Código de Processo Civil, estão presentes a *antecipação-remédio*, cabível para preservar a parte de danos irreparáveis ou de difícil reparação (inc. I) e a *antecipação-sanção*, que constitui reação da ordem jurídica aos abusos de direito no processo praticados inclusive mediante expedientes protelatórios (inc. II). Num e noutro caso, está sempre manifesto o *intuito acelerador*. Acelera-se para evitar males concretos demonstrados ao juiz, ou acelera-se para vencer as desacelerações provocadas pela parte adversa – mas sempre a intenção é *acelerar*”.

363 – “Estudos sobre o processo cautelar”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 98.

protelatório do réu, se a antecipação se fundamentar no inciso II, do art. 273;

- existência de uma *ação em curso*;
- existência de “*prova inequívoca*”, que demonstre a verossimilhança da alegação;
- formulação de *pedido da parte*;
- *reversibilidade* da situação fática.

A seguir serão detalhados os mencionados requisitos.

5.6.6 – O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação - *periculum in mora*

O fundamento receio de dano irreparável ou de difícil reparação é um requisito para a antecipação de tutela fundada no inciso I do art. 273, ou seja, para a antecipação que a doutrina chama de cautelar, de assecuratória ou de inibitória.

A doutrina tem afirmado que a antecipação, nesse caso, procura evitar a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação que tem por causa a demora na tramitação do processo³⁶⁴.

364 – Nesse sentido Antônio Cláudio da Costa Machado (“Tutela antecipada”, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 454): “o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” corresponde ao segundo elemento integrativo do conceito de *periculum in mora*, que tem no “retardo da outorga da providência final de mérito” o seu primeiro elemento. A causa do dano irreparável, portanto, há sempre de ser a demora procedimental para que se caracterize o que a doutrina conseguiu sintetizar como *periculum in mora*”. Também Athos Gusmão Carneiro (“Da antecipação de tutela no processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 27): “não basta o juízo de verossimilhança, a alta probabilidade de que o autor venha a ser favorecido com sentença de procedência. A lei exige, mais, que a demora processual possa acarretar ao autor um *dano*, com características de *irreparabilidade* ou de *difícil reparação*”.

O julgador, portanto, deve verificar se, além dos outros requisitos, a demora na solução definitiva pode trazer algum dano à parte.

Não se trata, porém, de qualquer dano. Trata-se de dano irreparável ou de difícil reparação.

Luiz Guilherme Marinoni³⁶⁵ procura definir o que seja a irreparabilidade do dano: “há “irreparabilidade” quando os efeitos do dano não são reversíveis. Entram aí os casos de direito não patrimonial (direito à imagem, por exemplo) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em dinheiro necessária para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito, por exemplo). Há irreparabilidade, ainda, no caso de direito patrimonial que não pode ser efetivamente tutelado através de reparação em pecúnia”.

Ainda segundo o autor³⁶⁶, “o dano é de “difícil reparação” se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de “difícil reparação” se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão. Assim, por exemplo, no caso de desvio de clientela...”.

Arruda Alvim³⁶⁷ observa que “o dano, a que se refere o art. 273, I, não diz necessariamente respeito ao ‘periclitamento da pretensão’, se não for antecipada a tutela. O texto do art. 273, I, não faz maiores distinções. Esse dano pode ser externo à pretensão, ou seja, pode ser um dano evitável por causa do acolhimento da pretensão, desde que presentes os pressupostos do *caput* do art. 273, c/c o inc. I, do mesmo artigo”.

A definição, como se pode perceber, não é fácil.

É imprescindível que o julgador, no caso concreto, pondere os interesses em conflito, analise a probabilidade de procedência da

365 – “A antecipação da tutela”, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 130-131.

366 – “A antecipação da tutela”, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 131.

367 – “Manual de direito processual civil”, v. 2, 7ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 396.

ação, e se certifique da possibilidade de sofrer o autor um dano irreparável ou de difícil reparação.

Tais circunstâncias devem ser explicitadas na decisão, evitando-se a mera referência aos termos legais.

5.6.7 – O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório

A demonstração do abuso do direito de defesa é requisito para a antecipação que se fundamenta no inciso II do art. 273, do CPC.

Não se soma, portanto, ao requisito anteriormente comentado.

Conforme observa Luiz Guilherme Marinoni³⁶⁸, “o sistema processual civil, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor”.

Trata-se, portanto, de requisito que se aplica à antecipação chamada de sancionatória.

Na lúcida observação de Arruda Alvim³⁶⁹, “no caso do art. 273, II, dever-se-á analisar o comportamento do réu, e distinguir se este está usando do seu direito de defesa, ou, então, se deste está abusando”.

A lei prevê, em última análise, um interessante poder ao magistrado para coibir o abuso do direito de defesa.

Ou seja, estabeleceu o Código um novo e importante poder ao juiz para melhor distribuir o ônus da demora processual.

368 – “A antecipação da tutela”, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 137.

369 – “Manual de direito processual civil”, v. 2, 7ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 407.

A sede constitucional do direito de defesa não inibiu o legislador.

Todo direito, como se sabe, não pode ser utilizado de forma abusiva. Nem mesmo um direito constitucional.

Assim, concluindo o julgador que há abuso do direito de defesa, pode, presentes outros requisitos, antecipar a tutela jurisdicional. Essa antecipação certamente trará ao réu um interesse em acelerar o julgamento definitivo da lide, pois a decisão contra ele proferida é passível de imediata efetivação.

Além disso, a previsão do inciso II, do artigo 273, bem demonstra que a antecipação pode se dar a qualquer momento processual, sendo inconcebível a idéia de que a tutela antecipada somente pode ser concedida no limiar da ação.

Com efeito, só pode haver abuso do direito de defesa depois que o réu respondeu a ação. Ou, ainda, depois que interpôs o recurso considerado, então, protelatório.

A palavra “defesa” merece, nesse contexto, interpretação bastante ampla, de tal forma que pode haver abuso do direito de defesa quando da interposição de um recurso evidentemente protelatório.

Athos Gusmão Carneiro³⁷⁰, de forma bastante ampla, aponta hipóteses de conduta protelatória: “o *manifesto propósito protelatório* do demandado pode inclusive configurar-se através de conduta temerária, mesmo extraprocessual, dele ou de seu advogado, como a reiterada retenção dos autos por tempo prolongado, o fornecimento de endereços inexatos a fim de retardar intimações, a prestação de informações errôneas, a criação de embarços à realização da prova pericial...”.

Trata-se, portanto, de inovação que merece ser aplaudida, pois deve o magistrado, de todas as formas, conter o abuso do direito de resistir à pretensão alheia.

370 – “Da antecipação de tutela no processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 32.

5.6.8 – A existência de ação em curso

Esse requisito não tem sido ressaltado pela doutrina.

Todavia, trata-se de interessante ponto de distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória.

Afinal, é requisito indispensável para a antecipação que o pedido antecipatório seja feito no curso de uma ação.

De outro lado, a tutela cautelar pode ser pleiteada de forma “preparatória”.

Sendo assim, é requisito para a antecipação que exista uma ação em curso.

5.6.9 - A prova inequívoca

É pacífica a doutrina no sentido de que a expressão “prova inequívoca” não é a mais adequada para exprimir um requisito de uma tutela de urgência.

Aliás, muitos autores são categóricos em afirmar que não existe “prova inequívoca”.

João Batista Lopes³⁷¹, a propósito, é categórico: “a expressão “prova inequívoca” não se afigura a mais adequada, uma vez que, consoante a melhor doutrina, não existem provas inequívocas e provas equívocas, mas simplesmente prova (ou provas, no sentido de meios de prova)”.

Por isso, conclui o mestre³⁷² que, “ao que parece, o legislador reformista se valeu da expressão “prova inequívoca” para aludir à prova segura, isto é, idônea a formar a convicção do julgador. Prova inequívoca não significa, assim, prova incontestável ou

371 – “A prova no direito processual civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79.

372 – “A prova no direito processual civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 80.

inimpugnável, já que nem mesmo a escritura pública ostenta esse atributo”³⁷³.

O mais correto é não perder de vista que o legislador estabeleceu um requisito para a concessão de uma tutela de urgência provisória, ou seja, que poderá não se confirmar pela superveniência de outros elementos de convicção.

Trata-se, portanto, de prova suficiente a convencer o magistrado de uma probabilidade de êxito.

Afinal, a decisão que concede ou não a antecipação da tutela é essencialmente revogável ou modificável, por expressa disposição legal (art. 273, § 4º).

Portanto, “prova inequívoca”, na verdade, é prova suficiente para convencer o juiz da verossimilhança da alegação da parte.

5.6.10 – O pedido da parte

A concessão da tutela antecipatória depende, conforme clara dicção do *caput* do artigo 273 do CPC, de pedido da parte.

Afinal, segundo o mencionado dispositivo, o juiz poderá, *a requerimento da parte*, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial...

Assim, a interpretação literal da lei leva à conclusão de que a antecipação depende de requerimento do autor ou, em alguns casos, do réu.

Aliás, o próprio CPC consigna expressamente que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais (conforme artigo 2º).

373 – No mesmo sentido a lição de Athos Gusmão Carneiro (“Da antecipação de tutela no processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 20): “a nós parece que a “inequívocidade” da prova significa sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o “juízo de verossimilhança”, capaz de autorizar a antecipação da tutela”.

Essas disposições decorrem da idéia mais ampla de que a jurisdição é uma função inerte, ou seja, que atua somente quando provocação.

A inércia da jurisdição é, de fato, uma regra do sistema processual brasileiro, sendo consequência dessa idéia a própria adstrição do juiz ao pedido do autor.

E como toda regra, essa também admite exceções. Podem ser lembradas as hipóteses da concessão *ex officio* de medidas cautelares e da fixação da multa cominatória diária sem pedido do autor.

Resta saber, portanto, se a interpretação literal do artigo 273, no sentido de que a antecipação da tutela depende de requerimento da parte, é decorrente dessa idéia de inércia da jurisdição ou se haveria algum poder para o magistrado antecipar a tutela mesmo sem provocação do interessado.

É correlata a discussão a respeito de eventual pedido de antecipação da tutela por parte do Ministério Público, nos casos em que o *parquet* intervém na relação processual como fiscal e não como parte. Afinal, se o juiz puder antecipar a tutela de ofício, não há razão para impedir que o Ministério Público postule a antecipação a favor do tutelado.

E a nossa conclusão é no sentido de que a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional depende de pedido da parte.

A razão principal decorre do seguinte: quem requer a antecipação está pretendendo, na verdade, executar (ou efetivar como preferem alguns) essa decisão. Afinal, não tem sentido a antecipação que não seja seguida de uma efetivação, mesmo que provisória (conforme determinado pelo artigo 273, § 3º).

Executar provisoriamente a decisão que antecipa a tutela jurisdicional pode trazer consequências patrimoniais ao exequente, razão pela qual somente ele pode ponderar a conveniência ou não de proceder a uma execução provisória.

Com efeito, a execução provisória responsabiliza o exequente, em caso de improcedência da ação, em relação aos danos causados ao executado. A doutrina tem discutido se essa responsabilidade é

objetiva ou subjetiva. Para alguns seria objetiva por aplicação analógica do artigo 811 do CPC³⁷⁴. Outros afirmam que a responsabilidade é subjetiva, considerando que o § 3º do artigo 273 determina a aplicação do artigo 588, incisos II e III do CPC, excluindo, expressamente, a incidência do inciso I do artigo 588 que se refere à responsabilidade. Assim, à falta de norma expressa, a responsabilidade seria subjetiva.

Assim, considerando que sempre há uma responsabilidade do exequente, em caso de improcedência da demanda, de tal forma que deverá indenizar o executado pelos prejuízos que lhe causar a execução da medida antecipatória, entendemos que somente ele poderá ponderar os riscos dessa execução provisória e optar ou não pelo efetivação da medida antecipatória.

Admitida a antecipação de ofício, estaria admitida a idéia de que o juiz pode impor ao exequente o risco de indenizar o executado pelos prejuízos causados.

Portanto, seja pela interpretação literal do artigo 273, seja pela interpretação sistemática, não pode ser antecipada a tutela jurisdicional de ofício³⁷⁵.

374 - Conforme artigo 811, sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida se, por exemplo, a sentença no processo principal lhe for desfavorável.

375 - Nesse sentido Sérgio Sahione Fadel ("Antecipação da tutela no processo civil", São Paulo: Dialética, 1998, p. 24): "embora no que tange a algumas e muito específicas medidas cautelares, o juiz, em casos excepcionais, possa decretá-las de ofício, independentemente de requerimento ou de audiência das partes, conforme a previsão do art. 797 do CPC, a tutela antecipada só pode ser deferida, de acordo com a letra expressa do art. 273, a pedido da parte". Também Nelson e Rosa Nery ("Código de processo civil comentado", 4ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 748) afirmam que "é vedado ao juiz conceder *ex officio* a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do CPC 273 *caput*. Somente diante de pedido expresso do autor é que pode o juiz conceder a medida".

5.6.11 - A reversibilidade

O parágrafo 2º, do art. 273, estabelece que não será concedida a antecipação quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

O Código, portanto, fala em perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

A maioria dos autores, contudo, reconhece que o provimento, ou seja, a decisão, é sempre reversível (afinal, ela pode ser impugnada por recurso). A reversibilidade ou irreversibilidade, assim, estaria na plano fático e não no jurídico.

Sobre a questão, afirma J. E. Carreira Alvim³⁷⁶ que, “no fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário – mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no *status quo ante*, ou, não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar”³⁷⁷.

Portanto, frise-se que o provimento, a decisão que determina a antecipação da tutela, é sempre reversível. O que pode ser irreversível é a situação fática decorrente da execução da medida antecipatória.

Pretende o Código que o julgador não crie situações irreversíveis, no mundo dos fatos, com a antecipação da tutela, mesmo porque a tutela antecipatória deve ser uma tutela “provisória”.

376 – “O direito na doutrina”, Curitiba: Juruá, 1998, p. 87.

377 – Também pensam assim Nelson e Rosa Nery (“Código de processo civil comentado”, 4ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 753): “o provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que pode ser irreversível são as consequências de fato ocorridas pela execução da medida, ou seja, os efeitos decorrentes de sua execução”

A questão mais importante, porém, é saber se esse requisito é absoluto ou relativo. Ou seja, saber se o julgador está absolutamente proibido de antecipar a tutela jurisdicional sempre que houver um risco de irreversibilidade.

A doutrina tem debatido a questão.

Para Marcelo Lima Guerra³⁷⁸, por exemplo, esse dispositivo não tem aplicação absoluta, pois há situações em que a única maneira de neutralizar um *periculum in mora* é através de uma medida que pode criar uma situação irreversível³⁷⁹.

O entendimento nos parece absolutamente correto, apesar da séria advertência do mestre Arruda Alvim³⁸⁰: “Se a situação criada pela concessão da tutela fosse irreversível, essa tutela concedida seria definitiva, no sentido de não poder mais vir a ser desfeita, ainda que, em tal hipótese, se pudesse pensar em dever o autor vir a pagar perdas e danos ao réu. A reversibilidade é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da Constituição, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado “sem o devido processo legal” e, ainda, teria sido esse alguém, privado de seus bens ‘sem o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes’ (CF, art. 5º, LV)”.

Deve ser destacado que não estamos adotando a idéia de que sempre haveria reversibilidade pela possibilidade de indenização

378 - “Estudos sobre o processo cautelar”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 107.

379 - Diz o autor que, “na verdade, há situações em que a única maneira de se neutralizar um *periculum in mora* é através de uma medida que cria situação irreversível. Nessas hipóteses o juiz se encontra diante de uma difícil e dramática escolha que só o sopesamento das circunstâncias do caso concreto poderá determinar. Assim, dependendo dessas circunstâncias, não haverá outra opção para o juiz senão a de conceder a medida, ainda que crie uma situação irreversível. Isso porque a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, fundamento da tutela cautelar, está insculpida entre as garantias constitucionais”.

380 - “Manual de direito processual civil”, v. 2, São Paulo: RT, 1996, pp. 369-370.

pecuniária, como mencionam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini³⁸¹.

Afinal, há danos que jamais podem ser ressarcidos pecuniariamente.

Defendemos, contudo, a opinião daqueles que entendem ser aqui aplicável o princípio da proporcionalidade.

A melhor lição parece ser a do Professor João Batista Lopes³⁸², que chama atenção para “a necessidade de flexibilização do comando da norma para atender a situações excepcionais em que sua aplicação rígida implicaria sacrifício da própria tutela jurisdicional”.

E o Professor João Batista Lopes³⁸³ muito bem define o princípio da proporcionalidade que se constitui, segundo ele, “no fundamento jurídico que autoriza sobredita flexibilização”: “pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, pode proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão.

Assim, por exemplo, o conflito entre os chamados direitos absolutos (direito à vida, à integridade física etc.) e os direitos patrimoniais deve ser resolvido em favor dos primeiros (v.g., pretensão de realização de cirurgia inadiável em confronto com interesse patrimonial de empresa prestadora de serviços médicos; pedido de transfusão de sangue em favor de paciente menor em

381 – “Curso avançado de processo civil”, v. 1, São Paulo: RT, 1998, p. 353. Segundo esses autores, “a reversibilidade que exige a lei pode ser *in natura*, o que é sempre preferível. O que se deseja é que seja possível a volta ao *status quo ante*, que haja reposição do estado das coisas tal qual estas existiam antes da providência. Considera-se, todavia, reversível o provimento (reversíveis os seus efeitos), toda vez que puder haver indenização e que esta seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido”.

382 – “Tutela antecipada no processo civil brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 72.

383 – “Tutela antecipada no processo civil brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 72-73.

confronto com convicção religiosa dos pais; proteção da intimidade em conflito com interesse comercial de jornal na publicação de notícia sensacionalista.

Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir com razoabilidade os interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídica”.

Carreira Alvim³⁸⁴ também cita exemplos que justificam o caráter relativo da proibição: “Pense-se na hipótese em que, para salvar a vida do paciente, se peça, contra a sua vontade, autorização judicial para amputar-lhe uma perna. Ninguém porá em dúvida que o provimento será, no caso, irreversível – aliás “irreversibilíssimo” – admitindo, quando muito, a substituição da perna amputada por uma mecânica. Mas ninguém negará também que, para salvar uma vida, não se deva, ante o disposto no § 2º do art. 273 do CPC, amputar uma perna, pelo simples fato de que essa amputação possa, na sentença final, revelar-se precipitada. Igualmente, a irreversibilidade da demolição de um prédio, para resguardo da saúde, segurança ou outro interesse público (art. 888, VIII, do CPC), ou dos alimentos provisionais (art. 852 do CPC) (já que o alimentando não está obrigado a restituí-los) não impediu fossem inseridos no contexto do processo cautelar”.

A questão, como se vê, é delicada e controvertida. Contudo, ousamos concluir que, em regra, não deve o magistrado conceder a antecipação se houver risco de irreversibilidade da situação fática advinda da execução provisória. Todavia, em casos excepcionais é justificável a antecipação mesmo diante do risco de irreversibilidade.

5.6.12 – A revogação da tutela antecipada

O § 4º do art. 273 dispõe expressamente sobre a possibilidade de revogação e de modificação da tutela antecipada.

384 – “O direito na doutrina”, Curitiba: Juruá, Curitiba, 1998, pp. 87-88.

Como espécie de tutela “provisória”, é evidente que a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Some-se a isso ainda a óbvia observação de que os efeitos da tutela são antecipados por decisão interlocutória. A decisão interlocutória, como se sabe, é recorrível, pois assim o são todas as decisões interlocutórias proferidas no processo civil. Ora, se a decisão é recorrível é evidente que o Tribunal poderá reformulá-la.

Mas, além disso, quando o Código afirma que a tutela poderá ser revogada ou modificada, está deixando muito claro que a antecipação poderá ser revogada pelo próprio julgador, cassada pelo Tribunal, ou mesmo alterada.

Assim, a decisão que concede uma antecipação da tutela não preclui, pois o *periculum in mora*, da mesma forma que pode surgir a qualquer momento, a qualquer momento poderá desaparecer.

Aliás, deve também ser considerado que a tutela antecipada é concedida mediante cognição superficial.

A cognição superficial, exatamente por não ser exaustiva, não permite que o julgador profira a decisão antecipatória fundada na certeza. E se não há certeza, não há definitividade. Tanto isso é verdade que somente a sentença definitiva, proferida após cognição exauriente, e depois de se garantir às partes o contraditório e a ampla defesa, é que tem o condão de produzir a coisa julgada material.

Portanto, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida é veiculada por decisão que não enseja coisa julgada e nem produz a “preclusão imprópria” (preclusão *pro judicato*).

5.7 – Distinções entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória

Há inúmeras outras questões que podem ser abordadas no estudo da tutela antecipada³⁸⁵.

385 – Podemos lembrar, a título meramente exemplificativo, as seguintes questões: A possibilidade da concessão antecipada da tutela concomitantemente

Todavia, não há a pretensão de se esgotar esse estudo.

O objetivo é elaborar uma síntese das principais características da tutela antecipada.

Conveniente, porém, é tentar sintetizar as diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória apontadas pela doutrina.

Obviamente, há muita afinidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, pois são ambas espécies de tutela de urgência, apresentando, portanto, elementos comuns. Basta mencionar a provisoriedade, que é inerente à tutela de urgência.

Assim, ambas as tutelas são espécies de um mesmo gênero.

Possível, contudo, estabelecer distinções entre essas duas subespécies de tutela de urgência que estão sendo analisadas.

João Batista Lopes³⁸⁶, depois de afirmar que tutela cautelar e tutela antecipada são formas diferenciadas de tutela jurisdicional, enuncia que, “em consequência, devem atender a requisitos diversos”.

E segundo o autor, “a tutela cautelar, como se sabe, exige alegação e demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.”

A seu turno, a tutela antecipada requer prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação e, alternativamente, fundado receio de dano irreparável (ou de difícil reparação) ou abuso de direito de defesa (ou manifesto propósito protelatório do réu).³⁸⁶

ao julgamento antecipado da lide; a questão da legitimidade para formular o pedido de antecipação; também há intensa discussão doutrinária acerca do tipo de provimento jurisdicional que admite a antecipação; a tutela antecipatória em face da Fazenda Pública; a responsabilidade decorrente da antecipação (objetiva ou subjetiva); a questão da antecipação nos tribunais; a antecipação e a ação rescisória; a antecipação em sede de procedimento especial (ex: possessórias), etc..

386 – “A prova no direito processual civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79.

De acordo com a lição de Nelson e Rosa Nery³⁸⁷, “a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)”.

Victor Bonfim Marins³⁸⁸ afirma que “a antecipação da tutela tem o escopo de implementar desde logo efeitos práticos da sentença de procedência. Já, a tutela cautelar tem por função assegurar a idoneidade do processo, complexivamente considerado. Escreve Calmon de Passos: “a tutela suscetível de ser antecipada é aquela constitutiva do pedido formulado na inicial. Só isso pode ser antecipado, no todo ou em parte. Não se cuida de medida cautelar, pela qual se resguarda (pelo meio próprio) a futura tutela que se consubstancia no pedido formulado pela parte. Aqui há absoluta identidade entre a tutela passível de antecipação e o pedido formulado pelo autor, não podendo o juiz deferi-la nem *ultra*, nem *extra petita*”... A *autonomia processual* é ponto marcante no perfil da tutela acautelatória, mas inexistente na antecipação. Com efeito, consoante a taxionomia utilizada pelo CPC, o Processo Cautelar foi erigido à categoria de *tertium genus* processual, ao lado dos processos de conhecimento e de execução. Trata-se de processo funcional e estruturalmente autônomo. A ligação de acessoriedade existente com o processo satisfativo,

387 - “Código de processo civil comentado”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 546.

388 - “Antecipação da tutela e tutela cautelar”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: RT, 1997, p. 567.

marcadamente finalística, não retira do Processo cautelar a nota da autonomia. De outra parte, inexiste autonomia na antecipação da tutela, visto como só pode ser deferida por decisão interlocutória, inserida em processo satisfativo, vale dizer, vinculada a um pedido e a uma sentença. Deve-se ter presente a impossibilidade de cumular-se pedido de medida cautelar com pedido principal...

Outro aspecto a notar, por consequência do primeiro, é o princípio da *congruência*, a vinculação necessária entre o conteúdo do pedido e a sentença, de observância imprescindível para a antecipação da tutela, mas dispensável no que respeita à tutela cautelar, por isso que no trato da cautela prevalece o princípio da fungibilidade, que permite a substituição ou a modificação da medida, a pedido ou de ofício e a qualquer tempo (arts. 805 e 807)".

Porém, a diferença que parece fundamental reside no fato de que a tutela cautelar não é satisfativa, ao contrário da tutela antecipada, que é eminentemente satisfativa.

De fato, enquanto a tutela cautelar tem natureza meramente conservativa, a tutela antecipatória tem natureza satisfativa.

Em face da existência dessas diferenças é que é possível distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar.

A questão, porém, não é pacífica no direito brasileiro, uma vez que há autores que identificam a tutela cautelar e a tutela antecipatória.

Contudo, é de se lembrar que a questão principal dessa monografia é afirmar a natureza constitucional da tutela de urgência.

Chegou o momento, portanto, de se passar a essa questão, depois de situar a tutela de urgência e apontar algumas de suas principais características.

CAPÍTULO 6

NATUREZA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE URGÊNCIA

6.1 – Noções gerais

Não se conheceu, ainda, uma sociedade isenta de conflitos de interesses e, portanto, que não tenha vivenciado alguma forma de “direito”³⁸⁹.

Francesco Carnelutti³⁹⁰ já asseverou, há muito tempo: “a opor-se à ventura de existirem entre os homens interesses

389 – Francesco Carnelutti (“Teoria geral do direito”, tradução de Antônio Carlos Ferreira, São Paulo: Lejus, 1999, p. 104) afirma que “sempre houve direito, porque a humanidade vem de baixo, mas não existirá sempre, porque ela caminha para o alto”. Também Alcides de Mendonça Lima (“Finalidade do processo”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 17, Uberaba: Forense, 1º trim. 1979, p. 13) afirma que “a humanidade ainda não alcançou, em sua evolução, um estágio de tal aprimoramento, que possa dispensar as normas jurídicas, com o fim de regular o comportamento dos indivíduos em suas relações dentro do meio social. O Estado, portanto, tem o direito de elaborar leis (tomado o termo em sua acepção ampla), à medida que se tornem necessárias segundo o progresso técnico, científico e cultural, e conforme os ditames morais de cada época”.

390 – “Teoria geral do direito”, tradução de Antônio Carlos Ferreira, São Paulo: Lejus, 1999, p. 96.

solidários, está a desgraça da existência, entre eles, também de interesses em conflito”.

A principal razão dos conflitos de interesses, para a maioria dos juristas, é a limitação dos bens e a falta de limitação dos desejos e das vontades humanas.

As pretensões opostas geram os conflitos.

Muitos desses conflitos não são resolvidos pelos interessados, razão pela qual são submetidos à apreciação judicial. Até porque é proibida a “justiça pelas próprias mãos”.

Percebe-se, pois, a importância do processo, pois trata-se do instrumento que tem entre suas finalidades a solução desses conflitos, colaborando para a pacificação social³⁹¹.

Aliás, não haverá paz social se os conflitos não forem solucionados por um poder público, especialmente instituído para esse fim. Relegar a solução ao embate privado revelou-se uma alternativa inviável, mormente em uma sociedade atual, onde a aquisição de armas é fácil.

E a resolução desses conflitos é necessária, pois trata-se de fator de grande desagregação social.

Conforme Carnelutti³⁹², “se a solidariedade dos interesses é reconhecida como o germe da agregação dos entes, e, em particular, dos homens, no conflito dos interesses reside o germe da sua desagregação”.

391 – Alcides de Mendonça Lima (“Finalidade do processo”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 17, Uberaba: Forense, 1º trim. 1979, p. 15) também destaca a importância do processo e do Poder Judiciário: “ainda que em quantidade infinitesimalmente pequena, ocorram conflitos de interesses, cuja solução privada é vedada, salvo em casos excepcionais e expressos em lei, torna-se imprescindível a existência permanente de um Poder que, imparcialmente, os dirima, em nome do próprio Estado, suprimindo, com sua força, aquilo que os interessados não realizaram espontaneamente”.

392 – *Idem*, *ibidem*.

Essa constatação bem demonstra a importância da função jurisdicional para a sobrevivência de uma nação, pois o cidadão encontra no Poder Judiciário a possibilidade de obter uma “tutela”, uma proteção jurisdicional, além daquela tutela jurídica genérica, representada pela edição de normas de direito material.

Pode-se dizer, portanto, que o Estado, através da função jurisdicional, presta um tipo de “tutela”, a chamada tutela jurisdicional³⁹³.

Não se trata, contudo, da única forma de tutela prestada pelo Estado.

Quando o Estado edita normas, na proteção dos direitos, está também prestando uma tutela, ou seja, uma proteção jurídica. Nesse caso pode-se dizer que a tutela é de direito material.

Podemos, portanto, afirmar que o Estado é responsável pela tutela jurídica, pois é o ente responsável pela forma edição do direito.

De forma genérica, presta o Estado uma tutela jurídica. Essa expressão abrange tanto a tutela material quanto a jurisdicional.

Frederico Marques³⁹⁴ vê na atuação estatal uma “tutela”: “o Estado, ao instituir a forma processual de composição dos litígios, passou, outrossim, a tutelar a ordem jurídica através da jurisdição, visto que fez, dessa função de sua atividade soberana, a força restauradora dos mandamentos e normas do direito objetivo”.

393 – Afirma Victor Bomfim Marins (“Comentários ao código de processo civil”, v. 12, Coord. Ovídio Baptista da Silva, São Paulo: RT, 2000, p. 59) que, “mediante provocação do interessado, o Estado tutela o conflito impondo o primado do direito, mediante declaração explícita acerca da lide, e caso positiva a declaração, em proveito do autor, estabelece meios para sua realização prática. Dá-se, assim, a tutela jurisdicional dos direitos, que corresponde à garantia aos indivíduos da atuação do direito objetivo e da conseqüente observância da respectiva situação subjetiva nos casos previstos em lei, notadamente naqueles em que não haja atendimento voluntário”.

394 – “Instituições de direito processual civil”, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1966, p. 219.

Essa constatação é importante, mesmo porque a partir dela pode-se dizer que as restrições indevidas à função jurisdicional comprometem a própria luta pela pacificação social, impedindo que o cidadão reclame proteção judicial dos seus direitos e interesses, incentivando-o, não poucas vezes, à vingança privada.

Barbosa Moreira³⁹⁵, depois de assinalar que o processo civil tutela o direito objetivo, não deixa de observar que “ao exercer a atividade jurisdicional, os órgãos judiciais dispensam *também* proteção aos direitos *subjetivos*, entendidos na acepção mais ampla, em ordem a abranger todas as situações jurídicas subjetivas de *vantagem*, que a lei confere às pessoas sob determinadas circunstâncias”.

Da mesma forma pensa Frederico Marques³⁹⁶, quando observa que “a intervenção do Estado, através do processo, para atuar jurisdicionalmente, tem por objetivo impor a obediência à ordem jurídica. Restaurado o império da lei surge, como consequência, o amparo ao direito individual que a norma jurídica tutela”.

Por isso, as restrições à função jurisdicional, se indevidas, acabam por afetar a instituição do almejado Estado Democrático de Direito³⁹⁷, uma vez que compromete uma das mais

395 – “Temas de direito processual”, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 07.

396 – “Instituições de direito processual civil”, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 3^a ed., 1966, p. 217.

397 – Afinal, segundo Alcides de Mendonça Lima (“Finalidade do processo”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 17, Uberaba: Forense, 1^o trim. 1979, p. 26), “o Poder Judiciário, para exercer suas funções normais, necessita do processo, em última análise, um processo bem estruturado, confiado a órgãos – singulares e coletivos – bem garantidos e contando com instrumentos eficientes, mesmo dentro ainda da imperfectibilidade humana -, será o meio de os indivíduos terem consciência e certeza de que, no cômputo geral, imperará a justiça como ideal alcandorado da humanidade. Tudo o mais será usurpação, fonte de desenganos, estímulo às revoltas, se o Poder Judiciário periclitar ou for impedido de desempenhar sua alta missão histórica, política, social, jurídica e, até, ética”.

importantes formas de tutela do Estado, a chamada tutela jurisdicional dos direitos e interesses.

E não há Estado Democrático *de direito* se não houver um poder centrar para garantir a aplicação, mesmo que coercitiva, das normas regularmente editadas pelo Poder Legislativo.

A tutela jurisdicional, assim, pode ser vista como uma das mais importantes garantias de que dispõe o cidadão, pois a função do Judiciário consiste exatamente em garantir o império da lei, em substituição ao império pessoal de um ditador.

Como se sabe, em uma República, vale dizer, *res pública*, o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, de tal forma que tanto os governantes quanto os governados são servos diante da lei. O poder é limitado pela lei, de tal forma que também o poder é exercido *conforme* a lei, ou seja, em conformidade com o que determinam as normas regularmente editadas pelo legislativo.

Não havendo o cumprimento da lei, por vontade própria de seus destinatários, resta ao cidadão que se sentir lesado socorrer-se da tutela jurisdicional de seus direitos. O Judiciário, em uma Democracia, exerce papel fundamental, pois pode controlar os atos administrativos ilegais e/ou abusivos, protegendo o cidadão, tutelando o cidadão ante os detentores do poder.

6.2 – O papel dos direitos e garantias fundamentais na limitação do poder político

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, enuncia vários direitos e garantias fundamentais.

É tradição das constituições brasileiras a previsão de garantias fundamentais.

Conforme José Afonso da Silva³⁹⁸, “as constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país... A primeira constituição, no mundo, a *subjeter e positivar* os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824...”.

A expressão “direitos fundamentais” foi a escolhida pelo legislador brasileiro, porém não é a única empregada em doutrina. Fala-se em direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos humanos, direitos naturais, etc.

Todavia, conforme observa Jorge Miranda³⁹⁹, a locução <direitos fundamentais>, que “remonta principalmente à Constituição de Weimar”, “tem sido nas últimas décadas a preferida pela doutrina e pelos textos constitucionais para designar os direitos das pessoas frente ao Estado que são objecto da Constituição”.

A nossa constituição consagrou a expressão “direitos fundamentais”. A nossa doutrina também a prefere. A propósito, afirma José Afonso da Silva⁴⁰⁰ que “*direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive;

398 - “Curso de direito constitucional positivo”, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 168-169.

399 - “Manual de direito constitucional”, tomo IV (direitos fundamentais), 2ª ed., Coimbra: Cimbra Editora, 1998, p. 48.

400 - “Curso de direito constitucional positivo”, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 176-177.

fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos humanos fundamentais*.”

As normas que veiculam direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata, conforme o § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, e integram um rol exemplificativo, por força do § 2º do mesmo artigo.

Também têm *status constitucional*, pois integram, positivamente, o texto constitucional.

Além disso, é de se observar que a Constituição Federal refere-se a direitos e garantias fundamentais, seguindo tendência de separar os direitos das chamadas garantias fundamentais.

De acordo com Jorge Miranda⁴⁰¹, “clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em *direitos propriamente ditos* ou direitos e liberdades, por um lado, e *garantias*, por outro lado.

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*”.

No Brasil a doutrina há muito tempo distingue os direitos das garantias, embora reconheça que nem sempre é fácil essa separação.

401 – “Manual de direito constitucional”, tomo IV (direitos fundamentais), 2ª ed., Coimbra: Cimbra Editora, 1998, pp. 88-89.

O notável Ruy Barbosa⁴⁰² assim escreve: “uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança, política, ou judicial. Os *direitos* são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As *garantias constitucionais*, “*stricto sensu*”, são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder”.

Também consigna a doutrina a dificuldade, muitas vezes, de se distinguir o direito da garantia. Nesse sentido Jorge Miranda⁴⁰³: “casos há em que se torna difícil discernir se se está diante de um direito autónomo ou de uma garantia...”.

Jorge Miranda, aliás, prefere uma designação complexa, chamando o direito de acesso aos tribunais, por exemplo, de “direitos, liberdades e garantias”⁴⁰⁴.

Segundo o autor⁴⁰⁵, “nos direitos, liberdades e garantias parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes...”.

Os direitos, liberdades e garantias são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, direitos à proteção do poder contra outros poderes...”.

Não é fácil, contudo, identificar garantias individuais que limitam o poder, pois há quem negue a possibilidade de limitação

402 - “*Commentarios à Constituição Federal Brasileira*”, volume V, São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, p. 178.

403 - “*Manual de direito constitucional*”, tomo IV (direitos fundamentais), 2ª ed., Coimbra: Cimbra Editora, 1998, p. 90.

404 - *In* “*Manual de direito constitucional*”, tomo IV (direitos fundamentais), 2ª ed., Coimbra: Cimbra Editora, 1998, p. 93. O autor também reconhece que essa designação não é corrente no estrangeiro, onde se costuma falar em liberdades pública ou em direitos de liberdade.

405 - *Op. cit.*, p. 98.

do poder. Marcelo Caetano⁴⁰⁶ chega a afirmar que se trata de um dos mais difíceis problemas da Filosofia política.

Nos dias atuais tal posicionamento não pode ser aceito.

Porém, não pode ser esquecido que há autores que negam a possibilidade de se limitar o poder político.

Marcelo Caetano, conhecido jurista português, a título de ilustração, identifica várias teorias da impossibilidade de limitação do poder: fala-se na incompatibilidade da idéia de soberania com a limitação do poder; outros identificam o Direito com o Estado, de tal forma que o Estado não pode ter o seu poder limitado pelo próprio direito que enuncia; por fim, há alguns que entendem desnecessária qualquer limitação do poder.

Obviamente não podem ser aceitas essas idéias, pois modernamente é indiscutível o poder estatal não só pode como deve ser limitado.

Há necessidade de se tutelar o cidadão com um mínimo de garantias fundamentais. Esses direitos do cidadão são verdadeiras garantias contra as tentativas de abuso do poder.

A soberania do poder não pode ser obstáculo à sua limitação, pois a soberania, na verdade, é do povo. O poder emana do povo e em seu nome é exercido.

Os cidadãos, para constituir o Estado, abrem mão de certos direitos, mas não de todos os direitos. Há um núcleo mínimo de garantias do cidadão, que as constituições modernas reconhecem. A palavra "reconhecem" foi utilizada conscientemente, ou seja, para exprimir a idéia de que não é a constituição que cria uma garantia ao cidadão. O texto constitucional apenas o reconhece, assumindo um compromisso de respeitar esse núcleo de direitos indelegáveis do cidadão.

De outro lado, também é absolutamente superada a idéia kelseniana de identificar o Direito e o Estado.

O Direito não é apenas aquilo que o Estado declara. Há, como se disse, um rol de direitos que o Estado não pode atingir.

406 - "Direito constitucional", v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 327-328

Além disso, o Direito também surge da sociedade, da comunidade, cabendo ao Estado proclamá-lo formalmente.

Também é inaceitável a tese da desnecessidade da limitação jurídica do Poder político.

Para rebater essa idéia basta olhar para a realidade. Basta voltar os olhos para os acontecimentos desastrosos ocorridos ao longo da história.

As mais terríveis experiências humanas ocorreram diante de Estados ditatoriais, onde as autoridades não respeitaram o núcleo mínimo das liberdades humanas.

Encontra-se superada, também, a idéia de estados divinos, ou de estadistas divinos, ou seja, que teriam o poder de dizer a justiça.

Aliás, acima da idéia do direito formalmente editado pelo Estado está a idéia de Justiça.

Por isso Marcelo Caetano⁴⁰⁷ tem razão ao afirmar que “o Direito Político, na verdade, só pode considerar-se existente na ordem positiva desde que os cidadãos tenham *direitos* a que correspondam *deveres* da parte do Estado em termos tais que aqueles possam ser exercidos com segurança e estes sejam cumpridos ou observados com regularidade”.

De fato, os direitos do cidadão impõem uma ação por parte do Estado.

Ocorre que, segundo o autor⁴⁰⁸, “o Direito existe independentemente do Poder político. Para nos atermos somente ao Direito positivo, bastará notar que antes mesmo de haver sociedade política havia Direito na família, na *gens*, na tribo, na aldeia... e que hoje mesmo, apesar da rigorosa centralização a que está sujeita a criação e imposição das normas jurídicas, subsistem muitas formas de Direito extra-estadual, principalmente os direitos disciplinares das comunidades

407 - “Direito constitucional”, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 328.

408 - “Direito constitucional”, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 335-336.

primárias e das coletividades menores, o direito corporativo internos das associações e o direito canônico da Igreja Católica...

Para nós o Estado é apenas uma das formas que a sociedade política pode revestir e esta é caracterizada pela instituição em dado meio social do poder político como instrumento necessário de definição e de imposição de uma conduta comum a um conjunto de sociedades primárias já detentoras dos seus poderes e possuidoras das suas normas próprias.

O poder político nasce como um instrumento da definição de um *novo* direito positivo, o direito estadual, cuja característica reside em apoiar-se numa força superior a todas as demais existentes na mesma sociedade”.

Com razão também Marcelo Caetano⁴⁰⁹ quando afirma que “a instituição do poder político justifica-se pela necessidade sentida num meio sócio de dar corpo a certos anseios de Justiça e de Segurança: ora, isto corresponde já ao sentimento do direito, é a expressão de princípios superiores que uns dizem de Direito Natural e outros consideram a realização de uma “idéia de Direito”.

É inegável, portanto, a necessidade de se limitar o poder estatal.

O fundamento dessa limitação, contudo, também é variável na doutrina.

As principais teorias de limitação do poder são a *jusnaturalista*, a *sociológica* e a teoria da *autolimitação*.

Há muitos autores que acreditam existir um direito natural, formado por ideais de Justiça.

O direito natural pode ser fundado na natureza humana, na ordem universal que rege o planeta, na ordem social, em Deus etc. Ou seja, também não há consenso quanto à fonte do direito natural. Porém, aqueles que proclamam a existência de um direito natural aceitam a tese de que existe um *direito anterior e superior ao direito formalmente produzido pelo Estado*.

409 – “Direito constitucional”, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 336.

Constata-se, portanto, a complexidade do tema da limitação do poder.

Todavia, como se disse anteriormente, é inegável a necessidade de limitação do poder público.

A história já mostrou, várias vezes, que não se pode admitir um poder absoluto, ilimitado. As consequências, na maioria das vezes, são trágicas.

Sendo assim, assiste razão a Marcelo Caetano, quando afirma⁴¹⁰ que “*é logicamente necessário admitir a limitação do Poder: toda a instituição é um instrumento ao serviço de determinados fins; ora, o Poder político não foi instituído para realizar a totalidade dos fins humanos (já que alguns, sobretudo de ordem espiritual, são puramente individuais e que outros pertencem naturalmente a outras formas de sociedade preexistentes à sociedade política, como a família) e sim alguns apenas; logo, o Poder político só é legítimo enquanto prosseguir os fins próprios da sua instituição e respeitar os fins exclusivos de cada pessoa, bem como os fins das sociedades primárias, nomeadamente da família*”.

Em um Estado Democrático de Direito, fica clara a idéia de que o poder é limitado pela ordem jurídica. A lei é soberana em relação a todos, governantes e governados. Não somente o particular deve agir de acordo com o prescrito pela lei. Também o Estado e suas autoridades devem respeitar os ditames legais.

Nem o poder de polícia do estado é ilimitado. É inconcebível um estado policial, onde o cidadão não tenha liberdades.

Afinal, a principal limitação do poder do estado é a dignidade da pessoa humana.

A questão foi magistralmente enfrentada por Ruy Barbosa⁴¹¹, que, humildemente, citou doutrinadores estrangeiros para demonstrar a importância das garantias constitucionais:

410 - *Op. cit.*, p. 351.

411 - “*Commentarios á Constituição Federal Brasileira*”, volume V, São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, pp. 176-177.

“Garantias constitucionais, com efeito, que vem a ser? Não daremos nós a definição. Iremos pedi-la a palavra autorizada. Citaremos um mestre. Citaremos, não por gosto nosso, como por aí se finge crer, mas por necessidade; porque entre nós não queremos dizer que tudo se ignore, mas tudo se nega, tudo se duvida, tudo se baralha, tudo de inverte. Arangio Ruiz, uma das autoridades de primeira grandeza na esplêndida constelação dos escritores políticos italianos, publicou acerca das garantias constitucionais, com este título, uma obra *ex-professo*. E eis como ele ali se caracteriza:

“*Garantais constitucionais* comumente se chamam as fraquezas, que a Constituição costuma conceder aos indivíduos, como a sua igualdade perante a lei, a liberdade individual, a de imprensa, a do ensino, a de reunião e associação, a inviolabilidade do domicílio e da propriedade”. Mas, acrescenta ele pouco adiante, adotando as palavras do célebre professor Luigi Palma a tal respeito, no seu *Curso de Direito Constitucional*: “A verdadeira garantia constitucional está na *organização política e administrativa*, a saber, na *própria organização dos poderes públicos*, gisada de tal sorte, pela Constituição e pelas leis, que cada um deles encontre na sua ação freios capazes de detê-lo, de constrangê-lo a permanecer na ordem jurídica, segundo os casos, de moderá-lo, de eliminá-lo, de proteger o cidadão contra os arbítrios, as precipitações, os abusos, e reparar-lhe os agravos sofridos”. “Se se refletir um momento, ver-se-á, continua Arangio Ruiz, “que esta é a verdadeira liberdade, a verdadeira garantia... Nas Constituições mecânicas, como a nossa, as garantias propriamente ditas nascem primordialmente da organização política e administrativa”.

Inquestionável, como se vê, a importância das garantias constitucionais.

Dentre as garantias, a de acesso à Justiça, a garantia à tutela jurisdicional, é uma das mais importantes limitações do poder.

Jorge Miranda⁴¹² muito bem explicita o alcance dessa garantia (ou como o autor prefere chamar “direito, garantia e liberdade”):

I - A inerência da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais ao Estado de Direito e a sua subjectivação explicam a plena sujeição ao regime reforçado dos direitos, liberdades e garantias.

II - Ficam, pois, vedadas quaisquer restrições ao direito de acesso a tribunal – e não só restrições jurídicas por causa dessa natureza de direito mas também restrições económicas por força da 2ª parte do art. 20º, nº 1...

III - Não obstante (e até por isso mesmo), o art. 20º, nº 1, 2ª parte, não exige a gratuidade da justiça, nem a ausência de custas judiciais: um sistema de custas mostra-se admissível conquanto que não seja de tal modo gravoso que torne insuportável o acesso a tribunais...

IV - Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior...

V - O direito de acesso aos tribunais envolve o direito de obter uma decisão jurisdicional em prazo razoável (art. 6º da Convenção Européia, atrás citado), o qual tem de ser avaliado em função da complexidade maior ou menor da causa, da relevância da própria decisão e da natureza dos direitos e interesses em questão...

VI - O direito de acesso a tribunal abrange o direito de conhecer a decisão, a qual, por princípio, deve ser fundamentada...

VII - Não havendo, como há pouco se disse, um ilimitado direito de recorrer de todas as decisões jurisdicionais, não pode tão-pouco afirmar-se que o direito de acesso a tribunal envolva, ou envolva sempre, necessariamente, o direito a um duplo grau de jurisdição, com excepção do processo penal...

412 - “Manual de direito constitucional”, tomo IV (direitos fundamentais), 2ª ed., Coimbra: Cimbra Editora, 1998, pp. 244-247.

VIII – As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades... Uma vez transitadas em julgado... tornam-se definitivas...”.

É de se destacar, pela pertinência com o presente trabalho, a preocupação do constitucionalista com eventuais restrições ao direito de acesso a tribunal, bem como a preocupação com o direito de obter uma decisão jurisdicional em prazo razoável.

De fato, não é possível a ingerência do poder executivo, ou do poder legislativo, no poder judiciário, a fim de suprimir, por exemplo, o poder geral de cautela do juiz, pois, na verdade, por consequência, estarão sendo suprimidas prerrogativas dos cidadãos.

Não pode deixar de se frisar, igualmente, que as garantias fundamentais foram positivadas na Constituição Federal e não em lei ordinária, o que acentua a garantia, elevando-se a nível de norma constitucional pétrea.

Jorge Miranda⁴¹³, em relação aos direitos, garantias e liberdades, não deixa de observar que, além de serem diretamente aplicáveis, apresentam um caráter preceptivo, fundam-se na Constituição e não em lei e que “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”.

E também não deixa o autor⁴¹⁴ de advertir que “são destinatárias dessas normas, estão vinculadas aos direitos, liberdades e garantias, todas entidades públicas, e não apenas o Estado; e todos os órgãos do poder, e não apenas um dos poderes do Estado, o poder legislativo...”

A vinculação dos órgãos do poder pelos preceitos constitucionais torna-se patente em dois planos ou momentos;

413 – “Manual de direito constitucional”, tomo IV (direitos fundamentais), 2ª ed., Coimbra: Cimbra Editora, 1998, p. 276.

414 – *Op. cit.*, p. 278.

a) Em relação a cada preceito constitucional e a cada lei ou acto do Estado que com esse preceito vem a ser confrontado e que lhe deve ser conforme...

b) Em relação ao conjunto dos preceitos constitucionais e ao conjunto dos actos jurídico-públicos, os quais devem tender a criar condições objetivas capazes de permitir aos cidadãos usufruírem efectivamente dos seus direitos, liberdades e garantias, no âmbito do Estado de Direito democrático...”.

Em relação ao poder legislativo, o autor⁴¹⁵ é contundente: “a vinculação do legislador pela Constituição é absoluta no domínio dos direitos, liberdades e garantias; não admite excepções; e significa (como é óbvio), por um lado, que a regulamentação legislativa deve ser conforme com as correspondentes normas constitucionais e, por outro lado, que as normas constitucionais não exequíveis por si mesmas devem ser concretizadas nos termos por elas próprias revestidas”.

Em relação ao Poder Judiciário, o autor⁴¹⁶ também deixa claro a sua vinculação: “a vinculação dos tribunais aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias traduz-se:

a) Positivamente, na sua interpretação, integração e aplicação de modo a conferir-lhes a máxima eficácia possível, dentro do sistema jurídico;

b) Negativamente, na não aplicação dos preceitos legais que os não respeitem, com os instrumentos e técnicas da apreciação da inconstitucionalidade material mais exigentes”.

Nestes termos, demonstrada a necessidade da limitação do poder e demonstrada a força vinculante dos direitos e garantias constitucionais, é de se analisar, mais detalhadamente, a garantia

415 – *Op. cit.*, p. 280.

416 – *Op. cit.*, pp. 283-284.

constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

6.3 – A garantia constitucional de acesso à jurisdição

No dizer de José Afonso da Silva⁴¹⁷, “o *princípio da proteção judiciária*, também chamado *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais”.

A doutrina liberal, de fato, exalta o princípio da separação de poderes como o principal limitador do monopólio do poder.

A separação de poderes, na visão dos liberais, é a mais importante forma de se limitar a soberania, pois impõe a idéia de coexistência de poderes que devem se harmonizar.

Em face da idéia de separação dos poderes surge a repartição das funções entre diversos órgãos. Aos órgãos do Poder Judiciário, por exemplo, é deixado o exercício da função jurisdicional, ou seja, da função de dizer e de efetivar o direito que é editado por outro poder.

Evita-se a concentração de poderes em um único órgão.

A função jurisdicional, nesse contexto, é reservado ao Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 é clara ao mencionar, no inciso XXXV, do artigo 5º, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer situação de lesão ou de ameaça de lesão a bens jurídicos.

Muitos, de forma simplista, enxergam aí um “monopólio do Poder Judiciário” no que diz respeito ao exercício da função jurisdicional.

417 – “Curso de direito constitucional positivo”, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 410.

A propósito, José Afonso da Silva⁴¹⁸, comentando o mencionado inciso, afirma que “a primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição...”.

Daí concluir-se que se está diante de uma garantia do Poder Judiciário.

Todavia, pretende-se deixar bastante claro no presente trabalho que não se pode afirmar que a função jurisdicional é simplesmente um “poder” do Estado. Antes de tudo, trata-se de uma das mais importantes garantias do cidadão.

Nesse contexto deve ser interpretado o inciso XXXV do artigo 5º da CF de 88, sob pena de se transformar uma das mais importantes garantias constitucionais da pessoa em uma garantia do Poder Judiciário.

Partindo dessa perspectiva pode-se chegar a outra conclusão importante: a função jurisdicional não é apenas um “poder”, mas sobretudo um “dever” do Estado.

Mormente se se considerar que é terminantemente proibida a justiça pelas próprias mãos. Aliás, o exercício arbitrário das próprias razões é um fato típico do Direito Penal.

Assim, se é vedada à pessoa a realização da justiça e, de outro lado, se é assegurada à pessoa o acesso ao Poder Judiciário, somente se pode concluir que o exercício dessa função é um dever do Estado.

Frederico Marques⁴¹⁹ nunca deixou de destacar a obrigatoriedade da prestação jurisdicional: “se está proibida a autodefesa e só as vias processuais atendem, na composição de litígios, aos imperativos da vida jurídica que o Estado a todos impõe, a tutela jurisdicional às pretensões resistidas ou insatisfeitas é obrigação indeclinável do poder público. Se alguém ao formular sua

418 - “Curso de direito constitucional positivo”, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 410.

419 - “Instituições de direito processual civil”, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1966, p. 219.

pretensão, através da ação, denuncia que a ordem jurídica foi violada ou está ameaçada de o ser, é dever do Estado estabelecer a paz e a justiça, aplicando os preceitos do direito em vigor para dar a cada um o que é seu.

Nisto consiste a tutela jurisdicional. Obrigação a que o Estado não pode fugir, ela é, ao mesmo tempo, um instrumento de restauração da legalidade e do império da justiça."

Mas não é só.

Desse inciso constitucional (ou seja, da garantia constitucional veiculada pelo inciso XXXV) também pode ser extraído o *princípio da efetividade da prestação jurisdicional*.

O princípio da efetividade exige que a prestação jurisdicional seja tempestiva e adequada, pois não basta, para o cidadão, dizer que ele tem direito à prestação jurisdicional. O direito a essa atividade prestada pelo Estado deve significar, antes de tudo, direito à prestação jurisdicional eficiente, sem demoras indevidas.

Para exigir a prestação jurisdicional do Estado, dispõe o cidadão do direito de ação.

Ou seja, direito indisponível de movimentar a máquina judiciária estatal, obtendo dela providências necessárias e úteis à solução da lide.

O direito de ação, nesse contexto, deve ser entendido como outra das mais importantes garantias constitucionais de que dispõe o cidadão, pois é um poder reconhecido pelo Estado, que não pode ser restringido pelo legislador, e que lhe permite o acesso ao "serviço" judiciário.

Por outras palavras, estabelece a Constituição Federal a garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa.

O instrumento previsto pelo ordenamento jurídico para viabilizar a garantia constitucional de acesso é o processo, que pode ser instaurado pelo cidadão isoladamente, mas que também deve adaptar-se às exigências de uma sociedade de massas.

Já foi demonstrado anteriormente que o processo, na atual fase do desenvolvimento social, não se destina apenas à solução

dos conflitos intersubjetivos, pois deve estar apto à composição das demandas coletivas.

Assim deve ser entendido o caráter instrumental do processo, ou seja, o processo é o meio de atuação da jurisdição na solução do litígio que lhe apresenta o indivíduo ou alguma categoria de pessoas.

Trata-se, portanto, de um instrumento.

Desse instrumento se exige eficiência, tempestividade e adequação, o que somente pode ser conseguido se o Estado disponibilizar diferentes processos e procedimentos, assim como são diversificados os direitos e interesses carecedores de tutela.

Isso significa que a efetividade depende da existência de tutelas jurisdicionais “diferenciadas”.

Como afirma Carlos Silveira Noronha⁴²⁰, “sabidamente figura o processo, no complexo da ordem jurídica, como instrumento indispensável à realização dos direitos do cidadão, sejam de natureza individual ou coletivizados. Em razão dessa interdependência existente no complexo normativo estatal, exsurge a interação direito-processo, que passa a exigir deste um grau de *utilidade* capaz de permear os objetivos totais da ordem jurídica estatal, quais sejam, os de torná-la *efetiva* e eficaz na solução das contendas que pelo descumprimento de suas regras venha a emergir”.

Falar-se em instrumentalidade significa, assim, falar-se em necessidade de adaptação do processo à sua finalidade.

A necessidade de adaptação do processo é outro fator que impede a supressão do poder judicial de conceder medidas liminares, pois a tutela de urgência é imprescindível à função jurisdicional.

420 – “Apontamentos históricos da tutela diferenciada”, in *Processo Civil – evolução – 20 anos de vigência*, Coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 58-59.

Afinal, conforme anota Galeno Lacerda⁴²¹, “requisito fundamental para que o instrumento possa atingir e realizar seu objetivo há de ser, portanto, a *adequação*. Como são três os fatores a considerar, adequação se apresenta sob tríplice aspecto: *subjetiva, objetiva e teleológica*.”

Em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identificava com um cinzel comum.

Em segundo, impõe-se que a adaptação se faça ao objeto: atuar sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado.

Em terceiro, urge que se considere o fim: trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos.

Assim também há de suceder com o processo, para que possa cumprir a missão de definir e realizar o direito.

O princípio da adequação, nestes termos, funciona, pois, como princípio unitário e básico, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma *teoria geral do processo*.”

E a adaptação só é possível com a criação de tutelas diferenciadas. Tal preocupação, na verdade, não é recente.

Inicialmente, importante a observação de Carlos Silveira Noronha⁴²²: “a terminologia “tutela diferenciada”, com frequência utilizada pela doutrina contemporânea, é equívoca e se presta a alimentar confusões, segundo alguns. Outros, inclusive o criador da expressão – Proto Pisani – em estudo de 1973, são-lhe favoráveis”.

421 – “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VIII, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 24.

422 – “Apontamentos históricos da tutela diferenciada”, in *Processo Civil – evolução – 20 anos de vigência*, Coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 66.

Todavia, como afirma o autor, “no processo moderno, inconformados muitos autores com a ordinariedade plenária e, em consequência disso, a excessiva lentidão da militância forense, quanto à prestação jurisdicional aos que dela necessitam, vêm procurando propor aos lidadores dessa área técnica a busca e a adoção de formas especiais de tutela jurisdicional, que têm sido chamadas de “tutelas diferenciadas”. Ao lado da tutela cautelar, que é por definição e estrutura rigorosamente sumarizada, persegue a doutrina a descoberta de técnicas procedimentais onde a ordinariedade e a plenitude de cognição do ente processual, extenso, complicado e moroso, ceda lugar à sumarização, ainda que com o prejuízo da incompletude do conhecimento, objetivando a obtenção de resultados mais céleres e efetivos quanto à solução dos litígios, embora essa cognição parcial das questões litigiosas, pela razão mesma de não ser exauriente de todos os pontos da controvérsia, venha a ensejar a proponibilidade de novas demandas. Essa sumarização deve, pois, consistir, inclusive, na construção de modelos procedimentais adequados a ensejar decisões liminares, com inversão, diferimento ou “posticipação” do contraditório, como alerta Ovídio Baptista da Silva”.

Por isso é que não se pode admitir a supressão de nenhum tipo de processo, nem impedir o acesso a qualquer tipo de processo, sem que se comprometa o dever de eficiência da jurisdição.

A supressão da tutela cautelar, por exemplo, deixaria o indivíduo sem um “remédio” para uma situação de urgência, causando-lhe indevida lesão e negando-se vigência ao dispositivo constitucional que determina que nenhuma lei pode impedir que o Judiciário aprecie uma situação de ameaça a direito.

Na doutrina brasileira é pacífico que existem três tipos de processo, ou, sob outro prisma, de tutela e, portanto, de função jurisdicional.

Barbosa Moreira⁴²³ observa que “o direito brasileiro distingue três espécies de processos, de acordo com a natureza e o fim da atividade realizada em juízo: o processo de conhecimento, destinado à prolação de sentença em que o órgão judicial acolherá ou rejeitará o pedido de que se reconheça ou se produza determinado efeito jurídico em favor do autor; o processo de execução, que visa à realização concreta daquilo que se contenha numa sentença condenatória ou em algum título extrajudicial a ela equiparado por lei; o processo cautelar, por meio do qual se tomam providências provisórias, ordenadas a assegurar a eficácia prática das medidas próprias de qualquer das duas outras espécies”.

Frederico Marques⁴²⁴, da mesma forma, fala em três tipos de tutela: “a tutela jurisdicional do Estado apresenta três modalidades fundamentais: a) tutela jurisdicional de *conhecimento*; b) tutela jurisdicional de *execução*; c) tutela jurisdicional de *prevenção* ou *cautelar*”.

A garantia de acesso à ordem jurídica justa impõe ao Estado o dever de preservar esses três tipos de processo, de tutela. Mas não é só. Também impõe ao Estado a criação de outros diferentes tipos de tutela jurisdicional, adaptados às exigências do próprio direito material⁴²⁵.

Existe, portanto, uma relação de instrumentalidade entre o plano processual e o plano do direito material, de forma que as diferentes tutelas jurisdicionais existem para atender as peculiaridades do direito material.

423 - “O processo civil brasileiro: uma apresentação”, in *Temas de direito processual*, 5ª série, São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 7-8.

424 - “Instituições de direito processual civil”, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1966, p. 220.

425 - A reforma processual que se iniciou em 1994 caminha nesse sentido, estabelecendo a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional, alterando o sistema recursal, criando a tutela monitória etc.

Para cada situação da vida deve existir um tipo específico e adequado de tutela jurisdicional, sob pena de não se obter a almejada efetividade.

Conforme Galeno Lacerda⁴²⁶, “para que o processo alcance o máximo de eficiência, suas regras e rito devem adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim.

Deixando de lado a análise das adequações subjetiva e objetiva, ..., vemos que a teleológica há de adaptar-se, necessariamente, às funções do processo, as quais, como é óbvio, correspondem às suas respectivas finalidades.

Nesta perspectiva, claro está que o processo de conhecimento, porque visa à definição do direito, requer atos e rito distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realização coativa do direito declarado, ou para o processo cautelar, que busca a segurança dos interesses.

Cabe registrar, ademais, que as variações verificadas no rito dos processos relativos a cada uma dessas funções resultam também de imperativos de adequação, seja a finalidades distintas de tutela, seja a realidades jurídicas diversas.

Assim, por exemplo, quanto ao processo de conhecimento, a diferença entre os ritos ordinário, sumário e especial, que lhe são próprios, não provém de critérios arbitrários do legislador, senão que de efetiva necessidade de adaptação do procedimento a valores e fins jurídicos diversificados.

O procedimento comum ou ordinário pressupõe a existência de lide com controvérsia, motivo por que cumpre assegurar, desde o início, rígida posição de igualdade entre as partes, cabendo o ônus do contraditório ao autor, pois não se lhe presume a titularidade do direito. É bem possível que a razão assista ao réu. Daí a ausência inicial de atos imperativos do juiz. Daí a presença neutra e igualitária da audiência de instrução, sem compromisso com qualquer das partes.

426 - “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VIII, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 25.

Já os procedimentos especiais e cautelares, quando inaugurados com mandado liminar coercitivo, pressupõem necessidade pronta e imediata de tutela ao interesse do autor, circunstância que, em certo sentido, desnivela as partes no umbral do processo, com conseqüências notórias quanto à alteração de rito”.

Ademais, conforme já foi dito, o direito à tutela jurisdicional deve significar direito à adequada tutela, seja ela definitiva ou provisória, considerando que as tutelas jurisdicionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro podem ser divididas em duas grandes categorias: as tutelas definitivas e as tutelas urgentes (ou provisórias).

Teori Albino Zavascki⁴²⁷ justifica essa classificação da tutela jurisdicional: “pela nova configuração que o sistema processual assumiu com a *segunda onda de reformas*, especialmente em decorrência da universalização do instituto da tutela antecipada, já não faz tanto sentido a classificação tradicional da tutela dos direitos, em tutela de conhecimento, de execução e cautelar. Muito mais importante e apropriado será considerá-la nas duas dimensões novas que agora evidentemente ocupa, cada qual com suas características, com seus princípios e com seus resultados:

- 1º) como *tutela definitiva*, aquela formada à base de cognição exauriente e que produzirá a eficácia de coisa julgada, privilegiado o princípio da segurança jurídica; e
- 2º) como *tutela provisória*, concedida mediante juízos de verossimilhança, à base de cognição sumária, para ter eficácia limitada no tempo, sujeita a ser revogada ou confirmada pela superveniente sentença que julgar o mérito, e que privilegia o princípio da efetividade do processo”.

427 – “Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional”, in *RePro* n° 88, outubro-dezembro 1997, p. 178.

As *tutelas* de urgência, por sua vez, podem ser subdivididas em outras espécies, uma vez que existem tutelas provisórias que têm uma função predominantemente conservativa (tutela cautelar), ao lado de tutelas que têm uma função satisfativa, decorrente da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (tutela antecipatória).

Cada tipo de tutela atende a finalidades específicas e, por isso, também deve-se entender que não podem ser suprimidas.

É fácil perceber que a obtenção da tutela definitiva sempre demanda tempo. A tutela definitiva é sempre concedida com base em juízos de certeza, ou de muita probabilidade.

A busca dessa certeza exige tempo, o que pode ser incompatível com aquele dever de efetividade reclamado de forma unânime por todos os usuários dos “serviços” judiciários.

Aliás, o tempo, necessário à prestação jurisdicional definitiva, tem sido considerado como o grande obstáculo à efetividade do processo.

Principalmente nos dias atuais, em que a rapidez é sinônimo de eficiência.

Ocorre que, como afirma Kazuo Watanabe⁴²⁸, “uma das características da sociedade moderna é o ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem. Resulta ela da instantaneidade das comunicações, do encurtamento das distâncias, da incorporação dos mais avançados instrumentos tecnológicos (v.g., o computador cada vez mais sofisticado) à vida cotidiana e a serviço de entidades públicas e privadas, que deles se valem até para a tomada de decisões que envolvem direitos de terceiros ou de alguma forma repercutem na esfera jurídica dos mesmos, e de inúmeros outros fatores”.

428 - “Da cognição no processo civil”, 2ª ed., São Paulo: Central de Publicações Jurídicas : Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p. 142.

Fritz Baur⁴²⁹ também afirma que é peculiar à sociedade moderna uma “necessidade exacerbada de segurança” e um “aumento das situações conflituosas em todos os setores da vida”, o que certamente exige maior rapidez processual.

Nestes termos, deve-se buscar a efetividade processual, partindo-se da idéia de que o direito processual é instrumental em relação do direito material.

Não se retira a importância do direito processual com essa afirmação. Apenas pretende-se deixar claro que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para a solução das controvérsias.

Assim, se a sociedade contemporânea reclama rapidez, deve o processo contemporâneo propiciar rapidez.

Conforme Kazuo Watanabe⁴³⁰, “o direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no *plano processual*, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso”.

Nesse contexto, revela-se a tutela de urgência como uma forma (talvez a mais importante) de serem minimizados os efeitos maléficos dessa necessária demora.

Kazuo Watanabe⁴³¹ também ressalta que, “na ótica do instrumentalismo substancial..., a *cognição sumária* constitui

429 - “Tutela jurídica mediante medidas cautelares”, tradução de Armindo Edgar Laux, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1985, pp. 15-16.

430 - “Da cognição no processo civil”, 2ª ed., São Paulo: Central de Publicações Jurídicas : Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p. 143.

431 - “Da cognição no processo civil”, 2ª ed., São Paulo: Central de Publicações Jurídicas : Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p. 145.

uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que “tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”.

Inquestionável, assim, a importância da tutela de urgência.

Mesmo porque, a tutela de urgência atua em dois sentidos: ora evitando a ocorrência do dano (função conservativa), ora permitindo uma composição mais célere e, em consequência, possibilitando uma fruição imediata do bem jurídico pretendido (função satisfativa).

Pode-se concluir, nesse momento, que a tutela jurisdicional de urgência permite maior rapidez e efetividade do sistema de tutelas jurisdicionais, correspondendo aos anseios da sociedade no sentido da agilização da justiça, sendo um componente indispensável para a garantia constitucional de acesso à jurisdição.

6.4 – O dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional

O Estado, através do Poder Judiciário, exerce a função jurisdicional, incumbida da solução dos conflitos de interesses levados ao seu conhecimento.

Conforme Micheli⁴³², “o conteúdo íntimo da função jurisdicional está na avocação pelo Estado do poder exclusivo de eliminar todo conflito, atual e, dentro de certos limites, potencial, de maneira que os cidadãos não são obrigados a

432 – “Curso de derecho procesal civil”, v. I, tradução de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1970, p. 9. Na tradução argentina: “el contenido íntimo de la función jurisdiccional está en la avocación al Estado del poder exclusivo de eliminar todo contraste, actual y – dentro de ciertos límites – potencial, de manera que los coasociados no se vean constreñidos a enfrentarse recíprocamente de modo directo agravando relaciones ya tirantes y turbando así ulteriormente la paz social”.

enfrentar-se reciprocamente de modo direto agravando relações já existentes e assim perturbando a paz social”.

Entre nós, o fundamento legal desse monopólio exercido pelo Estado é o artigo 5º, inciso XXXV, da CF 88, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse inciso constitucional, além de fixar a competência do Poder Judiciário para dirimir os conflitos de interesse, estabelece uma das mais importantes garantias do cidadão.

Essa garantia impede o próprio legislador de editar normas que impeçam o cidadão de se dirigir ao Poder Judiciário quando necessitar da tutela jurisdicional. Com efeito, não basta garantir um direito de acesso ao Judiciário. Há necessidade de se garantir a efetividade do processo, do instrumento disponibilizado pelo Estado para o exercício do direito de ação, para que o cidadão tenha “direito à justiça”.

Tem-se aí estabelecida uma garantia de acesso à justiça, de acesso “à ordem jurídica justa”, que não pode ser simplesmente entendida como uma mera faculdade de peticionar ao Poder Judiciário.

O cidadão tem a garantia de dirigir-se ao Poder Judiciário para fazer valer, coercitivamente, desde que reconhecidas como legítimas, suas pretensões.

Como afirma José Roberto dos Santos Bedaque⁴³³, “essa garantia representa, portanto, o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem com impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la”.

Sob tal ângulo, a prestação jurisdicional do Estado não pode ser encarada apenas como um poder.

433 - “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 70.

Ocorre que é comum pensar-se a jurisdição como sendo um poder de certos órgãos.

Todavia, conforme Eduardo Couture⁴³⁴, “a noção de jurisdição como poder é insuficiente porque a jurisdição é um poder-dever. Junto à *faculdade* de julgar, o juiz tem o *dever* administrativo de fazê-lo. O conceito de poder deve ser substituído pelo conceito de função” - traduzi⁴³⁵.

O dever de prestar a tutela jurisdicional decorre da própria proibição, por parte do Estado, de qualquer “justiça pelas próprias mãos”.

Afinal, se o Estado proíbe a “justiça privada”, assumindo a atribuição de fazer justiça, não pode negá-la ao cidadão, sob pena de privar o cidadão de um direito sagrado, qual seja, o direito à justiça.

Conforme Pontes de Miranda⁴³⁶, “se o Estado chamou a si a decisão das questões, a função de justiça, criou a todos os interessados a pretensão à tutela jurídica, a que corresponde o seu dever de prestar aos figurantes o que prometera. Seria absurdo que se viesse no Estado o dever do Estado, a sua obrigação de resolver os litígios, e não se visse no autor, no réu e nos que podem intervir ou serem chamados o direito e a pretensão a que a entidade estatal faça aquilo que retirou aos que lutariam em justiça de mão própria”.

434 - “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires: Depalma, 3ª ed., 1997, pp. 29-30.

435 - No original: “En algunos textos legales se utiliza el vocablo *jurisdicción* para referirse a la prerrogativa, autoridad o poder de determinados órganos públicos, especialmente los del Poder Judicial. Se alude a la investidura, a la jerarquía, más que a la función. La noción de jurisdicción como poder es insuficiente porque la jurisdicción es un poder-deber. Junto a la *facultad* de juzgar, el juez tiene el *deber* administrativo de hacerlo. El concepto de poder debe ser substituido por el concepto de función”.

436 - “Comentários ao código de processo civil”, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. XXI.

Micheli⁴³⁷ também ressalta que a jurisdição representa dever para o Estado: “quem formula uma pretensão em juízo exercita um poder (instrumental), dirigido a fazer valer sua pretensão; poder cujo exercício está dirigido não apenas frente ao juiz – pessoa física – mas também frente ao órgão jurisdicional, cujo dever institucional de pronunciar se faz concreto precisamente pelo exercício desse mesmo poder” – traduzi⁴³⁸.

O cidadão tem, portanto, um poder de movimentar a máquina judicial e de obter do Estado a prestação jurisdicional.

Porém, é de se frisar que não há qualquer obrigação quanto ao resultado do processo. A obtenção ou não do direito pleiteado em juízo diz respeito ao mérito. Aliás, o próprio réu, que pode ser vencido na ação, tem direito à tutela jurisdicional, mesmo porque, além de gozar dos mesmos direitos e das mesmas garantias constitucionais de que goza o autor, não será privado de seus bens ou de sua liberdade sem que se observe o devido processo legal.

O reconhecimento da garantia de tutela jurisdicional ao cidadão, a nível constitucional, reforça a idéia da existência de um dever do Estado para com aquele que demanda em juízo.

Micheli⁴³⁹ não deixa de ressaltar que a administração pública está obrigada a prestar a tutela jurisdicional. Segundo o autor, trata-se “do poder que o cidadão tem frente à administração pública, que está obrigada a oferecer ao cidadão certas vantagens – traduzi.

437 – “Curso de derecho procesal civil”, v. I, tradução de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1970, p. 16.

438 – Na tradução argentina: “quien formula una pretensión en juicio ejercita un poder (instrumental), dirigido a “hacer valer” su pretensión; poder cuyo ejercicio está dirigido no ya frente al juez – persona física – sino frente al órgano jurisdiccional, cuyo deber institucional de pronunciar se hace concreto precisamente por el ejercicio del poder mismo”

439 – “Curso de derecho procesal civil”, v. I, tradução de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1970, p. 18.

Afinal, todo poder existe em função de um objetivo. Não se estabelece um poder, no texto constitucional, que não esteja ligado a uma finalidade. E os poderes são estabelecidos em função dos cidadãos. Mais precisamente, o Poder Judiciário existe em função da necessidade dos cidadãos de tutela jurisdicional, de proteção contra os descumprimentos da lei⁴⁴⁰.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴¹, “as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.

No mesmo sentido Cássio Tácioto⁴⁴²: “*os direitos do homem geram os deveres do Estado*. Nos regimes absolutos, o administrador-veículo da vontade do soberano – é, como este, irresponsável. A administração é, apenas, uma técnica a serviço de privilégios de nascimento. O estado de direito, ao contrário, submete o Poder ao domínio da Lei: a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica” - grifei.

440 – Nesse sentido a lição do Professor João Batista Lopes (“Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional”, in *Revista de Processo* n° 35, São Paulo: RT, julho-setembro de 1984, p. 28.): “os poderes do juiz, em verdade, constituem verdadeiras garantias dos jurisdicionados, pois estes só lograrão a efetiva prestação jurisdicional se o Poder Judiciário e a Magistratura forem fortalecidos e prestigiados. As objeções ao fortalecimento dos poderes do juiz só encontram explicação entre os que não desejam a autonomia do Poder Judiciário ou ignoram que esses poderes, em última análise, beneficiarão a própria coletividade”.

441 – “Curso de direito administrativo”, São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1999, p. 32.

442 – “Direito administrativo”, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 1.

Por isso, correto Adolfo Schönke⁴⁴³ quando conceitua a jurisdição como “o direito e o dever do exercício da função de justiça, e jurisdição significa em consequência, o direito e o dever de julgar em assuntos civis” – traduzi⁴⁴⁴.

Antonio Gidi⁴⁴⁵ igualmente afirma que “mais do que função, a jurisdição é um dever do Estado com os cidadãos”.

Portanto, da perspectiva do cidadão, é correto dizer que ele tem mais do que um direito de ação. Na verdade, o indivíduo é titular de um poder de agir ao qual corresponde um dever do Estado.

Nesse sentido Tommaseo⁴⁴⁶: “convém recordar que os direitos públicos subjetivos se resolvem em situações subjetivas ativas que competem a determinados sujeitos ao qual responde, do lado passivo, uma obrigação do Estado. O Estado é sujeito passivo da relação jurídica pública e titular de uma situação passiva, de uma obrigação, cujo conteúdo se identifica em uma prestação. O direito público subjetivo é caracterizado também por uma pretensão de um sujeito a uma prestação por parte do Estado: pense-se, por exemplo, no direito de instrução, ao tratamento sanitário, aos direitos políticos etc”.

Conclui o autor: “É claro que, nesta perspectiva, o art. 24 da Const. prevendo que << todos podem agir em juízo >>, refere-se a um direito do cidadão de obter do Estado uma pontual prestação consistente na << distribuição >> dos serviços

443 - “Derecho procesal civil”, traducción española de la quinta edición alemana, Barcelona: Bosch, 1950, p. 49.

444 - Na tradução espanhola: “el derecho y el deber al ejercicio de la función de justicia, y jurisdicción civil significa en consecuencia, el derecho y el deber de juzgar en asuntos civiles”.

445 - “A dimensão política do direito de ação”, in *RePro* n° 60, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1990, p. 206.

446 - “Appunti di diritto processuale civile”, 3ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 171.

judiciários e também, em outros termos, à atuação da função jurisdicional” – traduzi⁴⁴⁷.

Sendo assim, também pode ser aceita a conclusão de Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴⁴⁸, no sentido de que “o reconhecimento da jurisdição como um direito fundamental do cidadão coloca esta atividade como dever-poder do Estado, criando para a entidade política soberana uma obrigação irrecusável para com o jurisdicionado, o qual passa à posição central da prestação, como é próprio do princípio democrático que deve nortear todas as atuações da pessoa política”.

A jurisdição é, na verdade, uma manifestação do poder estatal.

O poder, como se sabe, existe em função das necessidades humanas. *O poder é meio e não fim em si mesmo*.

Assim, como afirma Cândido Dinamarco⁴⁴⁹, “expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado...”.

447 – No original: “conviene ricordare che i diritti pubblici soggettivi si risolvono in situazioni soggettive attive che competono a determinati soggetti a cui risponde, dal lato passivo, un obbligo dello Stato. Lo Stato è soggetto passivo del rapporto giuridico pubblico e titolare di una situazione passiva, di un obbligo, il cui contenuto si identifica in una prestazione. Il diritto pubblico soggettivo è caratterizzato quindi da una pretesa di un soggetto a una prestazione da parte dello Stato: si pensi, per fare qualche esempio, al diritto all’istruzione, al trattamento sanitario, ai diritti politici, ecc. “È chiaro che, in questa prospettiva, l’art. 24 Cost. prevedendo che <<tutti possono agire in giudizio>>, si riferisce a un diritto del cittadino a ottenere dallo Stato una puntuale prestazione consistente nella <<erogazione>> dei servizi giudiziari e quindi, in altri termini, l’attuazione della funzione giurisdizionale”.

448 – “O direito constitucional à jurisdição”, in *As garantias do cidadão na justiça*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 50.

449 – “A instrumentalidade do processo”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1987, p. 207.

Cândido Dinamarco, aliás, bem demonstrou que a jurisdição não tem apenas uma finalidade, um escopo, como apontava a doutrina tradicional: a de tutelar direitos.

Conforme Cândido Dinamarco⁴⁵⁰, “a tutela jurisdicional de que se trata pela ótica do processo civil *de resultados não é uma tutela a direitos, mas a pessoas*. Nem teria legitimidade metodológica, neste quadrante histórico em que as investigações do processualista moderno centram-se no ideal de valorização do homem, continuar exaltando a tutela dos *direitos* como se o direito subjetivo fosse um ente em si mesmo merecedor de ajuda ou proteção. Como técnica destinada a proporcionar *ao homem* melhor qualidade de vida e melhores condições de felicidade pessoal, o direito objetivo tem no processo um instrumento para sua atuação e conseqüente efetividade (tal é o escopo jurídico do sistema processual)...”.

Ainda segundo Cândido Dinamarco, a jurisdição não tem apenas um escopo, mas vários.

Com efeito, de acordo com o autor⁴⁵¹, “a mais moderna doutrina deixou a apresentação do *escopo* da jurisdição, considerado no singular, passando a falar dos seus *escopos* (plural)”.

Os múltiplos escopos da jurisdição estão distribuídos em diversos planos: social, político e jurídico.

Dinamarco⁴⁵² refere-se aos seguintes escopos: o social, o político e o jurídico.

Os escopos sociais da jurisdição consistem em pacificar conflitos, visando à paz social: “*Eliminar conflitos mediante*

450 - “Tutela jurisdicional”, in *Revista de Processo* nº 81, São Paulo: RT, Janeiro-Março de 1996, pp. 71-72.

451 - “A instrumentalidade do processo”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1987, p. 213.

452 - “A instrumentalidade do processo”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1987, pp. 214-215.

critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”⁴⁵³.

Também fala o autor que o exercício da função jurisdicional leva o Estado a conscientizar os cidadãos de seus direitos e deveres.

No que se refere aos escopos políticos, afirma Dinamarco⁴⁵⁴ que são três aspectos em que o processo é predisposto a influir politicamente: “Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e dos eu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política”.

O escopo jurídico já foi mencionado acima. Consiste, segundo Dinamarco, na atuação do direito objetivo. Discorda o mestre da idéia de que o processo possa tutelar o direito material, pois na verdade tutela o processo pessoas. Outrossim, discorda o autor da idéia de que o processo possa estabelecer a regra jurídica aplicável ao caso concreto. Com efeito, afirma Dinamarco⁴⁵⁵ que “o escopo jurídico da jurisdição não é a “composição” das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua *atuação*”.

Aliás, nisso consiste exatamente o escopo político da jurisdição: a atuação efetiva do direito material.

453 – *Op. cit.*, p. 224.

454 – *Op. cit.*, pp. 233-234.

455 – *Op. cit.*, pp. 294-295.

Nestes termos, a garantia constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, da CF, determina a possibilidade de se exigir do Estado uma contraprestação, e não apenas de se suplicar a atuação estatal.

O Estado tem o dever de eliminar o conflito de interesses e, portanto, de atuar efetivamente o direito objetivo, prestando, pois, a adequada tutela jurisdicional ao interessado. É de se frisar que não basta o Estado declarar o direito, deve atuá-lo com efetividade.

Pode-se concluir, portanto, que prestar a tutela jurisdicional não é simplesmente uma faculdade ou um poder do Estado, mas sobretudo um dever a que o Estado está vinculado.

6.5 – A garantia constitucional da efetividade da tutela

A afirmação de que o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional é de suma importância.

Todavia, é igualmente importante frisar que não basta constatar a existência de um dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional e, como consequência, enunciar a garantia constitucional de acesso à jurisdição.

Ocorre que o Estado, na verdade, também tem o dever de prestar a tutela jurisdicional com eficiência, com efetividade.

Ora, se o Estado proíbe que o cidadão realize a justiça por mão própria, é obrigado a prestar a tutela jurisdicional a fim de que seja feita a justiça, sem o que não haverá paz social, persistindo uma situação de conflito ou de grande insatisfação, que pode ensejar novos e mais graves conflitos decorrentes.

Além disso, para que seja realizada a justiça é fundamental que o serviço jurisdicional seja prestado de forma eficiente.

A solução tardia do conflito equivale à falta de solução, de forma que também podem surgir conflitos decorrentes nessa situação.

Por isso é que só haverá acesso à ordem jurídica justa se o processo for eficiente.

José Ignácio Botelho de Mesquita⁴⁵⁶ bem relaciona o princípio da proibição da Justiça de mão própria com o dever de eficiência do Estado na prestação da tutela jurisdicional.

Segundo o Professor Botelho de Mesquita⁴⁵⁷, “este princípio da proibição da justiça de mão própria tem duplo alcance: um alcance negativo e um alcance positivo. Do seu lado negativo, sanciona como crime o exercício arbitrário das próprias razões; e do seu lado positivo garante a todos a liberdade consistente, do ponto-de-vista do direito penal, no direito de ir e vir, e do ponto-de-vista do direito civil, no direito de ser mantido na situação de fato em que se encontre, até ser convencido pelos meios regulares. Quer dizer, mediante processo regular, perante um juiz imparcial e neutro, assegurado plenamente o direito de defesa”.

Não deixa de observar o mestre⁴⁵⁸, ainda, que “ao lado desse direito e derivado também do princípio da inviolabilidade dos direitos, vamos encontrar um outro, que é o direito à efetividade do processo”.

Sendo assim, é correto afirmar que a contraprestação, que é dever do Estado, tem de assegurar a “justa composição da lide”, para a qual é imprescindível uma atuação estatal eficiente.

456 - “Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias”, in *Revista brasileira de direito processual* nº 56, Rio de Janeiro: Forense, 1988, 4º trimestre, p. 44.

457 - “Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias”, in *Revista brasileira de direito processual* nº 56, Rio de Janeiro: Forense, 1988, 4º trimestre, p. 44.

458 - *Idem*, p. 45.

Nesse sentido afirma José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁵⁹ que “ineficácia ou inefetividade da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação dessa mesma tutela, pois não confere ao titular do direito a proteção a que se propôs o Estado, ao estabelecer o monopólio da jurisdição. Direito à tutela jurisdicional, como garantia constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV), significa direito à tutela efetiva, o que somente se torna possível se houver instrumentos adequados para alcançar esse resultado”.

No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni⁴⁶⁰: “ora, se o Estado tem o dever de prestar a “devida tutela jurisdicional”, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, o cidadão tem o direito à “adequada tutela jurisdicional”, que é elemento indissociável do *due process of law*. Direito à adequada tutela jurisdicional quer dizer direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades da pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional”.

Também José Rogério Cruz e Tucci⁴⁶¹ afirma que o direito à jurisdição é indissociável do direito a uma tutela judicial efetiva.

À mesma conclusão chegou Beatriz Catarina Dias⁴⁶².

Portanto, deve o Estado assegurar aos cidadãos uma prestação jurisdicional eficiente, que não comprometa ou acesso à ordem jurídica justa e que não produza um longo estado de insatisfação dos jurisdicionados.

459 - “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22.

460 - “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 66.

461 - “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in “Garantias constitucionais do processo civil”, São Paulo: RT, 1999, p. 238.

462 - “A jurisdição na tutela antecipada”, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 101.

Para tanto o Estado deve disponibilizar aos cidadãos diferentes mecanismos de solução de litígios, combinando diferentes técnicas para a obtenção de resultados mais eficientes.

E necessário prestigiar tutelas sumárias, fundadas em cognição sumária, que compõem provisoriamente uma lide.

José Cichocki Neto⁴⁶³ destaca que “o problema da eficácia das decisões não se resume apenas no aspecto técnico de sua realização e de acordo com os provimentos jurisdicionais expedidos. Diz respeito, igualmente, ao momento em que propicia a tutela jurisdicional às partes. A decisão proferida com atraso, quando no mundo social já não atende aos interesses imediatos das partes é, também, uma decisão ineficaz e, por consequência, denegatória do acesso à justiça. Decisão eficaz significa não apenas produzir os efeitos do comando jurisdicional, tal como impostos, mas produzi-los útil e satisfatoriamente às partes”.

Por isso, a doutrina atual vem apontando a necessidade de serem sistematizadas tutelas definitivas e tutelas sumárias.

Se não houver a possibilidade de se comprometer o resultado útil de processo, pode-se aguardar a solução definitiva, com maior cognição e, conseqüentemente, maior proximidade da verdade real.

Todavia, havendo o *periculum in mora* decorrente da tramitação processual, deve o magistrado emitir provimentos provisórios, dando às partes uma primeira resposta.

José Cichocki Neto⁴⁶⁴ bem frisa que “a subtração de questões litigiosas à cognição e decisão jurisdicionais fere duplamente o sistema de tutela dos direitos: pela sua inconstitucionalidade e pela restrição imposta ao acesso à justiça. De fato, a sede própria para a solução dos conflitos, com justiça, num regime

463 - “Limitações ao acesso à justiça”, Curitiba: Juruá, 1998, p. 171.

464 - “Limitações ao acesso à justiça”, Curitiba: Juruá, 1998, p. 173.

democrático, é o Judiciário. Na ordem institucional, a ele, é reservado o poder de decidir sobre a interpretação e aplicação do Direito e de realização concreta da justiça: qualquer restrição a essas atividades e funções importa em violação da garantia do acesso”.

Luiz Guilherme Marinoni⁴⁶⁵ também é categórico quanto ao dever de eficiência do Estado: “o princípio da inafastabilidade, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito à adequada tutela jurisdicional”.

Segundo o próprio Marinoni⁴⁶⁶, “o princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalente aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social”.

Assim, segundo o autor⁴⁶⁷, “o direito à *adequada* tutela jurisdicional é princípio imanente a qualquer Estado de Direito. Suprimir o direito constitucional à liminar, *v.g.*, é o mesmo que legitimar a autotutela privada”.

No mesmo sentido José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁶⁸ afirma que “a garantia constitucional da ação não está limitada às tutelas definitivas e satisfativas. A tutela cautelar de urgência

465 - “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 13.

466 - “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, pp. 57-58.

467 - “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 68.

468 - “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 78.

deve ser incluída, portanto, no âmbito de proteção que a Constituição Federal confere ao direito de ação, que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional”.

Portanto, o direito de acesso à jurisdição estatal também significa direito à obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, prestada em prazo razoável, quer dizer, sem dilações indevidas. Há, nestes termos, a garantia constitucional à tutela efetiva.

6.6 – A importância da tutela de urgência para a efetividade da prestação jurisdicional

Conforme destacado anteriormente, existem diversos “modelos” de tutelas jurisdicionais e, por isso, diferentes possibilidades de classificação da tutela jurisdicional.

A tutela jurisdicional deve ser diferenciada, principalmente sob o enfoque instrumentalista que se deve dar ao direito processual.

A necessidade de “tutelas jurisdicionais diferenciadas” decorre da aceitação da idéia de que deve haver um estreitamento de relações entre o direito material e o direito processual, de forma que o direito processual, sem perder sua autonomia, seja visto pelo seu aspecto instrumental de proteção dos mais diversos direitos.

Podemos dividir as diferentes tutelas jurisdicionais em dois grandes grupos: tutelas de cognição exauriente e tutelas de urgência.

As situações de urgência também devem ser tuteladas pelo ordenamento jurídico, com a disponibilização, pelo Estado, de formas procedimentais próprias e aptas a essa tutela.

As tutelas de urgência, porque precedidas de cognição sumária, possibilitam soluções urgentes e provisórias.

As tutelas definitivas, fundadas na idéia de certeza, permitem soluções definitivas e imodificáveis. Resolvem, definitivamente, a lide, o conflito de interesses.

Todavia, trata-se de um tipo de prestação jurisdicional que demanda tempo e que, por isso, pode não ser apta à efetiva tutela do direito, considerando que, em certos casos, não se pode aguardar a solução definitiva.

Conforme observa Barbosa Moreira⁴⁶⁹, “se não é viável, ou não é satisfatória, a modalidade tradicional de tutela consistente na aplicação de sanções, quer sob a forma primária da restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento, o de que precisam os interessados é de remédios judiciais a que possam recorrer *antes* de consumada a lesão, com o fito de impedi-la, ou quando menos de atalhá-la incontinenti, caso já se esteja iniciando. Em vez da tutela *sancionatória*, a que alguns preferem chamar *repressiva*, e que pressupõe violação ocorrida, uma tutela preventiva, legitimada ante a ameaça de violação, ou mais precisamente à vista de sinais inequívocos da iminência desta”.

Por isso, devem existir tutelas urgentes provisórias, únicas aptas a assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional nesses casos onde há o perigo da demora, embora propiciem decisões não definitivas da lide.

Como destaca Dinamarco⁴⁷⁰, “a força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos*

469 - “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 18, Uberaba: Forense, 2º trim. 1979, p. 127.

470 - “A instrumentalidade do processo”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1987, pp. 385-386.

institucionais. Essa constitui a dimensão moderna de uma preocupação que não é nova e que já veio expressa nas palavras muito autorizadas de antigo doutrinador: “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (Chiovenda).⁴⁷¹

E uma das tendências atuais, como destaca Cássio Scarpinella Bueno⁴⁷¹, “é a de resguardar àquele que se apresenta em juízo com plausibilidade de razão (apreendida pelo magistrado mediante uma cognição abreviada, isto é, *sumária*) o direito em espécie, relegando, a um segundo plano, sua reparabilidade patrimonial”.

Ou seja, integra a garantia do devido processo legal o direito de usufruir, em certos casos, do objeto da lide mesmo que inexista decisão definitiva.

Há de se evitar a postergação de um estado de demorada insatisfação do direito evidente.

Como afirma Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷², “não reflete o verdadeiro sentido do devido processo legal a demora procedimental redundando no sacrifício do direito do autor que demonstra *prima facie* o seu direito em um razoável índice de probabilidade. Não bastará a lembrança de que o direito a uma tutela jurisdicional em um prazo razoável foi elevado à categoria de direito fundamental do homem, se continuarmos oferecendo resistência aos juízos de verossimilhança e cultuando indevidamente o procedimento ordinário”.

Imprescindível, atualmente, a tutela da evidência, a tutela do direito evidente.

471 – “Liminar em mandado de segurança”, São Paulo: RT, 1998, p. 23.

472 – “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, pp. 39-40.

Luiz Fux⁴⁷³, sobre o chamado “direito evidente”, profere importantes considerações: “a expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente.

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada”.

Desse modo, os processualistas contemporâneos entendem que, em situações de urgência, é absolutamente ineficiente o procedimento ordinário, de cognição exauriente.

Por isso a necessidade de se exigir do Estado a disponibilização de tutelas jurisdicionais diferenciadas, de cognição sumária e aptas às soluções urgentes.

Há que se agilizar a prestação jurisdicional. E a tutela de urgência é, talvez, a melhor forma de se obter uma solução judicial rápida e eficiente, sem demoras indevidas.

Assim, é justificável que o Estado disponibilize um tipo de tutela jurisdicional com menor dose de certeza, mas com maior celeridade.

Não se deve desprezar o valor segurança, certeza, característico da prestação jurisdicional definitiva. Todavia, também se deve reconhecer a importância do valor efetividade.

E a efetividade, muitas vezes, não permite uma cognição que propicie o juízo de certeza. A probabilidade, portanto, deve bastar para a concessão da tutela jurisdicional.

473 – “Tutela de segurança e tutela da evidência – fundamentos da tutela antecipada”, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 305-306.

Barbosa Moreira⁴⁷⁴, analisando a questão da efetividade do processo e, sobretudo, apontando rumos para se conseguir essa maior efetividade, afirma que “as melhores possibilidades – assim como as maiores necessidades – situam-se no campo da tutela preventiva. Em tema de proteção jurisdicional de direitos, como alhures, mais vale prevenir que remediar. O processo brasileiro dispõe de prestimoso instrumento desse tipo, em se tratando de relações jurídicas de direito público: o mandado de segurança, constitucionalmente garantido, é utilizável (e utilizado com freqüência) em caráter preventivo, por quem tenha “justo receio” de sofrer violação, resultante de ilegalidade ou abuso de poder, “por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerce” (Lei n. 1.533, de 31-12-1951, art. 1º, *caput*). Contrasta com essa a situação das relações de direito privado, em cujo âmbito é pobre o receituário processual preventivo – e, pior que isso, inadequado às hipóteses para as quais precisamente se revela menos satisfatória a tutela repressiva, pela feição de substancial irremediabilidade que em regra assume a lesão: as de relações jurídicas não patrimoniais (v.g., direitos da personalidade). É um setor que está a reclamar atenção especial, e onde o nosso ordenamento muito lucrará se se dispuser a retomar, aperfeiçoando-as, algumas de suas próprias experiências anteriores, lamentavelmente desprezadas pelo legislador de 1973, que no particular retrocedeu”.

Pode-se dizer, portanto, que o princípio da indeclinabilidade da jurisdição impõe ao legislador a regulamentação de uma tutela preventiva, sem se esquecer, é óbvio, da tutela reparatória.

474 – “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, in *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 218-219.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷⁵, “o processo, de fato, deve propiciar a tutela efetiva do direito da parte, ou seja, deve conduzir ao mesmo resultado que seria obtido se espontaneamente cumprida a norma de direito substancial ou realizada a ação de direito material.

Assim, aquele que é titular de uma pretensão de direito material envolvida em uma situação emergencial – uma vez que exerceria, não fosse o monopólio da jurisdição, a ação de direito material de modo urgente –, tem direito à tutela antecipatória.

É cada vez maior a importância da tutela antecipatória para a efetiva tutela dos direitos”.

O próprio Liebman, há muito tempo, já afirmou a necessidade da existência de “ações sumárias”. Com efeito, assim se pronunciou o grande mestre⁴⁷⁶: “desde tempos remotos a lei sentiu a necessidade de conceder, a favor de determinados direitos de créditos, o privilégio de poder obter a condenação e a conseqüente ação executiva de maneira mais rápida que a normal; vale dizer, antes de se ter plena certeza dos seus pressupostos. Nesses casos, a condenação pode ser imposta quando ainda incertos – embora muito verossímeis – a existência do direito e o inadimplemento...”.

Nestes termos, merece especial consideração a tutela de urgência, pois intimamente ligada à efetividade do processo⁴⁷⁷.

475 – “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 39.

476 – “Manual de direito processual civil”, vol. I, 2ª ed., tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 186-187.

477 – E como afirma Barbosa Moreira (Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 18, Uberaba: Forense, 2º trim. 1979, p. 123), “a quem tenha consciência da função do processo forçosamente se põe como questão de capital relevância a da *efetividade* da tutela jurisdicional. Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave

6.7 – A legislação limitativa ou impeditiva da tutela de urgência

Esse capítulo pretende demonstrar que, apesar das conclusões acima, a investida contra a garantia de acesso à justiça é uma constante no Brasil.

De início, é importante frisar que a tutela de urgência é prestada, primordialmente, por decisões liminares.

Como já destacado anteriormente, deve ser dotado o juiz de poderes para determinar providências, medidas urgentes, sob pena de se comprometer a efetividade da prestação jurisdicional.

A Constituição Federal, aliás, exige a tutela das situações de lesão a direito, mas também exige a tutela de situações de ameaça.

Por isso há um fundamento constitucional para a emissão, por parte do julgador, de decisões provisórias, tanto de natureza cautelar quanto de natureza antecipatória.

Nesse sentido Teori Zavascki⁴⁷⁸ afirma que, “no direito brasileiro, o poder que tem o juiz de conceder medidas provisórias (o “poder geral de cautela”, ou “poder geral acautelatório”, nele incluídas medidas cautelares e antecipatórias) tem sua origem, sua fonte de legitimidade e seu âmbito de eficácia demarcado diretamente pela Constituição. É, em suma, um fenômeno de estatura constitucional e não simplesmente legal”.

Não é rara, porém, a edição de normas impeditivas de liminares.

compromisso de tornar realdiade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas”.

478 – “Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante”, in *RePro* nº 82, abril-junho 1996, p. 57.

Francisco Barros Dias⁴⁷⁹, em 1990, fez uma enumeração: “O nosso ordenamento jurídico se encontra inflacionado por normas impeditivas de liminares em mandado de segurança e ação cautelar, como se pode perceber dos exemplos seguintes.

Primeiro, foi a Lei 2.770, de 4.5.56, que tem por finalidade suprimir “a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira”.

A Lei 4.348, de 26.6.64, que estabelece normas processuais em mandado de segurança preceitua em seu artigo 5º, que “Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”.

O mesmo se deu com a Lei 5.021, de 9.6.66, que dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens a servidores público civil, quando assegurados em mandado de segurança, em seu art. 1º, § 4º, “Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

A Medida Provisória 118, de 5.12.89, transformada na Lei 7.969, de 22.12 do mesmo ano, em seu art. 1º, estendeu os efeitos do art. 5º, da Lei 4.348/64 às medidas cautelares, nos seguintes termos: “Aplica-se às medidas cautelares previstas nos arts. 796 a 810 do CPC, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26.6.64”.

Posteriormente, depois de editadas as Medidas Provisórias 173, 181, 186, 197 e 198/90, esta última transformada na Lei 8.076, de 23.8.90, em seu art. 1º, restou consignado que “nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os arts. 796 e ss. CPC, que versem matérias reguladas

479 - “Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares”, in *RePro*, São Paulo: RT, nº 59, julho-setembro de 1990, pp. 125-126.

pelas disposições das Leis 8.012, de 4.4.90; 8.014, de 6.4.90; 8.021, 8.023, 8.024, todas de 12.4.90; 8.036, de 11.5.90 e 8.039, de 30.5.90, fica suspensa até 15.9.92, a concessão de liminares”⁴⁸⁰.

J. E. Carreira Alvim⁴⁸¹ lembra a Lei nº 8.437/92, que estabelece: “Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. § 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal...”.

Também é de se destacar o art. 1º da Lei 9.494, de 10.9.97, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que alterou a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985: “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 n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992”.

Outrossim, a Medida Provisória 1.570, de 26.3.97 acrescentou o seguinte § 4º ao art. 1º, da Lei 8.437/90: “Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória”.

480 – Wilson Alves de Souza (“Normas proibitivas de concessão de liminares: inconstitucionalidade”, in *RePro* nº66, São Paulo: RT, abril-junho 1992, pp. 104-105)) também arrola normas restritivas de liminares.

481 – “Medidas liminares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica”, in *Revista de direito processual civil*, nº 3, Curitiba: Genesis Editora, setembro-dezembro de 1996, p. 648.

Como se vê, os ataques à tutela de urgência são inúmeros.

Há uma série de leis e medidas que procuram impedir ou limitar o poder geral de cautela e o poder geral antecipatório dos magistrados.

São tentativas de verdadeira supressão da atividade jurisdicional de urgência, que comprometem o próprio Estado Democrático de Direito e que são flagrantemente contrárias ao dever de tutela das situações de ameaça enunciado pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

E como observa J. E. Carreira Alvim⁴⁸², “para fugir ao flagrante de inconstitucionalidade, o legislador, em vez de restringir diretamente o poder jurisdicional, no que encontraria obstáculo intransponível no art. 2º da Constituição – que preserva a independência e harmonia dos poderes – procura fazê-lo pela via indireta da limitação do direito de ação (da parte), fazendo *tabula rasa* dos elementos co-naturais do sistema”.

As justificativas para as restrições às liminares são várias.

Francisco Barros Dias⁴⁸³, todavia, já demonstrou exaustivamente que todas essas normas foram editadas de forma casuística, desrespeitando princípios fundamentais. Remetemos o leitor ao mencionado trabalho, ressaltando que o verdadeiro objetivo do legislador, nos casos de limitações ao poder geral de cautela e de antecipação sempre procura esconder o seu verdadeiro propósito: excluir da apreciação do Poder Judiciário atos ilegais e abusivos praticados pelo Poder Público. Basta ser citada a ocasião em que as cadernetas de poupança foram “confiscadas” e para garantir o sucesso desse atentado à democracia proibiu-se a concessão de liminares.

482 – “Medidas liminares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica”, in *Revista de direito processual civil*, nº 3, Curitiba: Genesis Editora, setembro-dezembro de 1996, p. 650.

483 – “Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares”, in *RePro*, São Paulo: RT, nº 59, julho-setembro de 1990, pp. 126-127.

É claro que o Poder Executivo, através de suas “medidas provisórias”, não vai suprimir diretamente o acesso à jurisdição, pois a inconstitucionalidade seria muito evidente.

Todavia, certo de que haverá a demora na solução definitiva dos conflitos, o Executivo atua sobre o poder de cautela e de antecipação, apostando que o excesso de demandas será “benéfico”, pois retardará as soluções jurisdicionais.

Por isso é que o juiz não pode ser impedido de apreciar, liminarmente, situações de ilegalidade. Não importam os argumentos adotados pelo “legislador”. Tem o julgador o poder, inexorável, de apreciar a questão de forma liminar, a fim de emitir, se o caso reclamar, soluções urgentes.

Não há verdadeiro acesso à ordem jurídica justa se isso não for garantido aos julgadores e, principalmente, não puder ser reclamado pelo cidadão.

J. E. Carreira Alvim⁴⁸⁴ corretamente observa que o Poder Público, com essas normas restritivas, cria privilégios inconcebíveis: “o tratamento que o Estado dispensa a si próprio, em juízo, enquanto Poder Público, privilegiando-se tanto na posição de autor quanto na de réu, revela um indisfarçável desinteresse pelo princípio da democratização do processo, que deveria presidir as suas relações com os jurisdicionados”.

Essas vedações, porém, felizmente, não têm sido aceitas de forma pacífica pela doutrina brasileira, por diversos fundamentos que se completam.

Vale a pena a transcrição das brilhantes conclusões de Carreira Alvim⁴⁸⁵: “dispondo o art. 5º, XXXVI, da Constituição

484 - “Medidas liminares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica”, in *Revista de direito processual civil*, nº 3, Curitiba: Genesis Editora, setembro-dezembro de 1996, p. 648.

485 - “Medidas liminares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica”, in *Revista de direito processual civil*, nº 3, Curitiba: Genesis Editora, setembro-dezembro de 1996, p. 649.

que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, essa norma de superdireito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares a perigo de lesão grave, ou de difícil, ou incerta reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em pressupostos próprios, sem os quais, o acesso à Justiça não seria completo.

O preceito constitucional não alcança apenas a proibição de acesso à Justiça, em termos absolutos, mas toda restrição, ainda que relativa, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para garantir, na prática, ao jurisdicionado, a necessária proteção ao seu direito.

Assim, qualquer limitação ao exercício do direito de ação, pelo particular, e ao dever de (prestar) jurisdição, pelo Estado, deve ser afastada, *in concreto*, sempre que importe transgressão ao sistema de defesa dos direitos agasalhado pela Constituição. A função da lei ordinária, no campo processual, é a de disciplinar esse sistema, não dispondo de eficácia jurídica para, sob o pretexto de fazê-lo, neutralizá-lo na sua essência”.

Wilson Alves de Souza⁴⁸⁶ é categórico: “quando presentes os requisitos para a tutela cautelar a mesma não pode deixar de ser concedida, e só ao Poder Judiciário é dado, em cada caso concreto, verificar a existência ou inexistência de tais requisitos. O legislador que imaginar resolver tal problema a nível abstrato comete manifesta insensatez, edita uma norma *irrazoável* e *irracional*...”

486 - “Normas proibitivas de concessão de liminares: inconstitucionalidade”, in *RePro* nº66, São Paulo: RT, abril-junho 1992, p. 107.

A irrazoabilidade e a irracionalidade das normas proibitivas de concessão de liminares está em que se em cada caso concreto o juiz entender que a hipótese não é de liminar ele não a concederá em decorrência da falta dos requisitos específicos, jamais forçado pela norma que o proíbe; de outro lado, se o caso é de concessão de liminar, porque presentes os requisitos para tanto, o juiz a concederá, a despeito da lei proibitiva...”.

Ainda segundo Wilson Alves de Souza⁴⁸⁷, “se fosse dado aceitar-se sempre a imposição de norma de tal jaez significaria, de um lado, a rejeição do princípio da *inevitabilidade da jurisdição*, vez que, rigorosamente, estaria afastada a autoridade do órgão jurisdicional. Se o Poder Judiciário está vedado de assegurar resultado útil de um processo, falta-lhe autoridade para exercer a jurisdição. De outro lado, significaria a violação ao *princípio da indeclinabilidade*, na medida em que vedou-se ao cidadão ter acesso ao Estado-juiz e obter uma vitória apenas moral, ou seja, uma sentença ineficaz. Por outras palavras: em termos práticos não há diferença entre falta de sentença, *tout court* (dizer *non liquet*, engavetar eternamente os autos do processo), e *sentença ineficaz*. Estamos em frente a duas modalidades de denegação de justiça, só que a última com a triste marca da falsidade e da hipocrisia (a justiça que “tarda mas chega”, mas que demorou tanto que tornou-se uma inutilidade)”.

Betina Rizzato Lara⁴⁸⁸ afirma que “todo e qualquer veto à concessão de liminar, com base no princípio constitucional da inafastabilidade e no princípio da independência e separação dos poderes, é inconstitucional”.

487 – “Normas proibitivas de concessão de liminares: inconstitucionalidade”, in *RePro* n°66, São Paulo: RT, abril-junho 1992, p. 108.

488 – “Liminares no processo civil”, São Paulo: RT, 2ª ed., 1994, p. 192.

Antônio Cezar Lima da Fonseca⁴⁸⁹ fala em inconstitucionalidade em face de injustificável discriminação.

Também tem destacado a doutrina brasileira a existência de um dever do Estado em prestar a tutela jurisdicional de urgência, em determinados casos.

Fala-se em um dever do juiz em conceder medidas liminares, cautelares ou satisfativas.

José Ignacio Botelho de Mesquita⁴⁹⁰, partindo de princípios constitucionais, afirma que em alguns casos *é obrigatória a concessão da medida cautelar*: “diante dos direitos, para os quais o tempo do processo é prejudicial e de substituição pela via subsidiária juridicamente impossível (direitos inalienáveis) a garantia constitucional da efetividade do processo obriga a concessão das cautelares antecipatórias, porque, do contrário, o direito feito valer se tornaria, ele mesmo, violável”⁴⁹¹.

489 – “Da liminar no mandado de segurança”, in *RePro* nº57, São Paulo: RT, janeiro-março 1990, p. 36.

490 – “Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias”, in *Revista brasileira de direito processual* nº 56, Rio de Janeiro: Forense, 1988, 4º trimestre, p. 49.

491 – Para José Ignacio Botelho de Mesquita (*op. cit.*, p. 50), a concessão de cautelares antecipatórias é: ou proibida, ou obrigatória, ou permitida ao juiz, conforme a incidência de dois princípios constitucionais (o princípio da proibição da justiça de mão própria e o princípio da efetividade do processo): “a) *proibida*: 1º) quando o tempo demandado pelo processo não impede a satisfação do direito pela via da prestação de tutela específica; 2º) quando o direito é susceptível de mensuração econômica (direito alienável) e a sua satisfação pela via subsidiária da reparação em dinheiro é facticamente possível e fácil, não importando que a sua satisfação pela via específica só seja possível em tempo inferior ao demandado pelo processo. b) *obrigatória*: 1º) quando a satisfação do direito pela via específica só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo e, por se tratar de direito inalienável, não seja ela susceptível de mensuração econômica, embora sejam indenizáveis os danos patrimoniais ou morais decorrentes de sua violação; 2º) quando a satisfação do direito pela via específica só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo e, em se tratando de direito susceptível de mensuração econômica

Betina Rizzato Lara⁴⁹² afirma que, “presentes os pressupostos de concessão da liminar, o juiz não tem a discricionariedade de escolher entre concedê-la ou não. Ele está obrigado a tanto”.

Carlos Alberto da Costa Dias⁴⁹³, por sua vez, ressalta que o Poder Judiciário, preenchidos determinados requisitos, é obrigado a conceder liminares, haja vista tratar-se de um poder vinculado e não discricionário (conforme expressamente afirma⁴⁹⁴: “Não diviso dúvidas em concluir desde já que a atividade jurisdicional é exercício de poder vinculado do Estado de Direito”).

Ocorre que, conforme o autor⁴⁹⁵, “pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Dessa forma, qualquer ameaça ou lesão ao direito estarão sempre sob o crivo do Estado, Poder Judiciário, que estará obrigado a cumprir e fazer cumprir o mandamento da norma objetiva”.

Afinal, ainda segundo o autor⁴⁹⁶, “a atividade jurisdicional e administrativa, são, ontologicamente, a mesma atuação do Estado segundo a lei, visando ao bem comum e ao interesse público”.

E na condução do processo o juiz pratica inúmeros atos administrativos.

(direitos alienáveis), a satisfação pela via subsidiária da reparação em dinheiro seja facticamente impossível; c) *permitida*: quando a satisfação pela via específica só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo, o direito seja susceptível de mensuração econômica (direito alienável), mas a satisfação pela via subsidiária da reparação em dinheiro seja facticamente difícil”.

492 – “Liminares no processo civil”, São Paulo: RT, 2ª ed., 1994, p. 191.

493 – “Liminares: poder discricionário ou vinculado?”, in *RePro* nº 85, São Paulo: RT, janeiro-março 1997, pp. 303-310.

494 – Pág. 304.

495 – *Idem*, p. 303.

496 – *Idem*, p. 304.

Galeno Lacerda⁴⁹⁷, aliás, constata que o juiz pratica mais atos de caráter administrativo do que jurisdicional no curso do processo: “o juiz dirige o processo como condutor responsável por essa coordenação e pela finalidade que a anima. Evidentemente, no exercício desse poder-dever de direção, o volume maior dos atos é meramente ordinatório, não possui natureza decisória, não é jurisdicional. Em regra, os atos de simples ordenação, de direção, de impulso apresentam feição administrativa análoga à dos praticados por qualquer autoridade pública na prática das funções que a lei lhe comina”.

Além disso, deve-se observar que na condução do processo, de conhecimento, de execução ou cautelar, o juiz pratica (na verdade tem o dever de praticar) atos administrativos de ofício, com o objetivo primordial de garantir a utilidade da atividade jurisdicional.

Galeno Lacerda⁴⁹⁸, a propósito, de forma lapidar, foi dos primeiros a constatar que “as medidas cautelares podem provir de ação, em processo jurisdicional, com lide e sentença; de pedido, em processo administrativo, sem lide ou fora da lide, com homologação; ou de decreto judicial administrativo de ofício. Nos dois primeiros casos, haverá processo cautelar. No último, trata-se, em regra, de mero ato judicial enxertando em qualquer processo, instaurado por parte ou interessado, nos termos do art. 797”.

Esse poder-dever de agir de ofício do magistrado se consubstancia em providências determinadas mesmo sem provocação das partes, na preservação da utilidade da prestação jurisdicional.

497 - “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VIII, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 18-19.

498 - “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VIII, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 23.

E segundo o próprio Galeno Lacerda⁴⁹⁹, “essas providências possuem natureza administrativa e emanam do poder judicial de direção do processo, que se reveste na espécie, de autêntico poder de polícia, no resguardo de bens e pessoas”.

Galeno Lacerda também já demonstrou a importância desse poder de cautela no sistema brasileiro.

Segundo o autor⁵⁰⁰, “a importância sem par, do nosso sistema, em confronto com os sistemas estrangeiros, da Europa Continental (não no sistema da *common law*), reside na circunstância de que este artigo está inserido num Código que constitui instrumento de realização, no Brasil, também do *Direito Público* e não só do Direito Privado. Portanto, o *poder cautelar geral* se estende ao Direito Público, a todos os ramos do Direito Público: ao Direito Constitucional, ao Direito Administrativo, ao Direito Tributário, ao contrário do que ocorre nos sistemas europeus, nos quais o controle do ato administrativo se faz não pelo Poder Judiciário, mas pelos Contenciosos Administrativos que, em regra, constituem órgãos atrelados ao Poder Executivo, sem a independência do nosso Poder Judiciário... O Direito Processual brasileiro é o instrumento de realização de *todo Direito Material*, em todos os campos”.

O poder de cautela, no mesmo diapasão, tem que ser visto como verdadeiro dever de cautela. Daí também estar obrigado o magistrado a conceder liminares, em determinados casos.

Conforme Antonio Gidi⁵⁰¹, “nunca se olvide que o Estado não tem o poder, mas o dever de gerir a sociedade. O poder é atribuído pela sociedade ao Estado em momento logicamente

499 - *Op. cit.*, p. 23.

500 - “Processo cautelar”, in *RePro* n° 44, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1986, pp. 190-191.

501 - “A dimensão política do direito de ação”, in *RePro* n° 60, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1990, p. 205.

(não cronologicamente) posterior, como uma prerrogativa para melhor lhe servir.

O poder, portanto, não passa de um serviço, e como tal deve ser considerado. O poder, sim, é um instrumento de que se vale o Estado para a melhor realização do seu dever.

Conseqüentemente, a administração da justiça também é um serviço; um serviço exercido por quem tem Poder; Poder este derivado do dever de administração da sociedade.

A administração da justiça é um serviço; é um poder que deve ser efetivado, apenas em função da sociedade que o delegou.

Como todo serviço, a administração da Justiça deve ser prestada mediante ordem superior (e não pedido, súplica ou apelação) emanada do Cidadão a quem o Poder está subordinado”.

Nesse sentido também é a lição de Humberto Theodoro Júnior⁵⁰²: “está proclamado enfaticamente no preâmbulo da Constituição de 1988 que o Brasil se instituiu num Estado democrático de direito, destinado a assegurar, entre outros princípios, “a segurança” e a “justiça” como “valores supremos” da nação.

Coerente com essa ideologia, o art. 5º, inc. XXXV, da mesma Carta assegura o pleno acesso de todos à tutela jurisdicional, declarando, entre as garantias fundamentais, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão* ou *ameaça* a direito”.

Com isso, é irrecusável que o Estado brasileiro se acha comprometido com a sociedade a fornecer-lhe um processo não apenas regular, do ponto de vista formal, mas um processo idôneo a defender os direitos individuais contra qualquer lesão

502 - “Tutela de segurança”, in *RePro* nº 88, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, p. 9.

ou ameaça de lesão, de forma adequada, eficaz e, sobretudo, *justa*“.

6.8 – Em particular o Mandado de Segurança e outras ações constitucionais

A Constituição Federal de 1988 prevê, no rol do artigo 5º, importantes direitos e garantias.

Ao lado dos direitos fundamentais do cidadão, como o direito à vida, à igualdade e tantos outros, prevê o texto fundamental importantes ações, dentre as quais merece destaque o mandado de segurança.

Trata de uma ação, portanto, de natureza constitucional, que é chamada por muitos autores de um verdadeiro “remédio constitucional”.

A sua existência no ordenamento jurídico brasileiro é fundamental, pois trata-se de ação que tem por finalidade agir sobre atos ilegais e abusivos praticados por autoridades públicas.

Ou seja, trata-se de um dos mais importantes mecanismos de que dispõe o cidadão para a limitação do poder de autoridades públicas.

Por isso é impensável a sua supressão.

O mandado de segurança está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIX: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

No plano infraconstitucional a ação de mandado de segurança está regulamentada pela Lei n. 1.533, de 31 de Dezembro de 1951.

Segundo o art. 1º da mencionada lei, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus", sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O § 1º complementa o artigo 1º, dispondo que se consideram autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções.

No dizer de Hely Lopes Meirelles⁵⁰³, "mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei 1.533/51, art. 1º)".

Trata-se de ação, assim, que pode ser utilizada tanto por uma pessoa física quanto por uma pessoa jurídica.

Portanto, o mandado de segurança é uma ação civil que se funda na Constituição Federal, de rito especial, e que tem finalidade específica, qual seja, tutelar um direito líquido e certo do impetrante. Obtém-se do Poder Judiciário uma ordem contra o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Aliás, pelo fato de haver a expedição de uma ordem na ação de mandado de segurança, parte da doutrina classifica essa ação como sendo mandamental.

503 - "Mandado de Segurança, Ação Popular ...", 15ª ed., Malheiros, SP, 1994, pág. 15.

Além disso, também não pode deixar de se destacar que o mandado de segurança é uma garantia constitucional.

Essa condição é decisiva para qualquer interpretação acerca desse “writ” constitucional.

Sobretudo porque essa garantia constitucional limita qualquer ato ilegal ou abusivo praticado por uma autoridade pública.

De fato, o mandado de segurança é essencialmente destinado a invalidar ato de autoridade.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁵⁰⁴, “ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal”.

Por isso revela-se o mandado de segurança como outra das mais importantes garantias constitucionais, que atua tanto na forma repressiva, ou seja, quando a ilegalidade já foi cometida, quanto na forma preventiva, isto é, quando há uma ameaça a um direito líquido e certo.

Para reforçar a efetividade da tutela jurisdicional prestada através do mandado de segurança, o legislador entendeu por bem estabelecer, de forma expressa, a possibilidade da concessão de medida liminar.

Nos termos do artigo 7º, da Lei n. 1.533/51, ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que achar necessárias;

504 - “Mandado de Segurança, Ação Popular ...”, 15ª ed., Malheiros, SP, 1994, pág. 22.

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.

Trata o inciso II da liminar em mandado de segurança.

Há divergência na doutrina acerca da natureza dessa liminar.

Fundamentalmente, divide-se a doutrina quanto à natureza cautelar ou antecipatória dessa medida.

Antônio Cezar Lima da Fonseca⁵⁰⁵ afirma que “a liminar tem natureza cautelar. É providência imediata que o juiz deve tomar, quando verificar o perigo da demora (*periculum in mora*) e a aparência do bom direito (*fumus boni iuris*).”

Francisco Barros Dias⁵⁰⁶ chega a afirmar que “não é difícil constatar que a quase unanimidade da doutrina pátria tem a liminar com a natureza de medida cautelar, mesmo se tratando de liminar em mandado de segurança”.

Arruda Alvim⁵⁰⁷, quanto à natureza da medida liminar, afirma “que, na verdade, ela se constitui numa espécie de medida cautelar, embora *satisfaça* o impetrante (*si et in quantum*), da mesma maneira que poderá vir a ocorrer com a possível sentença concessiva da segurança. Em rigor, uma medida cautelar embutida, porque prevista na própria lei disciplinadora do mandado de segurança. Quanto ao tipo de eficácia desta medida, ela se constitui numa antecipação da futura eficácia da sentença concessiva do mandado de segurança, se, por ventura, essa sentença vier confirmar a medida liminar, de maneira que, na realidade, o que ocorre é uma antecipação da eficácia”.

505 - “Da liminar no mandado de segurança”, in *RePro* n° 57, São Paulo: RT, janeiro-março 1990, p. 26.

506 - “Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares”, in *RePro* n° 59, São Paulo: RT, julho-setembro 1990, p. 129.

507 - “Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança”, in *RePro* n° 39, São Paulo: RT, julho-setembro 1985, p. 20.

José Ignácio Botelho de Mesquita⁵⁰⁸, de outro lado, com argumentos incisivos, contraria a posição dominante: “não considero o mandado de segurança como uma ação qualquer; não considero o mandado de segurança como uma ação condenatória e também *não* considero a *liminar* dada no mandado de segurança como *medida cautelar*.”

Começando pelo exame da natureza da medida liminar, os termos em que a lei do mandado de segurança coloca a medida liminar dão toda a sensação, para quem lê, de que se trata efetivamente de uma medida puramente cautelar, de vez que é condição estabelecida para a concessão da liminar do mandado de segurança o *perigo de tornar-se ineficaz a ordem* se por acaso ela não for liminarmente concedida. Então entra como um dos elementos da concessão liminar do mandado de segurança exatamente o chamado *periculum in mora*, que é próprio das medidas cautelares.

Mas a meu ver não basta isso para que um provimento dessa natureza se revista da natureza cautelar. Seria necessário que por exemplo pudesse o juiz, no mandado de segurança, concedendo liminarmente a segurança, desse uma providência diferente daquela pleiteada pelo impetrante do mandado de segurança. Aí então sim estaríamos no campo puramente cautelar; teria o juiz a liberdade de, atendendo ao pedido do impetrante, conceder liminar, mas com uma ordem diversa daquela que foi pleiteada. Isto é absolutamente excluído em mandado de segurança; o que se pode conceder liminarmente ou não é a ordem impetrada, não outra qualquer. Isto *retira*, a meu ver, a *natureza cautelar à liminar no mandado de segurança*.

A liminar no mandado de segurança se afigura aos meus olhos simplesmente como um *ato de composição antecipada*,

508 - “Liminares: limites constitucionais à discricionariedade judicial”, in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 102.

como uma antecipação não cautelar, como uma antecipação do resultado final do processo, à semelhança do que ocorre, como por exemplo, na ação de alimentos, na ação possessória. Não se trata absolutamente de uma medida cautelar”.

De outro lado, muitos autores tem afirmado a obrigatoriedade da concessão da medida liminar.

É verdade que a questão não é pacífica.

Porém, a doutrina tem ressaltado o caráter imperativo da lei 1.533/51, no que se refere à concessão de liminares em mandado de segurança.

Lucia Valle Figueiredo⁵⁰⁹ afirma que não há discricionariedade para o juiz quanto à concessão da liminar, como vem sendo mencionado em muitas decisões judiciais. Segundo a autora, “presentes seus pressupostos, quais sejam, relevância do fundamento e perigo da demora e sua inocuidade se concedida a ordem a final, o magistrado só dispõe de uma possibilidade: concedê-la”.

No mesmo sentido a lição de Galeno Lacerda⁵¹⁰: “A liminar, aí, funciona com autêntica cautela inibitória atípica, de enorme importância e extensão, como imperativo mesmo do caráter constitucional da segurança, inscrita, como é, no capítulo dos direitos e garantias individuais. Por esse motivo, a lei, em preceito cogente, confere ao juiz poder de decretá-la, até, de ofício (art. 7º, II, da Lei nº 1.533, de 21.12.1951). Pode-se, pois, afirmar, sem exagero, que a medida cautelar encontra no mandado de segurança o reconhecimento mais importante de sua imprescindibilidade, já que, na maioria dos casos, só através dela deixará de frustrar-se o direito subjetivo que a Constituição ampara com a ação de segurança contra os atos ilegais ou abusivos da autoridade pública”.

509 - “Mandado de Segurança”, Malheiros, SP, 1996, pág. 116.

510 - “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol VIII, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 51.

Betina Rizzato Lara⁵¹¹ igualmente comunga desse entendimento: “o juiz não tem poder discricionário para conceder a liminar em mandado de segurança. Comprovado o relevante fundamento e a provável ineficácia da medida, o juiz, a teor do art. 7º da Lei 1.533/51, ordenará a suspensão da mesma. Ausentes estes requisitos caberá ao juiz indeferi-la”.

Também Celso Antonio Bandeira de Mello⁵¹² manifesta-se pela inexistência de discricionariedade judicial: “Na verdade a ordem jurídica não prevê a existência de medidas cautelares, a lei não prevê, como não prevê a concessão de liminares em homenagem a quem possa concedê-las. O juiz quando defere ou indefere uma liminar não está a praticar nenhum ato de munificência; ele está simplesmente a exercer uma função, a cumprir um dado e específico dever que é o de acautelar uma situação jurídica que corre o risco de perecimento e que se apresenta com vezos de interesse protegido pela ordem jurídica. É simplesmente isto”.

Ocorre que, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello⁵¹³, “numa liminar o juiz não se pronuncia sobre a existência ou a inexistência do direito; numa liminar ele se pronuncia sobre a plausibilidade daquele direito alegado, e se pronuncia sobre a existência ou inexistência de um perigo de que a decisão, se afinal for favorável ao requerente, ficará prejudicada pela ausência de uma tempestiva garantia deste direito. É sobre isso que o juiz se pronuncia”.

511 - “Liminares no processo civil”, São Paulo: RT, 2ª ed., 1994, p. 196.

512 - “Juízo liminar - Poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria”, in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 108.

513 - “Juízo liminar - Poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria”, in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 111.

Por isso conclui Celso Antonio Bandeira de Mello⁵¹⁴: “na verdade não há discricionariedade alguma para o juiz na concessão de liminar; o fenômeno que se passa no exercício deste – chamemos – poder cautelar nada tem a ver com o fenômeno da discricionariedade. Não existe discricionariedade em decisão jurisdicional”.

Apesar desses aspectos, também não faltam investidas contra o mandado de segurança.

Já foram mencionadas restrições à concessão de liminares no mandado de segurança.

A própria Lei n. 1.533/51, em seu art. 5º, estabelece restrições à concessão do mandado de segurança, dispondo que não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição.

III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

Ora, se se conclui no presente trabalho que não são válidas as restrições às liminares, há um gravame em se restringir o cabimento de liminar em mandado de segurança.

Ocorre que se trata de garantia constitucional especial, ou reforçada, que se dirige aos atos ilegais e abusivos praticados por autoridades públicas.

514 - “Juízo liminar - Poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria”, in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 113.

José Ignácio Botelho de Mesquita⁵¹⁵, com razão, afirma que “o mandado de segurança pode ser considerado – e assim eu o considero – como uma medida de intervenção de natureza política e administrativa de um poder no outro ou dentro de um mesmo poder hierarquicamente, esta medida só pode ser submetida aos *pressupostos ou às condições que estejam previstas na própria Constituição*, que institui essa medida”.

A possibilidade de concessão de liminar, em mandado de segurança, é inerente à sua natureza de remédio constitucional.

A propósito, assim ensina J. M. Othon Sidou⁵¹⁶: “o texto comum às Constituições desde 1946 não dá condição sumária explícita ao mandado de segurança, o que no quadro moderno das garantias, se argumenta como imprescindível. Se na Carta de 1934 o pormenor resultava irrelevante, posto como a evocação do processo do *habeas corpus* afiançava esse rito, o mesmo não ocorre com a atual, em face de só fazer evocação do instituto inglês para marcar uma exclusão no campo aplicativo. Também o sentido de síntese quase avara como foi retratada a garantia levou ao oblívio a ameaça de lesão de direito, o que pode ser interpretado como obscurecedor da concessão liminar do remédio.

Por certo, não poderia o constituinte ter laborado em tanta descautela.

A rigor, faz-se dispensável dê a regra constitucional explicação clara quanto à suspensão do ato reclamado. A medida acautelatória é ínsita em qualquer espécie de garantia dos direitos tanto corpóreos como incorpóreos, porque pertence à

515 – “Liminares: limites constitucionais à discricionariedade judicial”, in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 103.

516 – “*Habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos”, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 211-212.

semidiscricção do julgador na direção da causa. O que as normas adjetivas se reservam não é criar as medidas cautelares, mas tão-só disciplinar como elas são concedidas.

Quanto à ameaça de lesão, também pôde o constituinte optar pela omissão, sem qualquer moessa na integridade do *writ*, uma vez que se trata de princípio incontroverso de direito processual constitucional terem as garantias por escopo não só a restauração do direito malferido como a ameaça de vir a concretizar-se o agravo. Neste caso, à matéria é indiferente a norma regulamentadora, porque esta não pode negá-la, nem restringi-la”.

Nestes termos, haverá ofensa ao texto constitucional se se impuser qualquer restrição à concessão de liminares em ação de mandado de segurança⁵¹⁷.

Arruda Alvim⁵¹⁸, de forma objetiva, afasta qualquer discussão sobre o tema: “o mandado de segurança, à luz de sua fonte, em sua previsão originária, encontra-se no texto constitucional, e aquilo que fica cabendo, estritamente, à lei infraconstitucional, é o regulamentar ou o disciplinar a previsão constitucional e não atrofiar e redefinir a hipótese normativa-constitucional, ou, melhor dizendo, amputar ou diminuir uma garantia que tem dimensão maior e constitucional”.

Portanto, pode-se dizer que da mesma forma que é inadmissível pensar-se na supressão do mandado de segurança do rol de garantias fundamentais do cidadão, é inaceitável a idéia de suprimir do mandado de segurança a possibilidade de liminar.

517 – Também entende assim o Professor João Batista Lopes (“Tutela antecipada no processo civil brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27), quando afirma que “há polêmica no que respeita à possibilidade de o legislador ordinário proibir liminar em casos de risco de dano irreparável, mas a doutrina mais recente se inclina no sentido de que essas medidas são conaturais ao direito de ação e, assim, não podem ser suprimidas”.

518 – “Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança”, in *RePro* n° 39, São Paulo: RT, julho-setembro 1985, p. 23.

E tudo o que foi dito acerca do mandado de segurança pode ser aplicado às demais ações constitucionais.

Cite-se o caso da ação civil pública, prevista na Constituição Federal e regulamentada pela Lei 7.347/85.

Não é admissível suprimir-se do ordenamento jurídico brasileiro a mais importante ação coletiva, a mais importante ação de que dispõe a sociedade para o controle de atos atentatórios aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Também é inaceitável a idéia de se suprimir dessa ação a possibilidade de liminares, mesmo porque os atos atentatórios aos interesses e direitos transindividuais devem ser sumariamente expurgados do mundo fático, sob pena de se produzirem lesões em massa quase sempre irreversíveis ao meio ambiente, aos consumidores etc.

6.9 – A natureza constitucional da tutela de urgência

A tutela de urgência, prestada em face de cognição sumária, possibilita uma solução judicial mais rápida e, portanto, mais efetiva⁵¹⁹.

519 – Barbosa Moreira (“Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 18, Uberaba: Forense, 2º trim. 1979, p. 128) critica a tutela ressarcitória, pregando a superioridade da “tutela preventiva”: “Todos percebem a superioridade dela, em confronto com a tutela meramente sancionatória, nas hipóteses para garantir-lhe o máximo de eficiência, se torna necessário revesti-la de formas procedimentais particularmente simples e expeditas, já que o interesse na atuação do mecanismo judicial emerge, em regra, da urgência do remédio, vale dizer, da iminência da ofensa, e bem assim armá-la de efetivo poder de coerção, através de medidas tendentes a influir no ânimo do provável infrator, com força bastante para induzi-lo à abstenção”.

Se não é a melhor forma de prestação jurisdicional, às vezes é a única aceitável, a única possível⁵²⁰.

Ainda mais porque a sociedade contemporânea clama por um Poder Judiciário que tenha meios e formas de propiciar soluções urgentes e provisórias.

Com isso não se está dizendo que deve ser desprestigiada a tutela definitiva, instituída em função da certeza e da segurança.

Apenas pretende-se reconhecer que esse tipo de tutela jurisdicional não é apto a atender todas as situações litigiosas⁵²¹.

Principalmente porque é sabido que a prestação jurisdicional definitiva demanda tempo⁵²².

520 – Barbosa Moreira (“A tutela de urgência num episódio recente da história política brasileira”, in *Temas de Direito Processual* – Sétima Série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 34), de forma lapidar, observa que “conforme ninguém ignora, há boa quantidade de casos em que ou se consegue incontinenti providência capaz de tutelar o direito em jogo (admitida, por hipótese, a respectiva existência), ou qualquer decisão que demore, embora favorável, se mostrará inútil, porque incapaz de proporcionar satisfação efetiva ao titular. Há muito tempo essa questão desafia a criatividade de legisladores e juízes, e várias são as técnicas com que se vem procurando enfrentá-la”. Refere-se o autor, exemplificativamente, à Medida Provisória nº 168, que integrou o “Plano Collor”, e que bloqueou, temporariamente, depósitos bancários em corrente.

521 – Talvez seja por isso que Vittorio Denti (“La giustizia civile – Lezioni introduttive”, Bologna: Il Mulino, 1989, p. 129) constata uma importância crescente da tutela de urgência: “la tutela d’urgenza ha assunto una importanza crescente di fronte al fenomeno della dilatazione dei tempi della giustizia civile, da un lato, e dell’espandersi della difesa di situazioni soggettive che richiedono un intervento immediato del giudice, e rispetto alle quali l’urgenza finisce con l’apparire la modalità essenziale di protezione”. No mesmo sentido, Barbosa Moreira (“Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 18, Uberaba: Editora Forense, 2º trim. 1979, p. 124) mostra a ineficiência das “modalidades de tutela jurisdicional mais prestigiadas pela tradição” (refere-se o autor à tutela sancionatória), ressaltando que são incapazes de desempenhar a contento a missão de dar tudo aquilo e precisamente aquilo que a parte tem direito.

522 – E conforme José Rogério Cruz e Tucci (“Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal”,

Conforme Barbosa Moreira⁵²³, “a atividade processual, por mais bem ordenada que seja, nos textos e na prática, sempre consome algum tempo, durante o qual fica o titular privado da utilidade a que fazia jus segundo o direito material”.

O tempo necessário para a prestação jurisdicional, portanto, pode levar ao sacrifício do direito do autor⁵²⁴, comprometendo a efetividade do processo⁵²⁵.

Ademais, aquele que demonstra ser titular de um direito evidente, que pode ser reconhecido *prima facie*, merece proteção do Estado, mesmo porque a Constituição Federal de 1988 alargou o conteúdo do devido processo legal para tutelar situações de ameaça a direito.

Não pode ser esquecido que a exigência da prestação jurisdicional em prazo razoável foi elevada a integrar a garantia

in “Devido processo legal e tutela jurisdicional”, São Paulo: RT, 1993, p. 100), “o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice*, o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social. Despiciendo salientar que justiça tarida corresponde a verdadeira denegação de justiça...”.

523 – “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 18, Uberaba: Forense, 2º trim. 1979, p. 124.

524 – Observa o Professor João Batista Lopes (“Tutela antecipada no processo civil brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42) que “a tutela antecipada surgiu para privilegiar o pólo ativo da ação com o escopo declarado de dividir o ônus da demora processual”.

525 – Vittorio Denti (“La giustizia civile – Lezioni introduttive”, Bologna: Il Mulino, 1989, pp. 128-129) bem adverte que “la durata del processo rappresenta di per se stessa un fatto che può arrecare pregiudizio alla parte che ha ragione, poiché la sentenza che definisce il diudizio può operare su una situazione che nel frattempo si è modificata a danno della parte. Per evitare questio pregiudizio, la legge appresta una particolare forma di tutela, che si definisce in via generale <cautelare>...”.

do devido processo legal e, por isso, constituir-se em uma garantia fundamental do homem⁵²⁶.

Legítima, portanto, a reivindicação da sociedade por uma justiça mais célere.

Como observa Luiz Fux⁵²⁷, “o processo hodiernamente se encontra sob o crivo da “efetividade” dos direitos, que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade. Essa dissintonia entre o processo e as novas exigências revela uma “crise”, capaz de ser solucionada com “novos instrumentos”, diante desse fenômeno dos “novos direitos” ou “novos anseios”. Assim como nos primórdios da civilização o anseio era da justiça institucionalizada contra a justiça privada, hoje a aspiração social é a da “justiça urgente” em confronto com a “justiça ordinária e ritual””.

Nestes termos, sendo a tutela cautelar destinada a tutelar situações de ameaça, tem ela fundamento constitucional.

526 - O Professor José Rogério Cruz e Tucci (“Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal”, in *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo: RT, 1993, p. 106) há bastante tempo já demonstrou isso: “o Brasil admite expressamente a vigência de texto legal supranacional, desde que tenha aderido ao mesmo. Oportuno, nesse passo, lembrar que o nosso País é signatário da acima mencionada *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Desse modo, a despeito da garantia do devido processo legal, pressupor, por óbvio, o rápido desfecho do litígio ou da *persecutio criminis*, encontra aplicação, em nosso ordenamento jurídico, dada a evidente compatibilidade de regramentos, o disposto no art. 8º, 1, da aludida Convenção Americana: “*Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...*”.

527 - “Tutela de segurança e tutela da evidência - fundamentos da tutela antecipada”, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 308.

O mesmo pode ser dito em relação à tutela antecipatória, uma vez que também ligada à garantia de efetividade da prestação jurisdicional⁵²⁸.

Com a atual Constituição Federal isso se tornou inquestionável.

Note que alguns autores, iluminados, já defendiam a natureza constitucional da tutela cautelar mesmo antes da Constituição Federal de 1988.

A propósito, Donaldo Armelin já afirmou a natureza constitucional da prestação jurisdicional cautelar mesmo à luz do artigo 153, § 4º, da constituição anterior, que dispunha o seguinte: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”⁵²⁹.

Ocorre que, para o mestre a tutela cautelar não poderia ser suprimida pelo legislador sem causar ofensa à estrutura da própria prestação jurisdicional.

Segundo Donaldo Armelin⁵³⁰, “o respaldo contido na Lei Maior quanto à prestação da tutela jurisdicional centra-se no artigo 153, § 4º, onde se lê que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, *“desde que não*

528 – Conforme o Professor João Batista Lopes (“Tutela antecipada no processo civil brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42), “não sendo razoável nem justo obrigar quem ostente condição de provável titular do direito a delongas que poderão frustrar o gozo desse direito ou esvaziar seu conteúdo, surge a tutela antecipada para permitir o adiantamento de efeitos práticos para a imediata satisfação do autor”.

529 – Note que atualmente o artigo 5º, inciso XXXVII, da CF, dispõe que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão *ou ameaça de lesão* a direito, ampliando, pois, a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

530 – “A tutela jurisdicional cautelar”, in RPG do Estado de São Paulo, nº 23, 1985, p. 118.

exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido". Ora, o texto constitucional alude à lesão, real ou alegada, como insusceptível de ser arredada da apreciação do Judiciário pelo Legislador Ordinário.

Haverá lugar aqui para a tutela jurisdicional cautelar na qual não se pretende preparar a lesão, mas prevenir graves danos e as consequências irreparáveis destes, ou manter o equilíbrio entre os litigantes? A evidência deve ser dada à "*lesão*" constante do texto constitucional uma exegese ampliativa de modo a permitir sejam ali albergadas outras formas de tutela jurisdicional, que não pressupõem uma violação do direito, como sucede com a tutela jurisdicional declaratória *stricto sensu* ou meramente constitutiva. Da mesma forma, está ali engastada a tuição à tutela jurisdicional cautelar. Esta existe precipuamente para assegurar a eficácia à prestação da tutela jurisdicional satisfativa, que, sob pena de sua emasculação, deve ser dotada de meios próprios para garantir a plenitude de seus efeitos. Portanto, ainda que não estivesse subsumida na proteção ensejada pelo prealudido dispositivo constitucional, estaria ela inserida nos poderes implícitos, que, como sói acontecer com outros Poderes da soberania nacional, existem em favor do Judiciário.

Destarte, não cabe ao Legislador Ordinário suprimir a tutela jurisdicional cautelar, que, mesmo que não viesse regrada a nível de lei ordinária, seria perfeitamente viável e, pois, deferível com base nos poderes implícitos do Judiciário. Efetivamente, como é cediço em matéria constitucional, a atribuição de poderes implica também na outorga de meios para tornar eficazes tais poderes. Aliás, o poder cautelar genérico do juiz, inconcussamente aceito e já expressamente deferido no sistema processual, é algo que prescinde de declaração legal, carecendo, quando muito, de uma regulamentação do seu *modus operandi*, o que demonstra a procedência da premissa anteriormente lançada nesse particular".

Também Kazuo Watanabe, à luz da Constituição anterior, afirmava a existência de um direito constitucional, estabelecido no artigo 153, § 4º, “contra qualquer forma de denegação da justiça”: “Nesses estudos constitucionais, particular consideração tem merecido o problema do acesso à Justiça. Entre nós, o ponto de partida é o estudo do art. 153, § 4º, da Constituição Federal, que inscreve o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido por princípio da proteção judiciária. Dele têm sido extraídos a garantia do direito de ação e do processo, o princípio do Juiz Natural e todos os respectivos corolários. E tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura “uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça”, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais. Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes”.

Não há dúvida, portanto, de que a prestação da tutela cautelar encontra fundamento constitucional, principalmente à luz da nova redação da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (inciso XXXV, do art. 5º, da CF de 88).

Por isso, trata-se de garantia que não pode ser suprimida pelo legislador ordinário, já que integrante das chamadas cláusulas pétreas.

Aliás, a doutrina reconhece que o direito de ação tem berço constitucional, sendo vedado ao legislador impedir o acesso ao Poder Judiciário.

Assim, se o direito de acesso ao Judiciário envolve o direito à apreciação de uma lesão, ou de uma ameaça a direito, conforme enuncia o inciso XXXV do art. 5º da CF 88, há tanto direito

constitucional à prestação satisfativa (tutela reparatória), quanto à prestação cautelar (tutela inibitória).

Nesse sentido também Luiz Fux⁵³¹: “a prontidão ora preconizada se ajusta à moderna exegese do princípio da “justiça adequada”, porque ao preceito constitucional de que “nenhuma lesão escapará à apreciação judicial” deve encaixar-se a tutela célere do direito material. O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma “lesão”. Ademais, a fórmula constitucional foi ditada para “entrar em ação” tão logo descumprido o direito objetivo. Assim, desrespeitado o direito evidente, incide a garantia judicial, que variará na sua efetivação conforme a demonstração da lesão seja evidente ou duvidosa”.

Ademais, como já frisado anteriormente, a prestação jurisdicional não pode ser entendida como Poder do Estado, especificamente do Poder Judiciário.

Há necessidade de se entender que o direito de obter a tutela jurisdicional efetiva é uma garantia constitucional indisponível⁵³².

A norma do inciso XXXV do artigo 5º da CF, mais do que um poder estatal, estabelece uma garantia fundamental de acesso

531 – “Tutela de segurança e tutela da evidência – fundamentos da tutela antecipada”, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309.

532 – E lembra o Professor João Batista Lopes (“Tutela antecipada no processo civil brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 18, nota de rodapé nº 10) que a “nova concepção da ação como garantia constitucional traz consequência s jurídicas relevantes para o exercício da cidadania. Como garantia constitucional, ele a não pode ser negada ou embaraçada por atos legislativos, nem, muito menos, pelas medidas provisórias. As medidas provisórias não são leis e, por isso, não podem revogar estas, mas apenas suspender sua vigência. Entretanto, suspendendo a vigência das leis, podem causar danos irreparáveis aos cidadãos e à coletividade. Assim, por exemplo, medidas provisórias que proíbam a tutela de urgência (seja ela cautelar ou não) ofendem a garantia constitucional do direito de ação consagrada no art. 5º).

ao Poder Judiciário, ao qual corresponde o dever da prestação de uma tutela jurisdicional diferenciada e efetiva.

Há, portanto, como corolário do direito à tutela efetiva, o direito constitucional à tutela de urgência.

Já se citou lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha⁵³³ que vale a pena ser lembrada: “o direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado”.

Conforme destacou a autora, “o direito à Jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber, a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita”.

Segundo a autora⁵³⁴, “não basta que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços públicos – com a presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda”.

Reafirmando a conclusão inicial, se ao Estado incumbe o dever de prestar a tutela jurisdicional, ao Estado também incumbe o dever de fazê-lo de forma eficiente, tempestiva e adequada, eliminando toda situação de ameaça de lesão ou de lesão afirmada em juízo.

533 – “O direito constitucional à jurisdição”, in *As garantias do cidadão na justiça*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 33.

534 – “O direito constitucional à jurisdição”, in *As garantias do cidadão na justiça*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 37.

Não há como negar, portanto, a natureza constitucional da tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), pois quando a Constituição garante o acesso ao Poder Judiciário, garante, implícita e explicitamente o acesso à tutela de urgência.

Implicitamente, porque basta garantir o acesso à jurisdição para que esteja garantido o acesso à tutela de urgência, haja vista que a tutela cautelar está ao lado da tutela de conhecimento e de execução como forma de prestação jurisdicional.

Explicitamente, porque, se havia alguma dúvida, a Constituição declarou expressamente que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito.

Assim, a garantia de acesso à jurisdição, como garantia individual fundamental, exige efetividade, tempestividade e adequação da prestação jurisdicional, não comportando restrições indevidas por parte do legislador ordinário (muito menos por meio de medidas provisórias).

E a doutrina tem aceito a tese do assento constitucional da tutela cautelar.

Ovídio Baptista da Silva⁵³⁵, citando Tommaseo (“I Provvedimenti d’Urgenza”), afirma expressamente que a tutela cautelar foi elevada ao plano constitucional, posto que sua legitimidade torna-se uma consequência inarredável do monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado”.

Verifica-se, portanto, que o enquadramento da tutela cautelar a nível constitucional não é exclusividade da doutrina brasileira.

A propósito, afirma o doutrinador espanhol Francisco Chamorro Bernal⁵³⁶, depois de observar que a finalidade das medidas cautelares é assegurar a integridade do direito enquanto ele é discutido no processo de conhecimento ou em fase executiva, que “o direito à medida cautelar faz parte

535 – “Do processo cautelar”, Rio de Janeiro: Forense, 1996, pp. 22-23.

536 – “La tutela judicial efectiva”, Barcelona: Bosch, 1994, p. 286.

necessariamente do direito à tutela judicial através da efetividade constitucionalmente exigível a esta, porque esse direito tem de poder assegurar o cumprimento futuro da Sentença a ser proferida e se é incapaz disso, não se trata de uma verdadeira tutela. Ou nas palavras do TS..., a tutela judicial efetiva implica uma prévia tutela cautelar” – traduzi⁵³⁷.

Conforme Francisco Chamorro Bernal⁵³⁸, tal posicionamento da doutrina espanhola é recente e ainda não é pacífico. Todavia, o que levou autores à afirmação da natureza constitucional da tutela cautelar foi uma importantíssima sentença ditada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, de Luxemburgo. Também menciona Chamorro a batalha de um “ilustre professor de Direito Administrativo”, García de Enterría.

Ainda segundo o autor espanhol, antes da citada sentença do Tribunal de Justiça de Luxemburgo era arriscado sustentar no ordenamento jurídico espanhol que a existência e a aplicação das medidas cautelares fosse uma exigência constitucional.

Porém, deixa claro o autor⁵³⁹ que a conclusão de que a tutela cautelar se inclui no direito constitucional a uma tutela judicial efetiva vem prevalecendo na Europa. A propósito, afirma que “à conclusão obtida no parágrafo anterior se chega também dando uma volta pela jurisprudência do Tribunal e Justiça das Comunidades Européias, concretamente com a Sentença de 19 de junho de 1990, já citada, na questão prejudicial estabelecida pela Câmara dos Lordes em relação a si os Tribunais dos Estados membros, ao aplicar direito comunitário, estão obrigados a/ou

537 – No original: “el derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a ésta, porque ese derecho *ha de poder asegurar* el cumplimiento futuro de la Sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela. O en palabras del TS en la resolución que más adelante reseñamos, la tutela judicial efectiva implica una previa tutela cautelar”.

538 – “La tutela judicial efectiva”, Barcelona: Bosch, 1994, p. 284.

539 – *Idem*, p. 286.

podem adotar medidas cautelares, ainda que contrariando seu direito nacional.

O referido Tribunal, em sua decisão não afirma que os Juízes que aplicam direito comunitário estão obrigados a adotar medidas cautelares, mas estabelece que toda disposição ou prática legislativa, administrativa ou judicial nacional que possa impedir-lhes de tomar essas medidas cautelares a fim de garantir a plena efetividade da decisão jurisprudencial, é incompatível com o direito comunitário” - traduzi⁵⁴⁰.

Depreende-se, portanto, que nas cortes de justiça européias já se percebeu que a restrição ao poder geral de cautela do juiz é inválida, pois impede a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva e, o que é pior, suprime uma garantia constitucional.

Ainda segundo Francisco Chamorro Bernal⁵⁴¹, García de Enterría⁵⁴², comentando esta Sentença, “considera que uma tutela judicial efetiva requer como condição *sine qua non* esse poder instrumental cautelar e entende que a mesma proclamou um novo princípio geral, a saber, o de que <<a necessidade do

540 - No original: “a la conclusión obtenida en el epígrafe anterior se llega también dando un rodeo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, concretamente a través de la Sentencia de 19 de junio de 1990, ya citada, en la cuestión prejudicial planteada por la Cámara de los Lores en relación a si los Tribunales de los Estados miembros, al aplicar derecho comunitario, están obligados a/o pueden adoptar medidas cautelares, aun en contra de su derecho nacional. El referido Tribunal, en su resolución no afirma que los Jueces que apliquen derecho comunitario estén obligados a adoptar medidas cautelares, sino que establece que toda disposición o práctica legislativa, administrativa o judicial nacional que pudiera impedirles tomar esas medidas cautelares a fin de *garantizar la plena efectividad de la decisión jurisprudencial*, es incompatible con el derecho comunitario”.

541 - “La tutela judicial efectiva”, Barcelona: Bosch, 1994, p. 287.

542 - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautalarmente la ejecución de las Leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo”, en REDA, Cívitas n.º 63, jul/sep 1989, p. 431.

processo para obter razão não deve converter-se em um dano para quem tem razão > >, princípio já enunciado por Chiovenda e que não considera seja cumpra em nosso ordenamento já que o processo, que deveria ser uma garantia para quem tem razão, se converte de fato em um prêmio para quem não a tem. Por ele defende o procedimento francês *référé* como processo cautelar que permite uma proteção quase imediata ao *fumus boni iuris*, remetendo a decisão definitiva de fundo a um processo plenário posterior. Cita também a Sentença nº 180 do Tribunal Constitucional italiano de 16 de junho de 1985, que declarou inconstitucional o que tão somente poderia utilizar-se como medida cautelar frente à Administração a suspensão – situação idêntica à espanhola no momento em que escrevia – e conclui perguntando-se se os Tribunais espanhóis dispõem de mais poder cautelar quando aplicam direito comunitário do que quando aplicam direito interno, ou seja, se as normas comunitárias podem ter uma tutela mais efetiva que as nacionais.

Evidentemente tem-se que concluir com García de Enterría e com o TS, que no direito nacional espanhol, o Juiz ou Tribunal está autorizado *ex art. 24.1 CE* a aplicar todo tipo de medidas cautelares na garantia da efetividade da tutela” - traduzi⁵⁴³.

543 – No original: “considera que una tutela judicial efectiva requiere como condición *sine qua non* ese poder instrumental cautelar y entiende que la misma ha proclamado un nuevo principio general, a saber, el de que «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón», principio ya enunciado por Chiovenda y que no considera se cumpla en nuestro ordenamiento ya que el proceso, que debería ser una garantía para quien tiene razón, se convierte de hecho en un premio para quien no la tiene. Por ello defiende el procedimiento francés del *référé* como proceso cautelar que permite una protección casi inmediata al *fumus boni iuris*, remitiendo la decisión definitiva sobre el fondo a un proceso plenario ulterior. Cita también la Sentencia nº 180 del Tribunal Constitucional Italiano de 26 de junio de 1985, que declaró inconstitucional el que tan sólo pudiera utilizar-se como medida cautelar frente a la Administración la suspensión - situación idéntica a la española en el momento

Oportuno destacar que Francisco Chamorro Bernal⁵⁴⁴ ainda cita algumas importantes resoluções do Tribunal Supremo, através das quais, segundo ele, podem ser extraídos os seguintes princípios: “a) a existência de um verdadeiro direito fundamental à tutela cautelar ex art. 24 da Constituição Espanhola; b) a articulação desse direito fundamental ao lado do princípio *fumus boni iuris*; c) a recepção do princípio geral de direito de que a <<a necessidade de se socorrer do processo para obter razão não deve prejudicar a quem tem razão>>; d) o deslocamento, na motivação das medidas cautelares, da reparabilidade ou não dos prejuízo, haja a apreciação ou não do *fumus*; e) a admissão de todas as medidas cautelares que sejam necessárias” – traduzi⁵⁴⁵.

O autor espanhol conclui: “Resumindo, pois, a jurisdição ordinária retificou a dúbia atuação do TC neste tema das medidas cautelares, afirmando categoricamente que o cidadão tem o direito constitucional e o Juiz o dever, também constitucional, de solicitar e adotar, respectivamente, as medidas cautelares

en que escribía - y concluye preguntándose si los Tribunales españoles dispondrán de más poder cautelar cuando apliquen derecho comunitario que cuando apliquen derecho interno, es decir, si las normas comunitarias pueden tener una tutela más efectiva que las nacionales. Evidentemente hay que concluir con GARCÍA DE ENTERRÍA y con el TS, que en el derecho nacional español, el Juez o Tribunal está facultado ex art. 24.1 CE para aplicar todo tipo de medidas cautelares en garantía de la efectividad de la tutela”.

544 - “La tutela judicial efectiva”, Barcelona: Bosch, 1994, p. 288.

545 - No original: “a) La existencia de un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar ex art. 24 CE; b) La articulación de ese derecho fundamental alrededor del principio *fumus boni iuris*; c) La recepción del principio general de derecho de que «la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón»; d) El desplazamiento, en la motivación de las medidas cautelares, de la reparabilidad o no de los perjuicios, hacia la apreciación o no del *fumus*; e) La admisión de todas las medidas cautelares que sean necesarias”.

necessárias para a efetividade da tutela judicial a outorgar” – traduzi⁵⁴⁶.

Ainda afirma Francisco Chamorro Bernal⁵⁴⁷ que: “Se, como vimos, o direito às medidas cautelares é uma garantia a mais além das já incluídas na tutela judicial efetiva, é claro que gozará também das características desta. Portanto, em sua qualidade de direito fundamental dotado de uma especial proteção reforçada, o direito constitucional às medidas cautelares constitui também um dever dos Tribunais (art. 53 Constituição Espanhola), como assim o estabelece o próprio TS no Auto de 20 de dezembro de 1990 que no essencial transcrevemos e há de possuir o necessário correlato em um direito do cidadão” - traduzi⁵⁴⁸.

Bedaque⁵⁴⁹ observa que “a natureza constitucional da tutela cautelar também é ressaltada pela moderna doutrina processual italiana, que extrai do sistema o princípio da *efetividade do processo*. Inúmeras são as decisões da Corte constitucional reconhecendo a inconstitucionalidade de regras legais que, de alguma forma, vedavam ou limitavam o acesso à tutela cautelar.

546 – No original: “Resumiendo, pues, la jurisdicción ordinaria ha rectificado la dubitativa actuación del TC en este tema de las medidas cautelares, afirmando rotundamente que el ciudadano tiene el derecho constitucional y el Juez el deber, también constitucional, de solicitar y adoptar, respectivamente, las medidas cautelares necesarias para la efectividad de la tutela judicial a otorgar”.

547 – “La tutela judicial efectiva”, Barcelona: Bosch, 1994, p. 292.

548 – No original: “Si, como hemos visto, el derecho a las medidas cautelares es una garantía más de las incluidas en la tutela judicial efectiva, es claro que gozará también de las características de ésta. Por tanto, en su calidad de derecho fundamental dotado de una especial protección reforzada, el derecho constitucional a las medidas cautelares constituye también un deber de los Tribunales (art. 53 CE), como así lo establece el propio TS en el Auto de 20 de diciembre de 1990 que en lo esencial hemos transcrito y ha de tener el necesario correlato en un derecho del ciudadano”.

549 – “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização”, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 78.

Julgados recentes têm afirmado a inconstitucionalidade de regras que impeçam a emissão de provimentos de urgência necessários a assegurar provisoriamente os efeitos da tutela requerida, sempre que haja fundados motivos para temer a ocorrência de dano irreparável ao direito, em razão da demora do processo”.

Trata-se de posicionamento que é defendido no presente estudo com a intenção de que se reconheça a existência de um direito constitucional à tutela efetiva e, portanto, direito à tutela cautelar e à tutela antecipatória.

Idêntico pensamento é o de Antônio Cláudio da Costa Machado. Para esse processualista, o fundamento do direito à tutela de urgência é o princípio do devido processo legal.

A propósito, afirma o autor⁵⁵⁰ que, “na verdade, a partir de 1988, com a promulgação da nova Carta que consagrou explicitamente o princípio do devido processo legal, ficou mais fácil sustentar a tese de que significa mais do que “esperança” a construção de procedimentos dotados de agilidade e eficiência para a consecução do ideal de efetividade do processo. Afinal de contas, a garantia que vimos examinando não é mais resultado de inferência do princípio da inafastabilidade jurisdicional – o que indubitavelmente mitigava no plano interpretativo a força do preceito – mas objeto de previsão constitucional expressa, o que dá à cláusula, a um só tempo, realidade jurídica e potencialidade hermenêutica para ser, de uma vez por todas, entendida como receptáculo de vontade manifestada pelo legislador constituinte, de conteúdo definido, e não apenas “conselho” ou “promessa””.

Conclui o autor: “Portanto, em face do que temos hoje, não é mais possível negar, sob qualquer pretexto, que o que a Constituição nos assegura no seu art. 5º, inc. LIV, é, de fato, o direito ao justo processo concebido como o processo cuja

550 – “Tutela antecipada”, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 61.

construção pela lei é necessariamente inspirada pela racionalidade, razoabilidade, igualdade e senso de justiça, sob pena de, não sendo, ter sobre si a mácula da inconstitucionalidade por violação ao princípio do devido processo legal. Mas não é só. Além disso, é preciso não perder de vista que pensar em racionalidade, senso de justiça etc., como matéria-prima do justo processo, não é nada menos do que a exigência de colocá-lo em franca aderência com a realidade social e suas idiossincrasias, posto que se o processo que se constrói não contribui, nem potencialmente, para modificar a realidade, não representa instrumento de transformação, não agride de alguma forma a situação vigente, dele já não se pode dizer que se trate de devido, muito menos de justo processo. Em suma, falar-se de devido processo legal, à luz dessas considerações, é o mesmo que apontar para a exigência de construção de procedimentos que, pelo menos num plano hipotético, representem instrumentos hábeis a gerar tutela jurisdicional efetiva, porquanto aderentes à realidade no sentido mais amplo em que a possa conceber e perceber o legislador ordinário”.

Portanto, há que se reconhecer o direito constitucional à tutela efetiva e, em consequência, o direito à tutela cautelar e à tutela antecipatória, seja pelo direito de acesso à justiça (inciso XXXV), seja pelo direito ao devido processo legal (inciso LIV).

Luiz Guilherme Marinoni⁵⁵¹ também é dessa opinião: “para a efetividade da tutela dos direitos não basta a ação cautelar; também é necessária uma ação que permita a realização do direito com base em cognição sumária. Para que seja possível a tutela jurisdicional de um direito que precisa ser realizado de forma urgente é necessário um procedimento acelerado, a cognição sumária, o provimento mandamental e os meios

551 - “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 58.

coercitivos necessários para a efetivação do enunciado sentencial, aí incluída a pena de prisão por descumprimento de ordem judicial, intensamente empregada no direito anglo-americano. Realmente, a cognição exauriente (aprofundada) é completamente incompatível com a situação de perigo de dano iminente que exige a própria tutela urgente. Nesses casos o juiz é autorizado a julgar com base em cognição sumária, ou *fumus boni iuris*“.

No mesmo sentido Luiz Fux⁵⁵²: “o devido processo legal está encartado no direito ao processo como direito ao meio de prestação da jurisdição, que varia conforme a natureza da tutela de que se necessita. O direito à jurisdição não é senão o de obter uma justiça efetiva e adequada. Isso basta para que o juiz possa prover diante dessa regra *in procedendo* maior, ínsita na própria Constituição Federal, a despeito de sua irrepetição na legislação infraconstitucional. A previsão na Carta Maior revela a eminência desse poder-dever de judicar nos limites do imperioso. Satisfazer tardiamente o interesse da parte em face da evidência significa violar o direito maior ao acesso à justiça e, conseqüentemente, ao devido processo instrumental à jurisdição requerida.

A tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o dogma do *due process of law*, confirma-o, por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz.

O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige a “efetividade”, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o “indevido processo””.

552 - “Tutela de segurança e tutela da evidência - fundamentos da tutela antecipada”, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 319-320.

Ainda pode ser citado Humberto Theodoro Júnior⁵⁵³: “dentro do enfoque constitucional de garantir a *segurança* e a *justiça* aos jurisdicionados, haveria de se conceber remédio mais abrangente do que a tradicional medida cautelar, uma vez que para alcançar aquela garantia maior muitas vezes não basta tutelar o processo; é necessário avançar e proteger o próprio direito subjetivo, proporcionando satisfação imediata a seu titular, sob pena de não se concretizar a almejada justiça”.

Esse posicionamento doutrinário, contudo, não é pacífico na doutrina.

Em relação à tutela cautelar há inúmeros autores que se posicionam no sentido de sua natureza constitucional. Porém, o mesmo não ocorre em relação à tutela antecipatória, sendo certo que alguns até questionam a sua constitucionalidade⁵⁵⁴.

Todavia, a tutela antecipatória também possui assento constitucional.

A propósito, manifesta-se Antônio Cláudio da Costa Machado⁵⁵⁵ expressamente sobre a liminar antecipatória, afirmando que ela guarda relação com a garantia do devido processo legal: “o instituto da tutela antecipatória, como um todo, quer na sua configuração específica (a dita “tutela específica” antecipada das obrigações de fazer do art. 461, § 3º), quer na sua configuração genérica (a “tutela antecipada” propriamente dita, a disciplinada pelo art. 273, sob qualquer de

553 – “Tutela de segurança”, in *RePro* nº 88, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, p. 10.

554 – Sobre a questão, nada a acrescentar à lição do Professor João Batista Lopes (“Tutela antecipada no processo civil brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42): “dir-se-ia que a antecipação pode significar prejulgamento e ofensa ao princípio do devido processo legal. Não há vislumbrar, porém, inconstitucionalidade na providência antecipatória porque, ostentando caráter provisório e revogável, de modo algum poderá implicar perda de bens ou direitos em caráter definitivo”.

555 – “Tutela antecipada”, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 62.

suas formas) representa o cumprimento rigoroso do ditame constitucional traduzido na cláusula do *due process of law* inserida no art. 5º, inc. LIV. Com efeito, a inserção no procedimento comum (ordinário ou sumário) de uma autorização genérica para que o magistrado antecipe, por decisão interlocutória, os efeitos fáticos da providência final de mérito, significa que o legislador infra-constitucional resolveu transformar o modo de ser do processo civil de 1973 para que este pudesse enfrentar a realidade dramática da lentidão da nossa Justiça, o maior fator de comprometimento da efetividade da tutela dos direitos. Em outras palavras, para avançar no sentido da busca de uma “ordem jurídica justa”, o legislador ordinário decidiu construir um processo civil mais justo (o justo processo), mediante a instituição de uma nova fase procedimental no processo de rito comum com o que elimina em variadas situações, o longo percurso para se alcançar uma solução, tornando, assim, racional e eficiente a outorga da prestação jurisdicional pelo juiz”.

Conforme também Humberto Theodoro Júnior⁵⁵⁶, “foi à luz do princípio da *efetividade e instrumentalidade* do processo que se introduziu⁵⁵⁷ no Código de Processo Civil brasileiro a “antecipação da tutela” como meio prático de evitar o perigo

556 - “Tutela de segurança”, in *RePro* nº 88, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, p. 10.

557 - Adverte o Professor Joao Batista Lopes (“Tutela antecipada no processo civil brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 38-39) que, “no Brasil, a introdução da tutela antecipada no Código de Processo Civil não significou novidade absoluta, certo que Lea já existia, mesmo sem essa denominação, em disposições esparsas da legislação processual. Assim, por exemplo, as liminares possessórias, a liminar na ação de busca e apreensão do Decreto-Lei n. 911/64, a liminar na ação civil pública, o despejo liminar, a liminar do art. 84, § 3º, do CDC... Em verdade, o art. 273 do CPC não criou o instituto da tutela antecipada, mas apenas converteu em regra geral o que já estava escrito para situações particulares”.

intolerável de lesão ao direito subjetivo do litigante (art. 273, com a redação da Lei 8.952, de 13.12.1994).

Não se trata, é bom ressaltar desde logo, de uma simples reforma procedimental, a que implantou a antecipação de tutela no processo civil brasileiro. A *tutela de urgência*, compreendendo o gênero que abrange as medidas cautelares e as medidas de segurança, tem evidente fundamento constitucional, conforme ressalta a mais atualizada doutrina. A generalização da possibilidade de liminares satisfativas do direito material sob risco de lesão grave e de difícil reparação apresenta-se como imposição do *processo justo* a que se obrigou o moderno Estado Democrático de Direito”.

Como consequência desse posicionamento, tais garantias não podem ser suprimidas pelo legislador ordinário.

É válido aceitar, assim, o posicionamento de Joan Pico Y Junoy⁵⁵⁸, no sentido de que dentro do conteúdo complexo que o T.C. atribui ao direito à tutela judicial, destaca o referente à efetividade das decisões judiciais. Neste ponto, podemos distinguir três grandes matérias que incidem diretamente sobre dita efetividade, a saber, a imodificabilidade das decisões judiciais; as medidas cautelares; e a execução das decisões judiciais definitivas – traduzi livremente⁵⁵⁹.

No que se refere às medidas cautelares, afirma o autor que: A tutela judicial – nos indica o T.C. – não é assim sem medidas cautelares que assegurem o efetivo cumprimento da futura decisão definitiva que surja no processo. Por isso o legislador não

558 – “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 69.

559 – No original: “dentro del contenido complejo que el T.C. atribuye al derecho a la tutela judicial, destaca el referente a la efectividad de las resoluciones judiciales. En este punto, podemos distinguir tres grandes materias que inciden directamente sobre dicha efectividad, a saber, la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares; y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes”.

pode eliminar de maneira absoluta a possibilidade de adotar medidas cautelares dirigidas a assegurar a efetividade da sentença, pois isso poderia privar todos os jurisdicionados de uma garantia que se configura como conteúdo do direito à tutela judicial efetiva” – traduzi livremente⁵⁶⁰.

Luigi Paolo Comoglio⁵⁶¹, importante doutrinador italiano, também fala que a efetividade se tornou uma garantia insuprimível do cidadão: no mais amplo contexto das (semelhantes) experiências de direito internacional e comparado, a efetividade já se transformou em um componente insuprimível das garantias constitucionais do processo - traduzi⁵⁶².

É extremamente importante para a efetividade da tutela jurisdicional que a doutrina e a jurisprudência brasileiras cheguem a essas conclusões, consagrando a tese de que o direito/poder de cautela é uma garantia individual fundamental que se insere no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Conforme lição de Donaldo Armelin, acima citada, esse poder de cautela do juiz é fundamental para que se assegure não só a efetividade da tutela jurisdicional, mas também que se

560 – No original: “La tutela judicial -nos indica el T.C.- no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso. Por ello el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”.

561 – “Riforme processuali e poteri del giudice”, Torino: Giappichelli Editore, 1996, pp. 83-84.

562 – No original: “nel più ampio contesto delle (conformi) esperienze di diritto internazionale e comparato, “l’effettività” – di cui si colgono tracce eloquenti nello stesso linguaggio costituzionale (artt. 3, secondo comma, 4, primo comma, 10, terzo comma, 34, terzo comma) – é ormai divenuta una componente definitoria insopprimibile delle garanzie costituzionali attinenti al processo”.

assegure o equilíbrio entre as partes, garantindo-se uma isonomia material e não meramente formal.

Por isso, qualquer restrição “a priori” do poder geral de cautela e também da tutela antecipada é de ser vista como inconstitucional, pois somente a análise das circunstâncias concretas do caso é que podem permitir a valoração da necessidade ou não de se conceder uma medida cautelar ou antecipatória. E isso incumbe ao magistrado e não ao legislador.

Ou, como afirma J. E. Carreira Alvim⁵⁶³, “eliminar *prima facie* um componente essencial da garantia jurisdicional, como a medida liminar, ou impor restrições ao seu exercício, de forma que, sem ela, a tutela se revele inadequada à defesa do direito, é uma ofensa ao direito subjetivo à jurisdição e ao *due process of law*, de fundo constitucional.

Num país em que os demais poderes (Legislativo e Executivo) revelam invulgar vocação para limitar, reduzir e até suprimir o poder jurisdicional dos juízes, é preciso que a semente plantada pela Corte Constitucional italiana produza, entre nós, os almejados frutos, fazendo florescer uma doutrina dos elementos co-naturais do sistema”.

Além desse aspecto, importante observar que o reconhecimento da natureza constitucional da tutela de urgência não tem como consequência apenas uma atitude omissiva por parte do legislador, no sentido de não suprimir esse tipo de tutela jurisdicional.

Mais do que isso, há também consequências positivas, dentre elas a exigência de que sejam criadas tutelas jurisdicionais

563 - “Medidas liminares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica”, in *Revista de direito processual civil*, nº 3, Curitiba: Genesis Editora, setembro-dezembro de 1996, p. 650.

diferenciadas, implementando-se a garantia da efetividade da prestação jurisdicional⁵⁶⁴.

Nesse sentido afirma Donaldo Armelin⁵⁶⁵ que o fato da tutela cautelar “ensejar uma rápida solução do litígio e de tornar suportável a demora da prestação da tutela jurisdicional satisfativa, permitiu que a prestação de tutela jurisdicional cautelar melhor se amoldasse aos reclamos de uma sociedade dinâmica e de um comércio jurídico cada vez mais exigente em termos de celeridade”.

Segundo o autor⁵⁶⁶, “é mister que se aparelhe o instrumento da prestação de tutela jurisdicional cautelar com meios hábeis para a efetiva atuação do comando judicial provisório. Aliás, exatamente por ser provisório poderá este comando ir mais longe do que o satisfativo, que é definitivo. Por isso mesmo urge dotar o Judiciário de instrumentos processuais que, através de coação indireta, inclusive pertinente à restrição da liberdade individual, permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa plena e exaustiva”.

Foi visto que na Itália, Luigi Paolo Comoglio entende que a efetividade é uma garantia constitucional insuprimível.

564 - Conforme Egas Dirceu Moniz de Aragão (“O estado de direito e o direito de ação - A extensão do seu exercício”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 16, Uberaba: Forense, 4º trim. 1978, p. 79), “de pouco adiantará assegurar o exercício teórico do direito de ação, ou estudar-lhe doutrinariamente a extensão e a eficácia, se o ordenamento jurídico não proporcionar meios hábeis à obtenção da sentença em tempo razoável. Manter os litigantes à espera da sentença por mil e uma noites é forma indireta de lhes denegar justiça”.

565 - “A tutela jurisdicional cautelar”, in *RPG do Estado de São Paulo*, nº 23, 1985, p. 126

566 - “A tutela jurisdicional cautelar”, in *RPG do Estado de São Paulo*, nº 23, 1985, p. 136.

Para o autor⁵⁶⁷ também há esse aspecto positivo da efetividade. A propósito, afirma que na coordenação entre mais princípios, impõe-se a constante exigência de promover as melhores condições para uma “concretização” sempre mais adequada dessas garantias – traduzi⁵⁶⁸.

Afinal, ainda segundo Luigi Paolo Comoglio, o accertamento teórico no que diz respeito às normas constitucionais de conteúdo ou de relevância processual pode ser dúplici:

1. quem entenda privilegiar os aspectos estáticos da “rigidez” daquelas garantias só pode extrair um significado “fraco”, reduzindo os efeitos práticos a uma mera “constitucionalização” formal dos princípios processuais preexistentes, cujos efeitos se exaurem em um enquadramento programático, mas são privados de uma incidência direta (ou ao menos inovativa) sobre a realidade do processo;

2. quem, ao invés, se proponha a privilegiar os aspectos substanciais da efetividade deve, necessariamente, inscrever àquelas normas um significado “forte”, que possa ter uma incidência concreta e direta sobre o progresso evolutivo das instituições processuais” – traduzi⁵⁶⁹.

567 – “Riforme processuali e poteri del giudice”, Torino: Giappichelli Editore, 1996, p. 84.

568 – No original: “nel coordinamento fra più principi (cfr., ad es., gli artt. 3, primo e secondo comma, 24-25 e 113) – s’impone la costante esigenza di promuovere le condizioni migliori per una “concretizzazione” sempre più adeguata di quelle estese garanzie”.

569 – No original: “l’atteggiamento teorico nei riguardi delle norme costituzionali di contenuto o di rilevanza processuale può essere dúplici: 1. chi intenda privilegiare i profili statici della “rigidità” di quelle garanzie non può che interpretarle in un significato “debole”, riducendone la portata pratica ad una mera “costituzionalizzazione” formale di principi processuali preesistenti, i cui effetti si esauriscono in un inquadramento programmatico, ma sono privi di un’incidenza diretta (o tantomeno innovativa) sulla realtà del processo; 2. chi, invece, si proponga di privilegiare gli aspetti sostanziali dell’effettività deve, necessariamente, ascrivere a quelle norme un significato

Deve ser preferido esse significado “forte” da garantia constitucional da efetividade, de forma que haja reflexos concretos e diretos para a evolução do direito processual.

Mesmo porque, como ainda afirma Luigi Paolo Comoglio⁵⁷⁰, “da afirmada exigência de “efetividade” deriva, inevitavelmente, a preferência por esta segunda opção” – traduzi⁵⁷¹.

Com efeito, se a constitucionalização das garantias processuais teve e tem por objetivo permitir o acesso à ordem jurídica justa, e se é a efetividade das resoluções judiciais uma garantia fundamental, toda interpretação dessa garantia deve ser a mais ampla possível.

Dentro desse contexto, é imprescindível observar que Joan Pico Y Junoy⁵⁷² afirma a existência, também, de um direito à execução das medidas provisionais, como corolário do poder geral do juiz de emitir provimentos de urgência: “O direito à tutela judicial efetiva dos direitos e interesses legítimos exige também que a decisão judicial se cumpra em seus próprios termos, pois somente desta maneira o Direito ao Processo se faz real e efetivo, e se garante o pleno respeito à paz e segurança jurídica de quem se viu protegido judicialmente por uma Sentença ditada em um processo anterior entre as mesmas partes.

Do contrário, as decisões judiciais se converteriam em meras declarações de intenções, relegando-se a efetividade da tutela judicial a uma vontade caprichosa da parte condenada” – traduzi⁵⁷³.

“forte”, che possa avere un’incidenza concreta e diretta sul progresso evolutivo delle istituzioni processuali”.

570 – *Idem*, p. 85.

571 – No original: “dalle affermate esigenze di “effettività” deriva, inevitabilmente, la preferenza per questa seconda opzione”.

572 – “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 79.

573 – No original: “El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos exige también que el fallo judicial se cumpla en sus propios

E como afirma Luiz Guilherme Marinoni⁵⁷⁴, “o que é importante concluir é que a tutela de urgência está engastada na Constituição da República. Perceba-se que a Constituição de 1988 contém a locução “ameaça a direito” na verbalização do princípio da inafastabilidade, o que não ocorria na Constituição anterior. Isto bem revela o propósito de o constituinte garantir constitucionalmente a tutela de urgência, seja a cautelar, seja a sumária antecipatória. *Existe, pois, direito constitucional à tutela de urgência*” – grifei.

No mesmo sentido ainda Ovídio Baptista⁵⁷⁵: “se suprimíssemos de um determinado ordenamento jurídico a *tutela da aparência*, impondo ao julgador o dever de julgar somente depois de ouvir ambas as partes, permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada uma delas fosse capaz de trazer ao processo, certamente correríamos o risco de obter, no final da demanda, uma sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada num juízo de veracidade do mais elevado grau que, no entanto, poderia ser inútil, sob o ponto de vista da *efetividade* do direito reclamado pelo autor vitorioso...”.

Pelas razões expostas, a conclusão é no sentido de que há o direito constitucional à tutela de urgência, o que significa dizer que, presentes os requisitos, tem o juiz o dever de emitir provimentos jurisdicionais fundados em juízo de probabilidade. Além disso, há o dever do magistrado de tornar efetiva essa

términos, pues sólo de esta manera el Derecho al Proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno respeto a la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes. De lo contrario, las resoluciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones, relegándose la efectividad de la tutela judicial a la voluntad caprichosa de la parte condenada”.

574 – “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 31.

575 – “Curso de processo civil”, v. 3, São Paulo: RT, 2ª ed., 1998, p. 19.

decisão, de forma que se insere nesse contexto o poder judicial de executar provisoriamente essas decisões.

De outro lado, também o legislador infra-constitucional está vinculado, tanto no sentido negativo, de não se admitir possa ele suprimir, em abstrato, o poder judicial de emitir provimentos cautelares ou antecipatórios, quanto no sentido positivo, de que deve criar tutelas diferenciadas e adequadas ao direito material⁵⁷⁶.

Enfim, a tutela de urgência é um componente essencial de uma prestação jurisdicional eficiente⁵⁷⁷.

576 - Conforme Alcides de Mendonça Lima ("Finalidade do processo", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 17, Uberaba: Forense, 1º trim. 1979, p. 22), "desde que a Constituição garante o direito à prestação jurisdicional - no sentido estrito técnico do termo -, é óbvio que a legislação ordinária tem de oferecer aos indivíduos os diplomas necessários para o devido exercício daquela função estatal".

577 - Vittorio Denti ("La giustizia civile - Lezioni introduttive", Bologna: Il Mulino, 1989, p. 130) não deixa de frisar esse aspecto: "Il *periculum*, per ciò che si è detto, si prospetta non tanto in funzione della infruttuosità, quanto piuttosto della tardività della tutela di mérito; il che, da un lato, esalta il già sottolineato effetto anticipatorio del provvedimento e, dall'altro lato, fa della tutela d'urgenza un aspetto essenziale della attuazione giurisdizionale dei diritti".

CAPÍTULO 7

CONCLUSÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, pretendendo instituir um Estado Democrático de Direito, dotou o cidadão de uma série de direitos, dentre os quais merecem destaque os direitos supremos à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça.

A função jurisdicional também se demonstra indispensável à implementação do Estado Democrático de Direito, uma vez que é o magistrado o guardião desses e de outros valores fundamentais.

Dessa forma, qualquer restrição à função jurisdicional que afete esse conjunto de regras e valores é inconstitucional, principalmente porque estabelece a Constituição Federal que todos têm direito de acesso ao Poder Judiciário.

Acesso à justiça deve significar acesso à ordem jurídica justa.

O Estado, com o monopólio da prestação jurisdicional, assumiu o compromisso de prestar a tutela jurisdicional.

Esse compromisso, ou seja, dever do Estado, também decorre da garantia constitucional à inafastabilidade do controle

jurisdicional, outorgada ao cidadão pelo inciso XXXV, do art. 5º, da Magna Carta.

Sendo assim, é flagrante a inconstitucionalidade de qualquer restrição do direito de obter a tutela jurisdicional de urgência, já que a tutela de urgência é indispensável para que sejam evitadas as lesões aos direitos.

Aliás, não é de se esquecer que a Constituição de 1998 ampliou significativamente a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional ao se referir à garantia de apreciação da “ameaça a direito”.

A propósito, assim está redigido o artigo 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça a direito*”.

A Constituição Federal de 1988, portanto, exige que a prestação jurisdicional seja completa, podendo, para isso, não só reparar danos já ocorridos, mas, sobretudo, evitar que os danos iminentes se concretizem. É o que impõe o inciso XXXV do art. 5º da CF 88.

Mesmo as atividades da Administração Pública estão sujeitas ao controle judicial. Afinal, há muito tempo não se fala em irresponsabilidade do administrador público.

Não pode deixar de ser invocado, ainda, o princípio da segurança jurídica como outro limitador à eventual pretensão restritiva do direito à tutela de urgência.

Desde a Constituição Federal de 1988 vive-se em um Estado Democrático de Direito, que, segundo o preâmbulo da própria Carta Magna, é destinado “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos...”.

Depreende-se, pois, do preâmbulo da Carta Magna que o valor segurança é um valor supremo para o Estado Democrático.

Sabendo que no preâmbulo estão expressos valores fundamentais, que devem nortear a atividade do intérprete do

texto constitucional, dos governados e também dos governantes, não há como não reconhecer que o valor segurança é um valor primordial. Afinal, não pode ser esquecido que o preâmbulo integra a Constituição.

Além de ser um valor supremo, o direito à segurança é um valor inviolável assegurado por uma cláusula pétrea, imodificável.

Com efeito, após ser enunciado no preâmbulo, o valor segurança é garantido no artigo 5º, referente aos direitos e garantias fundamentais.

O valor segurança jurídica é essencial para a criação de um Estado de Direito, pois não há Estado de Direito onde não haja a supremacia da Constituição, a separação de poderes, a garantia dos direitos individuais e a superioridade da lei, que está intimamente ligada à idéia de segurança jurídica.

Sobretudo em um estado republicano, onde se deve evitar qualquer arbítrio do administrador, submetendo-se todos, governantes e governados, à superioridade da lei.

E a certeza de que o direito será respeitado por todos, governantes e governados, depende, necessariamente, de duas condições básicas: da existência de tribunais que possam apreciar a alegação de uma violação ou de uma ameaça de violação, bem como de se dotar o cidadão do direito de acesso à jurisdição, para que o litígio possa ser conhecido e resolvido. Uma coisa não existe sem a outra.

Há que se entender que o direito à tutela jurisdicional é uma garantia constitucional indispensável à realização do valor "segurança", principalmente da perspectiva do cidadão, parte fraca na relação com o Estado.

Outrossim, a garantia de acesso à justiça deve significar mais do que um direito de obter a tutela jurisdicional, mas sim o direito de obter uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

Há verdadeira denegação da garantia constitucional se não se exigir efetividade da prestação jurisdicional.

A efetividade pressupõe a diferenciação da prestação jurisdicional, uma vez que exige a adaptação do direito processual às peculiaridades do direito material.

A diferenciação, de outro lado, impõe a existência de tutelas definitivas e de tutelas provisórias, mesmo porque a garantia constitucional estampada no inciso XXXV refere-se, expressamente, às situações de ameaça de lesão.

Por isso, eventual supressão ou restrição indevida da tutela de urgência teria como consequência a eliminação da própria garantia constitucional, considerando que o cidadão seria privado do remédio para as situações de perigo e urgência. Também pode ser dito que essa restrição comprometeria o próprio equilíbrio entre os litigantes.

Ainda é de se concluir que a tutela de urgência está intimamente ligada ao acesso à ordem jurídica justa, uma vez que deve o Poder Judiciário, para que haja verdadeiro direito de acesso à justiça, além de conceder tutela reparatória ou ressarcitória nos casos de lesão a direito:

- conceder proteção nos casos de ameaça de lesão;
- dar satisfação a um direito provável, eliminando o estado de insatisfação decorrente da necessária demora na composição da lide;
- dar satisfação a um direito provável, coibindo a o abuso do direito de defesa de um dos litigantes;
- determinar o imediato cumprimento de suas decisões, através de “execuções provisórias”.

Igualmente não pode o magistrado, numa postura de alienação e não de neutralidade, deixar de tomar decisões provisórias sob o argumento de que não “conheceu suficientemente da lide”.

A sociedade contemporânea exige um processo célere, rápido e eficiente.

Não basta seja assegurado apenas formalmente o direito de acesso à jurisdição. É necessário que se assegure a eficiência do serviço prestado pelos órgãos dotados do poder jurisdicional.

Ainda pode ser invocado o princípio do devido processo legal.

O devido processo legal ("due process of law"), em seu sentido amplo, exige uma efetiva proteção à liberdade, à vida e ao patrimônio.

Essa proteção só existirá, de forma efetiva e concreta, se for dotado o cidadão do direito à tutela de urgência.

Ocorre que, a proteção à vida, ao patrimônio e à liberdade, às vezes, exige soluções urgentes, mesmo que provisórias.

Por isso, também em face da cláusula do devido processo legal é inconstitucional a supressão da tutela de urgência.

A conclusão final, portanto, é de que há o direito constitucional à tutela de urgência, que não admite qualquer restrição "a priori" por parte do legislador, sob pena de se restringir a garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa, veiculada pelo inciso XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

BIBLIOGRAFIA

- ALLORIO, Enrico. "Problemas de derecho procesal", tomos I e II, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1963.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e outros. "Curso avançado de processo civil", vol. 1, São Paulo: RT, 1998.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. "Princípios fundamentais do processo penal", São Paulo: RT, 1973.
- ALVIM, Arruda. "Tratado de direito processual civil", vol. 1, São Paulo: RT, 2ª ed., 1990.
- _____. "Manual de direito processual civil", v. 2, São Paulo: RT, 7ª ed., 2000.
- _____. "Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança", *in* Revista de Processo nº 39, julho-setembro 1985, pp. 16-26.
- ALVIM, J. E. Carreira. "Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual", Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- _____. "Tutela antecipada na reforma processual", Curitiba: Juruá, 2ª ed., 1999.

- _____. "O direito na doutrina", Curitiba: Juruá, 1998.
- _____. "Medidas liminares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica", in *Revista de Direito Processual Civil* n° 3, Curitiba: Gênese, setembro-dezembro 1996, pp. 648-655.
- ALVIM, Teresa Arruda. "Noções gerais sobre o processo no código do consumidor", in *Direito do Consumidor* n° 10, SP: RT, abril/junho - 1994.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. "Noções elementares de processo civil", Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- ANEDDA, Virginio. "Prime esperienze applicative del nuovo processo cautelare", in *Prime Esperienze del nuovo processo cautelare, quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milano: Giuffrè Editore, 1996.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 16, Uberaba: Forense, 4º trim. 1978, pp. 69-91.
- ARIETA, Giovanni. "I provvedimenti d'urgenza", Padova: Cedam, 2ª ed., 1985.
- _____. "Diritto processuale civile", t. III, Torino: Giappichelli Editore, 1995.
- ARMELIN, Donaldo. "Tutela jurisdicional diferenciada", *Revista de Processo* n° 65, São Paulo: RT, 1992.
- _____. "A tutela jurisdicional cautelar", *Revista da PGE de São Paulo*, n° 23, junho de 1995.
- _____. "Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro", São Paulo: RT, 1979.
- ASSIS, Araken de. "Manual do processo de execução", 2ª e 5ª ed., São Paulo: RT, 1987 e 1998.
- ATALIBA, Geraldo. "República e constituição", 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- ATTARDI, Aldo. "Le nuove disposizioni sul processo civile", Padova: Cedam, 1992.

- ÁVILA, Humberto Bergmann. "Medida provisória na Constituição de 1988", Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. "Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas", SP: RT, 2ª ed., 1999.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. "Lições de história do processo civil romano", São Paulo: RT, 1996.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. "Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial para uso das faculdades de direito do império", 3ª edição, Recife, 1777.
- BARBI, Celso Agrícola. "Do mandado de segurança", Rio de Janeiro: Forense, 7ª edição, 1993.
- _____. "Comentários ao CPC", v. I, Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 1991.
- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. "Da preclusão processual civil", 2ª ed., São Paulo: RT, 1992.
- BARBOSA, Ruy. "Commentarios á Constituição Federal Brasileira", volume V, São Paulo: Saraiva & Cia., 1934.
- BASTOS, Celso Ribeiro. "Curso de direito constitucional", 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1990.
- BAUER, Fritz. "Tutela jurídica mediante medidas cautelares", Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1985.
- BECKER, Alfredo Augusto. "Teoria geral do direito tributário", 3ª ed., São Paulo: Lejus, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Direito e processo – influência do direito material sobre o processo", São Paulo: Malheiros 1995.
- _____. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)", São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. "Poderes instrutórios do juiz", São Paulo: RT, 1991.

- BERMUDES, Sergio. "A reforma do código de processo civil", Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1ª ed., 2ª tiragem, 1995.
- _____. "A ação judicial como espécie do direito de petição e a independência do poder judiciário como condição do exercício da jurisdição", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 17, Uberaba: Forense, 1º trim. 1979, pp. 103-116.
- BOBBIO, Norberto. "A era dos direitos", tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- _____. "Igualdade e liberdade", Rio de Janeiro: Ediouro, 2ª ed., 1997.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros. "Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais", Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BUENO, Cássio Scarpinella. "Liminar em mandado de segurança", São Paulo: RT, 1998.
- _____. "Execução provisória e antecipação da tutela", São Paulo: Saraiva, 1999.
- BÜLOW, Oskar Von. "Excepciones procesales y presupuestos procesales", traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: EJE, 1964.
- BUZAID, Alfredo. "Grandes processualistas", São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. "A ação declaratória no direito brasileiro", São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia. Editores", 1943.
- CAETANO, Marcelo. "Direito constitucional", v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CALAMANDREI, Piero. "Instituciones de derecho procesal civil", vols. I, II e III, tradução argentina da obra *Instituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*, por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Livrería 'El Foro', 1996.

- _____. "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996.
- CAMACHO, Víctor Fuentes. "Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo", Madrid: Editorial Eurolex, 1996.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. "Lições de direito processual civil", vol. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.
- _____. "Escritos de direito processual", Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. "Direito constitucional", Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. "Constituição dirigente e vinculação do legislador - Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas", Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro. "Acesso à justiça", Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.
- _____. "Juízes irresponsáveis?", Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1989.
- _____. "Juízes legisladores?", Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. "Da antecipação de tutela no processo civil", Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. "Acesso à justiça", Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARNELUTTI, Francisco. "Sistema de derecho procesal civil", vols. I, II, III, IV, traducción Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944.
- _____. "Sistema de direito processual civil", vol. I, traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000.

- _____. "Instituciones del proceso civil", vols. I, II e III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Librería "El Foro", 1997.
- _____. "Derecho y proceso", traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1971.
- CARRAZZA, Roque Antonio. "Curso de direito constitucional tributário", São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 1993.
- CASEIRO, Luciano. "Lide cautelar", São Paulo: LEUD, 1996.
- CASELLA, Mario. "Il nuovo processo cautelare ed i profili pratici", in *Prime Esperienze del nuovo processo cautelare, quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milano: Giuffrè Editore, 1996.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. "Tutela antecipada", vol. I, São Paulo: LTr, 1999.
- CASTIELLA, Íñigo Del Guayo. "Judicial review y justicia cautelar", Madrid: Marcial Pons, 1997.
- CECCHIELLA, Cláudio. "Il processo cautelare - commentario", Torino: Giappichelli Editore, 1997.
- CHINA, Sergio la. "Diritto processuale civile: la novela del 1990", Milano: Giuffrè Editore, 1991.
- CHIOVENDA, G. "Instituições de direito processual civil", vols. I, II e III, tradução de J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia. Editores, 1943.
- _____. "Curso de derecho procesal civil", traducción de Enrique Figueroa Alfonzo, México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995.
- _____. "La acción en el sistema de los derechos", trad. de Santiago Sentís Melendo, Bogotá: Editorial Temis, 1986.
- CICHOCKI NETO, José. "Limitações ao acesso à justiça", Curitiba: Juruá, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e outros. "Teoria geral do processo", São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1995.

- CIPRIANI, Franco. "Provvedimenti urgenti per il processo civile", Padova: Cedam, 1993.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. "Medidas provisórias", São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 1999.
- COELHO, Inocêncio Mártires e outros. "Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais", Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- COMAS, Chantal Catalã. "Ejecución de condenas de hacer y no hacer", Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. "Riforme processuali e poteri del giudice", Torino: Giappichelli Editore, 1996.
- _____. "Lezioni sul processo civile", Bologna: Il Mulino, Bologna, 2ª ed., 1995.
- _____. "Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali", in *Revista de Processo* nº 99, São Paulo: RT, julho- setembro 2000, pp. 249-293.
- _____. "Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)", in *Revista de Processo* nº 90, São Paulo: RT, abril-junho 1998, pp. 95-150.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A afirmação histórica dos direitos humanos", São Paulo: Saraiva, 1999.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. "Direito processual constitucional", São Paulo: Saraiva, 1998.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. "Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação", São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.
- COSTA, Moacir Lobo da. "Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e da sua literatura", São Paulo: Editora RT e Editora da USP, 1970.
- COUTURE, Eduardo J.. "Fundamentos del derecho procesal civil", Buenos Aires: Depalma, 3ª ed., 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, J.. "Comentários à constituição de 1988", Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

- CRUZ, José Raimundo Gomes da. "Estudos sobre o processo e a constituição de 1988", São Paulo: RT, 1993.
- CUADRADO, María Pía Calderón. "La tutela judicial cautelar en el derecho español", Granada: Editorial Comares, 1996.
- CUNHA, J. S. Fagundes. "Notas sobre as medidas antecipatórias e a técnica dos procedimentos sumários no direito argentino e espanhol", in *Revista de Processo* nº95, julho-setembro 1999, pp. 135-151.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. "O renascer do direito", São Paulo: Saraiva, 1980.
- DENTI, VITTORIO. "La giustizia civile - Lezioni introduttive", Bologna: Il Mulino, 1989.
- DESTEFENNI, Marcos. "Admissibilidade ou não das ações mandamentais no ordenamento jurídico brasileiro", São Paulo: Revista Jurídica da PUCC, vol. 15, 1999.
- DIAS, Beatriz Catarina. "A jurisdição na tutela antecipada", São Paulo: Saraiva, 1999.
- DIAS, Carlos Alberto da Costa. "Liminares: poder discricionário ou vinculado?", in *Revista de Processo* nº 85, São Paulo: RT, janeiro-março 1997, pp. 303-310.
- DIAS, Francisco Barros. "Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares", in *Revista de Processo* nº 59, São Paulo: RT, julho-setembro 1990, pp. 125-134.
- _____. "A busca da efetividade do processo", in *Revista de Processo* nº 97, São Paulo: RT, janeiro-março 2000, pp. 213-225.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "A instrumentalidade do processo", São Paulo: RT, 1990.
- _____. "Escopos políticos do processo", in *Participação e processo*, São Paulo: RT, 1988.
- _____. "Execução civil", São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 1998.

- _____. "Nasce um novo processo civil", in *Reforma do código de processo civil*, São Paulo: Saraiva, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996.
- _____. "Fundamentos do processo civil moderno", São Paulo: RT, 2ª ed., 1987.
- _____. "A reforma do código de processo civil", São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. "Tribuna da Magistratura", Caderno de doutrina julho/agosto de 1998.
- _____. e outros. "Teoria geral do processo", São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1995.
- _____. "As três figuras da liquidação de sentença", in *Atualidades sobre a liquidação de sentença*, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 1997.
- _____. "Tutela jurisdicional", in *Revista de Processo* nº 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. "Normas constitucional e seus efeitos", São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1992.
- DIS, "Direito informatizado saraiva", nº 02, "Código de processo civil e legislação processual em vigor", 1996.
- DORIA, Rogéria Dotti. "A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda", São Paulo: RT, 2000.
- ENTERRÍA, Eduardo García. "Democracia, jueces y control de la administracion", Madrid: Editorial Civitas, 4ª ed., 1998.
- _____. "La lengua de los derechos - la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa", Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- FADEL, Sergio Sahione. "Antecipação da tutela no processo civil", São Paulo: Dialética, 1998.
- FARIA, José Eduardo. "O direito na economia globalizada", São Paulo: Malheiros, 1999.
- FAZZALARI, Elio. "Lezioni di diritto processuale civile", Padova: Cedam, 1996.

- FERES, Carlos Roberto. "Antecipação da tutela jurisdicional", São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. "Processo penal constitucional", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. "Derechos y garantías - La ley del más débil", Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. "Conflito entre poderes", São Paulo: RT, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Estado de direito e constituição", São Paulo: Saraiva, 1988.
- FERREIRA, William Santos. "Tutela antecipada no âmbito recursal", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERRI, Corrado. "Lezioni sul processo civile", Bologna: Il Mulino, 1995.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e outros. "Direito processual ambiental brasileiro", Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. "Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos", São Paulo: RT, 1995.
- _____. "Curso de direito ambiental brasileiro", São Paulo: Saraiva, 2000.
- FONSECA, Antônio Cezar Lima da. "Da liminar no mandado de segurança", Revista de Processo nº 57, São Paulo: RT, janeiro-março 1990, pp. 24-38.
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito. "A reforma processual civil", São Paulo: Saraiva, 1996.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. "Condições da ação - enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FRIEDE, Reis. "Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar", Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FURTADO, Adroaldo Furtado. "Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares", *in*

- Inovações do CPC*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996, pp. 9-22.
- FUX, Luiz. "Tutela de segurança e tutela da evidência", São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARTH, Bryant. "Acesso à justiça", Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.
- GERALDES, António Santos Abrantes. "Temas da reforma do processo civil", III vol., Coimbra: Almedina, 1998.
- GIDI, Antonio. "Coisa julgada e litispendência em ações coletivas", São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. "A dimensão política do direito de ação", in *Revista de Processo* nº 60, outubro-dezembro 1990, pp. 196-207.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. "A lide como categoria comum do processo", Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1991.
- GOLDSCHMIDT, James. "Derecho procesal civil", traducción de la segunda edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- GOMES, Sergio Alves. "Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil", Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "Direito à prova no processo penal", São Paulo: RT, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. "Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória", São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. "Direito processual civil brasileiro", 3º v., São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. "Tutela constitucional das liberdades", São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. "Teoria geral do processo", São Paulo: Malheiros, 1995.

- _____. e outros. "Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto", 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- _____. "O processo em evolução", Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- _____. "Novas tendências do direito processual", Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- _____. "O processo em sua unidade", São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. "O princípio do juiz natural e sua dupla garantia" e "Provas ilícitas", in *"O processo em sua unidade - II"*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. "Liberdades públicas e processo penal", São Paulo: RT, 2ª ed., 1982.
- _____. "As condições da ação penal: uma tentativa de revisão", São Paulo: Bushatsky, 1977.
- _____. "As garantias constitucionais do direito de ação", São Paulo: RT, 1973.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Processo constitucional e direitos fundamentais", São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999.
- GUERRA, Marcelo Lima. "Estudos sobre o processo cautelar", São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. "Execução indireta", São Paulo: RT, 1998.
- GUIMARÃES, M. A. Miranda. "Ação cautelar inominada", Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.
- HOFF, Luiz Alberto. "Reflexões em torno do processo cautelar", São Paulo: RT, 1992.
- HOFFMANN, Susy Gomes. "Teoria da prova no direito tributário", Campinas: Copola, 1999.
- HORTA, Raul Machado. "Direito constitucional", Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 1999.

- INCHAUSTI, Fernando Gascón. "Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Art. 24 del Convenio de Bruselas)", Granada: Editorial Comares, 1998.
- JORGE, Flávio Cheim. "O processo cautelar e o poder de cautela do juiz", in *Revista de Processo* nº 87, São Paulo: RT, julho-setembro 1997, pp. 186-198.
- JÚNIOR, Neyton Fontoni. "A tutela antecipada à luz da efetividade da CF e do prestígio da função jurisdicional", in *Revista de Processo* nº 86, São Paulo: RT, abril-junho 1997, pp. 35-46.
- JUNOY, Joan Pico Y. "Las garantías constitucionales del proceso", Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.
- _____. "Presente y futuro del proceso civil", Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1998.
- KUHN, João Lacê. "O princípio do contraditório no processo de execução", Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- LACERDA, GALENO. "Comentários ao CPC", vol. VIII, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 7ª ed., 1998.
- _____. "Comentários ao CPC", vol. VIII, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1998.
- _____. "Processo cautelar", in *Revista de Processo* nº 44, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1986, pp. 186-194.
- LARA, Betina Rizzato. "Liminares no processo civil", São Paulo: RT, 2ª ed., 1994.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. "Duplo grau de jurisdição no direito processual civil", São Paulo: RT, 1995.
- LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. "Sentença declaratória - eficácia quanto a terceiros e eficiência da justiça", São Paulo: Malheiros, 1999.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. "Ações coletivas: história, teoria e prática", Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. "Manual de direito processual civil", vol. I, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1985.
- _____. "Manuale di diritto processuale civile - principi", Milano: Giuffrè Editore, 5ª ed., 1992.
- _____. "Manuale di diritto processuale civile", vol. II, Milano: Giuffrè Editore, 4ª ed., 1984.
- _____. "Processo de execução", São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. "Embargos do executado", São Paulo: Saraiva, 1952.
- LIMA, Alcides de Mendonça. "A eficácia temporal da medida liminar em mandado de segurança", in *Revista de Processo* nº 42, São Paulo: RT, abril-junho 1986, pp. 7-11.
- _____. "Finalidade do processo", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 17, Uberaba: Forense, 1º trim. 1979, pp. 13-27.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. "Devido processo legal", Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.
- LOPES, João Batista. "Ação declaratória", São Paulo: RT, 3ª ed., 1991.
- _____. "Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional", in *Revista de Processo* nº 35, São Paulo: RT, julho-setembro de 1984.
- _____. "Manual das provas no processo civil", Campinas: Kennedy Editora, 1974.
- _____. "A prova no direito processual civil", São Paulo: RT, 2000.
- _____. "Tutela antecipada no processo civil brasileiro", São Paulo: Saraiva, 2001.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. "A reforma do processo civil interpretada", São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. "Tutela antecipada", São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

- MACHADO, Regina Helena. "Medida provisória ou a medida do poder", Rio de Janeiro: Liber Juris, 1997.
- MACHADO, Hugo de Brito. "Mandado de segurança em matéria tributária", São Paulo: RT, 1994.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "Ação civil pública", 5ª ed., São Paulo: RT, 1998.
- MANDRIOLI, Crisanto. "Corso di diritto processuale civile", vols. 1, 2 e 3, Torino: Giappichelli Editore, 1997.
- MARCATO, Antonio Carlos. "O processo monitorio brasileiro", São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. "Efetividade do processo e tutela de urgência", Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1994.
- _____. "A tutela cautelar e a tutela antecipatória", São Paulo: RT, 1992.
- _____. "Tutela inibitória – individual e coletiva", São Paulo: RT, 1998.
- _____. "A antecipação da tutela", São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1997.
- MARINS, Victor Bomfim. "Antecipação da tutela e tutela cautelar", in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: RT, 1997.
- _____. "Tutela cautelar – teoria geral e poder geral de cautela", Curitiba: Juruá Editora, 1996.
- MARQUES, José Frederico. "Instituições de direito processual civil", vols. I e II, Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "O conteúdo jurídico do princípio da igualdade", São Paulo: RT, 2ª ed., 1984.
- _____. "Curso de direito administrativo", São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1999.
- _____. "Juízo liminar – Poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria", in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 106-116.

- MELLO FILHO, José Celso de. "Constituição Federal Anotada", São Paulo: Saraiva, 1986.
- MENDES, Gilmar Ferreira e outros. "Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais", Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. "Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade", São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos. "Derecho y proceso", Barcelona: Librería Bosch, 1978.
- _____. "El sistema procesal español", Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias", in *Revista brasileira de direito processual* nº 56, Rio de Janeiro: Forense, 1988, 4º trimestre, pp. 43-52.
- _____. "Liminares: limites constitucionais à discricionariedade judicial", in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 97-105.
- MILARÉ, Édís. "Direito do ambiente", São Paulo: RT, 2000.
- MIRANDA, Jorge. "Manual de direito constitucional", tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 1998.
- _____. "Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade", Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. "Tratado das ações", tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. "Tratado das ações", tomo III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. "Tratado das ações", tomo VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. "Comentários ao Código de Processo Civil", t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- MONTEIRO, JOÃO. "Direito das acções", São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905.

- _____. "Teoria do processo civil", volumes 1 e 2, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.
- MONTESANO, Luigi. "Diritto processuale civil", t. III, Torino: Giappichelli Editore, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O novo processo civil brasileiro", Rio de Janeiro: Forense, 18ª ed., 1996.
- _____. "O processo cautelar", in *Estudos sobre o novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.
- _____. "Tutela sancionatória e tutela preventiva", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 18, Uberaba: Forense, 2º trim. 1979, pp. 123-132.
- _____. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 16, Uberaba: Forense, 4º trim. 1978, pp. 111-125.
- _____. "Temas de direito processual", São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. "Temas de direito processual - quinta série", São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. "Temas de direito processual - sexta série", São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. "Notas sobre o problema da efetividade do processo", in *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 201-220.
- _____. "Temas de direito processual - sétima série", São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. "O futuro da justiça: alguns mitos", in *Revista de Processo* nº 99, São Paulo: RT, julho-setembro 2000, pp. 141-150.
- NEGRÃO, Theotonio. "Código de processo civil e legislação processual em vigor", DIS (Direito Informatizado Saraiva), nº 2.

- NERY JÚNIOR, Nelson. "Princípios do processo civil na constituição federal" São Paulo: RT, 1995.
- _____. "Código de processo civil comentado", São Paulo: RT, 4ª ed., 1999.
- _____. "Atualidades sobre o processo civil", São Paulo: RT, 2ª ed., 1996.
- NERY, Rosa Maria Andrade. "Código de processo civil comentado", São Paulo: RT, 4ª ed., 1999.
- _____. e outros. "Direito processual ambiental brasileiro", Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. "Medidas cautelares inominadas satisfativas ou justiça cautelar", São Paulo: LTr., 1999.
- NOJIRI, Sérgio. "O dever de fundamentar as decisões judiciais", São Paulo: RT, 1999.
- NOSETE, Jose Almagro. "Constitucion y proceso", Barcelona: Librería Bosch, 1984.
- NUNES, Luiz Antonio. "Cognição judicial nas tutelas de urgência", São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, Basilio de. "Das medidas cautelares nas questões de família", Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "A tutela de urgência e o direito de família", São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. "Comentários ao CPC", vol. VIII, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1998.
- _____. "Efetividade e processo cautelar", in *Revista de Processo* nº 76, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1994, pp. 88-93.
- _____. "Alcance e natureza da tutela antecipatória", in *Revista de Processo* nº 84, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1996, pp. 11-17.

- OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. "Curso de direito processual civil – teoria geral do processo civil", vol. I, São Paulo: RT, 1971.
- OLIVEIRA, Flávio Luís. "A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade", São Paulo: Malheiros, 1999.
- ORIONE NETO, Luiz. "Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante", São Paulo: Lejus, 1999.
- _____. "Tratado das liminares", vols. I e II, São Paulo: Lejus, 2000.
- PACHECO, Silva. "Evolução do processo civil brasileiro", Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 1999.
- PARÁ FILHO, Tomás. "Estudo sobre a sentença constitutiva", São Paulo, 1973.
- PASSOS, J. J. Calmon de. "Inovações no processo civil", Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1995.
- _____. "Administração da justiça no Brasil. Visão para além do imediato", in *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. "Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)", Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. "Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas", São Paulo: Max Limonad, 1999.
- PISANI, Andréa Proto. "Lezioni di diritto processuale civile", Napoli: Jovene Editore, 2ª ed., 1996.
- PIZZOL, Patrícia Miranda. "Liquidação nas ações coletivas", São Paulo: Lejus, 1998.
- PONS, Enrique Garcia. "Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales", Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

- PRADE, Péricles. "Conceito de interesses difusos", São Paulo: RT, 2ª ed., 1987.
- PUNZI, Carmine. "Diritto processuale civile", Padova: Cedam, 12ª ed., 1996.
- RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. "Duplo grau de jurisdição - conteúdo e alcance constitucional", São Paulo: Saraiva, 1999.
- RAMOS, Manuel Ortells. "La tutela judicial cautelar en el derecho español", Granada: Editorial Comares, 1996.
- REALE, Miguel. "Pluralismo e liberdade", São Paulo: Saraiva, 1963.
- _____. "Questões de direito público", São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. "Horizontes do direito e da história", São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2000.
- REDENTI, Enrico. "Diritto processuale civile", vols. 1 e 2, Milano: Giuffrè Editore, 4ª ed., 1997.
- RICCI, Edoardo. "I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori", in *Il progetto di riforma organica del processo civile*, Org. Giuseppe Tarzia, Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- RIGOLIN, Antônio. "Das medidas cautelares", in *Revista de Processo* nº 57, São Paulo: RT, janeiro-março 1990, pp. 61-73.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. "O direito constitucional à jurisdição", in *As Garantias do Cidadão na Justiça*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. "República e federação no Brasil", Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Elementos de direito processual civil", São Paulo: RT, 1998.
- _____. e outros. "Direito processual ambiental brasileiro", Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

- ROSA, F. A. de Miranda. "Sociologia do direito - o fenômeno jurídico como fato social", Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 13ª ed., 1996.
- SALVADOR, Antônio Raphael Silva. "Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada", São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1997.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. "O poder geral de cautela do juiz", São Paulo: RT, 1993.
- SANTOS, Ernane Fidelis dos. "Novíssimos perfis do processo civil brasileiro", Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- _____. "Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência", in *Revista de Processo* nº 96, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1999, pp. 45-58.
- SANTOS, Moacyr Amaral. "Primeiras linhas de direito processual civil", São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. "Ações cominatórias no direito brasileiro", 1º Tomo, São Paulo: Max Limonad Editor, 1958.
- SATTA, Salvatore. "Diritto processuale civile", Padova: Cedam, 12ª ed., 1996.
- _____. "Manual de derecho procesal civil", vols. I, II e III, traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando De La Rua, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.
- SCHMITT, Carl. "Teoría de la Constitución", versión española de Francisco Ayala, Madrid: Alianza Editorial, 1986.
- SHIMURA, Sergio Seiji. "Arresto cautelar", São Paulo: RT, 1993.
- SIDOU, J. M. Othon. "*Habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular - As garantias ativas dos direitos coletivos", 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SILVA, Flavia Machado da. "Análise sistemática da ação monitória no direito brasileiro", Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

- SILVA, José Afonso da. "Aplicabilidade das normas constitucionais", São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1998.
- _____. "Curso de direito constitucional positivo", São Paulo: Malheiros, 10ª ed., 1994.
- _____. "Curso de direito constitucional positivo", São Paulo: Malheiros, 16ª ed., 1999.
- SILVA, Ovídio Baptista da. "Curso de processo civil", vol. 1, São Paulo: RT, 1998.
- _____. "Comentários ao código de processo civil", Porto Alegre: Lejur, 1986.
- _____. "Curso de processo civil", vol. II, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990.
- _____. "Do processo cautelar", Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. "A ação cautelar inominada no direito brasileiro", Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- _____. "Jurisdição e execução na tradição romano-canônica", São Paulo: RT, 1996.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. "Devido processo legal", Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 1997.
- SLAIB FILHO, Nagibi. "Sentença cível - fundamentos e técnica", Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1997.
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. "Tutela jurisdicional diferenciada - tutelas de urgência e medidas liminares em geral", São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUZA, Leomar Barros Amorim de. "A produção normativa do Poder Executivo", Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. "Segurança jurídica e jurisprudência - um enfoque filosófico-jurídico", São Paulo: LTr, 1996.
- SOUZA, Wilson Alves de. "Normas proibitivas de concessão de liminares: inconstitucionalidade", in *Revista de Processo* nº 66, São Paulo: RT, abril-junho 1992, pp. 104-109.

- TÁCITO, Caio. "Direito Administrativo", São Paulo: Saraiva, 1975.
- TALAMINI, Eduardo. "Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º do CPC", in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 1997.
- _____. "Tutela monitoria", São Paulo: RT, 1998.
- TARUFFO, Michele. "Lezioni sul processo civile", Bologna: Il Mulino, 1995.
- _____. "La prova dei fatti giuridici", in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. III, t. 2, Milano: Giuffrè Editore, 1992.
- _____. "Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione", in *Participação e Processo*, Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988. pp. 37-50.
- TARZIA, Giuseppe. "Lineamenti del nuovo processo di cognizione", Milano: Giuffrè Editore, 1996.
- _____. "Provvedimenti urgenti per il processo civile", Padova: Cedam, Padova, 1993.
- _____. "O contraditório no processo executivo", in *Revista de Processo* nº 28, São Paulo: RT, outubro/dezembro 1982, pp. 55-95.
- _____. "Medidas cautelares atípicas (Uma análise comparativa)", tradução de Paulo Henrique dos Santos Lucon, in *Revista de Processo* nº 99, São Paulo: RT, julho-setembro 2000, pp. 206-222.
- TESORIERE, Giovanni. "Il processo civile riformato", Padova: Cedam, 2ª ed., 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Curso de direito processual civil", vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- _____. “As inovações no código de processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. “Processo cautelar”, São Paulo: Leud, 16ª ed., 1995.
- _____. “Tutela cautelar – direito processual ao vivo”, vol. 4, Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- _____. “Tutela de segurança”, in *Revista de Processo* nº 88, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, pp. 30.
- TOMMASEO, Ferruccio. “Appunti di diritto processuale civile”, Torino: Giappichelli Editore, 3ª ed., 1995.
- _____. “I provvedimenti d’urgenza – Struttura e limiti della tutela anticipatoria”, Padova: Cedam, 1983.
- TREPAT, Cristina Riba. “La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas”, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: RT, 1999.
- _____. “Devido processo legal e tutela jurisdicional”, RT, SP, 1993.
- _____. “Ação monitória”, São Paulo: RT, 2ª ed., 1997.
- _____. “Processo civil – realidade e justiça”, São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. “Tempo e processo”, São Paulo: RT, 1997.
- _____. “Lições de história do processo civil romano”, São Paulo: RT, 1996.
- _____. “Constituição de 1988 e processo”, São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. “Questões práticas de processo civil”, São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. “A motivação da sentença no processo civil”, São Paulo: Saraiva, 1987.
- _____. “Class action” e mandado de segurança coletivo”, São Paulo: Saraiva, 1990.

- TUCCI, Rogério Lauria. "Constituição de 1988 e processo", São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. "Devido processo legal e tutela jurisdicional", São Paulo: RT, 1993.
- VACCARELLA, Romano. "Il procedimento cautelare dopo l'intervento della corte costituzionale sul reclamo avverso provvedimenti negativi", in *Prime Esperienze del nuovo processo cautelare, quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milano: Giuffrè Editore, 1996.
- VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. "Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos)", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 55 (1995): 851. APUD José Rogério Cruz e Tucci.
- VERDE, Giovanni. "Il processo cautelare (osservazioni sparse sui codici di procedura in itália e in brasil)", in *Revista de Processo* n° 79, São Paulo: RT, julho-setembro 1995, pp. 35-50.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. "Tutela jurisdicional coletiva", São Paulo: Atlas, 1998.
- VILLAR, Willard de Castro. "Ação cautelar inominada", Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. "Medidas cautelares", São Paulo: RT, 1971.
- WALD, Arnaldo. "Mandado de segurança e ação popular no estado de direito", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 16, Uberaba: Forense, 4° trim. 1978, pp. 43-58.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. "Curso avançado de processo civil", vol. 1, São Paulo: RT, 1998.
- _____. "Tutela jurisdicional das liberdades públicas", Curitiba: Juruá, 1991.
- WANZELLER, Paula. "Os poderes do juiz à luz do aprimoramento da tutela jurisdicional", Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

- WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade moderna", in *Participação e processo*, São Paulo: RT, 1988.
- _____. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer", in *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. "Da cognição no processo civil", São Paulo: RT, 1987.
- _____. "Controle Jurisdicional (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e Mandado de Segurança contra atos judiciais", São Paulo: RT, 1980.
- XAVIER, Alberto. "Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação", São Paulo: RT, 1978.
- YARSHELL, Luiz Flávio. "Tutela jurisdicional", São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. "Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade", São Paulo: Malheiros, 1993.
- ZAVASCKI, Teori Albino. "Antecipação da tutela", São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. "Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional", in *Revista de Processo* n° 88, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, pp. 173-178.
- _____. "Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante", in *Revista de Processo* n° 82, São Paulo: RT, abril-junho 1996, pp. 53-69.

OUTROS LIVROS DE NOSSA EDIÇÃO

Bistra S. Apostolova (Prof.^a da Univers. de Brasília)
Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo

H. Zaneti Júnior
Mandado de Segurança Coletivo, Aspectos Processuais Controversos

R. Aronne (Advogado de Porto Alegre - RS)
O Princípio do Livre Convencimento do Juiz

Fritz Baur (Prof. da Univers. de Tübingen, Alemanha)
Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares - Trad. de Arminio Edgar Laux

Oswaldo Agripino de Castro Jr. (Prof. de Direito Constitucional da UNIGRANRIO)
A Democratização do Poder Judiciário

Elício de Cresci Sobrinho (Advogado)
Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil
Dever de Esclarecimento e Complementação no Processo Civil
Litisconsórcio, Doutrina e Jurisprudência
Justiça Alternativa

Marcelo N. Ribeiro Dantas (Prof. da Univers. Federal do RN)
A Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro

José Wilson Ferreira S^o (Prof. da Univers. Federal de Juiz de Fora - MG)
Concretude Processual: O Dia-a-Dia do Juiz
Técnica de Elaboração de Sentença

Fernando Alberto Correa Hennig (Prof. e Advogado no RS)
Ação Concreta (relendo Wach e Chiovenda)

Márcio F. M. Leal (Mestre em Direito pela UnB)
Ações Coletivas, História, Teoria e Prática

Bruno Noura de Moraes Régio
Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das
Leis no Brasil

Marcos V. Feu Rosa (Magistrado no Espírito Santo)
Prazos Dilatórios e Peremptórios
Exceção de Pré-Executividade
Perícia Judicial

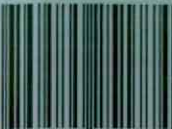
C. A. Souza (Mestre em Teoria Geral do Processo)
Poderes Éticos do Juiz

Gilberto Schäfer (Prof. da Faculd. de Direito Ritter dos Reis - RS)
Ação Civil Pública de Constitucionalidade

Vários Autores
Saneamento do Processo - Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda

Vários Autores
O Processo de Execução - Estudos em Homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima

ISBN 857525177-5



9 798575 251774