

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” CENTRO
UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

JULIANA MANTOVANI LOPES

**PROCESSO CAUTELAR: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO
PRÓPRIO INSTRUMENTO**

MARÍLIA
2012

JULIANA MANTOVANI LOPES

PROCESSO CAUTELAR: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO
PRÓPRIO INSTRUMENTO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:

Prof. Dr. NELSON FINOTTI SILVA

MARÍLIA

2012

LOPES, Juliana Mantovani.

Processo cautelar: instrumento de efetividade do próprio instrumento. Juliana Mantovani Lopes; Orientador: Nelson Finotti Silva. Marília, SP: (s.n), 2012.

169 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Morosidade 2. Segurança Jurídica 3. Celeridade 4. Cautelar 5. Projeto do Código de Processo Civil.

CDD: 341.46

JULIANA MANTOVANI LOPES

PROCESSO CAUTELAR: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO
PRÓPRIO INSTRUMENTO

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

1 EXAMINADOR: _____

Prof. Dr. Luis Henrique Barbante Franzé

2 EXAMINADOR: _____

Prof. Dr. José Roberto Anselmo

Marília, 03 de agosto de 2012.

*Aos meus pais e meu irmão, presentes de Deus!
A eles, que são uma extensão da minha própria vida,
dedico não só este trabalho, mas
tudo mais o que faço, e
especialmente as minhas orações.
Obrigada por tudo!*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é o resultado da confiança, do apoio, dos ensinamentos e, principalmente, da amizade e carinho de muitas pessoas, que de alguma forma, estiveram comigo nessa jornada e contribuíram para minha aprendizagem e meu crescimento.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais: **Neto** - que não está entre nós fisicamente, mas que, espiritualmente, tenho certeza que torce pela minha felicidade, e pela minha mãe, **Cida** – que é presença constante em minha vida e em meus ensinamentos. Obrigada por tudo! Sobretudo pelo amor incondicional que sempre me transmitiram e por serem a minha referência. Obrigada também pelos incentivos e por estarem sempre ao meu lado na busca da realização dos meus sonhos.

Agradeço também ao meu irmão, **Antonio**, pelo apoio e companhia de todos esses anos de faculdade e mestrado, pois sempre esteve presente em todas as minhas decisões, nesse período em que estivemos em Marília, longe da nossa família para estudar e, principalmente, pelos laços de carinho que nos impulsionam a caminhar sempre junto!

Obrigada professor **Nelson Finotti Silva**, muito mais que meu orientador, meu incentivador, que sempre motivou minha pesquisa, e ao final, pude compreender o quanto me realizei com o estudo! Obrigada pela paciência e pelo diálogo que tivemos ao longo desses anos.

Aos professores do corpo docente do programa de Mestrado do Univem, em especial ao professor **Luis Henrique Barbante Franzé**, pelos

primeiros ensinamentos do Direito Processual Civil no início do período letivo de 2010, que foram fundamentais para a realização desse trabalho. E aos professores **Edinilson Donisete Machado** e **Raquel Cristina Ferraroni Sanches**, por me despertarem à docência e serem modelos de profissionais.

Ao professor **José Roberto Anselmo**, pela contribuição despendida em minhas bancas de qualificação e defesa e por participar de uma etapa importante em minha vida.

Aos meus queridos amigos e colegas que o mestrado me apresentou. Obrigada pela experiência do convívio, pelos diálogos, e por todos os bons momentos.

À **Leninha** e **Taciana**, essenciais para nós, mestrandos, prestativas e muito mais que secretárias do mestrado, amigas!

A **Deus**, devo minha maior gratidão, pois além de me dar a vida, também deu propósito a minha existência. Vem Dele tudo o que sou, o que tenho e o que espero alcançar. Dou graças a Ele pela realização de mais esse sonho.

*"(...) justiça atrasada não é justiça senão
injustiça qualificada e manifesta".*

Rui Barbosa.

LOPES, Juliana Mantovani. **Processo Cautelar: instrumento de efetividade do próprio instrumento**. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2012.

RESUMO

O fator tempo sacrifica aquele que recorre ao Judiciário e, por essa razão, ao longo dos anos, inúmeras regras processuais foram modificadas com a finalidade primordial de redistribuir o tempo no processo. O processo é um instituto essencialmente dinâmico que se desenvolve no tempo, ocasião em que os atos processuais devem ser realizados, mediante um procedimento célere, conciliando a presteza à segurança jurídica. Os efeitos do tempo na relação processual estão diretamente relacionados à ideia de efetividade do processo, o que corrobora com a necessidade de construir um modelo constitucional de processo civil, apto a proporcionar a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. O objetivo da pesquisa inclina-se na satisfação processual, aliada a sua celeridade. Será destacada também, a importância da concessão da tutela cautelar, atrelada à efetividade e à celeridade do provimento, com verdadeira integração do procedimento ao direito material pleiteado. A pesquisa enfoca a adoção do processo cautelar, como uma das formas de concretização da celeridade processual, apenas fazendo singelas citações a respeito da tutela antecipada, que no momento, não é o foco a ser abordado, pois o processo cautelar está na iminência de sofrer alterações, caso aprovado, no projeto do código de processo civil, justificando assim, sua ênfase. A proposta do projeto do código de processo civil inova ao mencionar as medidas de urgência, que se dividirão em tutela de urgência e tutela de evidência, sendo que serão ajuizadas sempre nos mesmos autos do processo principal, além de, influenciado pela fungibilidade atualmente em vigor, prevê o cabimento dessas medidas, seja em caráter cautelar, seja com natureza satisfativa. A pesquisa concentra-se na área das ciências sociais aplicadas, especificadamente na esfera do Direito, orientada por referencial teórico diferenciado, com intuito de exploração crítica e a reflexão sobre a questão da morosidade processual, da tutela cautelar e sua conseqüente modificação no projeto do código de processo civil. Insere-se na linha de reconstrução da dogmática do direito privado, pois se dissemina um novo olhar sob os velhos paradigmas da dogmática jurídica.

Palavras-chave: Processo. Morosidade. Segurança jurídica. Celeridade. Cautelar.

LOPES, Juliana Mantovani. **Processo Cautelar: instrumento de efetividade do próprio instrumento**. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2012.

ABSTRACT

The time hinders who appealed to the Judiciary, and for this reason, over the years, numerous procedural rules have been modified with the primary purpose of redistributing the time in the process. The process is essentially dynamic's institute that develops in time, a occasion in the procedural acts must be performed, combining the readiness to legal certainty. The effects of time on procedural relationships are directly related to the idea of the effectiveness of the process, which confirms the need to build a constitutional model of civil procedure. The objective of the research leans a in procedural satisfaction, combined with the speed. The work also highlights the importance of granting interim protection, linked to the effectiveness and speed the process, withreal integration of the procedure the right material sought. The research focuses on the adoption of the interim process, as one of the embodiments of speed of the procedure, because the process can be changed, if approved, the project code of civil procedure. The proposed project of the code of civil procedure innovates tomention the emergency measures which will be divided into emergency custody and guardianship of evidence, that will be filed in the usual case in the main proceedings, and influenced by the fungibility currently in effect. The research focuses on the area of applied social sciences, specifically in the sphere of Right, guided different theoretical framework, with the aim of critical exploration and reflection on the issue of procedural Delays, and the adoption of interim protection and the consequent change in the design of the code of civil procedure. Is inserted in the line of dogmatic reconstruction of private law, because is spreads a new look under the old paradigms of legal dogmatics.

Keywords: Process. Slowness. Legal certainty. Celerity. Preventive.

LOPES, Juliana Mantovani. **Processo Cautelar: instrumento de efetividade do próprio instrumento**. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2012.

RESUMEN

El factor tiempo sacrifica los que recurren al poder judicial y, por tanto, a lo largo de los años, numerosas normas de procedimiento se han modificado con el propósito principal de redistribuir el tiempo en el proceso. El proceso es esencialmente un instituto dinámico que se desarrolla en el tiempo, en el cual los actos procesales deben ser realizados por un procedimiento acelerado, en la combinación de la disposición a la seguridad jurídica. Los efectos del tiempo sobre las relaciones de procedimiento están directamente relacionados con la idea de la eficacia del proceso, lo que confirma la necesidad de construir un modelo constitucional de enjuiciamiento civil, capaz de ofrecer la prestación de protección legal, oportuna y eficaz. El objetivo de la investigación se apoya en la satisfacción de procedimiento, combinado con su velocidad. Se destacó también la importancia de conceder la protección provisional, ligado a la eficacia y la velocidad de la cita, con una verdadera integración del procedimiento de buscar el material adecuado. La investigación se centra en la adopción del proceso interino, como una de las realizaciones de la rapidez del procedimiento, sólo haciendo citas sin pretensiones acerca de la medida cautelar, que en este momento, el foco no está siendo tratada debido a que el proceso de medida cautelar se encuentra al borde de sufrir cambios, si es aprobado, el código del proyecto de procedimiento civil, justificando así su énfasis. El proyecto propuesto para el código de procedimiento civil innova para hablar de las medidas de emergencia que se dividen en la custodia de emergencia y la tutela de las pruebas, y se presentará en el caso habitual en el litigio principal, y influenciado por la fungibilidad actualmente en vigor se prevé la adecuación de estas medidas. La investigación se centra en el área de ciencias sociales aplicadas, específicamente en el ámbito de la ley, teniendo en marco teórico diferente, con el objetivo de la exploración crítica y la reflexión sobre la cuestión de los retrasos de procedimiento, la adopción de la supervisión prudencial y el consiguiente cambio del código de procedimiento civil. Se encuentra en la reconstrucción de la línea dogmática del derecho privado, ya que se propaga una nueva mirada en los viejos paradigmas de la dogmática jurídica.

Palabras clave: Proceso. Lentitud. La seguridad jurídica. Celeridad. Preventiva.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC: Câmara dos Deputados

Art.: Artigo

CF: Constituição Federal

CPC: Código de Processo Civil

CPP: Código de Processo Penal

EC: Emenda Constitucional

PL: Projeto de Lei

PLS: Projeto de Lei do Senado Federal

SN: Senado Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1 - A EFETIVIDADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO E O PROCESSO COMO INSTRUMENTO EFETIVO A ORDEM JURÍDICA JUSTA.....18	
1.1 Princípios Fundamentais do Direito Processual Civil.....	18
1.2 Princípios Inerentes à Celeridade Processual e à Efetividade como Garantia Constitucional da Ação.....	22
1.2.1 Princípio do Devido Processo Legal.....	22
1.2.2 Princípio da Economia Processual.....	25
1.2.3 Celeridade Processual x Segurança Jurídica.....	27
1.2.4 Princípio da Razoável Duração do Processo.....	32
1.3 A Garantia Constitucional da Ação e o Processo como Instrumento Efetivo de Acesso a Ordem Jurídica Justa.....	35
1.3.1 O Direito de Ação como Garantia Constitucional.....	35
1.3.2 Valores Constitucionais e o Processo.....	39
1.4 Da Ação.....	40
1.4.1 Breve Histórico Acerca do Surgimento do Instituto da Ação.....	40
1.5 O Acesso Efetivo ao Processo e a Ordem Jurídica justa.....	42
1.5.1 Do Processo.....	42
1.5.2 A Efetividade e o Processo.....	45
1.6 A Flexibilidade do Sistema Processual a Ordem Jurídica Justa.....	49
1.7 A Atuação do Estado na Busca à Justiça Efetiva.....	51
1.8 A Instrumentalidade do Processo e o Acesso à Justiça Efetiva.....	53
1.9 A Jurisdição como meio de Realização Plena dos Direitos Materiais.....	59
CAPÍTULO 2 – O TEMPO COMO ELEMENTO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO.....65	
2.1 O Tempo e o Processo – Dano Marginal, Morosidade e a Busca pela Efetividade do Processo.....	65
2.2 O “Tempo” como Aliado do Processo. Uma Nova Vertente da Demora da Prestação Jurisdicional ao Proporcionar Segurança e Solidez às Decisões.....	72
2.3 O Dano Marginal.....	75
2.4 Fatores de Lentidão do Processo.....	77
2.4.1 Fatores Institucionais que Contribuem para a Intempestividade da Tutela Jurisdicional.....	79
2.4.2 Fatores de Ordem Técnica e Subjetiva.....	80
2.4.3 Fatores Derivados da Insuficiência Material que Contribuem para a Intempestividade da Tutela Jurisdicional.....	81
2.5 Consequência da Intempestividade da Tutela Jurisdicional.....	82
2.6 A Dimensão do Tempo no Processo Civil e a Razoável Duração do Processo.....	87
2.7 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Súmula Vinculante.....	93
2.8 Celeridade Processual – O Objetivo Central do Projeto do Código de Processo Civil.....	95

CAPÍTULO 3 – PROCESSO CAUTELAR COMO INSTRUMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	101
3.1 A Utilização da Tutela Jurisdicional Diferenciada como meio para a Efetivação da Prestação Jurisdicional.....	101
3.2 Ação Cautelar – Tutela Diferenciada Atrelada à Celeridade Processual.....	107
3.3 Temáticas Gerais Relacionadas à Tutela Cautelar.....	108
3.4 Características da Tutela Jurisdicional Cautelar.....	109
3.4.1 Instrumentalidade.....	109
3.4.2 Provisoriedade.....	110
3.4.3 Revogabilidade.....	110
3.4.4 Autonomia.....	111
3.4.5 Referibilidade.....	112
3.4.6 Outras Características.....	113
3.5 Classificação dos Provimentos Cautelares.....	113
3.6 Natureza Jurídica da Tutela Cautelar.....	114
3.6.1 As Denominadas “Medidas Cautelares Satisfativas”.....	115
3.6.2 A Liminar: Mecanismo Antecipatório de Essência a Tutela Cautelar.....	119
3.7 Cognição Jurisdicional na Tutela Cautelar.....	123
3.8 Considerações Gerais de Ordem Processual no Processo Cautelar, Competência, Partes, Mecanismos de Defesa e Provas.....	123
3.9 Temática Específicas e Controvertidas à Tutela Jurisdicional Cautelar. Natureza Jurídica do <i>Fumus Boni Iuris</i> e do <i>Periculum in Mora</i> e Análise Explicativa dos Institutos.....	125
3.9.1 Da Sentença e Da Coisa Julgada na Tutela de Cautela.....	128
3.10 Da Lide Cautelar e da Garantia Constitucional à Cautela.....	130
3.11 Do Poder Geral de Cautela.....	131
3.11.1 Da Fungibilidade.....	132
3.11.2 Concessão de Ofício de Medidas Cautelares.....	132
3.12 Do Poder Geral Negativo de Cautela.....	138
3.13 Ação, Processo, Procedimento e Medidas Cautelares: Principais Diferenças.....	139
3.14 Procedimento Cautelar nos Projetos de Lei do Novo Código de Processo Civil.....	140
3.14.1 Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Ato Presidencial do Senado Federal n. 379 de 2009.....	140
3.14.2 Redação Original do Projeto de Lei do Senado Federal – PLS n. 166 de 2010.....	142
3.14.3 Projeto de Lei do Código de Processo Civil n. 8046 de 2010, da Câmara dos Deputados – Novo CPC não é Reforma, é Mudança Pontual.....	144
3.14.4 Projeto Miro Teixeira – Lei 2963 de 2011 – Anexado ao Projeto Originário.....	145
3.15 Críticas aos Projetos do Código de Processo Civil.....	149
3.16 O Projeto do Código de Processo Civil e as Alterações Pertinentes à Cautelar. Nova Divisão – Medidas de Urgência: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência.....	152
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	155
REFERÊNCIAS.....	158

INTRODUÇÃO

O processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial, estando a seu serviço, para garantir sua efetividade; se desenvolve de várias formas, adequando-se a finalidade precípua à tutela de uma situação concreta. Seu escopo é jurídico, não obstante deva o juiz atuar à vontade concreta da norma de direito material de modo a adequá-la à realidade social, atingindo, assim, seu escopo social, o que torna necessário, cada vez mais, flexibilizar a tutela jurisdicional, no sentido de adaptá-la às necessidades do desenvolvimento eficaz do processo, como instrumento efetivo de proteção das situações de direito substancial.

A tutela efetiva dos interesses coletivos, próprios de uma sociedade de massa, exige à renovação do modelo clássico de processo, inadequado e insuficiente para resolver questões novas, ao passo que as alterações operadas no plano do direito material não podem ser ignoradas pelo processualista, tendo em vista a necessidade de coordenação dos ramos do Direito. É necessário também, que haja instrumentos adequados à proteção dos novos ramos, nascidos com a evolução social, visando efetivá-los praticamente.

O resultado almejado na satisfação da lide somente é alcançado quando a jurisdição atinge eficaz e efetivamente seus ideais, com a devida correspondência entre a forma e a realidade.

Ao referir-se à tutela jurisdicional efetiva, verificamos o processo como instrumento da jurisdição que visa o controle dos conflitos sociais, diminuindo o grau de complexidade através da aplicação da norma, ao fato concreto.

Procurando a conciliação entre a razoável duração do processo, já estabelecida pela Emenda Constitucional 45/2004 e o tempo do processo, tempo mínimo necessário para a realização dos atos processuais e a cognição do magistrado sobre a causa, buscam-se formas diferenciadas de prestação jurisdicional. O processualista moderno, constantemente luta contra o tempo do processo, pois quanto maior a demora na concessão do pleito, maior será a probabilidade da concessão não ser completa e se frustrar durante o transcurso do processo. Conforme mostrou-se evidente no desenrolar da pesquisa, o processo moroso, torna-se inútil, impossibilitado de proporcionar resultado efetivo e seguro às partes envolvidas no litígio

As bases processuais brasileiras são compostas pelas regras que compõem o devido processo constitucional, efetividade almejada e possibilitando resultados úteis e coerentes

àqueles que recorrem à atividade jurisdicional, sendo necessária à implementação de mecanismos processuais que acelerem a prestação jurisdicional.

Os Estados também têm o dever de zelar pelo término dos processos, dentro de um lapso temporal razoável, sem que haja uma paralisação determinada pelo inadequado funcionamento da máquina judiciária, e que, caso verificado no caso concreto, emerge à responsabilidade objetiva do mesmo, pela frustração da garantia do devido processo legal, consagrado pela Constituição Federal. Não apenas através do processo, mas de uma tutela jurisdicional efetiva, é concretizada a força normativa da Constituição, protegendo os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.

A tutela jurisdicional diferenciada, portanto, visa integrar o direito material ao direito processual, garantindo a cada espécie daquele, de acordo com a necessidade, e na medida do possível, maior efetividade, por intermédio da adequação deste, além de consistir em mecanismos dos quais o poder judiciário dispõe para solucionar.

A tutela jurisdicional diferenciada nasce a partir da ineficácia das formas tradicionais de prestação da tutela jurisdicional e da necessidade, cada vez mais urgente, de meios que possibilitem a concessão de provimentos jurisdicionais que possam unir a efetividade à celeridade, sem com isso violar princípios e direitos, sejam constitucionais, sejam legais.

Dentre as modalidades tradicionais de processo, sem considerar, pois, o processo sincrético, forma mais simplificada da tutela jurisdicional de conhecimento, se posta, pois, o processo cautelar, como o instrumento jurisdicional que, devido de peculiaridades, na esfera jurídica nacional, conserva suas nuances procedimentais em meio à quantidade de reformas processuais civis lançadas no corpo pátrio de normas, em especial, a partir do início da década de 90 (noventa) do século anterior.

Este conservadorismo ritual, coincidente à imunidade da tutela cautelar às diversas reformas processuais civis, leva-nos à conclusão de ser o instrumento jurisdicional acautelatório, o que mais se aproxima da efetivação, consagração prática dos corolários informativos do processo civil.

O poder geral de cautela se justifica em razão da existência de uma garantia constitucional acautelatória de direitos, podendo o magistrado, em vista do cenário fático a envolver a lide, para resguardar o direito enunciado, conceder pleitos cautelares de ofício, substituir a medida em vigor por modalidade de cautela diversa, ou mesmo implementar modificações na forma de concessão da tutela jurisdicional.

O atual código de processo civil permite que os jurisdicionados se utilizem, dependendo do caso concreto, da antecipação de tutela ou das tutelas cautelares; tais medidas

possuem peculiaridades significativas, tanto que dispostas em Livros diversos no Código de Processo Civil de 1973. No entanto, importante desde já frisar que o livro de processo cautelar no projeto do código de processo civil deixará de existir, de acordo com o projeto originário da reforma.

O projeto do código de processo civil, portanto, vai esgotar, em sua parte geral, uma forma específica de justiça para os casos de tutela jurisdicional, que vai ser a tutela jurisdicional de urgência. Haverá uma previsão da possibilidade do juiz prover de forma urgente, concedendo solução sob à medida que o caso reclama. O projeto do CPC inova ao trazer a previsão da tutela da evidência, que dispensará a parte de comprovar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, caso esteja diante de uma das situações previstas no artigo 285 do código.

Deve-se salientar, enfim, que há mudanças e aperfeiçoamentos a serem feitos no projeto, no tocante a este tema, sendo certo que o debate deverá prosseguir, sendo importante a participação das entidades jurídicas que pensam o Direito, objetivando assim, a efetividade e a busca ao processo justo.

Dentro dessa perspectiva, o presente estudo divide-se em três capítulos. Num primeiro momento a pesquisa abordou a efetividade como garantia constitucional da ação e o processo como instrumento efetivo à ordem jurídica justa, além de citar os princípios inerentes à celeridade processual e à efetividade, a garantia constitucional da ação e a jurisdição como meio de realização plena dos direitos materiais.

Nesse sentir, no segundo capítulo foi destacado o fator tempo como efetividade do processo, o dano marginal como um dos aspectos a não efetividade processual, além da resultante morosidade excessiva e a incessante busca pela efetividade.

No terceiro e último capítulo destacou-se o processo cautelar como instrumento da tutela de urgência, ou seja, a utilização da tutela jurisdicional diferenciada como meio para a efetivação da prestação jurisdicional. Neste, evidenciou-se a ação cautelar atrelada à celeridade processual, suas características e classificações, e as mudanças e alterações referentes ao processo cautelar no projeto do código de processo civil; conseqüentemente as críticas que o citado projeto tem recebido de doutrinadores e atuantes na área jurídica.

O presente trabalho também enfoca em seu último capítulo, as alterações pertinentes à ação cautelar e a nova divisão, que subdivide-se em: tutela de urgência e tutela de evidência, que tem o objetivo primordial de alcançar a efetividade processual.

Assim, a pesquisa revela-se de grande importância, pois faz um estudo comparativo entre a cautelar e as modificações trazidas pelo projeto do código de processo civil, que tem como propósito, conforme dito, à celeridade processual e a efetividade do processo.

Trata-se de estudo dissertativo, cujo procedimento utilizado é o lógico-dedutivo, partindo-se da constituição federal de 1988, o código de processo civil de 1973 e o atual projeto do código de processo civil que está para ser aprovado e que trará profundas mudanças, principalmente no livro que traz a figura da cautelar, que fora, minuciosamente abordado no presente trabalho científico.

Isto posto, pretende-se que a pesquisa científica, em que pese os limites da sua contribuição, auxilie de alguma forma, na luta pela efetivação da tutela jurisdicional.

CAPÍTULO 1 – A EFETIVIDADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO E O PROCESSO COMO INSTRUMENTO EFETIVO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

1. 1 Princípios Fundamentais do Direito Processual Civil

A palavra “princípio” vem do latim “principium”, que significa, numa acepção vulgar, início, começo, origem das coisas. Os princípios, de um lado, têm “servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse direito positivo” e, de outro, de normas obtidas “mediante um processo de generalização e decantação dessas leis” (BONAVIDES, 2002, p. 228-229).

O processo civil orienta-se por uma série de normas que lhe permitem atingir seus fins. Essas normas não lhe traduzem de maneira completa, a posição diretiva do processo, mesmo porque, impossível é, em repertório de leis, estabelecer, toda a variedade de hipóteses que possam surgir no campo fático.

Ressalte-se, desde logo, que não se tem a intenção de realizar uma análise exaustiva e pormenorizada acerca das teorias que explicam os conceitos e características dos princípios, valores, regras e normas, no entanto, a diferenciação é fundamental, principalmente após o advento da constituição federal de 1988, surgindo também o debate da constitucionalização do direito privado e os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, caso em que o debate acerca dos princípios ganha cada vez mais espaço.

Regras e princípios, de acordo com Alexy são reunidos sob o conceito de norma, pois, de acordo com o autor, tanto as regras quanto os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser¹. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente, sendo a distinção entre regras e princípios, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2008, p.90).

De outra forma, Bonavides (2002), ressalta: “os princípios, nesta perspectiva, são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

A mesma ideia é corroborada pela teoria de Lorenzetti (1998), para quem, tanto os princípios como as regras se referem ao âmbito do dever-ser e, portanto, são normas.

¹ Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.

Robert Alexy (2008, p. 90), destaca que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes e que, por conseguinte, mandamentos de otimização²”, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Em sua fundamentação, acentua Alexy em sua obra:

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como há de resolverse la relacion entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas (ALEXY, 2008, p. 99).

Nesse contexto Robert Alexy defende que existem diversos critérios para distinguir regras de princípios, e o critério utilizado com mais frequência é o critério da generalidade³. De acordo com esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio e a segunda como regra. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem direito de converter outros presos à sua crença (ALEXY, 2008, p. 87).

De acordo com Lorenzetti (1998, p. 286) outro critério utilizado para distinguir regras de princípios é o de origem: as regras são criadas, os princípios desenvolvidos, eis que não se baseiam na decisão de qualquer legislador ou tribunal, mas de uma questão de conveniência ou oportunidade que se desenvolve historicamente. Por fim, a mesma distinção, enumera o último critério que faz menção da referência à idéia de Direito: presente e explícita nos

² Normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

³ Utilizado com maior frequência na distinção de regras de princípios.

princípios, pois ordena algo a ser feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes; são comandos de otimização; ao passo que nas regras, a idéia de direito está presente e implícita, podendo ser cumpridas ou não, e, se válidas, devem ser observadas.

Com efeito, regra e princípio possui em comum o caráter de normatividade⁴, sendo que a generalidade da primeira é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, ao passo que o segundo é geral, porque comporta uma série indefinida de aplicações. Em síntese, a regra é aplicada a uma situação jurídica determinada; os princípios, por sua vez, podem abranger uma série de situações jurídicas (LEAL, 2003, p.72).

Os princípios⁵, para Garcia (2009) apresentam natureza normativa, não se tratando de meros enunciados formais. Isso é demonstrado quando se constata que destes são extraídas outras normas, significando que aqueles têm a mesma natureza. Além disso, também exercem certa função reguladora das relações sociais, como ocorre com as demais normas jurídicas.

A importância dos princípios deve-se, também, pela necessidade de dar sentido a uma norma, levando-se em consideração o texto e o contexto, através de uma atividade hermenêutica. O intérprete possui uma função relevante, a fim de conferir sentido e aplicar o princípio da proporcionalidade e da ponderação.

Os princípios apresentam grau de abstração e generalidade superior quando comparados às regras, pois servem de inspiração para estas e de sustentação para todo o sistema. As regras regulam apenas os fatos e atos nelas previstos, enquanto os princípios comportam uma série indefinida de aplicações (GARCIA, 2009, p. 31).

Compreende-se que não é nada fácil distinguir regras e princípios, pois vários são os critérios que devem ser relevados: a) o grau de abstração – os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado; já as regras possuem um grau de abstração reduzido; b) Grau de determinabilidade: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta, são ou não aplicadas; c) caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes, como é o caso dos princípios constitucionais, ou à sua importância dentro do sistema jurídico, como por exemplo, o princípio do estado democrático de Direito; d) proximidade da idéia de direito: os princípios

⁴Assim, pode-se dizer que tais institutos trazem aos seres humanos um parâmetro de condutas a serem seguidas e, com isso, formam um modelo padrão de convivência entre os mesmos.

são standards juridicamente vinculantes radicados na exigência de justiça ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculantes com conteúdo meramente formal; e) natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, ou seja, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, portanto, a função normogenética fundante (ESPÍNDOLA, 2002, p. 70-71).

Por fim, ainda há que estabelecer as diferenças entre princípios e valores. Desta forma, os valores são conceitos axiológicos, não contêm uma ordem ou uma proibição e sim uma valoração. A valoração pode ser de tipo comparativo de dois objetos que se diz que um tem maior valor que outro, expressando-se juízos de preferência ou equivalência. Neste caso, o modo de interpretar o valor é, então, mediante juízo comparativo - juízo de ponderação – já que se trata de estabelecer uma medida, equilíbrio. Em outros casos, podem ser classificatórios.

Os princípios jurídicos estabelecem comandos, proibições e permissões, o que não ocorre com os valores, sendo que estes também enfrentam um juízo de ponderação, destinados a estabelecer o “seu peso” no caso concreto (LORENZETTI, 1998, p. 287).

Temos no processo civil princípios diretores e, em face da interpretação da lei, a solução será sempre encontrada com seu auxílio, que se constitui em toda ciência processual.

A legislação processual é inspirada em princípios fundamentais, que são de duas ordens: os informativos do processo são: o princípio do devido processo legal; princípio inquisitivo e o dispositivo; princípio do contraditório; princípio do duplo grau de jurisdição; princípio da boa-fé e da lealdade processual; princípio da verdade real, todos previstos na constituição federal de 1988, e os informativos do procedimento que são os seguintes: o princípio da oralidade; princípio da publicidade; princípio da economia processual; princípio da eventualidade ou da preclusão.

Nesta esteira, os princípios não desempenham tão somente uma função informadora dentro do ordenamento, pois eles são também, normas capazes de tutelar pretensões judiciais por parte dos cidadãos, de modo que não podem prosperar, por parte dos tribunais, decisões conservadoras, que neguem aos princípios constitucionais o seu verdadeiro papel dentro da ordem jurídica (LEAL, 2003, p. 88).

Ressalte-se que os princípios desempenham a importante função de conferir unidade normativa a todo o sistema jurídico, eis que se impõem como diretivos tanto para a interpretação de toda e qualquer norma legal quanto para a ação de todos os entes estatais, e por isso, a sua ação é de cunho positivo (RITT, 2012). Além disso, possuem uma função negativa, pois servem de limite ao não permitir que se criem limitações excessivas a

determinados direitos fundamentais, nem como ao impedir que se criem normas contrárias ao conteúdo neles previsto (LEAL, 2003, p. 88).

1.2 Princípios Inerentes à Celeridade Processual e à Efetividade, como Garantia Constitucional da Ação.

1.2.1 Princípio do Devido Processo Legal

A garantia fundamental do devido processo legal está presente na história do homem pela busca de sua liberdade, ou seja, libertar-se da servidão que lhe foi imposta pelo próprio semelhante. Revela, sobretudo, a luta pela contenção do poder. Com as ditaduras que se apoiaram em ordem absoluta, individual do tirano ou do grupo dominante, contrariando a natureza das coisas, por mais poderosos que tenham sido, entraram em colapso, como registra a história. Apenas o governo democrático, que tem o povo como base, com suas múltiplas diversidades individuais e diferentes anseios, pode desenvolver-se serenamente, administrando a conjuntura variável, pois, ainda que cometa erros, serão, por certo, reparáveis.

No direito Inglês a garantia do devido processo legal surgiu no reinado de John, chamado de sem-terra, cujo reinado usurpou de seu irmão Ricardo Coração de Leão que morreu em virtude de um ferimento de flecha recebido em uma batalha (SANTOS, 2007).

O termo “devido processo legal” é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros (SILVEIRA, 1996, p.79).

Nessa entoad, relevante citar alguns pronunciamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre essa garantia constitucional, transcritos por Silveira, 1996:

Holden v. Hardy – 1898: Este tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras *due process of law* [...] basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça aos quais é inerente à própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer. *Solesbee v. Balkcon* – 1950: Acha-se assentada a doutrina por essa Corte que a cláusula do *due processen* feixa um sistema de

direitos baseados em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimento de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada como concebida por toda a nossa história. *Due process* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo (SILVEIRA, 1976, p. 373-374).

A celeridade processual, como garantia fundamental, terá eficácia, se for compatibilizada com o princípio do devido processo legal, esculpido na constituição federal de 1988, no artigo 5º, LIV, ocasião em que seu enunciado reúne todas as demais garantias processuais, ao afirmar: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2010, p. 10).

Processo e jurisdição são dois institutos indissociáveis. O direito a jurisdição, é direito ao processo, como meio indispensável à realização da justiça. Por isso, a Constituição assegura ao cidadão o direito ao processo como uma das garantias individuais (art. 5º, XXXV), ao estabelecer que: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2010, p. 09).

Para Nelson Nery Júnior (2002), o princípio do devido processo legal é princípio constitucional e fundamental do processo civil, e a base sobre o qual, todos os outros princípios e regras se sustentam, ao afirmar o processualista: “em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver anotado o princípio do “*due process of law*” para que daí decorressem todas as circunstâncias processuais”.

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais⁶ como: a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF): “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, ou seja, tribunal composto posterior ao fato é de ser proibido, fere o princípio da imparcialidade; garantia do juiz competente (art. 5º, LIII, CF): “ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente”; garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF): “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça ao direito”; garantia da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV): “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e os recursos a ela inerentes”; garantia da fundamentação de

⁶ As inferências que podem ser tiradas da cláusula do devido processo legal são infinitas, principalmente por conta da abrangência extremamente lata do princípio. É uma cláusula aberta; é um super-princípio, o princípio-mor, uma mega cláusula.

todas as decisões judiciais (art. 93, IX): “todos os julgamentos serão públicos e, fundamentadas todas as decisões” (BRASIL, 2010, p. 8-10).

A preocupação constante dos juristas pela busca da efetividade do processo, repercute na preocupação à segurança jurídica, que deve ser observada e assegurada, para que não se atrepele princípios básicos do direito, como o devido processo legal (VIANNA, 2001).

No Brasil, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para efeito de sua validade material, todos os atos do poder público estão sujeitos à observância de padrões mínimos de razoabilidade, que se qualifica como parâmetro de aferição da constitucionalidade material desses atos. Daí, que no processo legislativo a formulação das normas, deve observar os critérios de razoabilidade, corroborando os excertos dos votos do ilustre Ministro Celso de Melo que traduzem perfeitamente a essência do âmbito material do princípio do devido processo legal⁷:

As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do poder público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *due process of law*.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, prolatou acórdão que, em poucas palavras traz a perfeita essência do aspecto material do devido processo legal⁸:

DUE PROCESS OF LAW, COM CONTEÚDO SUBSTANTIVO - SUBSTANTIVE DUE PROCESS - CONSTITUI LIMITE AO LEGISLATIVO, NO SENTIDO DE QUE AS LEIS DEVEM SER ELABORADAS COM JUSTIÇA, DEVEM SER DOTADAS DE RAZOABILIDADE (*REASONABLENESS*) E DE RACIONALIDADE (*RACINALITY*), DEVEM GUARDAR, SEGUNDO W. HOLMES, UM REAL SUBSTANCIAL NEXO COM O OBJETIVO QUE SE QUER ATINGIR.

O princípio da razoabilidade é o meio através do qual o operador do Direito busca a perfeita adequação, a idoneidade, a lógica e a prudência e a moderação no ato de interpretar as normas, buscando extirpar distorções, anomalias e absurdos decorrentes do arbítrio e do

⁷ ADI 2667 MC-DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Celso de Mello – J. 19.06.2002.

⁸ ADIn n° 1511-7 DF - Medida Liminar, julgada em 14.08.1996.

abuso de poder. Trata-se de um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e legislativa, permitindo ao judiciário invalidar as ações abusivas ou destemperadas dos administradores e dos legisladores.

A aplicação do devido processo legal sob a ótica material enseja uma nova espécie de revisão judicial da lei, pela qual o magistrado examina a constitucionalidade de leis estaduais e federais à luz das suas idéias sócio-econômicas, culturais e filosóficas (SANTOS, 2007).

Modernamente, faz-se uma assimilação da idéia de devido processo legal a de processo justo⁹, sendo justamente, um dos objetivos do trabalho presente, que idealiza o processo justo, como aquele em que são salvaguardadas, as garantias constitucionais, pautados na celeridade processual; pois, a par da regularidade formal, o processo deve adequar-se para realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material.

O princípio-garantia do devido processo legal não pretende apenas a observância do procedimento estatuído na lei, com a realização de todos os atos inerentes a ele: pretende também a efetividade da tutela jurisdicional, concedendo proteção àqueles que merecem e necessitam dele.

1.2.2 Princípio da Economia Processual

A economia processual pode ser explicada como a tentativa de poupar qualquer desperdício, na condução do processo bem como nos atos processuais, de trabalho, tempo e demais despesas, que possam travar o curso do processo.

Tem por finalidade obter o máximo resultado com o menor esforço, busca atingir o ideal de justiça rápida, barata e justa. A economia processual é analisada sob quatro aspectos, economia de tempo, economia de custos, economia de atos e eficiência da administração judiciária.

O princípio da economia processual encontra sustentação expressa mais apropriada na constituição federal, na assistência jurídica integral e gratuita, seja também na sua formulação mais recente introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio do inciso LXXVIII do Artigo 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2010, p.10).

⁹O devido processo legal, como "princípio da justiça", não pode ser um princípio vazio, mas dado o seu caráter principiológico, deve ser a expressão do direito justo (procedimental e material).

Tradicionalmente, o princípio da economia processual era visto como a necessidade do processo civil levar em conta menos dispêndio possível de recursos financeiros para que o acesso à justiça pelos mais pobres, não fosse comprometido.

É importante destacar que o inciso LXXVIII do artigo 5º da constituição federal, mesmo que possa ser lido sob o nome comum de “economia processual”, traz duas diretrizes diversas, embora complementares. Uma é a relativa à duração razoável do processo e a outra é a relativa aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (1994, p. 79), o denominado princípio da economia processual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Exemplo da aplicação desse princípio encontra-se no art.105 do código de processo civil brasileiro, que trata da ocorrência da conexão e continência. Na conexão, por exemplo, ocorre que dois ou mais processos possuem o pedido e as partes idênticas, portanto, com fulcro no art.105 do CPC, e com o devido respeito ao princípio em questão, o juiz ao analisar o processo de imediato uni-los para que sejam reconhecidos conjuntamente, ocasionando, assim, maior celeridade e economia de atos processuais que neste caso, seriam absolutamente dispensáveis.

No próprio CPC há outros dispositivos para garantir os objetivos do supracitado princípio: art. 130, que autoriza o juiz a indeferir provas inúteis; art. 296: reforma da citada decisão pelo juiz; art. 295: que aborda o indeferimento da petição inicial, entre outros. Além de destacar a ação monitória (Lei nº 9.079/95), que baseia-se na busca pela economia processual.

Visualizamos claramente o princípio da economia processual nas jurisprudências que seguem:

DESISTÊNCIA DA AÇÃO. ERRO DO AUTOR PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. O PEDIDO DE DESISTÊNCIA POR ERRO DO AUTOR, AINDA QUE HOMOLOGADO, DEVE SER CORRIGIDO, EIS QUE ERROS NÃO PRODUZEM EFEITOS PERMANENTES NEM EXTINTIVOS DE DIREITOS E DEVE-SE HOMENAGEAR O PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. APELAÇÃO PROVIDA. PROVIMENTO UNÂNIME¹⁰.

O mencionado princípio, portanto, deve ser entendido como aquele segundo o qual a atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços.

¹⁰ TJDF. Processo n. APL 703725320108070001 DF 0070372-53.2010.807.0001. Relator: Jair Soares. Julgamento: 11.05.2011. Órgão Julgador: 6 Turma Cível. Publicação: 19.05.2011. DJ-e pág.206.

O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, pois o desvio da atividade jurisdicional para os atos onerosos, inúteis e desnecessários, gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional.

1.2.3 Celeridade Processual x Segurança Jurídica

A segurança jurídica existe para que a justiça, finalidade maior do Direito se concretize. Vale dizer que a segurança jurídica concede aos indivíduos a garantia necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais, tendo, no Direito, a certeza da conseqüência dos atos praticados, sendo é um direito fundamental do cidadão. Implica normalidade, estabilidade, proteção contra alterações bruscas numa realidade fático-jurídica, significando a adoção pelo Estado, de comportamentos coerentes, estáveis, não contraditórios, e também, respeito a realidade consolidada.

Os princípios da segurança e da confiança jurídica são inerentes ao Estado de Direito¹¹, ensejando uma dimensão objetiva da ordem jurídica, qual seja, “a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas”. Extraí-se, portanto, que a proteção da confiança e a segurança jurídica exigem uma atuação estatal que proteja os cidadãos das mudanças legais, que são necessárias para o desenvolvimento social (CANOTILHO, 1995).

Na celeridade da prestação jurisdicional, não se deve descurar do princípio da segurança jurídica, principio este utilizado por nossa constituição, que assegura entre as garantias fundamentais, que “ninguém será privado de seus bens e direitos senão através de devido processo legal”, norma constante no artigo 5º, LIV, de nossa carta magna. O que também por nossa Constituição é assegurada é a obrigatoriedade de proporcionar aos litigantes o contraditório e ampla defesa, de acordo com o artigo 5º, LV da constituição da república (BRASIL, 2010, p.08-10).

Extraí-se, à primeira vista, da constituição, que a certeza da segurança jurídica está intimamente relacionada ao inciso XXXVI do seu artigo 5º, que determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (REALE, 1994, p. 84-87).

¹¹ Canotilho define Estado de direito como uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. (CANOTILHO, 1995).

J. J. Gomes Canotilho (1995), corroborando a tese de que os conceitos de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada estão relacionados com a segurança jurídica leciona:

Os princípios da proteção, da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos, ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam aos efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroativas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos.

A exemplo do exposto, se uma pessoa foi à Receita Estadual requereu e teve deferido um parcelamento de seus débitos tributários, tendo preenchidos todos os requisitos legais, não tem sentido a lei ou qualquer ato editado depois revogar o seu direito adquirido, conquistado pelo parcelamento, um ato jurídico perfeito.

A coisa julgada também é instrumento de segurança jurídica. Quando se decide uma questão em juízo e contra a decisão não se interpõe recurso, a sentença transita em julgado, não podendo mais ser alterada. Aquilo fica imutável, intangível. Não teria sentido permitir que uma matéria já decidida fique o tempo todo sendo rediscutida. Pensar diferente seria concordar com a insegurança jurídica (ANDRADE, 2010).

Como qualquer princípio ou direito fundamental, a segurança jurídica também não é absoluto. A coisa julgada, como se sabe, pode ser revista. Existe a ação rescisória no processo civil, há a revisão criminal no processo penal, e quem defenda uma maior relativização para a coisa julgada.

Há um princípio importante - também relativo à segurança jurídica - que é o *venire contra factum proprium*, ou seja, "vedação de comportamento contraditório", expressando também, uma idéia de boa-fé e lealdade (ANDRADE, 2010).

Outros institutos também ligados ao princípio da segurança jurídica são: a prescrição e a decadência. Em regra ninguém poderá eternamente ficar sujeito a pretensões jurídicas alheias, sejam de um particular, sejam do Estado (ANDRADE, 2010).

No controle de constitucionalidade, vê-se também algo interessante sobre esse assunto. Sabe-se que, quando se declara uma norma inconstitucional, os efeitos devem ser retroativos, porque o vício é desde o nascimento, sendo congênito (teoria ou princípio da

nulidade). Mas tem sido muito comum à declaração de inconstitucionalidade com uma modulação de efeitos, para preservar interesses sociais e respeitar a segurança jurídica (ANDRADE, 2010).

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, os princípios de segurança jurídica são considerados como elemento constitutivo do Estado de Direito.

Canotilho (1995) afirma que as idéias nucleares do princípio da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões não podem ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes, (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica: garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito.

Assim, temos agregados ao conceito de segurança jurídica a exigibilidade e a certeza de que o Direito seja estável e previsível. Contudo, estes elementos não são estanques, podendo-se acrescentar outro mais, que é a justiça.

Do mesmo modo, é fundamental que a busca pela celeridade não deve tornar-se voraz ao ponto de relegar, em segundo plano, valores fundamentais e garantias constitucionais¹².

É certo que hoje não mais se discute que o princípio da celeridade processual é direito fundamental consoante a Emenda Constitucional n. 45/2004. Tal medida se deu em razão, dentre outros motivos, da crescente globalização da sociedade, o que fez crescer de forma significativa o número de demandas, que exigem prestação processual célere, pois caso isto não venha a ocorrer, infelizmente, poderemos assistir ao desaparecimento da razão de ser o Direito como ciência.

Celeridade processual e a segurança jurídica são temas que devem obrigatoriamente estar concatenados, a despeito de serem elementos opostos, num primeiro plano, como afirma Francesco Carnelutti (2003, p. 40) “o slogan da justiça rápida e segura, que anda na

¹² O próprio caput do artigo 5º, da Carta Constitucional, dentre outros valores maiores, garante a todos, a segurança, na qual está inserida a segurança jurídica, sinônimo de estabilidade.

boca dos políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição in adjecto: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura”.

A segurança jurídica e a efetividade do processo em princípio, como afirmado por Carnelutti (2003) são opostos. É necessário alcançar um equilíbrio entre ambos, garantindo a justiça no caso concreto, sem que haja diminuição da efetividade da tutela jurisdicional, pois o tempo excessivo é um inimigo que, além de conspirar contra a efetividade, norteando a morosidade como regra, e a celeridade como exceção (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 66-89).

Dinamarco (1994, p. 65-68) afirma categoricamente, que deve existir equilíbrio entre duas exigências antagônicas. De um lado, a celeridade processual que, tem por objetivo a solução do conflito em tempo razoável, daí porque haver no processo a preclusão e a coisa julgada; e de outro, a qualidade dos julgamentos, trazendo segurança jurídica às partes e justiça social.

A efetividade do processo depende, em suma, do comprometimento do sistema como um todo, sobretudo da conscientização das partes e advogados; somente assim será possível outorgar ao mundo real as boas intenções legislativas (PERONDI, 2010).

Por certo, deve ser buscado um equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica, devendo ser observados sempre, os direitos fundamentais previsto nas normas jurídicas, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o acesso a jurisdição, a inafastabilidade do poder judiciário, dentre outras, e se possível, dentro do menor espaço de tempo, de forma que seja obtida a efetividade da tutela jurisdicional.

Celeridade e segurança devem, na medida do razoável, serem observadas de forma proporcional, devendo ser priorizadas na medida da necessidade, que venha estabelecer a legislação processual.

Com a finalidade de assegurar a tutela jurisdicional célere e efetiva, traduzidas no estado democrático de direito, cuja característica fundamental consiste em superar as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático que efetivamente realize justiça social, a legislação processual civil, desde 1994, tem sofrido alterações, no sentido de rever as marcas ideológicas do individualismo consagrado no código de processo civil de 1973, sendo receptivo às novas tendências do direito moderno (PATAH, 2005).

Nossa legislação processual mais recente, na medida do razoável, tem prestado uma tutela estatal mais célere, quando se trata de situações menos complexas em função da qualidade e/ou interesse das partes. Podemos citar como exemplos, os casos do Estatuto do Idoso, a Lei de Arbitragem, os procedimentos civil e penal comum com rito sumário, e ainda

incipiente informatização dos processos, antecipação da tutela, Lei dos juizados especiais dentre outras.

O tratamento dispensado ao tema, por nosso ordenamento jurídico está em constante transformação, o que demonstra, claramente, que o Direito não é ciência estável e sim ciência formada por fenômenos que mudam de acordo com história da sociedade. Por isso, é importante elucidar quais foram as alterações processuais ocorridas na ciência do direito, com o objetivo de garantir a eficácia da futura sentença, bem como quais ainda estão sendo analisadas para futuramente entrar em vigor, como o projeto do código de processo civil, pendente de aprovação no Congresso Nacional.

O projeto do novo código de processo civil (PL n. 8046 de 2010) prestigia o princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, baseado no estado democrático de direito, que tem por objetivo proteger e preservar as justas expectativas das pessoas, tratando de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomenda que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

Com as recentes alterações, os tribunais superiores também contribuem para a segurança jurídica, considerando-se o seu papel de uniformizar a jurisprudência, especialmente por meio dos enunciados que têm caráter vinculativo (súmula vinculante e súmula impeditiva de recurso), ao evitar decisões destoantes sobre a mesma matéria.

O objetivo do projeto do código de processo civil é justamente a simplificação do Direito e a criação de um processo menos formalista, segundo Luiz Fux:

O objetivo do projeto do CPC é criar uma solução que habilite os tribunais ao cumprimento dos desígnios da razoável duração do processo, pautando-se nas garantias constitucionais, e tendo como parâmetro, a celeridade processual, não mitigando o princípio da segurança jurídica, que, caso lesionado, comprometeria a estabilidade das partes envolvidas no litígio (FUX, 2011).

O que objetiva-se é demonstrar a relevância do direito do indivíduo a um processo mais célere na sociedade atual, bem como da necessidade de se garantir uma efetiva tutela deste bem jurídico, frente ao desenvolvimento que, a cada dia, traz novos desafios à proteção dos bens mais íntimos do ser humano, buscando evidenciar que o direito a um processo célere, é também direito fundamental, estando intimamente relacionado ao princípio da dignidade humana, representando um bem essencial ao ser humano, digno e carecedor de tutela jurisdicional.

Por fim, relevante sinalizar que cabe ao operador do Direito, como função moral precípua, indicar os caminhos a serem tomados neste início de milênio, cabendo a este, definir quais valores deverão influenciar a construção de uma sociedade mais humana e igualitária. E, a distribuição da justiça de forma eficaz, porém célere, garantindo, a satisfação do jurisdicionado, promovendo a estabilidade social.

1.2.4 Princípio da Razoável Duração do Processo

A questão do tempo é matéria que vem ocupando grande relevância no universo do Direito; primeiramente, porque é através dele que se desenvolve a sociedade, tanto com relação ao tempo cronológico, determinável, quanto ao tempo social, dos acontecimentos e das relações jurídicas que se operam, portanto variável, e que imprimem o desenvolvimento de novas leis por parte do Estado.

Nosso ordenamento jurídico poder-se-ia afirmar que o direito fundamental à celeridade processual já constava no ordenamento jurídico como desdobramento da cláusula do *due process of law*, ou em decorrência da garantia contida no inciso XXXV da CF/88, que assegura não só o acesso ao judiciário, como também a devida e efetiva proteção contra qualquer forma de violação de direitos.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo¹³, dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo em seu inciso LXXVIII do art. 5º, ao estabelecer que: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2010, p. 10).

Para Francisco Meton Marques de Lima (2005, p. 14), pela previsão do inc. LXXVIII do artigo 5º, da Carta Magna:

Fica possibilitado que o cidadão e as instituições façam duas cobranças: a) do poder público, os meios materiais para que o aparelho judicial possa cumprir os prazos dispostos nas normas processuais; b) dos órgãos da justiça, o esforço para cumprir os prazos legais, envidando esforço para abreviar a prestação jurisdicional, bem como prestar um serviço de qualidade.

¹³ O princípio da Razoável Duração do Processo é uma garantia pré-existente no ordenamento jurídico, já se podia observar anteriormente a EC nº 45 que tal garantia era abarcada pelo princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional. Consagrado no inciso XXXV do art. 5º da CF, decorre deste princípio à noção de que não é suficiente garantir ao jurisdicionado o acesso ao judiciário, é extremamente relevante que tal acesso ocorra de forma adequada e seja solucionado o litígio em tempo razoável.

Este tempo, acelerado em decorrência do aumento dos conflitos de interesses não ajustáveis extrajudicialmente, acabam exigindo por parte do Estado, uma resposta adequada e rápida, o que acaba, por consequência, acelerando o tempo do próprio direito, aonde a criação legislativa de urgência vem de última hora para acalmar os ânimos sociais (EBLING, 2006).

Na mesma toada, Pietro de Jesus Lora Alarcon (2005, p. 34), defende:

Impõe-se, em consequência, rever a habilidade do procedimento para realizar a finalidade processual, sua flexibilidade para atender os interesses em jogo e a segurança com que se garantem os direitos questionados. Inclui-se, de logo, nos parâmetros de durabilidade do processo, o tempo prudente e justo para que a decisão jurisdicional renda a eficácia esperada, ou seja, a razoabilidade se estende não ao tempo de afirmação do direito em litígio, senão à própria execução da decisão, à realização de seu conteúdo, à aplicação efetiva do direito.

A norma garante mais que o direito de ação ou de acesso ao judiciário, mas a sua eficiência, celeridade e tempestividade. “Poder-se-ia dizer que a norma declara o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo pelo qual se leva o pedido à cognição judicial ou administrativa: é assim, direito ao processo eficiente, muito além do simples direito ao processo” (SLAIBI FILHO, 2005, p. 19).

No dizer de Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 37), tal garantia:

(...) trata-se de uma aproximação com o ideal do processo justo que entre os constitucionalistas contemporâneos funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal. Para merecer essa *nomen iuris*, a prestação jurisdicional, além de atender aos requisitos tradicionais – juiz natural, forma legal, contraditório e julgamento segundo a lei – têm de proporcionar à parte um resultado compatível com a efetividade e a presteza.

Miguel Teixeira de Souza (2000, p. 30) assevera que “as partes tem direito a que a decisão da causa seja proferida em um tempo razoável¹⁴”. Todos os prazos processuais, portanto, devem ser obedecidos, tanto pelas partes, como pelos serventuários da justiça.

¹⁴ Para o mencionado autor português, não é certamente possível definir em abstrato, o prazo razoável para a duração dos processos, mas é sempre viável analisar se, em função das circunstâncias do caso concreto, a duração de um processo excedeu aquilo que seria justificado. Para isso, basta confrontar a duração efetiva do processo com a duração que ele deveria ter tido se fossem respeitados todos os prazos legais definidos para os atos do tribunal e das partes.

Além disso, a obtenção de uma decisão num prazo razoável é uma das mais importantes garantias da efetividade da tutela jurisdicional.

As críticas a essa urgência que se verifica nos juízos de primeiro grau e, agora também nos tribunais de 2º grau e superiores, estão ligadas justamente à inefetividade do provimento jurisdicional. O resultado esperado pelo processo é tão demorado que já perdeu sua finalidade ou, em casos mais raros, mostra-se imprestável à realidade fática apresentada na sociedade.

As formas de limitar essa influência do tempo, de forma que possa se preservar a forma mínima do processo (estrutura básica do procedimento ordinário) dão-se através dos dispositivos processuais de urgência (processo cautelar, tutela antecipada e tutela específica), dos juizados especiais estaduais e federais, bem como através dos princípios processuais da economia dos atos processuais, da concentração e da oralidade e da informalidade.

O Estado não pode deixar de combater a morosidade judicial o que, realmente, é um dever primário e fundamental; assegurar a todos que dependam da tutela da justiça uma duração razoável para o processo e um empenho efetivo para garantir a celeridade da respectiva tramitação.

Refletindo sobre a questão da dicotomia entre urgência social na solução dos conflitos e efetividade da tutela jurisdicional, vislumbramos uma mudança na estrutura processual civil. O projeto do código de processo civil tem como objetivo central a busca pela efetividade processual, justiça célere e efetiva o que, respeitando o princípio da razoável do processo a ser seguido e resguardado pelo inciso LXXVIII, art. 5º da Constituição Federal.

O princípio da agilidade e o princípio da simplicidade, como mais um instrumento para alcançar a celeridade processual e tornar o processo efetivo e mais próximo dos anseios sociais, são¹⁵ os dois princípios propostos para o novo código de processo civil, para efetivar e consolidar o princípio da razoável duração do processo, contribuindo para sua eficácia e celeridade.

Com o estabelecimento expresso do princípio da duração razoável do processo, poderá ser modificada a situação do judiciário, mas para isto, não bastará que os poderes públicos o implemente concretamente, mas que, a doutrina o interprete de acordo com a sua finalidade, e finalmente, que os profissionais do direito colaborem aplicando-o através de

¹⁵Com a reforma do processo civil, teremos realmente direito à razoável duração do processo, o que hoje não temos em sua plenitude. Porém, é preciso que a reforma seja feita na busca de oferecer-se ao cidadão, de forma célere, uma prestação jurisdicional de qualidade e não como forma de reduzir volume de trabalho dos tribunais, dificultando o acesso à Justiça.

requerimentos sempre que se virem diante de um processo onde se apresente condutas não razoáveis e desproporcionais que violem o citado princípio.

1.3 A Garantia Constitucional da Ação e o Processo como Instrumento Efetivo de Acesso à Ordem Jurídica Justa

1.3.1 O Direito de Ação como Garantia Constitucional

Ação é o exercício de acesso à justiça. É sinônimo do direito de demandar, isto é, de ingressar em juízo para obter do judiciário uma resposta a toda e qualquer pretensão a ele dirigida.

O direito constitucional da ação é o poder ou faculdade de alguém provocar a atividade jurisdicional do Estado, em função de determinada situação concreta, não se tratando de mera garantia de acesso, compreendendo outros mecanismos destinados a assegurar um processo justo e efetivo, além de compreender todos os meios para a obtenção do pronunciamento do juiz sobre a própria pretensão (BEDAQUE, 1995, p. 69).

No mesmo pensamento, Ada Pellegrini Grinover:

Tudo que respeita à utilização do “instrumento” processo, concerne diretamente à garantia que o ordenamento jurídico confere ao direito de ação. Procuremos, pois, no direito constitucional, como conjunto de normas que regem a organização jurídica fundamental do Estado, a tutela que o ordenamento concede ao direito de ação, bem como a estrutura dessa tutela. Lembrando sempre que o direito constitucional é disciplina técnico-jurídica (e não histórica, política ou filosófica), que se serve dos mesmos instrumentos de pesquisa e se propõe aos mesmos fins que os demais ramos da ciência do direito (GRINOVER, 1973, p. 75).

Esse direito tem por contraposto o dever do judiciário dar uma resposta aos pleitos que lhe são dirigidos, é incondicional e universal, e decorre do direito constitucional de acesso à justiça. E a própria ação estabelece relação entre direito e processo.

A ação, portanto, constitui direito ou poder, cujo exercício tem em vista a tutela jurisdicional, segundo os dizeres de Bedaque:

Impossível imaginar a possibilidade de existirem garantias constitucionais complementares a da ação, visando a possibilitar a sua efetividade, sem que

esta tenha algum conteúdo, pois, a ação, por mais abstrata sua concepção, não prescinde da referência à determinada situação concreta e a tutela constitucional do poder de demandar adquire, nesta perspectiva, caráter instrumental (BEDAQUE, 1995, p. 69).

A ação no sentido processual, isto é, não o puro direito de ingresso em juízo, constitui instrumento da tutela jurisdicional. O autor, ao ajuizar a demanda, invoca a tutela jurisdicional do Estado em seu favor, visando à defesa de um interesse material e, caso esse interesse represente um direito (individual, coletivo ou difuso), obterá a proteção estatal, podendo, todavia, a tutela ser conferida ao réu, se ele for titular da situação amparada pelo direito material; só chegando, de qualquer modo à tutela jurisdicional mediante o exercício do direito processual de ação (BEDAQUE, 1995, p. 50).

O problema do direito de ação é metaprocessual, com profundas implicações constitucionais, sendo, inclusive na espécie de tutela constitucional que o Estado confere à ação que se pode encontrar seu correto enquadramento (GRINOVER, 1973, p. 74).

A teoria eclética foi dotada pelo atual código de processo civil, que aponta a ação como o direito a uma resposta de mérito. A ação é um direito subjetivo (que depende da vontade das partes), público (contra o Estado, em face de alguém) e abstrato, (que independentemente da sentença).

Há o direito de ação quando se busca a tutela do Estado e se obtém uma sentença de mérito. Caso busque-se a tutela do Estado e não forem observadas as condições, não haverá o direito de ação, e sim o direito de acesso à justiça, haverá nesse caso, pois, um processo decorrente do direito de demandar, mas não o exercício do direito de ação¹⁶.

O Estado deve, pois, apresentar um meio idôneo para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional adequado às necessidades verificadas no plano substancial (BEDAQUE, 1995, p. 56).

De acordo com Marinoni (1993) “O direito de ação não pode ser pensado somente como o direito de uma sentença, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito firmado em juízo”.

¹⁶ Fica claro, pois, que o direito de ação, não é exercido somente com a apresentação da petição inicial, mas somente no momento em que o processo é finalizado e o objeto posto em litígio solucionado, ou ao menos discutido, alcançado uma resposta coerente ao pedido inicial que lhe foi pleiteado, o que, faz-nos concluir que o direito de ação existe ainda que o direito material não seja reconhecido, pois a sentença, ao julgar improcedente o pedido, não deixa de prestar e exercer a tutela jurisdicional.

O cidadão ao recorrer ao judiciário, almeja que a prestação da tutela jurisdicional seja efetiva, e é através do direito de ação que o direito afirmado deve encontrar o caminho para, quando reconhecido, ser efetivamente tutelado.

A tutela jurisdicional ou garantia jurisdicional das normas jurídicas representa os vários meios que o Estado utiliza para reagir contra a não observância do direito objetivo. São os meios de atuação do direito ou de imposição de sanção. Sanções são meios de garantia constitucional, porque se apresenta em um segundo momento, quando já não houve observância espontânea do direito objetivo, decorrente da coercibilidade do direito (BEDAQUE, 1995, p. 37).

A teoria de Liebman, a respeito da ação, vislumbra esse instituto processual à luz do resultado da atividade jurisdicional. Segundo a teoria, somente existe direito processual de ação quando, presentes certos requisitos, o sujeito obtém o provimento jurisdicional sobre o caso concreto e a ação passa a constituir a ponte de ligação entre este e a função jurisdicional, sem que, com isso, fique eliminada a nítida separação entre a ação, como instituto do direito processual, e o direito material a ser tutelado mediante o exercício daquela (BEDAQUE, 1995, p. 75).

A evolução da doutrina sobre a ação só é compreensível, desde que se considerem os pressupostos filosóficos e políticos que podem determinar a preferência por uma outra teoria concernente ao direito de ação. Diante dessas premissas, Grinover (1973): “Não obstante à orientação científica do direito processual, não se aplacaram as complexidades e controvérsias em torno da natureza do direito de ação¹⁷”. Calamandrei (2003) por sua vez, atribuiu às tendências político-filosóficas de seus autores, a refletirem a orientação política de épocas diversas e as ideologias predominantes em determinada realidade histórica.

É clara a necessidade da criação de um novo modelo processual, com um modelo de tutela jurisdicional adequada aos valores do tempo presente, especialmente porque, a própria constituição federal, fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1, III), garante não só os direitos patrimoniais como afirma expressamente, o direito de acesso à justiça, diante de ameaça a direito, previsto no art. 5, XXXV (MARINONI, 1993, p. 32-33).

Eventual negativa dos órgãos jurisdicionais de responder a um pedido de tutela pode configurar violação ao artigo supracitado, apenas se a pretensão estiver relacionada a um bem da vida.

¹⁷ Necessária também, a observância dos procedimentos processuais adequados a serem adotados para que, realmente, a efetividade processual seja caracterizada e que o direito seja consagrado.

O direito afirmado não apresenta-se idêntico ao direito existente, o que pode ser observado, inclusive, no texto constitucional, em seu artigo 5º, XXXV, devendo ser lido e interpretado com o mesmo cuidado, pois seu texto afirma que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, e sua leitura apressada poderá conduzir a uma conclusão imanentista, quando na verdade, o que nele se afirma é que nenhuma afirmativa de lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do poder judiciário (MARINONI, 1994, p. 38).

Bedaque expõe em relação ao direito de ação:

O direito de ação é necessariamente conexo com uma situação da vida, não tendo sentido falar-se em pura ação. Quando o legislador constitucional refere-se à ameaça ou lesão a direito, quer dizer que o autor deve procurar a atividade jurisdicional do Estado para deduzir situação de direito material passível de proteção. Dessa forma, toda lesão ou ameaça de direito afirmada em juízo, por aquele que se diz seu titular, ou por quem tenha poderes para exercê-lo em nome próprio, deve ser analisada pelo órgão jurisdicional, caso se trate de pretensão juridicamente viável. A garantia constitucional do direito de acesso ao Judiciário não implica confusão entre os dois planos do direito. O legislador veda à exclusão de qualquer lesão ou ameaça a direito afirmada (BEDAQUE, 1995, p. 83).

A correta formulação dessa garantia constitucional inerente ao direito processual somente foi possível pela verificação adequada de fenômenos ocorridos no campo das relações da vida, do direito substancial, o que também pode ser verificada nos instrumentos processuais criados pela constituição federal, visando proporcionar o acesso efetivo e eficiente à ordem jurídica, para a proteção de novos direitos substanciais, haja vista que, nada adiantaria o reconhecimento da titularidade desses direitos sem que houvesse mecanismos apropriados para sua efetivação, ou seja, o processo se adaptando a seu escopo (BEDAQUE, 1995, p. 47).

Grinover (1973, p. 76-77) ressalta: “(...) podem assim, decorrer da tutela constitucional do direito de ação outras garantias, implícitas no preceito constitucional, mas operando agora, no curso do *iter* processual, com a finalidade de tutelar a efetividade da garantia constitucional”.

De acordo com Moreira Alves:

Para o processualista, a ação será um instrumento dessa tutela, que se estuda, mas sem perder a noção de que é um instrumento. Não tem sentido considerar-se que o processo seja um fim, quando o processo na realidade,

é um meio. Nem por isso fica diminuído. De nada adianta um poder, de nada adianta o direito material, sem o direito formal, de nada adianta um poder, sem um meio pelo qual esse direito se exercite, realmente, na sua plenitude. E de nada adianta a lei atribuir abstratamente poderes, sem que seja possível ao próprio Estado ensejar a atuação concreta dessa lei, no caso que se apresente diante dele, em que alguém a está infringindo concretamente (MOREIRA ALVES, RePro, p. 122).

Ainda segundo Bedaque (1995, p. 15): “O tratamento dos institutos fundamentais de nossa ciência deve perder a conotação excessivamente processualista, pois a abordagem precisa levar em consideração critérios de racionalidade material, não apenas formal”.

A ciência processual, pois, tem-se preocupado com a criação de categorias e institutos, cuja elaboração precisa, a transformou no ramo do direito que mais se desenvolveu nos últimos anos; sendo imprescindível, portanto, um retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os a nova visão desse ramo da ciência jurídica, precisando revisar os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase processualista (BEDAQUE, 1995, p. 15).

1.3.2 Valores Constitucionais e o Processo

Atendendo aos reclamos de efetividade processual, mostra-se imprescindível que os novos dispositivos processuais alcancem os seus desideratos sem prejuízo ou risco aos direitos fundamentais e às garantias individuais, sobretudo sem qualquer afronta aos princípios processuais civis elencados na constituição da república federativa do Brasil. Trata-se de recente inovação no ordenamento jurídico a tendência de constitucionalização das regras de direito processual civil, como reflexo da busca incessante pela efetividade e da recente valorização da constituição federal.

Moacyr Amaral Santos (2009) explica a estreita relação existente entre o direito processual civil e a constituição federal e a necessária consideração do texto constitucional para a prática processual civil: “No direito constitucional, cujo primado sobre os demais ramos do direito se tem por indiscutível, vai o direito processual encontrar as diretrizes jurídico-políticas da sua estrutura e da sua função. Na Constituição se esboçam os princípios fundamentais do processo”.

Uma vez apontada a justiça como valor supremo a ser alcançado e por isso tutelado, a garantia do exercício de todos os direitos também afirmados depende, irrefutavelmente, de instrumento hábil e comprometido com a consecução do direito material, merecedor das garantias constitucionais, que se encerram nos princípios do processo civil previstos na constituição federal (CINTRA, DINAMARCO,GRINOVER, 2005, p.80).

O interesse público expresso no texto constitucional é, portanto, o de assegurar a efetividade dos direitos sociais e individuais, assumindo a justiça como fim último do estado democrático de direito.

Hoje se acentua a ligação entre processo e constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade que transformará o processo de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade.

1.4 Da Ação:

1.4.1 Breve Histórico Acerca do Surgimento da Ação.

O direito processual existia como ciência, até meados do século XIX. A ação era considerada um aspecto do direito material, ou um direito nascido da sua violação; fazendo parte desse conceito, o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido (BEDAQUE, 1995, p. 22).

No direito romano, era completamente desconhecida a ideia de autonomia de processo. Para os juristas de então, direito subjetivo material e ação se confundiam. O conteúdo do direito evidenciava-se pela ótica da ação, que o tutelava contra eventuais ofensas. A titularidade da ação, implicava a titularidade do direito material (BEDAQUE, 1995, p. 22).

Para José Rogério Cruz e Tucci, desenvolvia-se com clareza o direito romano e a confusão entre direito e processo era evidente:

Dentre os importantíssimos efeitos decorrentes da *litis contestatio*, a *novatio* necessária ensejava a extinção da relação de direito material (obrigação originária) deduzida em juízo, dando origem a uma nova relação (obrigação processual derivada), o que vedava, por força da regra *bis de eadem dire ne sit actio*, o ajuizamento de outra ação lastreada na mesma relação jurídica substancial (CRUZ E TUCCI, 1992, p. 29).

No ano de 1856, travou-se a famosa polêmica entre dois juristas alemães, Bernardo Windscheid, catedrático em Greifswald, e Teodoro Muther, professor em Konisberga, a respeito da *actio* romana.

Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito, não sendo, todavia, a noção do direito romano, pois o *corpus Iuris*, previa inúmeras *actiones*, que não pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito corresponda uma ação, a recíproca não é verdadeira. Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma *actio* dada pelo magistrado que exercia jurisdição (BEDAQUE, 1995, p. 22).

No entanto, para Muther, o conceito de ação romana formulada por Windscheid era inexato, pois, para o direito subjetivo é pressuposto da *actio*. Quando o pretor formulava um edito estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões e, tal norma, embora não pertencente ao *ius civile* lhe era equivalente; conclui haver coincidência entre a *actio* romana e ação moderna (DINAMARCO, 1984, p. 14-15).

A partir dessa polêmica, passaram os juristas a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado, nascendo então, o conceito moderno de ação (DINAMARCO, 1994, p. 12-14).

Já no ano de 1868, também na Alemanha, surge a obra de Oscar Bulow a respeito das exceções e pressupostos processuais, em que o autor demonstra a autonomia entre a relação processual e a material (DINAMARCO, 1994, p. 12-13).

São esses os dois grandes marcos do desenvolvimento da ciência processual. Passou-se da chamada fase do sincretismo jurídico para a postura autonomista, quando foram formuladas as grandes teorias a respeito de jurisdição, ação, defesa e processo (DINAMARCO, 1994, p. 18-21). No mesmo sentido, Cruz e Tucci (1992, p. 274), “evoluiu-se da pura técnica para a ciência, do mero procedimento para o direito processual”.

Tanto a polêmica Windscheid-Muther quanto à obra Bulow tiveram também o mérito de chamar a atenção para a existência do binômio direito-processo, ou seja, para a distinção entre plano material e o processual do ordenamento jurídico. Surgiram, então, as concepções unitárias e dualista, que divergem a respeito da natureza da atividade jurisdicional: o juiz cria ou declara direitos existentes? (DINAMARCO, 1994, p. 15-37).

O conceito de ação para os romanos, constituiu um dos marcos da evolução processual, ocorrida entre os anos de 1856 e 1857. A *actio* romana identificava-se mais ou

menos com a noção de direito subjetivo, pois o sistema jurídico romano era um sistema de *actiones*, o que no direito moderno é representado pelo fenômeno denominado pretensão, que é a vontade de impor sua vontade mediante a via judiciária. Portanto, nesse diapasão, que a ação precedia ao direito, pois o pretor poderia criar uma nova lei para o caso concreto, mesmo que até o presente momento não existisse lei para ser utilizada a respeito.

Por outro lado, o direito de ação no direito romano e no direito moderno coincide, pois em Roma havia prioridade do direito sobre a ação, pois seria a ação, o direito à tutela jurídica. E, mesmo havendo discussões a respeito do direito de ação desde a sociedade romana, as idéias em torno da ação são mais claras no direito moderno (BEDAQUE, 1995, p. 67).

1.5 O Acesso Efetivo ao Processo e à Ordem Jurídica Justa

1.5.1 Do Processo

O processo é o instrumento da jurisdição, é também, pois, a sequência de atos necessárias para que o juiz possa aplicar a lei ao caso concreto, tendo por objetivo produzir um resultado que corresponda aquele determinado pelo direito material; sendo também o processo compreendido como noções de procedimento, mais a relação jurídica processual¹⁸.

A regulamentação do processo depende basicamente de concepções filosóficas, políticas e culturais inerentes ao direito material; não deve ser suficiente o formalismo dogmático, que deve ser complementado pela idéia de valor (CAPPELLETTI, 1974, p. 26).

É preciso, pois, cada vez mais, tornar flexível a tutela jurisdicional, no sentido de adaptá-la às necessidades do desenvolvimento eficaz do processo, como instrumento efetivo de proteção das situações de direito substancial (BEDAQUE, 1995, p. 54).

Parte-se desse conceito que as preocupações dos processualistas não podem limitar-se ao campo puramente processual. A formulação de conceitos e regras de processo deve atender à realidade social e as necessidades dos consumidores dos serviços jurisdicionais (BEDAQUE, 1995, p. 54).

¹⁸ O processo é uma sequência de atos coordenados que se desenvolve perante o juiz para a obtenção de uma tutela jurisdicional, não sendo um mero instrumento técnico, pois é utilizado como instrumento de garantia de direitos, pois a visão puramente técnica não pode prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e de justiça.

Não basta a previsão da tutela jurisdicional para determinada situação da vida; é necessário que o titular dessa situação de vantagem, e que precise de intervenção jurisdicional para assegurá-la, possa valer-se dela e ver satisfeito seu direito (BEDAQUE, 1955, p. 54).

Bedaque ainda defende:

O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelo que deles necessitam. Isso somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência (BEDAQUE, 1995, p. 55).

O legislador constituinte conscientizou-se da importância do processo, que está, portanto, em seus resultados, estabelecendo considerável corpo de normas, que integram o direito processual constitucional, pois elevam garantias processuais ao nível máximo da hierarquia das leis, além de consagrar meios específicos para proteção de determinados direitos, com substancial ampliação da legitimidade para agir (BEDAQUE, 1995, p. 14). Nas palavras de Pestana de Aguiar:

Ao merecer os maiores encômios encontra-se, na constituição de 1988, em espetacular dimensionamento do direito constitucional processual, a convertê-lo num super-direito, ao ser maximizado seu potencial instrumental na defesa dos direitos individuais, coletivos, sociais, da nacionalidade e políticos (PESTANA DE AGUIAR, V.I, p. 62).

A valorização da justiça pela constituição de 1988¹⁹ e sua considerável ampliação de instrumentos processuais de proteção aos direitos do cidadão, também foi ressaltada por Sávio de Figueiredo Teixeira (1992, p. 163-168), que expôs: “(...) já se disse que a doutrina processual de ponta, nos últimos tempos, tem dirigido os seus estudos para aspectos mais relevantes que o simples conhecimento do processo como técnica de produção de atos e de julgamento”.

¹⁹ O texto constitucional, consagra a garantia de acesso a uma tutela jurisdicional adequada, protegendo-a efetivamente, e essa proteção constitucional não teria razão de subsistir, se o sistema processual não estiver preparado para garantir eficazmente o interesse juridicamente protegido.

Nesse contexto, Dinamarco:

É preciso também compreender que não é tão grande como se pensou a distância entre o processo e o direito e que o primeiro, tocado pelos ventos da instrumentalidade bem compreendida, acaba por afeiçoar-se às exigências deste; além disso, a participação do processo na vida dos direitos, às vezes muito intensa ou até mesmo indispensável, mostra que do reconhecimento da autonomia do direito processual não se deve extrair pressurosamente a falsa ideia do seu isolamento. O processo e o direito completam-se e a boa compreensão de um exige o suficiente conhecimento do outro. É inerente à proposta, mudança de mentalidade dessa visão acentuadamente instrumentalista, com superação das atitudes muito próprias à fase autonomista do direito processual, ora em visa de extinção. É indispensável agora, relativizar o binômio direito-processo, para a libertação de velhos preconceitos formalistas e para que do processo se possa extrair melhores proveitos (DINAMARCO, 1994, p. 271-72).

A conscientização de que o processo não vale tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos à reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência, tratando-se, sem dúvida, de uma nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. Mostra-se nítido que, depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, a ciência volta-se para os resultados pretendidos pelo direito processual (BEDAQUE, 1995, p. 14).

No mesmo raciocínio, José Eduardo Faria salienta:

O enfoque processualístico tradicionalmente adotado em nossos tribunais, com base em critérios de racionalidade formal, vem hoje sendo mesclado por abordagens fundadas em critérios de racionalidade material; trata-se de uma tendência que tem sido organicamente estimulada por juristas criativos e responsáveis por trabalhos originais sobre instrumentalidade do processo (FARIA, 1992, p. 148).

O processo, pois, se desenvolve de várias formas, mas deve adequar-se a sua finalidade precípua à tutela de uma situação concreta. Trata-se de evitar a violação de direito, e conceder a tutela preventiva. Caso a atuação jurisdicional diga respeito a fato passado, a direito já lesado, a tutela será reparatória (ARMELIN, 1992, p. 49).

1.5.2 A efetividade e o Processo

Atualmente, o que importa e o que é discutido não é somente a independência e autonomia do processo. Debate-se, todavia, a respeito da sua efetividade, que em última análise significa que o processo deve proporcionar a total proteção ao direito substancial. Isto é, somente pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa (BEDAQUE, 1995, p. 56).

O processo apresenta-se tão mais importante e necessário quanto maior seja sua efetividade; e mais, à base de toda construção processual deve estar o fenômeno material, sob pena de se perpetuar o equívoco de discussões estéreis, sem qualquer importância para os escopos do processo (BEDAQUE, 1995, p. 58).

Sustenta-se atualmente, a adequada proteção jurídica como um dos direitos inalienáveis da pessoa humana, incluindo-se nesse rol, o direito a um processo adequado e justo, que assegure ao titular do interesse protegido possibilidade de tutela efetiva (BEDAQUE, 1995, p. 56).

Para Miguel Teixeira de Sousa (2000, p. 27), processo justo é aquele que permite uma aplicação correta da lei a fatos verdadeiros, pelo que, para atingir esse resultado, é necessário satisfazer algumas condições organizativas e atender alguns direitos das partes e às finalidades que devem ser perseguidas pelo processo. E, conclui ainda, o autor:

Para que o processo seja justo, exige-se uma tramitação adequada para aplicar corretamente à lei sobre fatos verdadeiros, e condições necessárias que proporcionem aos servidores da justiça, meios tecnológicos e instalações adequadas, para uma condição de trabalho digna, para isso, há a necessidade do Estado, alocar recursos financeiros necessários para dar cumprimento a essa tarefa (SOUSA, 2000, p. 27).

A relativização do binômio direito-processo constitui inafastável premissa de um sistema processual eficiente, pois a tutela jurisdicional vai atuar exatamente no plano das relações substanciais e, o mínimo que se espera, portanto, é que seja ela dotada de utilidade, isto é, aptidão para tornar efetivo o direito material (VERDE, 1980, p. 750).

O direito processual deve ser estudado pelo prisma da instrumentalidade substancial, ou seja, todos os institutos fundamentais constituem meios para tornar efetiva a tutela jurisdicional²⁰, resultado que é buscado com o processo (BEDAQUE, 1995, p. 92).

José Carlos Barbosa Moreira enumera cinco requisitos para que o processo possa atender as condições de efetividade:

- (i) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos assegurados pela ordem jurídica, inclusive aos direitos fundamentais positivados na forma de princípios e aos direitos fundamentais adstritos (implícitos); (ii) estes instrumentos de tutela devem ser praticamente utilizáveis por todos os titulares de direitos, indiscriminadamente, sejam eles sujeitos individuais ou uma coletividade (direitos difusos e coletivos²¹); (iii) deve-se assegurar o direito à ampla produção de provas capazes de influir no convencimento do julgador, bem como o juiz deve adotar uma postura ativa na atividade instrutória; (iv) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo efetivo do bem da vida a que tem direito – essa perspectiva remete à clássica formulação Chiovendiana “processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e Proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire” – e, por fim, (v) o processo deve atingir o melhor resultado possível com o mínimo dispêndio de tempo e energia (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 33).

As mudanças ocorridas nesse cenário decorrem, em grande parte, do advento do novo modelo econômico introduzido pelo Estado Social²² (Welfare State), mais ajustado à nova realidade social, marcada por uma acentuada complexidade e massificação. Inicia-se, portanto, uma nova fase, cuja nota, sem dúvida emblemática, é o reconhecimento de direitos

²⁰ Quanto mais tivermos procedimentos adequados às especificidades da tutela pleiteada, mais próximos estaremos da justiça substancial, isto é, mais o direito processual se aproxima do direito material, com vista a assegurar, com eficiência, a efetividade deste. Embora instrumento, o processo constitui importantíssimo fator no desenvolvimento das relações substanciais.

²¹ Miguel Teixeira de Sousa entende que os interesses difusos se diferenciam dos interesses públicos, vez que a sua titularidade não pertence a nenhuma entidade ou órgão público, e tampouco se confundem com os interesses coletivos, por não pertencerem a uma comunidade ou a um grupo, mas a cada um dos seus membros; e, por fim, não se confundem com os interesses individuais, uma vez que os bens jurídicos aos quais se referem são insuscetíveis de serem individualmente apropriados. Para o processualista português, quando se trata de interesses coletivos, cada um dos seus titulares é titular de um bem privado exclusivo, sendo necessário que todos eles estejam unidos por um elemento comum, a exemplo da qualidade de profissional de um mesmo ramo de atividade ou de usuário de um mesmo serviço público. E acrescenta, ainda, o indigitado autor, que o mais importante critério que distingue os interesses coletivos *stricto sensu* dos interesses difusos é sua nota de divisibilidade, na medida em que se revela plenamente possível distinguir a parcela que cabe a cada um dos seus titulares.

²² Consoante relata Santos (2001), a preocupação com o acesso à justiça ganhou muita relevância após a segunda guerra mundial, sobretudo entre as décadas de 60 e 70, com a consolidação de novos direitos sociais, econômicos e culturais e o surgimento do Estado-Providência.

e deveres sociais por parte dos governos, comunidades, associações e indivíduos (SANTOS, 2001).

O ilustre Miguel Teixeira de Sousa (2000, p.28), enumera dentre os fatores supramencionados, para alcançar o processo justo, a garantia que todo cidadão possui, de ter garantido o acesso aos tribunais²³ em obediência ao princípio da igualdade, pois, qualquer exclusão ou restrição, implica a impossibilidade ou dificuldade de defesa, especialmente se for por insuficiência econômica. Nesse caso, o Estado fornece condições que possibilitem aos cidadãos, direitos constitucionalmente garantidos.

Ao contrário do acesso à justiça, o devido processo legal se identifica com a idéia de um processo justo, no qual seja assegurado aos litigantes um processo pautado por um tratamento isonômico, num contraditório equilibrado, em que se busque um resultado efetivo, adaptado aos princípios e postulados da instrumentalidade do processo (CAMARA, 2002, p.36).

O processualista moderno está comprometido com seu resultado, não aceitando a indiferença e neutralidade quanto aos objetivos. Quanto mais consciência tiver o estudioso do processo das necessidades verificadas em sede de direito material, mais possibilidade terá de adequar os modelos ao objeto, havendo a compatibilização entre a técnica processual e seu escopo (PROTO PISANE, 1991, p. 11-12).

O processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial, estando a seu serviço, para garantir sua efetividade, (CAPPELLETTI, 1974, p. 6): “um sistema processual será tão mais perfeito e eficaz quanto mais seja capaz de se adaptar, sem incoerências e discrepâncias, à natureza do direito substancial e à finalidade de tutelá-lo”.

O processo muitas vezes não confere a tutela efetiva ao titular de um direito subjetivo, proporcionando-lhe exatamente aquilo a que faça jus, por óbices encontrados no próprio ordenamento substancial, exatamente porque consciente da influência do direito material sobre o processo (YARSHELL, 1993). Nessa linha de Yarshell completa:

²³ O autor Miguel Teixeira de Sousa (2000, p. 28) sobre o tema “acesso aos tribunais” em sua obra: Dado que, no Estado de direito, os tribunais possuem o monopólio do exercício da função jurisdicional, a todos os cidadãos devem ter garantido o acesso aos tribunais (art. 20, n. 1, CRP), pois que qualquer exclusão ou restrição nesse aspecto implica a impossibilidade ou dificuldade de defesa dos direitos ou interesses próprios. Em especial, dado que a justiça não pode ser denegada, por insuficiência de meios econômicos (art. 20, n. 1, CRP), há que garantir a todos, através dos necessários apoios, o acesso à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário (art. 20, n. 1, CRP). A garantia do acesso à justiça, independentemente da situação econômica, ou da condição social do interessado, é uma consequência ao princípio da igualdade (art. 13, CRP), pois há que evitar que alguém deixe de tutelar os seus direitos ou interesses em juízo por não poder suportar as inerentes despesas. O apoio estadual no acesso aos tribunais também decorre dos princípios orientadores do Estado social de direito, segundo os quais, os cidadãos têm direito a que o Estado forneça as condições que possibilitem um gozo e um exercício efetivo dos direitos constitucionalmente consagrados.

Não basta repetir que o processo, na medida do que for praticamente possível, deve proporcionar a quem tem um direito precisamente aquilo a que faça jus, se a determinação desse direito a atuar (base de todo o raciocínio) revelar-se imperfeita e inadequada. A efetividade do processo, portanto, depende do bom entendimento de como opera a tutela jurisdicional e também do direito material a atuar (YARSHELL, 1993, p. 64).

Somente assim, poderá o processualista prever tutelas adequadas ao escopo da função jurisdicional, destaca, ainda Yarshell:

Fundamental para a tão perseguida efetividade é a compreensão dos verdadeiros limites ditados pela ordem jurídica substancial, que o processualista não deve ultrapassar, pois o processo não é fonte autônoma de direitos; mas dos quais também não deve ficar aquém, sob pena de esvaziamento de todo o valor do ordenamento jurídico (YARSHELL, 1993, p. 152).

No entender de Cappelletti, (1974, p. 24): “O processo é como um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera; suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim a que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa à autonomia do direito processual”.

Nesta roupagem, afirma Bedaque (1995, p. 49): “O processo não pode ser colocado no vácuo, sendo imprescindível o reconhecimento, pelos juristas, de que as técnicas processuais servem a funções sociais”.

O estudo do processo pelo ângulo da tutela jurisdicional não significa abandono do progresso científico obtido pela ciência processual, que permitiu a perfeita identificação dos dois fenômenos: o direito material e o processual (BEDAQUE, 1995, p. 39).

Na mesma linha de raciocínio, Andrea Proto Pisane (1991): “O reconhecimento da existência de estreito nexos entre ambos não significa negar autonomia do último, apenas se está à procura de métodos mais adequados para conferir efetividade do processo, que, não obstante autônomo, constitui instrumento do direito material e da pacificação social”.

Essa, pois, é a metodologia a ser utilizada pelo processualista comprometido com resultados: partir do plano do direito material para verificar as deficiências do processo (BEDAQUE, 1995, p. 39).

Em última análise, o escopo do processo é jurídico, não obstante deva o juiz atuar a vontade concreta da norma de direito material de modo a adequá-la à realidade social, atingindo, assim, seu escopo social (BEDAQUE, 1995, p. 51).

Focaliza-se e enfatiza-se, a possibilidade da tutela jurisdicional, ao utilizar o processo como meio, e atuar como efetivo fator de pacificação social, dependendo fundamentalmente da perfeita compreensão a respeito das inúmeras situações da vida e, em consequência, obstar a pacificação social (BEDAQUE, 1995, p. 20).

1.6 A Flexibilização do Sistema Processual à Ordem jurídica Justa

No presente tópico é importante ressaltar a visão moderna que os legisladores terão que ter a respeito da ciência processual, pois há uma verificação processualista moderna sobre o verdadeiro objetivo desta ciência, uma tendência à problemática processual central, ao reconhecer que a lei processual, no seu significado real e profundo está intimamente relacionada às principais alterações culturais dos povos.

Por tais razões, é indispensável a constante evolução das alterações de enfoque do conhecimento processual, partindo-se do princípio da igualdade formal, constituindo exemplo típico de necessidade de mudança, pois, inadmissível, permitir que legislador e intérprete ignorem que a pobreza constitui óbice intransponível à efetividade (BEDAQUE, 1995, p. 42).

A partir dessas premissas, destacamos como meios para a efetividade processual, o método instrumentalista do processo e a eliminação dos impedimentos ao efetivo acesso à justiça, tais como a pobreza econômica e cultural, a visão individualista da legitimidade, a postura passiva dos juízes, justiça e economia, dentre os seguintes:

O acesso à ordem jurídica justa: Não basta apenas o ingresso ao juízo, tem que haver a efetividade de proteção judicial e da ordem constitucional; Órgãos Jurisdicionais: Não basta à ampliação do acesso aos órgãos jurisdicionais que pode também acarretar problemas de eficiência, mas sim garantir o bom funcionamento do mecanismo judicial; Efetividade Processual: O acesso efetivo ao sistema processual não significa, necessariamente, acesso à justiça, à ordem jurídica justa, que somente um sistema eficiente proporciona. Tecnicismo: O motivo do acesso à justiça é a resolução do conflito, nessa busca processual não pode o processualista prescindir somente na técnica. Embora necessária para a efetividade e

eficiência da justiça, deve-a ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado. A crítica refere-se não ao dogmatismo, mas sim para o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo (BOSSMANN JUNIOR, 2003).

Dentre os fatores determinantes da flexibilização podemos destacar, portanto: o juiz e o processo; a postura do processualista; o direito material; escopos do processo; princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa; tutela jurisdicional diferenciada; a interdependência entre direito e processo e a eficácia do sistema e a inadequação da técnica processual.

O acesso à justiça levou processualistas ao questionamento acerca da efetividade da tutela dos direitos e, conseqüentemente, à efetividade do processo, que está intimamente ligada ao fator tempo. Caracterizando assim, a demora na prestação jurisdicional, impeditivo do atraso da tutela efetiva do Direito.

Para Bedaque (1995), o acesso efetivo ao sistema processual não significa, necessariamente, acesso à justiça e à ordem jurídica justa, que somente é proporcionada por um sistema eficiente.

A facilitação do acesso à justiça, a fim de torná-lo efetivo, foi objeto de preocupação dos processualistas do mundo inteiro, que passaram a propor soluções, resultando barreiras de eliminar o acesso, momento separado pela doutrina em três fases, ou seja, três ondas renovatórias, que configurou pela assistência judiciária aos menos favorecidos, passando-se à representação jurídica para os interesses metaindividuais e se encerra com o novo enfoque do acesso à justiça (BEDAQUE, 1995, p. 48).

O centro da preocupação da moderna ciência processual reporta-se à realização concreta da justiça, o que pôde ser observado nos diversos congressos mundiais, promovidos pela associação internacional de direito judiciário já na década de 1970, arrastando-se a tendência nas décadas seguintes, haja vista a realização dos congressos da Bélgica (1977), Alemanha (1983), Suécia (1985), Holanda (1987), Itália (1988) e em Portugal (1991), o que mostra a atenção especial do processualista atual, à problemática processual central, ao reconhecer que a lei processual está intimamente relacionada às principais alterações culturais dos povos (BEDAQUE, 1995, p. 42).

Esta constante conectividade entre as pessoas tem repercutido no âmbito jurídico, onde os países, representados pelos seus respectivos judiciários, têm enriquecido o estudo do direito comparado. Nesta esteira, as sociedades tentam aplicar em seus territórios, com as devidas adequações, sistemas concretizados com sucesso em outros países, podendo dizer que é um sistema de cooperação²⁴.

O desenvolvimento da ciência processual exige a concepção de um instrumento perfeitamente adequado aos fins a que se propõe. Daí a necessidade de – diante da realidade material, das novas conquistas verificadas no plano dos direitos – criar modelos processuais compatíveis, aptos a solucionar essa gama enorme de novos conflitos, até então inconcebíveis.

Neste caso não pode o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas. É preciso conciliar a técnica processual com seu mérito. Não se pretende nem o tecnicismo exagerado, nem o abandono total da técnica. Virtuoso é o processualista que consegue harmonizar esses dois aspectos, o que implicará a construção de um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada.

1.7 A Atuação do Estado pela Busca da Justiça Efetiva

O Estado, ao proibir a utilização da auto-tutela pelos seus cidadãos, não pode apontar o fator tempo como empecilho para desonerar-se do compromisso de tutelar prontamente e adequadamente, os vários conflitos concretos, levados a juízo (MARINONI, 1994, p. 37).

A flexibilização da construção de um novo sistema processual apto a alcançar seus objetivos, começa, em primeiro lugar, pela necessidade de concessão, aos Estados membros, de maior poder para criar normas procedimentais adequadas à realidade local (BEDAQUE, 1995, p. 45).

A problemática do acesso à justiça mostrou-se mais evidenciada no pós-guerra, embora já sentida, com menor relevância, no início do mesmo século. A exigência de tornar a justiça acessível a todos, marcou os sistemas processualistas modernos no mundo socialista e ocidental, evidenciado pelas constitucionais ocidentais mais progressistas do século XX, ao interligaram as liberdades individuais tradicionais, dentre elas, as de natureza processual,

²⁴ Num cenário social globalizado, onde todas as sociedades se comunicam de forma ininterrupta, a troca de informações pela busca de uma qualidade de vida tem se mostrado eficiente.

como as garantias e direitos sociais, como o objetivo primordial de tornar acessível a todos e, uma igualdade perante a lei (MARINONI, 1999, p. 24-25).

O direito do acesso à justiça foi consagrado e denominado constitucionalmente como direitos novos, passando assim, a ser fundamental para a própria garantia desses direitos. Por esse motivo, a temática do acesso à justiça está intimamente ligada à idéia de justiça social, conhecido como o tema-ponte que interliga o processo civil com a justiça social (MARINONI, 1999, p.25).

Nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, as desigualdades sociais não eram preocupações do Estado, pois, bastava assegurar ao mesmo o direito de ir a juízo, pouco importando se teriam ou não condições de usufruir do direito posto em litígio. Os desiguais somente passam a ser tratados desigualmente com o reconhecimento das liberdades políticas e com o surgimento dos direitos econômicos e sociais, que surgem a partir das transformações de direitos públicos, em privilégio dos burgueses, buscando-se salvaguardar a liberdade do cidadão na opressão econômica (MARINONI, 1999, p. 26).

De acordo com Cappelletti, a questão do acesso à justiça traz junto o problema da igualdade, de acordo com a referida citação:

(...) la afirmación por parte del ordenamiento jurídico de una teórica y abstracta igualdad de los ciudadanos frente a la ley, cuando las partes no estén, sin embargo, también em situación de poderse servir, en igualdad de condiciones, de aquel complejo y costoso instrumento de tutela de los derechos quês es el proceso (CAPPELLETTI, 1988, p. 116).

O direito à igualdades de oportunidade, reflete no direito de acesso à justiça²⁵, o que no Brasil, não é religiosamente consagrado, haja vista, os inúmeros problemas sociais que assolam nosso país, dentre elas, a desigualdade de oportunidades, afastando assim, as técnicas que permitem a efetividade do acesso aos órgãos de composição de conflitos (MARINONI, 1999, p. 26).

²⁵ O direito processual civil a ser estudado na perspectiva do acesso à justiça, faz aflorar a problemática inserida no contexto social e econômico, fazendo-se relevante nesse ponto, à utilização de outras ciências e dados que colaborem para compreender as causas da expansividade da litigiosidade e seus modos de soluções de conflito, tendo sempre em mente que, a técnica processual deve estar sempre voltada a uma realidade social, e que os órgãos judiciários tradicionais sozinhos, não apresentam condições para solucionar os conflitos de interesses.

1.8 A Instrumentalidade do Processo e o Acesso à Justiça Efetiva

A proposta instrumentalista é um importantíssimo método de pensamento, que necessita ser colocado em prática. Neste particular, Dinamarco (1994, p. 13): “É preciso, em outras palavras, retornar à dogmática processual, agora com o espírito esclarecido pela visão dos objetivos a conquistar”.

Na medida, pois, que se reconhece à necessidade do instrumento se adequar ao objeto, o processo e seus institutos fundamentais devem ser moldados à luz das necessidades sociais, que fazem surgir novas relações jurídicas. Portanto, a tutela efetiva dos interesses coletivos, próprios de uma sociedade de massa, exige à renovação do modelo clássico de processo, inadequado e insuficiente para resolver as novas questões que certamente irão surgir (BEDAQUE, 1995, p. 47).

Na concepção de Dinamarco (1994, p. 303) “falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-los mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas”.

Neste contexto, Marinoni:

Acesso à justiça nos remonta a um processo justo e a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos (MARINONI, 1999, p. 27-28).

Como se notou acima, necessário assegurar às partes envolvidas na esfera processual, a perfeita adequação do instrumento a ser utilizado, a fim de que possa proporcionar aos interessados, acesso à ordem jurídica justa, assegurando-lhe tudo que o ordenamento jurídico lhe garante.

Precisa a observação de Galeno Lacerda:

Requisito fundamental para que o instrumento possa atingir seu objetivo há de ser, portanto, a adequação dos atos e funções processuais às peculiaridades da relação material que deles constitui objeto e sobre a qual

incidem. Nesta perspectiva, claro está que a função de conhecimento, porque visa à definição do direito em concreto, requer atos e ritos distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realização coativa do direito declarado, ou para a função cautelar, que busca a segurança da aparência dos direitos. Já se vê que a adequação representa o princípio fundamental, unitário e básico do procedimento, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma teoria geral do processo (LACERDA, 1992, p. 01).

É necessário conferir ao direito processual sua verdadeira dimensão, a de instrumento voltado para fora do sistema, pois tem a função de conferir eficácia a outro direito – o material (jurídico), para a final, atingir suas intenções últimas (social e política). O objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los através de suas atividades (BEDAQUE, 1995, p. 50-51).

Verifica-se, portanto, que as alterações operadas no plano do direito material não podem ser ignoradas pelo processualista, tendo em vista a necessidade de coordenação dos ramos do Direito. É salutar também, que haja instrumentos adequados à proteção dos novos ramos de direitos, nascidos com a evolução social, visando efetivá-los de forma prática (BEDAQUE, 1995, p. 49).

Nesta mesma ordem de idéias, Arruda Alvim afirma:

Por isso é que dissemos que, sem a articulação do direito processual civil ao direito material, na ordem prática, a proteção somente desta última revelar-se-ia em grandes objetivos práticos, porque não ancorada numa tábua de instrumentos destinados a tornar eficaz o direito material construída em torno de valores sociais contemporâneos, em que se pretende traduzir um sentimento mais adequado de justiça. Por isso, é insuficiente proteger no plano do direito material, se inexístirem formas de viabilizar essa proteção (ARRUDA ALVIM, RePro, 64/11, p. 12-13).

Neste sentido, argumenta José Roberto dos Santos Bedaque:

A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos, não podendo prescindir da técnica, embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, devendo ocupar-se como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo, não desprezando assim, o aspecto técnico do processo, apenas não apegar ao tecnicismo radical, em que a forma sobrepõe-se ao Direito, objeto do litígio (BEDAQUE, 1995, p. 43).

De acordo com o supracitado autor, a técnica deve servir de meio para que o processo atinja o seu resultado, pois a crítica não parte do dogmatismo, mas do dogmatismo puro, do formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo, pois a preocupação dos estudos era de mera exegese abstrata do sistema, quando muito com enfoques históricos e com a utilização de situações hipotéticas para verificar a operacionalidade do sistema. Encontravam-se estudiosos afastados das preocupações reais da maioria da população (CAPPELLETTI, 1988, p.10).

A este respeito, interessante solução seria a ideia de processo apenas como instrumento voltado a resultados externos. Verifica-se, portanto, que necessário se faz também examinar institutos fundamentais do processo à luz da perspectiva instrumentalista e das situações de direito substancial que, com o exercício da demanda, transformam-se em objeto do processo, segundo as lições de Dinamarco (RePro p.217-18): “Tem-se por objeto do processo o próprio *meritum causae*, ou seja, a pretensão deduzida em juízo à busca de satisfação”.

Assim, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, tem-se um instrumento absolutamente ineficaz²⁶. Nesse sentido, a instrumentalidade não se compatibiliza com a neutralidade ou indiferença quanto às necessidades verificadas no plano material, não bastando, portanto, a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular de uma situação substancial carente de proteção, o acesso à tutela jurisdicional efetiva (BEDAQUE, 1995, p. 49). Segundo o mesmo autor explicita com detalhes:

O desenvolvimento da ciência processual exige a concepção de um instrumento perfeitamente adequado aos fins a que se propõe. Daí a necessidade de, diante da realidade material, das novas conquistas verificadas no plano dos direitos – criar modelos processuais compatíveis, aptos a solucionar essa gama enorme de novos conflitos, até então inconcebíveis. Para ser justo, não pode o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas (BEDAQUE, 1995, p. 44).

A expressão “acesso à ordem jurídica justa”, cunhada por Kazuo Watanabe (1998), expressa de forma mais significativa às preocupações da doutrina processual moderna, que é, antes de tudo, uma questão de cidadania, criando a partir de uma gestão do bem comum, um

²⁶É necessário, pois, adequar à técnica processual ao seu escopo, conciliando a técnica e amoldando o tecnicismo tido como exagerado, harmonizando esses dois aspectos, o que contribuirá para a construção de um sistema processual adequado a alcançar seus escopos de maneira oportuna e sensata.

paradigma de cidadania responsável pela sua história, a do país, a da coletividade, fazendo também, que a jurisdição seja pensada para a realização de vários fins.

Para além dos argumentos acima, o instrumento precisa ser eficaz, e isso somente ocorre se ele for adequado ao fim pretendido. A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito, nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários (BEDAQUE, 1995, p. 56).

Como discorre Watanabe (1998), a perspectiva que prevalece hoje é a do Estado, pois utiliza o Direito como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos, não zelando pelo bem estar da coletividade, mas sim pela ética da eficiência técnica. A questão do acesso à justiça exige uma mudança de mentalidade, o que não pode ser observado atualmente, na sua totalidade (CAPPELLETTI, 1988, p.10).

Apesar do instrumentalismo substancial que se pretende adotar, convém reafirmar a posição quanto às conquistas técnicas obtidas na fase autonomista do processo, não se desejando retornar os conceitos superados, não parecendo razoável, assim, afirmar, por exemplo, que a ação constitui instrumento de tutela do direito subjetivo (MOREIRA ALVES, RePRO, p. 121). Para melhor esclarecimento desse aspecto, mais uma vez vale a pena trazer a colocação de Flávio Yarshell:

Procede a ideia de que os escopos sociais e políticos da jurisdição estão diretamente atrelados ao escopo jurídico (atuação da vontade concreta do direito objetivo), e deste são consequência, visto que incumbe precipuamente ao direito material (não, contudo, exclusivamente à lei) a tarefa de estabelecer a fórmula para eliminação dos conflitos; ao atuá-lo, via jurisdição, o Estado estará promovendo a pacificação com justiça e reafirmando sua própria identidade (YARSHELL, 1993, p. 17).

A temática, pois, do acesso à justiça, considera a perspectiva constitucional, ao trabalhar a teoria do Estado a partir da ideia de democracia social. Nesse diapasão, o acesso à justiça é o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça social, justamente posta, intitulada pela Democracia Social (MARINONI, 1993, p. 21-22).

A teoria do processo, traçada pelas normas constitucionais, reflete a ideia de uma época, ou seja, de um determinado momento histórico, marcada pela noção de Estado, surgindo daí, a importância da teoria geral do estado para a correta definição dos institutos processuais (MARINONI, 1999, p. 21).

Confira-se nesse sentido, a contribuição de Virgílio Andrioli:

(...) desde a mente humana se aplicou na árdua, à teoria do processo houve sempre com quem exaltasse a posição do indivíduo (considerando escopo da jurisdição a tutela dos interesses privados) e quem exaltasse a posição do Estado-juiz (onde escopo da função jurisdicional seria a reintegração da ordem jurídica violada), classifica as diversas concepções sobre a teoria da ação em duas correntes: a primeira, frisando seu sentido substancial, e a segunda, configurando-a como poder de dirigir-se ao juiz (GRINOVER, 1973 *apud* ANDRIOLI, 1964).

Em linha semelhante, Dinamarco ao retratar a teoria do processo, embasada nas normas constitucionais, enfatiza: “Trata-se de uma tutela constitucional do processo, que tem por fim assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são esculpidos de acordo com os valores constitucionais” (DINAMARCO, 1994, p. 25).

Ainda defende a ideia que, nem o processo é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado, pois, somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária “identidade ideológica entre processo e direito substancial”, permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos (DINAMARCO, 1994, p. 35-36).

De acordo com a leitura de Calmon de Passos (1995, p. 333) (...) “a partir do momento em que se afirma o caráter instrumental da ciência processual, deve ser abandonada qualquer ideia fundada na neutralidade, pois, nada é neutro, e no Direito, precipuamente, a neutralidade é mentira, é mito”.

Em contrapartida, Miguel Teixeira de Sousa sustenta:

Para evitar os exageros da técnica, há quem sustente, por exemplo, a possibilidade de o juiz emitir provimento de mérito, ainda que ausente pressuposto processual. Isso porque, à exceção da competência, os demais requisitos necessários ao provimento sobre a pretensão apresentada ao juiz visam a salvaguardar interesses das partes no processo. Assim, a falta de um desses pressupostos somente deveria impedir a tutela quando esta não puder ser favorável àquele que o legislador pretendeu proteger pelo requisito ausente (SOUSA, Repró 63/65-87).

Por esse motivo, o direito processual deve adaptar-se às necessidades específicas de seu objeto, apresentando formas de tutela e de procedimento adequadas às situações de vantagem asseguradas pela norma substancial (BEDAQUE, 1995, p. 19).

A propósito, Bedaque (1995, p. 21) sustenta que uma das teorias que angariou maior prestígio entre os doutrinadores modernos, acatada inclusive em diversos dispositivos do código de processo civil, tem como pólo metodológico a lide, isto é, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida e, isto, nada mais é do que a situação da vida trazida a juízo, em função da qual se desenvolveu toda uma linha de pensamento a respeito do direito processual.

Com relação à preocupação excessiva dos processualistas em se dedicarem tanto a conceitos, muitos de extrema sutileza, as discussões sobre temas de direito processual acabaram por representar verdadeiro exercício de filosofia pura do Direito e, quando volta-se para a realidade, fica claro que o processo, se encontra muito distante dela (BEDAQUE, 1995, p. 15).

A evolução do direito processual passou por momento metodológico que a doutrina denomina de autonomista e conceitual. Hodiernamente, existe a consciência da importância de sua ciência, da imprescindibilidade do instrumento para a própria sobrevivência do direito material, sendo necessário que o processualista passa a se preocupar mais com os resultados de sua atividade (DINAMARCO, 1994, p. 17).

Em contrapartida, defende-se também o aspecto negativo da instrumentalidade do processo, que corresponde exatamente a posição aqui sustentada, no sentido de colocar um ponto final nas distorções causadas pelos excessos cometidos na fase autonomista, posição também sustentada por Dinamarco:

Como vem sendo dito, é relativizar o binômio *substance-procedure*. Não se trata de renunciar a autonomia do direito processual e muito menos aos princípios solidamente instalados em sua ciência e a nível de garantias constitucionais. É que a autonomia do processo não implica seu isolamento e o seu culto como se fosse um valor em si mesmo (DINAMARCO, 1994, p. 267).

O formalismo exagerado pode pôr a perder toda uma série de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, com vista à tutela, de acordo com o exarado por Bedaque:

Toda vez que o ato processual, não obstante praticado em desconformidade com o modelo legal, atingir seu escopo, a nulidade não deve ser declarada. O princípio da legalidade das formas e a necessidade de observância às regras do procedimento são garantia do resultado do processo. Se este for alcançado, deixa de ter relevância o não atendimento à forma (BEDAQUE, 1995, p. 92).

Entende-se aplicável essa conclusão a qualquer tipo de nulidade, mesmo às absolutas; nenhum defeito acarreta a nulidade do ato se o escopo a que ele se destinava for alcançado (BEDAQUE, 1995, p. 92).

É possível imaginar situação em que mesmo a ofensa ao devido processo legal não implique nulidade do processo. Irrelevante, pois, a nulidade da citação se a demanda foi julgada improcedente (BEDAQUE, 1995, p. 93).

A despeito de tudo quanto exposto, trata-se assim, de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, projetado para o plano substancial, com o reconhecimento de que sistema das formas vale enquanto visa a assegurar o mérito do processo, ou seja, a tutela jurisdicional e, obtida esta, sem prejuízo aos princípios maiores do direito processual e sem ofensa ao devido processo legal, passam a ser irrelevantes os eventuais vícios do procedimento.

1.9 A Jurisdição como meio de Realização Plena dos Direitos Materiais

Nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o direito à jurisdição significava apenas o direito de propor ou contestar uma ação, estando em juízo somente, o cidadão que conseguisse suportar o ônus da demanda.

No direito romano, a jurisdição não abrangia o poder do juiz de tornar efetiva a atividade jurisdicional, através do processo de execução do julgado. A pouca participação que inicialmente tinha o juiz na execução forçada fundava-se em outro poder, no poder do imperador, e não na jurisdição. Essa idéia persistiu no direito francês, no italiano e no alemão. Atualmente, prevalece largamente a opinião dos que consideram a jurisdição como a execução autêntica da atividade jurisdicional.

Considerando que o direito pátrio utiliza o termo jurisdição para exprimir o conhecimento da causa, seu julgamento e execução, assim como o poder-dever de impor as sanções legais, a doutrina conclui que as autoridades judiciárias têm a jurisdição dos romanos e o império, que compreende: o direito de conhecer, ordenar, julgar, punir, e *constranger à execução*.

A jurisdição encontra-se no cenário jurídico atual nos artigos 1º e 2º do código de processo civil. O artigo 1º do citado código reza: “A jurisdição civil, contenciosa e voluntária é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este código regula”. O artigo 2º, por sua vez: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão

quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais” (BRASIL, 2010, p. 379).

Podemos concluir, portanto, a partir dos dispositivos legais que a jurisdição é ao mesmo tempo: poder, função e atividade.

Como poder, a jurisdição é a 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, a jurisdição é entendida como o complexo de atos ao juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. Esses três atributos somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado, ou seja, por meio do devido processo legal.

Trata, pois, de uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em disputa para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.

A jurisdição é o poder de aplicar, de dizer o Direito, trata-se de um poder-dever que possui o Estado-juiz, por meio de seus órgãos jurisdicionais, de aplicar a lei ao caso concreto, já que os conflitos submetidos a sua análise devem ser solucionados, sendo sua finalidade principal, a solução dos conflitos e a paz social.

Os conflitos de interesses regulados pelo direito muitas vezes não são solucionados espontaneamente pelos destinatários da regra geral, devem existir meios para que tal ocorra, ainda contra a vontade de um ou alguns deles e, um desses meios, e, por determinadas circunstâncias, o mais utilizado, é o processo jurisdicional (BEDAQUE, 1995, p. 38).

Quando a constituição federal assegura o amplo poder ao acesso do poder judiciário, refere-se a um direito, isto é, a uma faculdade que emerge da proteção da regra material a determinada situação da vida, não existindo garantia constitucional, pois, de mero ingresso, não referindo-se nesse sentido à inafastabilidade da jurisdição²⁷, fazendo jus à proteção, a lesão ou a ameaça do direito (BEDAQUE, 1995, p. 68-69).

A jurisdição assim, apresenta-se acompanhada de uma série de garantias constitucionais, que conferem efetividade, configurando o devido processo legal.

Em uma abordagem bem detalhada desse panorama, Bedaque:

²⁷ A jurisdição, como função estatal, é inerte, que só se põe em movimento quando devidamente provocada pelo titular do direito ou do interesse protegido pela lei, exercendo o direito de ação e invocando a proteção do Estado.

A jurisdição acaba sendo importante fator de pacificação social, visto que o desenvolvimento de sua atividade tende a colocar fim às situações litigiosas que, por sua vez, configuram situações de rebeldia às regras necessárias à própria sobrevivência da sociedade, alegando-se até, que o processo constitui meio de aperfeiçoamento da humanidade (BEDAQUE, 1995, p. 59).

Jurisdição, ação e processo formam o célebre trinômio de determinação do sistema processual. Através destes institutos, o estudo do direito processual como ciência tornou-se tão importante quanto os resultados que ele pode alcançar, uma vez que lida diretamente com o sentimento mais profundo do homem, que é a luta pelos seus direitos (EBLING, 2006).

O resultado almejado somente é alcançado quando a jurisdição atinge eficaz e efetivamente seus escopos, com a devida correspondência entre a forma e a realidade.

Tendo em vista que o Estado, ao proibir a auto-tutela, reservou para si o dever de garantir a todos, o direito à tutela jurisdicional efetiva (entenda-se adequada e tempestiva), a atividade criadora do juiz tem a obrigação de ir além da mera aplicação da norma, devendo, uma vez assumindo as partes o risco das conseqüências da decisão a ser tomada pelo magistrado, buscar, junto aos demais sistemas sociais, a melhor solução ao caso concreto, independentemente da existência de uma lei prévia que discipline neste sentido (EBLING, 2006).

A jurisdição, pois, deve realizar os fins do Estado, permitindo a participação popular, por meio do processo, garantias asseguradas na constituição federal, que inserem-se na teoria que o direito constitucional está intimamente ligado a teoria do Estado, assim como no próprio processo, que não sobrevive com ausência das normas constitucionais, o que torna cada vez mais evidente, a constitucionalização do processo, como realidade a ser seguida pelos processualistas, de modo a adequar a tutela dos direitos.

Todas as definições e conceitos levam em conta elementos inerentes à relação de direito substancial. Também, vários dos temas ligados a cada um desses institutos fundamentais têm grande nexos com a situação material. Na verdade, o direito substancial constitui elemento integrante de todo o direito processual, pois é parâmetro para o exercício da ação e jurisdição (BEDAQUE, 1995, p. 56).

Igualmente na linha do que se argumentou, procura-se analisar a classificação da jurisdição, a competência, as condições da ação, de uma perspectiva diversa, pois, a intenção é demonstrar que todas as grandes questões processuais são resolvidas com elementos emprestados da relação da vida que lhe constitui objeto e do Direito que a regula e é a luz

desse ramo da ciência jurídica que os problemas processuais encontrarão soluções adequadas (BEDAQUE, 1995, p. 56).

A visão instrumentalista do direito processual e de seus institutos fundamentais permite concluir que, as condições necessárias ao poder de exigir a prestação jurisdicional estabelece imenso vínculo entre o direito e o processo, como se pode ver a seguir:

Constituem um ponto de contato entre o direito processual e o plano do direito substancial; é da situação concreta sobre que o juiz é chamado a pronunciar-se (situação de direito material) que emergem os dados que, manipulados pelo processualista, lhe revelarão se a demanda é juridicamente possível, se ocorre legítimo interesse processual e quem são as pessoas cuja esfera de direitos será lícito incidirem os efeitos do provimento a ser emitido em concreto (DINAMARCO, 1984, p. 363).

O entendimento da efetiva função jurisdicional bem como a dificuldade de se harmonizarem os diversos juristas sobre sua conceituação está em muito ligado à questão da teoria constitucional moderna que pressupõe como princípio do estado democrático de direito, a divisão dos poderes estatais, independentes e harmônicos entre si. Estando, portanto, a jurisdição atrelada a um poder independente dos demais, é importante entendermos quais suas funções e limites, para que ela não acabe absorvida pelos demais poderes (EBLING, 2006).

A jurisdição também deve ser vista e estudada a partir da perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva²⁸. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide também sobre o legislador e o juiz, adequando e adaptando o procedimento e conseqüentemente o processo.

A jurisdição, assim, se afirma como atividade do Estado para a atuação do direito objetivo, mediante a aplicação da norma geral ao caso concreto e mediante a realização forçada da norma geral. Sua função é decidir a demanda, e o faz através da figura do juiz, que representa o Estado, que estrutura o sistema judiciário para fazer atuar a jurisdição (EBLING, 2006).

Assim, quando falamos em tutela jurisdicional efetiva, verificamos o processo como instrumento da jurisdição que visa o controle dos conflitos sociais,

²⁸ A busca desse efetivo resultado é o escopo do processo, sendo desdobramento da idéia da instrumentalidade do processo, servindo o processo como instrumento do Estado para o exercício de uma função sua, a jurisdição.

diminuindo o grau de complexidade através da aplicação da norma ao fato concreto (EBLING, 2006). Por isso que, tal como alerta Márcia Brandão Zollinger:

Nesse sentido a doutrina processual civil contemporânea passou a versar sobre questões de acesso à justiça, instrumentalidade do processo e efetividade da tutela jurisdicional, numa verdadeira mudança paradigmática do objetivo do processo que, deixando de constituir um fim em si mesmo, passa a preocupar-se com a concretização, na realidade fática, das aspirações consagradas nas normas de direito material, em especial nas normas jus fundamentais. O objetivo do processo é, pois, tornar efetivo o direito material. Dessa forma, o direito a um procedimento adequado, que possibilite a plena materialização do comando normativo no mundo dos fatos, passa a ser reconhecido como elemento essencial para a realização dos direitos fundamentais, constituindo ele próprio, também, um direito fundamental, como se verá (ZOLLINGER, 2005, p. 121).

A jurisdição em sua concepção clássica, seja na visão de Chiovenda, ao afirmar que aquela se resumia na aplicação da lei ao caso concreto pelo modelo subsuntivo onde a lei genérica e abstrata não considerava a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, numa típica visão do estado liberal, ou na visão de Carnelutti em que o juiz criava norma individual para regular o caso concreto com fundamento na norma geral, não é o bastante para que possamos compreender a concepção de jurisdição no Estado Constitucional.

Nesta linha de argumentação, pondera Luiz Guilherme Marinoni:

Assim como o juiz deve dar sentido ao caso diante da lei, da realidade social e da constituição, o juiz não pode tentar encontrar a lei do caso concreto olhando apenas para a constituição. Para a prestação da tutela jurisdicional é imprescindível a consideração das necessidades do direito material. Isso é mais fácil de evidenciar do que a própria idéia de que a lei deve ser conformada segundo os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais. É que a tutela – ou a proteção – jurisdicional tem uma óbvia natureza instrumental em relação ao direito material. A tutela jurisdicional, antes de tomar em conta a constituição, deve considerar o caso e as necessidades do direito material, uma vez que as normas constitucionais apenas servem para ajudar o juiz a atribuir sentido ao caso concreto e a conformar a norma capaz de regulá-lo. É por isso mesmo que a teoria que afirma que a jurisdição tem o objetivo de concretizar os valores constitucionais não é bastante para explicar a complexidade da função do juiz. Na verdade, a jurisdição tem o objetivo de dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas de acordo com a lei colocada à luz das normas constitucionais (MARINONI, 2009, p. 77).

Procurando a conciliação entre a razoável duração do processo, já estabelecida pela EC 45/2004 e o tempo do processo (tempo mínimo necessário para a realização dos atos processuais e a cognição do magistrado sobre a causa), buscam-se formas diferenciadas de prestação jurisdicional (EBLING, 2006).

Em linhas preliminares, a noção de jurisdição está ligada à idéia de aplicação da norma jurídica abstrata ao fato jurídico concreto, como um sistema lógico e matemático, no qual o Estado substituiria a vontade das partes, fazendo agir o direito (EBLING, 2006). Entretanto, para uma discussão um pouco mais sofisticada acerca do tema, é necessário que seja repensada esta concepção, à vista da necessária e efetiva atividade criadora dos tribunais (EBLING, 2006).

Niklas Luhmann, através da teoria sistêmica, explica esta atividade, partindo de um sistema autopoietico, onde o direito, como um sistema próprio, a partir da norma codificada fechada, se abre à vista da necessidade de uma decisão, que, se não é capaz de sozinha, criar uma jurisprudência, pelo menos dá uma solução ao caso que o solicita (EBLING, 2006).

Há uma mudança na concepção de jurisdição, não como forma de solucionar conflitos pela resposta (sentença), mas oportunizando, dando meios para que se busque a realização da justiça fora da formalidade procedimental, fomentando os acordos e conciliações, trazendo a cooperação do indivíduo com os interesses e escopos do Estado Democrático de Direito (EBLING, 2006).

Aproximar o homem da tarefa de resolver seus próprios conflitos é uma consequência da jurisdição que já não se sustenta sozinha, sendo necessário dividir e delegar a missão jurisdicional (EBLING, 2006).

CAPÍTULO 2 – O TEMPO COMO ELEMENTO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

2.1 O Tempo e o Processo - Dano Marginal, Morosidade e a Busca pela Efetividade do Processo

O tempo é o bem perseguido no processo e nas atribuições cotidianas, gerando interferência no litígio reivindicado, pois, não raras vezes, o direito pleiteado só é concedido, quando não mais se nutre nenhum interesse a ele. Segundo Carnelutti: “O tempo é um inimigo implacável do processo, contra o qual todos, o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores, devem lutar de modo obstinado” (CRUZ E TUCCI, 1994 *apud* CARNELUTTI 1958, p. 354).

O tempo deve ser levado em consideração pelo legislador sob dois aspectos: quando determina a época em que deve exercer os atos processuais (CPC, art.172-174), e quando estabelece prazos para a sua execução, ou seja, constitui importante vetor no plano do direito material (CPC, art. 177ss) (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002).

A relação existente entre o tempo e o processo é tênue, o que mostra a necessidade de técnicas processuais capazes de proporcionar a tempestividade da tutela dos direitos. O transcurso do tempo consiste em uma probabilidade, e em muitas situações, em uma certeza, do demandado vir a sofrer alguma espécie de prejuízo, já que postula a alteração do *status quo*, mostrando-se, notórios os reflexos do tempo na órbita do processo judicial (NUNES, 2004, p. 21-185).

Na mesma direção, Marcato (2008, p. 138) observa: "Realmente, os mais visíveis (e angustiantes) obstáculos que se antepõem ao destinatário final da atividade exercida através do processo são, imediatamente, o seu custo e a sua duração, com efeitos que podem ser devastadores (...)".

Por esse motivo, a prestação da tutela jurisdicional ineficaz, tardia, faz com que as pessoas se sintam desprotegidas e abandonadas pelo poder judiciário. O processualista moderno, constantemente luta contra o tempo do processo, pois quanto maior a demora na concessão do pleito, maior será a probabilidade da concessão não ser completa e se frustrar durante o transcurso do processo (BEDAQUE, 2001, p.113).

O processo também, deve ser rápido e célere para não correr o risco de perecer, para produzir resultados úteis aos que recorrem à atividade jurisdicional do Estado. O processo moroso se torna inútil, impossibilitado de proporcionar resultado efetivo e seguro²⁹ às partes envolvidas no litígio (BEDAQUE, 2001, p. 72). Nesta linha de argumentação:

A tramitação do processo não poderia ficar alheia à influência do tempo. Tanto que o legislador pretendeu fazer com que a tutela jurisdicional fosse sempre prestada pelo Estado, dentro de um limite razoável de tempo, procurando editar normas com a finalidade de tornar o processo idealmente instrumentalizado, a fim de que pudesse ter duração razoável (NUNES, 2001).

A demora na prestação jurisdicional, muitas vezes, equivale a uma situação de verdadeira injustiça, pois aniquila o próprio direito das partes, desprestigiando o poder judiciário, justificando a busca de mecanismos para possibilitar no processo, maior utilidade prática para quem precisa recorrer a questões controversas (BEDAQUE, 2001, p. 113).

A imprescindibilidade da efetividade do processo, enquanto instrumento de realização de justiça³⁰, torna-se fundamental, pois, ao lado da efetividade do resultado que deve conotá-la, necessário também a decisão que seja tempestiva, conforme proclama Barbosa Moreira (1984): “Toma-se consciência casa vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca”.

Para corroborar o quanto exposto, Cruz e Tucci (1994):

Não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar (CRUZ E TUCCI, 1994, p. 132).

²⁹ Cruz e Tucci ao tratar do tempo excessivo empregado no processo, afirma que a intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza, compromete a segurança jurídica influenciando na eficiência da economia, decorrente do prejuízo causado pela prestação jurisdicional.

³⁰ Tempo e processo constituem duas vertentes que estão em constante confronto. Em muitas ocasiões o tempo age em prol da verdade e da justiça e, na maioria das vezes, contudo, o fator temporal conspira contra o processo.

As bases processuais brasileiras são compostas pelas regras que compõem o devido processo constitucional, proporcionando à efetividade almejada, tornando possível resultados úteis e coerentes aqueles que recorrem à atividade jurisdicional do processo (BEDAQUE, 2001, p. 73).

Sérios estudos e reformas legislativas estão se concretizando, tendo como finalidade, agilizar os procedimentos processuais, tornando a justiça, além de mais eficaz, mais eficiente frente à solução processual esperada pela população.

O processo, pois, deve ser conduzido com a presteza necessária, sendo impulsionado para atingir sua meta primordial e, conseqüentemente a adoção de mecanismos processuais que acelerem a prestação jurisdicional.

A morosidade processual é um dos motivos causadores da inefetividade jurisdicional e, uma das possibilidades para amenizar essa conseqüência é a utilização de procedimentos capazes de modificar a realidade extra-autos³¹, contribuindo dessa maneira, com a aceleração da prestação da tutela jurisdicional (NUNES, 2001, p. 151).

É necessária a colaboração por parte dos agentes do Direito e dos funcionários forenses, para contribuir com a presteza processual, amenizando assim, a morosidade processual e ampliando o acesso à justiça³² (BATISTA, 2008).

A propósito do assunto, conclui Bedaque (2001):

Não se pode aceitar que alguém tenha de esperar três, quatro, cinco, às vezes dez anos, para obter, pela via jurisdicional, a satisfação de seu direito. Quem procura a proteção estatal, ante a lesão ou ameaça a um interesse juridicamente assegurado no plano material, precisa de uma resposta tempestiva, apta a devolver-lhe, da forma mais ampla possível, a situação de vantagem a que faz jus.

O poder judiciário não se adequou às transformações sociais, sendo ineficaz no exercício de suas atividades, em virtude do descompasso existente entre a legislação codificada e a realidade do sistema judiciário (NUNES, 2001, p. 183).

³¹ A excessiva duração do litígio vulnera a garantia do devido processo legal, desprestigia os tribunais. Em razão da morosidade, o controle externo do judiciário é defendido, por muitos, como o único remédio apto a agilizá-lo e modernizá-lo.

³² O acesso à justiça é um direito expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O princípio pressupõe a possibilidade de que todos, indistintamente, possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas as regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito.

O Estado-Administração ainda, deve se conscientizar que o processo não é constituído de mecanismos para protelar o cumprimento de suas obrigações, devendo-se atentar para as causas do mau funcionamento da justiça, sendo inclusive os incidentes processuais previstos pela legislação, incidentes que facilitam o ingresso de ações em instâncias superiores, dentre outros fatores, contribuindo para a crise estrutural do Poder Judiciário. Sendo, portanto, um dos fatores determinantes da excessiva demora na apresentação de resultados no processo, o que permite afirmar que o sistema processual ainda não encontrou técnicas para satisfação processual, com eficiência (BEDAQUE, 2001, p.16-18).

De nada servem modificações legislativas que buscam propiciar a justa indenização diante da demora exagerada do processo, se não forem adotadas medidas eficazes de combate às causas dessa demora exagerada. O que se vê em muitos casos é uma justiça insuficiente e ineficiente para a correta realização do serviço que o Estado se propõe a prestar (LUCON, 2007, p. 374).

Uma das soluções para amenizar o efeito do transcurso do tempo processual, ligado à ineficiência material, é a modificação ou alteração da legislação em vigor, ao tratar da morosidade processual, prevista atualmente, de forma bastante limitada pelo legislador processual.

È realidade no projeto do código de processo civil, a tutela de urgência, que tem como um de seus objetivos centrais, a celeridade e eficácia processual, e a extinção do livro das cautelares, fazendo menção somente, as tutelas de urgência; com o fito de amenizar processos que delongam anos, tornando perecíveis, os pleitos almejados.

O fator tempo consiste em um elemento fático para ocasionar conflitos à segurança jurídica e à efetividade jurisdicional. É fundamental para a garantia plena do direito à segurança jurídica, sendo esta, muitas vezes incompatível com a efetividade da jurisdição, principalmente quando o risco do direito, quer uma tutela urgente (NUNES, 2010, p. 126).

O Estado ao oferecer meios de solução de conflitos, vedando a auto-tutela, deve voltar sua atenção para a criação de mecanismos aptos à obtenção do resultado almejado, face à preocupação contemporânea relacionada à efetividade da justiça³³, que se traduz na

³³A morosidade processual tem sido uma causa nevrálgica que resulta em certo descrédito para o Poder Judiciário que, com forte presença formalista e burocrática, vê-se estagnado perante as várias mudanças na sociedade. Junte-se a isto o fato de o Direito no sistema processual brasileiro ser tradicional e apresentar raiz positivista; assim, não acompanha devidamente o crescimento social, cultural, político e econômico.

busca da efetividade da tutela jurisdicional com meios aptos a solucionar as diferentes espécies de controvérsias, cada qual com suas especificidades (BEDAQUE, 2001. p, 15-16).

O projeto do código de processo civil reforça a importância da tutela jurisdicional e a satisfação concreta do direito material efetivar-se dentro de um decurso razoável de tempo.

É por meio do direito à efetividade que se possibilita o surgimento de um processo civil de resultados; o fortalecimento dos poderes dos juízes; a implantação de técnicas de aceleração da prestação da tutela jurisdicional; a implantação de técnicas de compatibilização entre a cognição judicial e as diversas situações de direito material para melhor realizá-lo e à ampliação a legitimidade ativa para a tutela dos direitos e dos interesses coletivos (SENADO FEDERAL, 2010).

O projeto, portanto, ressalta a efetividade, renegando a morosidade processual pois é clara a aversão de parte dos componentes da sociedade não suportar mais a desigual distribuição do tempo no curso do processo, o que faz com que, seja defendida a morosidade processual como benéfica ao réu, ao passo que é beneficiado em algumas situações, como, por exemplo, quando permanece com o bem da vida pleiteado pelo autor, durante todo o decorrer da relação jurídica processual.

Um processo moroso e ineficaz coloca em risco a prestação jurisdicional, tolhendo o próprio direito das partes, o qual no curso da relação processual poderá vir a perecer. Neste contexto, surge a importância dos institutos da tutela cautelar, visando garantir a efetividade da prestação jurisdicional, assegurando a efetividade e o devido processo legal, sob pena de denegar justiça.

Diante da veloz transformação social, os direitos postos em litígio, assim com a sociedade, tem pressa na prestação jurisdicional do Estado, pois, em certos casos, o direito pode perecer, causando desprestígio à população³⁴, desconforto financeiro e a inevitável lesão aos direitos requeridos. Barbosa Moreira evidencia a necessidade, no trecho seguinte:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer, a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena, em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale

³⁴ Sob esse aspecto, a opinião da população em geral e dos operadores do direito em particular é uníssona: todos admitem que há excessiva demora na tramitação do processo judicial. Essa conclusão demonstra que, a rigor, o desempenho da administração da justiça encontra-se muito aquém de atender às expectativas e aos anseios sociais.

dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 181).

Sendo ineficiente o sistema processual, o sistema jurídico passa a carecer de real efetividade temporal e material, para tornar possível a realização dos pleitos ajuizados (BARBOSA MOREIRA, 2001).

Não podemos enxergar a ausência de celeridade, tendo sempre como consequência, a ausência de justiça; não podendo ser perseguida, inclusive, a qualquer custo, como deixa claro BARBOSA MOREIRA (2001):

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil inovar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, nos pensamentos desses próprios autores - hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 232).

Para a verdadeira efetividade do processo, e sua plena realização da missão social, é preciso relevar os motivos de todo o sistema, sejam eles, jurídicos, sociais e políticos, além de superar os entraves que contribuem para ameaçar seu objetivo final.

Os obstáculos do sistema situam-se em quatro pontos sensíveis, que são: a admissão do processo (seu ingresso em juízo e a eliminação das dificuldades que impedem ou desanimam as pessoas de litigar ou de oferecer a defesa adequada); o modo de ser do processo (é preciso que a ordem legal dos atos processuais seja observados, dentre as quais, que as partes tenham oportunidade de participar do processo ativamente e que o juiz não seja um mero expectador, mas que seja ativo na atuação de todo o drama processual); a justiça das decisões (o juiz deve-se pautar pelo critério da justiça, principalmente, ao apreciar uma prova, ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas e ao interpretar os textos de direito positivo); e a utilidade das decisões (o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter) (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002).

A superação desses óbices contribui para a efetividade do processo, na medida em que contribuem para aniquilar os resquícios de medidas judiciais inúteis, que tornem obsoletas as medidas judiciais a serem proferidas, caso os mesmos não sejam derrubados.

Evidente que, para superar os entraves sócio-políticos e alcançar a real efetividade processual, como meio de acesso à justiça, é necessário também, relativizar as formalidades do processo, exigí-las corretamente, quando necessário, e, quando se mostrarem indispensáveis, utilizá-las para atingir o objetivo pleiteado, quando do ingresso do processo primitivo.

E, para a concretização desse objetivo, é necessária a conscientização de que o processo em si não pode ser tratado como mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas sim, como um poderoso instrumento ético, destinado a servir à sociedade e ao Estado. Concretização que depende mais da postura mental dos juízes, advogados, promotores e auxiliares do sistema, que das reformas legislativas, embora importantes, não podem ser aplicadas na totalidade, caso não haja mudança na mentalidade daqueles que integram o sistema jurídico.

A simplificação do sistema é uma das necessidades, além de proporcionar coesão mais visível, permitir ao juiz, centrar sua atenção de modo mais intenso no mérito da causa o que, em muitas situações não ocorre.

A realidade social é modificada constantemente e a capacitação de conhecimentos para os agentes envolvidos na seara jurídica é fundamental para o plano processual e, principalmente, para a efetividade da tutela jurisdicional, de acordo com o expresso pelos seguintes autores:

O reconhecimento das conotações ideológicas do processo constitui um dos passos mais significativos da doutrina processual contemporânea. A mudança de mentalidade em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 45).

Todas as reformas processuais, na maioria das vezes são válidas e eficazes, embora não seja o único meio. O que ocorre nesse caso é que não encontram o resultado esperado, ou seja, na prestação da tutela jurisdicional de um modo justo, adequado, tempestivo e efetivo, porque as reformas processuais são quantitativas e não qualitativas (NUNES, 2010. p. 21).

A “crise temporal” no processo civil está ligada à organização judiciária e à atuação não consciente das pessoas envolvidas nessa teia processual, colaborando para a manutenção de uma constante injustiça, haja vista a não modificação da mentalidade da sociedade e da devida atenção, não só aos problemas processuais, mas também as sociais que interferem na efetivação concreta do processo.

2.2 O “Tempo” como Aliado do Processo. Uma Nova Vertente da Demora da Prestação Jurisdicional, ao Proporcionar Segurança e Solidez às Decisões.

Da análise da palavra “processo” (procedere – seguir avante), já se faz possível concluir que o tempo é um dos elementos inerentes à atividade processual, no sentido de que o processo é uma relação continuada que se desenvolve no tempo.

A duração razoável do processo, que entendemos ser aquela em que as partes tenham observado os prazos estipulados para a prática dos atos processuais e, ao mesmo tempo, aquela cujo órgão, por seus representantes, não tenha sido inerte na direção das etapas do processo que lhes cabe impulsionar, agora exigida pelo legislador constituinte, impôs ao legislador infraconstitucional, bem como a todos os operadores do direito, o dever de rever os mais diversos institutos e regras processuais, para deles se extrair a máxima eficácia da tutela jurisdicional.

Não podemos deixar de enfatizar a luta secular contra a morosidade na resolução de conflitos judiciais, suas múltiplas causas e alguns de seus defeitos e, principalmente a adoção de mecanismos capazes de efetivar a promessa constitucional da duração razoável do processo.

Além disso, a visão da sociedade como sociedade em crise, precisa ser modificada, pois não pode exigir sempre do legislador, novas técnicas de driblar o "necessário" tempo do processo, porque o tempo despendido para estudo e julgamento da demanda é aquele mínimo imprescindível para que sejam respeitadas as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da motivação dos atos processuais, entre outros.

O tempo não corrói direitos que não são adequadamente tutelados na esfera jurisdicional, tem o poder de ir além da sua característica cronológica (horas, minutos, dias)

e passa a interferir na própria concepção do processo, uma vez que é o tempo que controla a máquina judiciária.

Em clássico tema, François Ost (1999), frisa a idéia de tempo do direito:

(...) o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito. (...) o tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico no seio do qual a sua ação se desenrolaria; da mesma forma, o direito não se limita a impor ao calendário alguns atrasos normativos deixando o tempo desenrolar-se normalmente para todo o resto. Pelo contrário, é do interior que direito e tempo trabalham-se mutuamente. Contra a visão positivista que não para de exteriorizar o tempo, mostraremos que só é possível exprimir o direito dando tempo ao tempo; longe de se resumir ao compasso formal do seu desenrolar cronológico, o tempo é uma das principais apostas da capacidade instituinte do direito.

Observando por outra ótica o tempo utilizado no desenvolvimento de uma demanda judicial, não pode ser visto somente como vilão do processo, como inimigo seu, da demanda e conseqüentemente, das partes.

Em situações pontuais, a demora na tramitação e do desenvolvimento regular do processo mostra-se favorável e necessária, sendo, inclusive, essencial para o amadurecimento de ideias a serem revistas e julgadas, seja pelos magistrados, ministros ou mesmo aceita por populares.

A melhor interpretação que se pode extrair da constituição federal é a de que o judiciário deve estar sempre próximo, sempre presente e com condições de atender à demanda que lhe é colocada nas mãos, sem desperdiçar as oportunidades para sanar o litígio. A democracia se faz com a independência e o comprometimento do judiciário e, ainda que não tenhamos um sistema processual ideal, é imprescindível que, valendo-se das normas e dos princípios constitucionais, possa cumprir com a missão de realizar, no mundo dos fatos, os direitos mínimos de cada um (NUNES, 2010).

Um exemplo recente que podemos citar do fator tempo como necessário e beneficiário do processo, aborda a votação de aborto de anencéfalos, julgado em abril do ano corrente, ocasião em que o ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto, fez referência a demora despendida até o julgamento final da respectiva controvérsia, criticando esse “atraso”, sob um aspecto favorável a demanda, não tecendo críticas severas a respeito, pelo

contrário, utilizou-se da oportunidade de palavra e enfatizou que o tempo em que o processo ficou “parado” para julgamento, foi fundamental para o amadurecimento das idéias, dos conceitos, das críticas e revoltas, que fez aflorar na sociedade brasileira.

O ministro ainda, afirmou que, as vezes é necessário deixar “baixar a poeira” de alguns casos que causam clamor social, para somente, com o passar do tempo, e, ao serem estudados detalhadamente, sem a influência externa provocada pela sociedade e pela mídia, decidir embasados na legislação, com ética e lealdade moral.

Nesse caso também, e com a cautela do amadurecimento e da aceitação dos fatos e opiniões, a espera pelo julgamento, proporciona decisões mais sólidas e responsáveis, pois as partes envolvidas tem a oportunidade de repensar no que está em pauta e, assim, julgar serenamente e conscientemente.

Em outra vertente, temos o recurso (que demanda tempo no processo para ser apreciado) como garantia processual que possui a parte, de rever um julgamento que pode ter sido proferido de uma forma inadequada. É a garantia que o sistema processual confere à parte na busca de um julgamento justo.

Não se defende aqui, de modo algum, a perfeição do projeto do código de processo civil, tão-somente se busca destacar que saídas mágicas não existem, e que as sugestões para se alterar o problema do tempo de duração de um processo no Brasil não podem esbarrar em noções leigas ou, de certa forma, já previstas na própria legislação.

Outro ponto relevante e que não pode ser esquecido é que a produção da justiça se faz mediante manifestação da jurisdição no processo, e não por decurso de tempo. Precisamos ter em mente também, que para se promover a justiça precisamos de vários e vários meses e até mesmo anos para que a matéria discutida amadureça no inconsciente das partes, pois, precisamos entender que um julgamento tardio, não irá perder seu sentido reparador.

O direito processual oscila entre a necessidade de decisão rápida e a de segurança na defesa do direito dos litigantes, estando de um lado, a demora no processo representa a falibilidade do direito na proteção das situações concretas que sofrem deformações com o decurso do tempo e de outro, o apressamento dos ditos provimentos sumários ou medidas de cognição parcial resulta na fragilização da ampla defesa e do estabelecimento do contraditório, fazendo ruir o princípio do devido processo legal.

Afirma Ovídio Baptista que a "urgência da tutela" (e não a tutela de urgência) fez com que a procurada efetividade ficasse reduzida, tendencialmente, à simples celeridade na prestação da tutela processual exigida, constituindo mesmo, o tempo, um dos parâmetros da justiça contemporânea (GUERRA, 2008).

Segundo o mesmo autor, o princípio geral da segurança jurídica, que abrange a idéia de proteção da confiança dos cidadãos, pode formular-se no direito do indivíduo de poder confiar que os efeitos jurídicos previstos no ordenamento são assegurados nas manifestações de seus atos ou de decisões públicas incidentes sobre seu status jurídico, realizadas com base em normas vigentes e válidas (GUERRA, 2008).

Não podemos também, pensar ser o princípio da razoável duração do processo, a solução mágica para a morosidade do processo judicial brasileiro, pois, conforme explanado no transcorrer da presente pesquisa científica, ficou claro que não é. Sua importância, no entanto, é imensurável, mas é preciso mais que um princípio para agilizar o processo.

2.3 O Dano Marginal

Um dos aspectos inerentes a não efetividade processual, sendo um dos temas centrais do direito processual moderno é a possibilidade da demora gerar danos irreparáveis às partes. Por esse motivo, esse é um dos maiores objetivos dos processualistas atuais, qual seja, tentar amenizar o dano emergente da demora normal do processo, possibilitando que alcance seus escopos institucionais e não seja transformado em novas fontes de insatisfações. (BEDAQUE, 2001, p. 21).

Quando o direito permanece insatisfeito para a parte, durante todo o tempo necessário da vigência do processo, o dano já pode ser configurado, ao passo que a efetividade da tutela jurisdicional resta comprometida, o que é caracterizado como dano marginal, causado e agravado pela duração excessiva do processo.

O dano marginal, portanto, é decorrente da demora do processo e apresenta efeitos nocivos na vida das pessoas sendo representado pelo tempo de duração do processo, que, atualmente é primordial para o processo moderno, pois as partes têm pressa na satisfação de seus pleitos. O mesmo afirmado por ARRUDA ALVIM:

(...) se tivermos presente a má distribuição do ‘tempo’ no processo, constatar-se-á a implicar isso que o autor (quando se lhe venha reconhecer ‘afinal’ que tinha razão ‘desde o início’ houvesse que aguardar muito tempo para ver ocorrer concretamente à proteção do seu direito, e o réu (a quem não se virá a reconhecer ter razão) ficaria, durante esse mesmo tempo, numa posição de resistência, imune a qualquer eficácia que adentrasse o seu patrimônio ou afetasse a sua esfera moral. Há dessa forma, um desequilíbrio ‘constante’, que não se justifica inteiramente. Há, em realidade um dano

marginal, que ficará, cada vez mais, agravado e crescentemente crônico, na medida em que os processos demorem muito tempo (ARRUDA ALVIM, Revista de Processo nº 99).

A intempestividade da tutela acarreta um inequívoco prejuízo, conhecido como dano marginal de indução processual, que é aquele que decorre exclusivamente da demora no próprio processo; diferente do dano marginal que ocorre da impossibilidade material de cumprimento da sentença, o que pode ser evitado pela tutela cautelar (MARINONI, 1994, p. 22-23).

Na legislação processual existem regras para, justamente, tentar amenizar os danos causados pela demora na prestação jurisdicional; outras possibilitam a antecipação do pedido de tutela antecipatória, antes da lesão ser configurada, além da condenação para o futuro, admitida no direito alemão e já citada, superficialmente, no presente trabalho.

Com o objetivo de evitar o dano marginal causado pelo processo, existe a possibilidade de sumarização da atividade cognitiva, tornando admissível a tutela jurisdicional mediante conhecimento não exauriente, se considerada a natureza e as especificidades de determinadas relações substanciais (BEDAQUE, 2001. p. 23).

A tutela é efetiva quando proporciona ao titular do direito material, meios para usufruir de seus direitos, segundo o qual o sistema deve dar tudo aquilo que está previsto em lei, assegurado no plano jurídico-material. Tal como se pode ver no magistério de Dinamarco:

Efetividade corresponde a processo apto a alcançar os escopos jurídicos, político e social e cumprir do instrumento de pacificação. Por isso, conclama o processualista e o juiz, a mudança de mentalidade, a fim de que o processo represente mecanismo verdadeiramente adequado ao cumprimento de sua finalidade, e não fonte de decepções (DINAMARCO, 1994, p. 270-271).

A busca pela efetividade processual é a relação entre o resultado do processo e seu cumprimento espontâneo, das regras de direito material, ocasião em que a parte recorrerá à intervenção estatal, caso não seja prontamente socorrida pelo direito, ou seja, a lei ordinária precisa ser apta e célere na prestação jurisdicional, de acordo, inclusive, com GUERRA (1997):

A tutela jurisdicional se revela efetiva, ou eficaz, quanto menor for, dentro dos limites do praticamente possível, a diferença entre o resultado que ela proporciona à parte vitoriosa e o resultado que essa última obteria, em face do ordenamento jurídico, se não tivesse recorrido ao processo para obter esse mesmo resultado (GUERRA, 1997, p. 10).

O sistema processual procura soluções em determinadas providências imediatas, visando diminuir o tempo gasto no processo, ao passo que atende a necessidade de urgência presente em algumas situações pontuais. A demora na prestação jurisdicional, apresenta sérias ameaças a efetividade, pois o estado de insatisfação das partes³⁵, face à não observância da razoável duração do processo, não permite seu cumprimento espontâneo.

Os motivos determinantes que levam à lentidão dos processos judiciais é um conjunto da problemática que circunda a intempestividade da tutela jurisdicional, podendo em princípio, ser agrupada em três itens, quais sejam: fatores institucionais, fatores derivados da insuficiência material e fatores de ordem técnica e subjetiva.

2.4 Fatores de Lentidão do Processo

Com a lentidão processual, direitos se perdem, evaporam no tempo da espera, um tempo desnecessário e inútil. Como conseqüências, vidas desperdiçadas, saúdes comprometidas, perdas e mais perdas, tudo porque se esperou uma “justa justiça” e obteve uma injusta espera de justiça ou, até mesmo, justiça tardia, apesar de alguns doutrinadores conceituarem que uma justiça tardia é a negação da justiça.

O problema da demora na prestação jurisdicional é um problema conhecido por todo cidadão. Chega-se à conclusão, equivocadamente, que a morosidade é um fato novo ou localizado, ou um fato da atualidade, das sociedades industrializadas, de consumo e de massa, ou de países próprios de democratização recente, o que não é verdade, pois no período pós-clássico do direito, que transcorreu dos reinados de Diocleciano até Justiniano, entre o século III e VI da era cristã, já se enfrentava esse tipo de problema (RODRIGUES, 2011).

Para que se dê uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva; o provimento deve ser resultado de um processo tecnicamente bem estruturado e dentro de um espaço de tempo que não seja exageradamente longo.

³⁵ Perpetua a angústia e produz enorme prejuízo, material e moral, àqueles que protagonizam o combate judiciário.

Para vasta parcela de especialistas em direito processual, o código de processo civil representa evolução processual; tem-se que, para buscar solucionar o dilema da morosidade, é preciso atentar para os demais fatores que gravitam em torno das tão proclamadas reformas conceituais da lei processual.

Seria muita ingenuidade atribuir à solução, ou pelo menos, uma alternativa de encaminhamento para a obediência da duração razoável do processo a um único fator isoladamente. Para que seja trilhado um caminho neste sentido, além de vontade política das instituições envolvidas e dos operadores do Direito, as medidas a serem tomadas devem ser executadas em conjunto, também nós temos que buscar a celeridade e não podemos admitir qualquer tipo de justificativa para a demora.

Em que pesem seus aspectos criticáveis, como muito ataca a doutrina, por exemplo, no caso da falta de rigor terminológico sistemático, deve-se curvar para o fato que muitas das inovações adotadas recentemente pela legislação italiana, já estavam presentes anteriormente no código processual civil brasileiro. Logo, no caminho para a agilidade processual, deve-se enfrentar também outras fontes de demora. Muita ênfase é dada, quando emerge principalmente na mídia, a questão da morosidade judicial, somente aos aspectos jurídicos e técnicos envolvidos. Urge atentar-se para os demais fatores de origem político-procedimental, operacional-subjetiva e física (STRENGER, 2011).

Existem fatores que influenciam demasiadamente a morosidade processual. O excesso de leis, o sistema formal com excessivos atos e recursos que atingem os processos são determinantes neste efeito de lentidão processual. O aumento da criminalidade e a globalização potencializaram esta problemática. Com isso, tornou-se mais necessária a justiça ágil para que não seja intensificada a impunidade.

É necessária também, a reestruturação do poder judiciário. As estruturas físicas e os recursos humanos devem estar preparados para o atendimento do grande número de demandas. Os procedimentos precisam ser simplificados. O sistema recursal precisa ser alterado, ou seja, menos opções de recursos. Meios alternativos de justiça devem ser estruturados. Em suma, deve haver um “enxugamento” do ordenamento jurídico. Somente, desta forma, o brasileiro terá acesso a justiça célere, efetiva e segura, como a constituição federal garante.

O juiz pode, pese embora as limitações pessoais, os defeitos de estrutura, a má produção da lei processual, tornar a justiça mais eficiente. Inúmeras propostas têm sido formuladas na doutrina. Em relação à reforma processual, a Escola Nacional da Magistratura, comandada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, vem produzindo inequívoco

trabalho no sentido de conferir ao judiciário instrumental idôneo a otimizar a outorga do justo concreto.

São inúmeros os motivos determinantes da lentidão processual, contribuindo para dificultar a celeridade processual no Brasil. Dentre as causas podem ser destacadas três, que contribuem para a intempestividade da tutela jurisdicional, quais sejam: os fatores institucionais; fatores de ordem técnica e subjetiva e fatores derivados da insuficiência material.

Poderíamos continuar enumerando outros casos, dados e exemplos, mais ou menos recentes, daqui ou do estrangeiro, mas acreditamos que foi possível entender que o problema da demora nos julgamentos é um problema antigo e generalizado, que não assola apenas o Brasil dos últimos tempos.

2.4.1 Fatores Institucionais que Contribuem Para a Intempestividade da Tutela Jurisdicional:

A morosidade processual não está somente ligada aos agentes responsáveis pela estrutura judiciária, ou seja, juízes, promotores, advogados e auxiliares da justiça; existe um sistema deficiente, que resulta na intempestividade da tutela jurisdicional, ligada a fatores de ordem política, econômica e cultural e, não somente, a valores de natureza técnico-jurídica.

A realidade brasileira, não coloca a administração da justiça e seus reflexos jurídicos, como prioridade a ser alcançada, podendo ser demonstrada inclusive, pela paralisação do projeto do código de processo civil na Camada dos Deputados, sem previsão de aprovação, colaborando para um clima de angústia e reprovação nos diversos estratos da sociedade civil³⁶.

O Estado não se dispõe a prestar, ou se presta, é de forma deficitária, contribuição material para imprimir maior celeridade procedimental, com o objetivo de minimizar o espaço temporal entre o início do processo e a satisfação do direito lesado (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 102).

³⁶ Enquanto persistir a falta de obstinação política para minimizar esse gravíssimo inconveniente, só nos resta aguardar os resultados das recentes reformas que tendem a modernizar o direito processual.

2.4.2 Fatores de Ordem Técnica e Subjetiva que Contribuem Para a Intempestividade da Tutela Jurisdicional

A demora na prestação jurisdicional acarreta prejuízo inconcebível às partes, face à demora em obter o bem da vida que o judiciário afirmou que lhe cabe quando as mesmas se deparam com uma sentença de mérito, ao sair o litigante, vitorioso.

Várias são as causas de ordem técnica e subjetiva do judiciário que podem ser citadas, prejudicando a efetividade jurisdicional, dentre elas, a fraqueza da legislação, que contribui para a morosidade processual, ao prever uma infinidade de recursos, muita vezes, sem um objetivo coerente, colaborando para a impunidade, ao permitir as partes recursos procrastinatórios.

A excessiva dilação temporal dos processos judiciais vulnera o processo, gerando gravíssimos inconvenientes para as partes envolvidas. Para os magistrados, também, o prejuízo não é diferente em sua imagem, gerando descrédito à população, que passa a desprestigiar sua atuação³⁷ (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 110).

Dallari (1996, p. 77) ressalva, entretanto, que: (...) “o Brasil tem bons juízes e não tem um bom poder judiciário, face à estrutura precária e deprimente em que se encontram comarcas sem o mínimo de estrutura para atender a demanda da população que recorre ao judiciário”.

Outro ponto que merece destaque são os prazos processuais e a direção pela qual o processo percorre. De acordo com o art. 262 do código de processo civil: “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (BRASIL, 2010).

Fatores esses, de ordem subjetiva sobressaem à displicência quanto ao cumprimento de prazos, que tem como destinatários juízes e auxiliares da justiça e não somente aqueles estabelecidos para as partes, que são as obrigadas a cumpri-los, para a integral preservação de seus direitos (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 103).

Os magistrados, muitas vezes, seja por deficiência estrutural, ou por questões procedimentais, contribuem para a lentidão da administração da justiça, quando não cumprem os prazos estabelecidos em lei, causando atraso no andamento processual.

³⁷ O juiz, como principal protagonista do processo, tem o poder-dever de assegurar a trajetória regular do processo, já que é investido de amplas prerrogativas para, de um lado, organizar a seqüência de atos, e, de outro, reprimir o comportamento abusivo dos litigantes.

A não prestação da tutela jurisdicional pelos magistrados, não é configurada apenas pelo ato de julgar ou não julgar, pois deixam de cumprir funções sociais inerentes a sua condição e conseqüentemente, o descumprimento de suas reais atribuições.

2.4.3 Fatores Derivados da Insuficiência Material que Contribuem para a Intempestividade da Tutela Jurisdicional

A insuficiência material demonstra um inequívoco descompasso entre a legislação codificada e a realidade do serviço judiciário, o que resulta na escandalosa demora na prestação jurisdicional.

É inconcebível, por exemplo, um processo permanecer em um tribunal mais de quatro, cinco anos aguardando julgamento e, por um mero problema material, o mesmo é devolvido ao juízo de origem, sem uma decisão, esperada pelas partes há anos.

A deficiência material é caracterizada também pelas precárias acomodações do poder judiciário em todo país, até mesmo naqueles tribunais mais abastados, que sofrem com as deficiências de estrutura. Quando não se tem um ambiente propício de trabalho, o mesmo se torna mais vagaroso, improdutivo e ineficiente.

A inadequação da estrutura do poder judiciário salta aos olhos, sobretudo na justiça estadual paulista, como observado por Dallari:

Na realidade, não poucos magistrados são constrangidos a exercer a judicatura em dependências improvisadas ou com instalações muito precárias, com deficiência de espaço e sem o mínimo conforto necessário para o eficiente desempenho de suas tarefas. Desse descaso dos tribunais acabam sendo vítimas também os demais participantes indispensáveis das atividades judiciárias, como os advogados, os membros do Ministério Público e os funcionários forenses. O grande sacrificado por essa discriminação contra a primeira instância, motivada, sobretudo, pela acomodação ou indiferença das cúpulas judiciárias, é o povo, em nome de quem o poder judiciário decide e é quem paga as despesas para instalação e manutenção dos serviços judiciais (DALLARI, 1996. p. 156-170).

Merece destaque, a rápida evolução da sociedade, que não é acompanhada pelo desenvolvimento das estruturas judiciárias, com a mesma presteza, ficando claro também que as alterações expressivas no plano material, demanda de imediato, profundas

modificações no sistema processual e nos órgãos judiciais que necessitam para seu bom funcionamento, de aparelhamento adequado e satisfatório³⁸.

2.5 Conseqüências da Intempestividade da Tutela Jurisdicional

A demora da prestação da tutela jurisdicional acarreta danos ao cidadão que recorre ao judiciário, gerando prejuízos de ordem endoprocessual e outras projetadas extrinsecamente, repercutindo além do processo judicial.

Os efeitos da morosidade processual no âmbito econômico, revelam aspectos negativos, pois, na maioria das vezes, ao longo da lide, são imobilizados bens e capitais, favorecendo a especulação e a insolvência, contribuindo com a ameaça e pressão na mão dos mais fortes para ditar aos adversários as condições da rendição.

A ineficiência da administração da justiça, no âmbito econômico, tem sido alvo de juristas e economistas, face sua repercussão no mundo jurídico, pois, de acordo com pesquisas realizadas no âmbito econômico, países com justiça e administração satisfatória, contribuem para o progresso econômico e tecnológico, o contrário, pois, prejudica a economia e o desenvolvimento empresarial do país³⁹ (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 114-116).

Á medida que as delongas processuais mantêm-se no tempo, os empresários são obrigados a desenvolver mecanismos para proteger seus negócios, capitais e investimentos dos riscos inerentes às tensões e desequilíbrios dos mercados, o que leva-nos à conclusão de que o tempo deferido nos tribunais não está conseguindo equipara-se ao tempo real da economia, pois o tempo dos tribunais, hoje, é sinônimo de elevação de custos das transações econômicas (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 118).

Merece relevância e encontra adeptos na doutrina nacional, impulsionada pela legislação internacional, diz respeito ao direito que a parte prejudicada tem, de pleitear uma indenização do Estado, pela demora injustificada do processo judicial, do qual é parte interessada e que tem seu direito lesado pela delonga do fator tempo.

No Brasil, tímidas decisões estão surgindo, e um exemplo nítido, é do tribunal de justiça do Acre, que foi um dos precursores na condenação do Estado, por ferir preceitos

³⁸ Um exemplo de insuficiência material é que até hoje, nem mesmo no campo da informática, o poder judiciário do estado de São Paulo logrou o resultado esperado: cada um dos tribunais implantou, em diferentes momentos, máquinas e programas que não guardam entre si qualquer similitude operacional.

³⁹ A questão da eficiência da administração da justiça, à luz de considerações macroeconômicas, tem sido alvo de atenção simultânea de juristas e economistas.

constitucionais da razoável duração do processo, utilizando-se, inclusive, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para fundamentar a decisão. Contribuindo, portanto, com as orientações e tendências trazidas pela legislação e doutrina internacional, que repudiam, claramente, o tempo excessivo de duração do processo.

Nossos tribunais estão caminhando, lentamente, para a condenação e responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional, e um exemplo é a decisão proferida pelo tribunal de justiça do Acre, conforme dito, que foi um dos precursores ao utilizar, além dos princípios constitucionais, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, inserida no ordenamento nacional através do Decreto n. 678/92.

Portanto, desde que realizadas as alterações efetivadas pela emenda constitucional n. 45, que inseriu dentro das garantias fundamentais dos cidadãos o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF), havendo demora na prestação jurisdicional, o Estado estaria obrigado a indenizar os danos causados. A recente e inovadora jurisprudência do tribunal de justiça do estado do Acre, em boa hora, adota tal entendimento. Segue a ementa da decisão:

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DESÍDIA. PREJUÍZO DA PARTE AUTORA. DANO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA⁴⁰.

Conforme observa-se pela decisão supramencionada, as mudanças estão começando a se tornar real em nosso ordenamento jurídico. Ressalta-se, também, o desenvolvimento da jurisprudência neste aspecto. O Supremo Tribunal Federal tem decidido, caso a caso, possíveis violações à razoável duração do processo, como se nota no seguinte julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE ANISTIA INDEFERIDO. RECURSO. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA⁴¹.

⁴⁰ Apelação cível n. 2009.003074 – 9 de Brasília – Vara cível. Relator: Desembargadora: Miracele Lopes. Revisor: Desembargadora Izaura Maia. Apelante: Estado do Acre. Proc. Estado: Maria Eliza Schettini Campos Hidalgo Viana. apelado: A.N.A. Def. Pública: Aryane Cunha do Nascimento. Por unanimidade de votos, negaram provimento a Apelação. Sessão de 29.10.2009.

⁴¹ “(...) A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao status de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo”. *Ordem parcialmente concedida. (MS 12.847/DF, Rel. Ministro Hamilton Ccarvalho, terceira seção, julgado em 28.03.2008, DJe 05.08.2008).*

Conclui-se que há aplicabilidade imediata e eficácia plena à garantia constitucional da razoável duração do processo, como vem expressamente apregoado no artigo 5º da lei de introdução ao código civil.

Em relação ao tempo da duração do processo, acredita-se na razoabilidade, pois, atualmente, o judiciário brasileiro não tem condições de atender uma determinação exata de tempo a cumprir. Além do mais, existe uma grande variedade de situações que são apresentadas em cada caso processual, desta forma, critérios muito rígidos não trarão bons resultados, ou seja, a imposição de supostos prazos para o encerramento de cada fase processual seria no momento inviável.

Ao ser reconhecida a efetividade plena do princípio em questão, fica patente pela hermenêutica, a possibilidade de impetração de mandado de segurança para amparar o direito líquido, certo e exigível da razoável duração do processo. Fato que, reforça a necessidade de estruturação física do poder judiciário, caso contrário, estar-se-á diante de uma grande redundância, ou seja, mais ações e mais retardamento processual (MANSOLDO, 2010).

É emblemática a decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, anterior à emenda constitucional nº 45, a qual já dispunha sobre o fato da mora ou omissão administrativa importar em violação aos princípios da eficiência e da razoabilidade, abaixo exposta:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. ATO OMISSIVO DO MINISTRO DE ESTADO ANTE A AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DA PORTARIA PREVISTA NO § 2º DO ART. 3º DA LEI 10.559/2002. PRAZO DE SESENTA DIAS. PRECEDENTE DO STJ. CONCESSÃO DA ORDEM⁴².

Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da constituição federal), não se pode permitir que a administração pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora perpetrada.

Na hipótese a ser retratada, já decorrido tempo suficiente para o cumprimento das providências pertinentes, quase dois anos do parecer da comissão de anistia, tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o ministro de estado da justiça profira decisão final do processo administrativo.

⁴² Ordem parcialmente concedida. (MS 9420/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25.08.2004, DJ06.09.2004p.163).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DO WRIT IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. NÃO OBSERVÂNCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, INCISO LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). PRECEDENTES⁴³.

É da jurisprudência da Corte o entendimento de que a comprovação de excessiva demora na realização do julgamento de mérito do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de *habeas corpus*.

Ordem concedida para determinar que a autoridade coatora apresente o *habeas corpus* em mesa para julgamento até a 5ª (quinta) sessão subsequente, à comunicação da presente ordem.

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO. RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PARTICULARIDADES, QUE AUTORIZAM TRATAMENTO DIFERENTE. APLICAÇÃO DO ART. 508 DO CPP. POSSIBILIDADE⁴⁴.

Diz o artigo 580 do CPP que no caso de concurso de agentes (código penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Na hipótese, houve o reconhecimento de violação ao princípio constitucional da razoável duração do processo, sendo que o paciente o peticionário se encontravam na mesma situação jurídica, o que autoriza a aplicação do citado dispositivo. Pedido de extensão deferido.

Ordem concedida para determinar que a autoridade coatora apresente o *habeas corpus* em mesa para julgamento, em razão das peculiaridades do caso, até a primeira sessão subsequente à comunicação da presente ordem.

⁴³ Processo 105135 MS, Ministro Relator: Dias Toffoli, Julgamento: 06.03.2012, Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-059. Divulg. 21.03.2012. Publicação: 22.03.2012.

⁴⁴ Processo PExt no HC 150791 SP 2009/0203017-1, Ministro OG FERNANDES. Julgamento: 02/08/2011, Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA. Publicação: DJe 15/08/2011. Data de Publicação: 15/08/2011.

A comprovação de excessiva demora na realização do julgamento de mérito do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc.LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de *habeas corpus* (HC 101.896/SP, rel. min. Cármen Lúcia, DJe nº 091, publicado em 21.05.2010). Ordem concedida para que a autoridade coatora apresente o *habeas corpus* em mesa para julgamento até a 10ª Sessão da Turma em que oficia, subsequentemente à comunicação da ordem.

EMENTA: EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA NA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DE HABEAS CORPUS IMPETRADO AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA⁴⁵.

Um exemplo também nítido de transformação e recente diz respeito ao projeto do código de processo civil que busca a constitucionalização do processo, como mais uma maneira de torná-lo eficiente e efetivo, ao passo que o mesmo seja interpretado aproximando-o da constituição federal, assegurando o cumprimento da lei material, de acordo com os preceitos trazidos na carta magna, ou seja, a harmonia que precisa existir entre a lei ordinária com a constituição federal⁴⁶.

Em outras palavras, o processo constitucionalizou-se⁴⁷, pois o mesmo deve ser examinado, estudado e compreendido à luz da constituição federal, fazendo a maior relação possível com os seus princípios constitucionais, proporcionando assim, a efetividade da garantia constitucional e o processo como instrumento efetivo à ordem jurídica justa.

⁴⁵ Processo 107785 SP. Ministro: Joaquim Barbosa. Julgamento: 07.02.2012. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-059 Divulg. 21;03.2012. Public. 22.033.2012.

⁴⁶ Constitucionalização do processo.

⁴⁷ O Direito Constitucional nunca esteve tão no centro das relações jurídicas como atualmente, houve um claro deslocamento da importância que outrora foi atribuída ao Código Civil, diploma legal elaborado sob a ótica moderna de um Estado Liberal; para um ambiente jurídico onde vem se sedimentando a supremacia da Constituição, decorrente de evoluções sociais

2.6 A Dimensão do Tempo no Processo Civil e a Razoável Duração do Processo

Na Europa e na América do Norte, em razão da lentidão processual, o direito a um processo sem dilações desnecessárias, vem consagrando inúmeros textos legislativos, dos quais, derivou à elaboração doutrinária e jurisprudencial. A Corte Européia dos Direitos do Homem impõe a esses países, condenação por desobediência do dever de assegurar aos seus respectivos jurisdicionados, o desfecho do processo dentro de um prazo razoável de tempo (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 66-140).

A extrema preocupação com a razoável duração do processo e a efetividade processual é antiga, pois a Convenção Européia para Salvaguarda dos Homens e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, subscrita em Roma, dispõe em seu art. 6º, I, que:

Toda pessoa tem direito que sua causa seja equitativa e publicamente julgada num prazo razoável e por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre os andamentos de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida, podendo os cidadãos italianos recorrer à Corte Européia para exigir seus direitos diante da ineficiência da justiça italiana e pela conseqüente demora exagerada do processo (LUCON, 2007, p. 372).

Sem dúvida, foi a partir da promulgação da Convenção supracitada que, o direito sem dilações indevidas passou a ser um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade, à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, de acordo com a obrigação do poder judiciário, de julgar as causas com a estrita observância das normas de direito positivo, ou seja, a delonga processual não pode ser causada pela vontade das partes, mas sim, por inobservâncias injustificadas dos prazos e termos procedimentais (CRUZ E TUCCI, 1997 p. 67-145).

A lei italiana, portanto, alterou o artigo 3º do código de processo civil italiano e prevê em seu artigo 2º, o direito à indenização decorrente de danos morais e materiais sofridos pela duração exagerada do processo. Outra inovação da legislação italiana faz referencia à execução imediata da sentença, independente de caução, o que contribui para o rápido desfecho do processo, conforme elucidado no julgamento ocorrido na data de 25 de junho de 1987. Eis a ementa do Acórdão:

DIREITOS POLÍTICOS E CIVIS - ITÁLIA - DURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS - LIMITES RAZOÁVEIS - CASO CONCRETO - VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO - RESSARCIMENTO DO DANO - CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO (CONVENÇÃO EUROPÉIA PARA A SALVAGUARDA DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS: ARTS. 6⁴⁸).

Jurisprudência do tribunal de Estrasburgo relata que a França, Turquia e Itália, dentre outros, são os estados que mais foram demandados por vulneração ao art. 6, I, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

A constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, dispõe em seu artigo 24.2, que: “Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias”, valendo-se assim, dos mesmos critérios estabelecidos pela corte européia, efetivando o controle do direito do julgamento do processo célere. Sendo, portanto, detectada a dilação inoportuna, o tribunal condena os cofres públicos do país demandado a uma indenização compatível com os prejuízos material e moral sofridos pelo litigante ao acusado queixoso (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 140).

O art. 24.2 não constitucionalizou o direito aos prazos, na verdade, constitucionalizou-se configurado como um direito fundamental, o direito de toda pessoa que a sua causa seja resolvida dentro de um tempo razoável. Este conceito (o do processo sem dilações indevidas, ou em um tempo razoável) é indeterminado ou aberto, que deve ser dotado de um conteúdo concreto em cada caso, atendendo a critérios objetivos congruentes com seu enunciado genérico, como já ficou deliberado na precedente sentença de 14 de março de 1984 (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 76).

Na mesma linha de raciocínio, o projeto de revisão do código português previu expressamente o direito a um processo despido de inoportunas procrastinações, ao passo que consagra o direito a obter um prazo razoável, uma decisão de mérito e sua conseqüente execução, derivando do direito de acesso aos tribunais, que a demora não razoável dos processos judiciais contribui para uma atuação inconstitucional (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 77).

O tempo razoável de duração ao processo nos tribunais ordinários da justiça norte-americana foi fruto da pesquisa publicada pela *American Bar Association*, em época

⁴⁸ Publicado no periódico II foro italiano, parte IV-28, 1987, p. 385-90, e traduzido no artigo “Dano Moral decorrente da excessiva duração do processo”, in Temas polêmicos de processo civil, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 96-103.

relativamente recente, sendo constante a preocupação dos juristas com o problema da intempestividade da tutela jurisdicional e que, seja qual for à natureza da causa, o tribunal norte-americano sempre se pautará pela celeridade processual e a denominada “*speedy trial clause*”- cláusula do julgamento rápido (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 78).

O ordenamento do Canadá, por sua vez, também merece particular atenção em seu art. 11, b da carta canadense dos direitos e liberdades, de 1982, ao abranger as pessoas jurídicas. Ocasão em que, estende-se às pessoas morais quando estiverem demandando, e que sua pretensão seja julgada dentro de um prazo razoável. O art. 11, b estabelece e reza que: “Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”.

Nos Estados Unidos e no Canadá, como observado, as próprias Supremas Cortes incumbem-se de fiscalizar a atuação das jurisdições inferiores.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José, capital da Costa Rica, na data de 22 de novembro de 1969, em seu artigo 8º, 1, foi expressa a declarar e prever a razoável duração do processo que preceitua:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, constituído por lei anterior, na fase de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (...) (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 80).

A Convenção supramencionada garante à interpretação garante e assegura que todo cidadão tem o direito de ser julgado dentro de um prazo razoável, medida que deve ser cumprida e respeitada pelos juristas que aderiram à referida Convenção.

O Brasil formalizou o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto n. 678 de 1992. A partir de então, passa a ter eficácia em território brasileiro qualquer decisão que venha a ser proferida pela referida Corte⁴⁹. Por essa razão, importantes setores do meio jurídico defendem, e com razão, a imediata adoção da “competência obrigatória e de pleno direito” da Corte Interamericana (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 142).

No Brasil, os estados também têm o dever de zelar pelo término dos processos, dentro de um lapso temporal razoável, sem que haja uma paralisação determinada pelo

⁴⁹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

inadequado funcionamento da máquina judiciária, e que, caso verificado no caso concreto, emerge a responsabilidade objetiva do mesmo, pela frustração da garantia do devido processo legal, consagrado pela constituição federal.

Não restando dúvida que também se aplica na hipótese supracitada, a regra constitucional da ampla reparabilidade dos danos experimentados (art. 5, V e X, CF), sendo, portanto, perfeitamente indenizáveis os danos materiais e morais originados da excessiva duração do processo, desde que o diagnóstico da morosidade tenha como causa primordial o anormal funcionamento da administração da justiça, potencializando assim, eventual perda material, angústia e insatisfação⁵⁰ do jurisdicionado que simplesmente exerceu, a tempo e hora, seu direito de cidadania (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 141-142).

Mais precisamente, quando se fala em direito à efetividade, previsto do inciso XXXV artigo 5^a da constituição federal, está se referindo ao direito que o cidadão tem de fazer concretizar-se seu próprio direito, por tratar-se, inclusive, de um direito fundamental. E, devendo o juiz interpretar a legislação, pautado nos direitos fundamentais, a norma processual deverá sempre ser aplicada para que a efetivação da tutela dos direitos seja efetivada.

O que o inciso XXXV, do artigo 5^o da constituição federal busca não é apenas o acesso ao judiciário, mas principalmente, a inafastável regularidade do processo, com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao detentor da justiça, em curto espaço de tempo, ou melhor, em uma duração razoável do processo, para a conferência do direito que lhe é reservado (NUNES, 2010. p. 135).

Trata-se, portanto, de uma garantia acautelatória e não de um direito, dada à natureza assecuratória constitucional da norma que a enuncia, consoante exegese voltada ao artigo 5^o, inciso XXXV, da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A partir do conceito de Harbele (1978, p. 463), de um *status activus processualis*, passou a reconhecer nos direitos fundamentais um prisma processual, que é condição de efetividade da proteção constitucional à tutela jurisdicional.

A emenda constitucional n^o 45/2004, foi conhecida como a lei da reforma do judiciário, criada com o intuito de sanar a necessidade de um judiciário mais célere, com o objetivo central de amenizar os entraves oriundos da relação tempo-processo, ao proporcionar uma duração processual mais razoável às partes.

⁵⁰ Presume-se, portanto, a amargura da parte interessada que padeceu, durante anos a fio, sofrendo, além de possível prejuízo material, o mal de natureza psicológica advindo da exacerbada duração do processo.

A organização judiciária, para que a razoável duração do processo seja alcançada precisa ser observada e, o mais importante, cumprida, pelos juízes e pelas partes. Além do mais, os prazos processuais e as decisões jurisdicionais precisam estar em perfeita harmonia, para que a satisfação da emenda constitucional seja concretizada (BATISTA, 2010, p. 74).

A razoável duração do processo está prevista no inciso LXXVIII do artigo 5^a da constituição federal, regulamentado pela emenda constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, ao prever: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2010).

Ainda de acordo com a constituição federal, no inciso XV do artigo 93 da, a emenda constitucional nº 45/2004 trouxe a seguinte garantia ao cidadão: “A distribuição dos processos será imediata, em todos os graus de jurisdição”.

Verifica-se a partir desse dispositivo constitucional, que todos os procedimentos envolvidos do Judiciário precisam atuar com consciência para que a eficácia da tutela jurisdicional seja satisfeita.

Por meio desse dispositivo constitucional, o poder judiciário tem a responsabilidade de chamar para si a responsabilidade da solucionar a morosidade processual, contribuindo para a razoável duração do processo, de acordo com o princípio da brevidade ou celeridade processual.

Isso significa que o poder judiciário, tem a obrigação de reverter uma realidade conflitiva e morosa, em positiva, que alcance o bem estar social, de acordo com o previsto na constituição federal, almejar pela presteza da função jurisdicional. No entanto, esse compromisso do judiciário nem sempre é cumprido, pois, vários fatores contribuem para a morosidade processual, embora, não possa justificar sua ineficiência, pois ao Estado não é admitido “socorrer-se” de qualquer empecilho que dificulte a disponibilização do acesso à justiça. O que nos leva à conclusão que o Estado deve sempre, promover meios justos e prestar com celeridade e facilidade os meios legais a serem utilizados pelos cidadãos (BATISTA, 2008).

A efetividade processual como garantia fundamental deve ser extraída dos princípios constitucionais que integram o sistema processual brasileiro, configurando-se assim, uma das garantias constitucionais do processo (BEDAQUE, 2001, p. 72).

Com efeito, afirma Marinoni (2009), o direito fundamental à efetividade é o mais importante dos direitos fundamentais, pois garante à efetivação de todos os outros, tendo

como objetivo, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, e sua aplicação prática.

A efetividade do processo deve ser definida como o modo a impedir que a prestação jurisdicional se torne inócua pelo decurso do tempo, ressaltando a garantia como sua função primordial, além de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e, muito menos complexo, não bastante assegurar a existência de um mecanismo adequado à solução de controvérsias, se as pessoas não tiveram efetivo acesso a ele, pois, de nada valeriam todas as garantias constitucionais asseguradas no processo, se não for oferecido um suporte processual adequado, que ofereça condições reais para sua utilização, como garantia ao acesso do processo efetivo, possibilitando-se assim, meios eficientes para superar entraves que dificultam o exercício pleno dos direitos em juízo (BADAQUE, 2001, p. 72-73).

O princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional é um elemento essencial ao Estado de Direito, como valor a ser defendido e preservado, face à celeridade processual, visando impedir que os efeitos do tempo a frustrem, pois a prestação tardia é obstáculo para a justiça eficaz e ágil. Concluindo, portanto, que o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art. 5, parágrafo I, da constituição federal).

Insta-nos salientar que, mesmo com a redundância trazida pelo texto constitucional, à razoável duração do processo deveria ser um objetivo fixo a ser alcançado pelo sistema, no entanto, a realidade é difícil de ser alterada.

Nesse diapasão, concorda NUNES (2010):

A celeridade processual restou priorizada no texto constitucional, mas, de qualquer forma, esse valor fundamental deve ser compartilhado com o conteúdo material da decisão, porque a decisão precisa ser justa e célere, com base em critérios racionais. Ocorre que o direito à razoável duração do processo inverteu a ordem lógica que sempre esteve presente no processo civil brasileiro.

Sustenta Mauro Cappelletti, que a demasiada duração do processo constitui fonte de injustiça social, ao afirmar: A demasiada duração do processo constitui fonte de injustiça social, “porque el grado de resistencia Del pobre es menor que el grado de resistencia Del

rico; este último, y no el primero, puede normalmente esperar sin dano grave uma Justicia lenta” (1974, p. 133).

2.7 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Súmula Vinculante

A emenda constitucional nº 45/2004 trouxe também à esfera jurídica, a súmula vinculante, outro meio que teve como objetivo a celeridade processual e sua conseqüente efetivação do processo.

As súmulas vinculantes podem ser concedidas, segundo entendimento de BATISTA (2008) como:

As súmulas vinculantes são enunciados jurisprudenciais que conjeturaram entendimentos harmônicos entre tribunais, com a finalidade de serem impostas no ordenamento jurídico, ou seja, são pronunciamentos jurisdicionais, originários de reiterados julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e que fazem com que os juízes ou os órgãos públicos da administração indireta se baseiem nesses pronunciamentos jurisdicionais (BATISTA, 2008, p. 75).

Cumprе esclarecer que, mesmo com o instituto da súmula vinculante trazida pela EC nº 45/2004⁵¹, os seus efeitos podem não interferir absolutamente na atuação do magistrado ao julgar suas demandas, de acordo com o que reza o princípio da independência⁵².

Embora obrigatória sua utilização, a adoção da súmula vinculante não é pacífica, pois há os doutrinadores e juízes que defendem sua utilização, como mecanismo de celeridade processual, no entanto, existem aqueles que abominem sua utilização, por defenderem que o caso concreto é único, não podendo assim, utilizar a mesma súmula vinculante para casos semelhantes, por ser individual casa problema trazido ao Judiciário.

Djanira Maria Radames de Sá (1996) defende a corrente doutrinária que todos os juízes são obrigados a seguir o que a súmula vinculante automaticamente, pois segundo a corrente defendida pela mesma, todos os casos iguais, devem ser julgados e decididos

⁵¹ A proposta da súmula vinculante não é tão recente. A súmula vinculante foi proposta pela primeira vez em 1963, mas devido a inúmeras controvérsias, e a divisão das autoridades competentes para a implantação de uma nova ordem jurídica no país, até hoje, não foi aprovada.

⁵² No Estado de Direito, o princípio da independência funcional do magistrado é essencial para a justiça ser promovida, em atendimento a um outro princípio fundamental, o princípio da imparcialidade.

igualmente, para não ferir o direito das partes em ter, para o mesmo caso, a mesma decisão, do mesmo Judiciário, contribuindo assim, com a celeridade processual.

Favorável a utilização da súmula vinculante, doutrinadores defendem que a mesma não pode ser contrária à lei, cabendo ao julgador interpretar e adequá-la à legislação utilizada para decidir o caso concreto trazido a juízo, de acordo inclusive, com o entendimento de Paloma Wolfenson Jambo (2005).

Caberá ao juiz, como cientista do direito, como sociólogo, no desempenho de um poder político, fazer a justiça do caso individual, vencendo, quer a insensibilidade da lei para acudir a situações particulares imprevistas, quer o seu atraso para adaptar-se à emergência de fatos novos.

Por outro lado, adepta a entendimento contrário, existe parcela da doutrina que defende que os juízes não estão obrigados a decidir única e exclusivamente baseados na súmula vinculante, porque cada caso concreto é único e exclusivo, e que, a semelhança não pode justificar decisões iguais para partes e processos distintos, já que não leva em conta o caráter específico de cada decisão⁵³. É a corrente defendida por Raimundo Bezerra Falcão:

Efetivamente, a esperança de encontrar fatos iguais é, na quase totalidade das vezes, uma vã esperança quando se cogita de fatos da vida dos homens. Essa exigência de nova e boa interpretação dos fatos de relevância quando atentamos para a verdade de que a primeira solução pode ter sido errada, de sorte que continuar aplicando pode implicar apenas uma continuação do erro antes perpetrado (FALCÃO, 2006, p. 162).

Pode-se observar que a emenda constitucional nº 45/2004 que inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da constituição federal, que prevê a razoável duração do processo, apresenta o mesmo objetivo central da súmula vinculante, qual seja, e efetividade processual, e sua contribuição para um processo mais rápido, efetivo dos direitos pleiteados ou estagnados no judiciário, contribuindo para amenizar a morosidade processual e proporcionar à população, à essência e o foco central do inciso supramencionado, que é, justamente, a celeridade do sistema jurídico brasileiro.

⁵³ A principal alegação destes, é que a implantação da súmula vinculante no ordenamento jurídico irá engessar a Justiça.

Como é possível perceber, o direito fundamental à tutela jurisdicional é aquele que possibilita a efetivação dos demais direitos fundamentais, de modo que se pode falar em uma relação de integração, interdependência entre direito processual e direito material (mais um princípio interligado ao da efetividade: princípio da instrumentalidade)⁵⁴.

Tamanha é a repercussão sócio-política do direito sem dilações indevidas, que foi erigido à categoria de garantia fundamental do cidadão em inúmeros textos legislativos de índole constitucional ou supranacional, não servindo apenas de fachada para fazer como letra morta dos respectivos diplomas que a consagram, tendo sido o referido controle jurisdicional, ao longo do tempo, constante e rigoroso (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 139).

Em outras palavras, através, não apenas do processo, mas de uma tutela jurisdicional efetiva, consegue-se concretizar a força normativa da constituição, protegendo-se os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana. No que toca aos direitos fundamentais, essa tutela se torna ainda mais importante, visto que os mesmos estão no âmbito do mínimo existencial para que a pessoa humana tenha dignidade.

2.8 Celeridade processual – O Objetivo Central do Projeto do Código de Processo Civil

O atual código de processo civil, promulgado há mais de três décadas, em vigor desde 01 de janeiro de 1974, foi idealizado tendo como paradigma, inúmeras legislações da Europa, além de representar o ponto culminante da evolução científica do direito processual civil em nosso país e, as novidades recentes adotadas à época.

Com o projeto do código de processo civil, a reforma processual será concretizada (no entanto, há os que defendem que não é necessário um novo código de processo com essa finalidade, conforme retratado por Miro Teixeira, no capítulo seguinte do presente trabalho) com a instituição de mecanismos que visam imprimir maior agilização à marcha procedimental (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 99).

O novo código de processo civil tem o propósito de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo, ao passo que, ao simplificar o sistema, o juiz dará mais atenção ao mérito da causa, julgando-a com

⁵⁴ No Princípio da Instrumentalidade, o processo serve ao direito material e é servido por ele, devendo se estruturar tecnicamente de modo a possibilitar a prestação das formas de tutela asseveradas pelo direito material.

mais celeridade, afastando-se assim, o obstáculo do acesso à justiça, a duração razoável do processo, seu alto custo e sua excessiva formalidade (SENADO FEDERAL, 2010, p. 16).

A comissão de juristas, ao propor a reforma do código de processo civil, buscou o equilíbrio entre o conservadorismo do código de processo civil de 1973 e a inovação do novo código, pendente de aprovação.

A comissão deixou claro ainda que não tem a intenção de trazer profundas alterações em sua essência, ou seja, ter-se-á a identificação dos avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que devem ser conservados, no entanto, atualizados para adequar-se à constituição federal atual, tornando o sistema jurídico mais coeso, ágil, capaz de gerar um processo mais célere e conseqüentemente, mais justo e igualitário, atribuindo-se assim, alto grau de eficiência (SENADO FEDERAL, 2010, p. 35).

A exposição dos motivos do novo código de processo civil prioriza a redução da complexidade, pautada em cinco objetivos primordiais, a saber:

- 1) Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a constituição federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado, e;
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organização ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (BRASIL, 2010, p. 16).

O projeto é fruto de estudos racionais da comissão de juristas que o criou, baseados nos cinco critérios supracitados e à obtenção de uma sentença que resolva o conflito, respeitando-se os direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material.

O princípio da razoável duração do processo, que é uma tendência mundial, pois, antes de incorporado na constituição federal em vigor, já havia sido contemplado em outros instrumentos normativos estrangeiros e em convenções internacionais, conforme abordado nos sub-item anteriores, foi levado em conta e considerado na elaboração do projeto do novo código de processo civil, pois o mesmo apresenta como objetivo central, justamente a celeridade processual, que se concretiza com a simplificação do sistema recursal, o que leva a um processo mais ágil.

Portanto, a duração razoável do processo, o conseqüente processo célere e a constitucionalização do processo, além de tendência mundial, é necessidade do poder judiciário brasileiro, o que vem justificar as alterações que serão feitas no novo código, que permanece na Câmara dos Deputados, pendente de aprovação⁵⁵.

Outra inovação trazida pelo projeto e refere-se ao incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas⁵⁶, que configura-se:

O objetivo é o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos tempos mortos (período em que nada acontece no processo) (BRASIL, 2010, p. 18).

O incidente de julgamento de demandas repetitivas seguiu a direção já seguida pelo Supremo Tribunal Federal, com a criação da súmula vinculante e dos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários repetitivos em conjunto, objetivando criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, de acordo com o que venha a ser decidido pelos tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. No entanto, necessário se faz que os tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

Conforme reza o projeto do código, no livro IV: “A jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia” (BRASIL, 2010).

O que não pode deixar de ser enfatizado é que, as normas jurídicas devem dar efetividade às garantias constitucionais, tornando segura as decisões judiciais e proporcionando assim, segurança e conseqüências jurídicas previsíveis, o que oferece tranqüilidade social e crédito ao poder judiciário.

⁵⁵ O projeto de lei 8046/10, que institui o novo código de processo civil (CPC), encontra-se na Câmara dos Deputados. O texto, elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux foi aprovado no final do ano passado pelo Senado.

⁵⁶ Nesse sentido, a proposta cria um mecanismo chamado incidente de resolução de ações repetitivas, que permitirá a aplicação da mesma sentença a todas as causas que tratem de questão jurídica idêntica. Pela legislação atual, cada ação é analisada de maneira autônoma, o que aumenta o trabalho do juiz com casos iguais e multiplica decisões diferentes sobre o mesmo direito.

Diante do desafio do aprimoramento do sistema jurisdicional, o que os processualistas almejam é o equilíbrio harmônico entre a técnica de tutela substancial e a segurança das garantias processuais, pois, existe a preocupação generalizada com a falta de resultado rápido do processo, o que culmina uma crise de legitimidade, o que repercute na esfera dos direitos fundamentais, daí o motivo pelo qual as constituições modernas e os pactos internacionais asseguram expressamente a garantia do *due process of law*, que abrange o direito ao processo sem dilações indevidas, o que vem sendo controlado pelos tribunais constitucionais e supranacionais, que chegam inclusive a impor sanções de atos aos Estados que deixam de implantá-las (CRUS E TUCCI, 1997, p. 123). Afirma o referido doutrinador:

À luz da atual legislação brasileira não basta, pois, que se assegure acesso aos tribunais, e consequentemente o direito ao processo, é necessária a salvaguarda da absoluta regularidade processual, com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em um breve espaço de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 145).

Entretanto, em que pese o reconhecido esforço da comissão de juristas encarregada dessa criação, a efetividade do processo com um alto coeficiente de celeridade somente será atingida se, além de uma legislação nova e moderna, levar-se em conta a complexidade das relações da sociedade atual e a necessidade de um choque de gestão na estrutura processual, com o aumento no número de juízes, investimento no preparo de servidores, advogados e magistrados e aparelhamento tecnológico do judiciário (PERONDI, 2010).

A maioria de juristas entende que um novo CPC se justifica, e é necessário, afirmar no projeto do código de processo civil a seguinte informação:

O acesso à justiça e a razoável duração do processo adquiriram novo verniz ao serem alçados à condição de garantias fundamentais previstas constitucionalmente, aliada ao fato de que a sistematicidade do CPC tem sofrido comprometimento em razão das inúmeras modificações legislativas aprovadas nos 35 anos de sua vigência, e que a coerência interna e o caráter sistêmico são elementos fundamentais para irradiar segurança jurídica para a sociedade brasileira (BRASIL, 2010).

A ideologia norteadora dos trabalhos da comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça, por isso que, à luz desse ideário maior, foram criados novos institutos e

abolidos outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo, mercê da inclusão de ônus financeiro aptos a desencorajar as aventuras judiciais que abarrotam as cortes judiciais do nosso país (BRASIL, 2010).

Entretanto, a notícia de um novo CPC não foi bem recebida por boa parte dos operadores do direito no país, tendo-se em vista o tempo de vigência do atual, além das dezenas de reformas nele empregadas nas últimas duas décadas, reformas estas que simplificaram e agilizaram o processo, especialmente a partir do advento da emenda constitucional 45/2004, que elevou a “duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” ao patamar de garantia fundamental.

Diante disso, faz-se necessário compreender a evolução do processo civil brasileiro e a real necessidade de um novo código, dentro do atual contexto histórico em que se busca uma efetiva prestação jurisdicional, atentando-se para o princípio da celeridade processual, com uma clara valorização do direito material, em detrimento do excessivo formalismo processual.

A proposta dos elaboradores do novo código foi a de incorporar à legislação nacional o que existe de mais avançado no processo, realizando um trabalho extremamente técnico e criterioso, de acordo com o elucidado no capítulo seguinte.

A nova estrutura do código de processo civil sugerida pela comissão de juristas, nos termos do projeto de Lei nº 166/2010, portanto, é a seguinte: livro I – parte geral; livro II – Do processo de conhecimento; livro III – Do processo de execução; livro IV – Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais; livro V – Das disposições finais e transitórias.

Para a comissão de juristas, para justificar o novo CPC, necessário se faz à constitucionalização do direito processual, que abriu caminho para diversas reformas no processo nos últimos anos, em especial no CPC de 1973, que passou por três grandes fases de reformas. Para a comissão, o atual diploma se tornou uma colcha de retalhos, que apesar de ter sido modernizado, deixou, há algum tempo, de atender da forma mais eficaz a demanda pela devida prestação jurisdicional, fato que explica a necessidade de um novo código de processo civil, em sintonia com as atuais necessidades da sociedade brasileira.

FUX (2011) justificou que o trabalho sobre o novo CPC é de legitimação democrática e a comissão de juristas foi convocada em 2009 a fim de pensar um novo código, desde então, o grupo recebeu 13 mil e-mails e 200 sugestões por meio de audiência pública, além de considerações enviadas da comunidade científica e que, 86% das sugestões foram acolhidas.

Em contraposição, o projeto elaborado está sendo alvo de críticas e questionamentos.

(...) o problema atual do judiciário não é a legislação e que um novo CPC não vai agilizar a prestação jurisdicional; gostaria de concordar com a visão extremamente otimista que vem sendo preconizada pelo ministro Fux, mas o problema é de cultura e de falta de recurso material, e não vai se resolver enquanto não houver vontade política para dotar o judiciário dos meios necessários (BRASIL, 2011).

O problema da demora é o tempo em que o processo fica no escaninho dos órgãos do judiciário e essas etapas mortas têm que ser combatidas (BRASIL, 2011).

Susana Henriques da Costa⁵⁷, não vê grandes mudanças na nova legislação: "O projeto não busca uma ruptura e busca um aprimoramento do que já temos. Essa evolução em passos curtos eu considero um aspecto positivo".

Lembrou ainda da importância das formas alternativas de soluções de litígios, como a mediação e a conciliação, e insiste no sentido de que a lei não basta, que é necessária uma mudança de cultura. Ainda assim, o novo texto está mais rente à realidade.

Fica claro, pelos questionamentos dos juristas, que não haveria a necessidade de fazer um novo código para sanar as deficiências do atual, pois comportaria as mudanças necessárias para seu aperfeiçoamento, conjuntamente com as transformações pelas quais a sociedade precisa adequar-se.

No entanto, cumpre-nos na presente pesquisa científica indagar se a celeridade será efetivada ou será que o número de mandados de segurança não aumentarão quando reduzir a quantidade de recursos disponíveis do atual código?

Ficam os questionamentos lançados e a esperança de um novo código de processo mais célere e eficaz para o judiciário, e à população brasileira.

⁵⁷ Susana Henriques da Costa é promotora de justiça do MP-SP, Doutora em Processo Civil pela USP.

CAPÍTULO 3 – PROCESSO CAUTELAR COMO INSTRUMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA

3.1 A Utilização da Tutela Jurisdicional Diferenciada como Meio para a Efetivação da Prestação Jurisdicional

A noção de tutela jurisdicional diferenciada referiu-se, por muito tempo, a toda alteração que se criava no procedimento comum, conceito que veio sofrendo alterações ao longo dos anos, em vista da transformação social. As tutelas diferenciadas são mecanismos criados pelo legislador processual civil com vistas à celeridade dos procedimentos e aumento na efetividade dos provimentos jurisdicionais⁵⁸.

Desta forma, para que esta função seja bem desempenhada, mister se faz uma reaproximação do direito processual do direito material, devendo o primeiro, inclusive, disponibilizar uma sorte de tutelas para melhor atender a toda sorte de direito material.

Nesta linha de raciocínio, surge a idéia das tutelas diferenciadas, preconizada por Proto Pisani (1979), e das tutelas adequadas, afastando-se a doutrina da técnica tradicional do procedimento ordinário, para atendimento das mais diversas espécies de direitos.

A propósito, Proto Pisani, contudo, foi quem utilizou a expressão “tutela jurisdicional diferenciada” pela primeira vez, com o escopo de indicar, em contraposição ao rito ordinário, outras espécies de procedimentos que possam ser utilizados alternativamente para atingir os fins do processo com mais celeridade e simplicidade, sendo perfeitamente possível dizer que as tutelas diferenciadas abrangem os métodos alternativos de solução de conflitos.

Os termos tutela diferenciada, ou simplesmente tutela sumária *lato sensu*, indicam exatamente a utilização de técnicas processuais que, ainda no dizer de Proto Pisani (1979) possam:

(...) a) evitar às partes e à administração da justiça o "custo" do processo de cognição plena, nos casos em que não se justifica a plausibilidade de contestação; b) assegurar rapidamente a efetividade da tutela jurisdicional nas situações de vantagem de conteúdo (exclusiva ou prevalentemente) não patrimonial e que sofreriam dano irreparável pela demora da cognição

⁵⁸ Com as tutelas diferenciadas, o que se objetiva é adequar o procedimento ao direito material pleiteado, no sentido de possibilitar a melhor solução do litígio no menor lapso temporal.

plenária; e c) evitar o abuso de defesa do demandado, mediante a utilização dos instrumentos de garantia previstos para o procedimento ordinário.

Ainda pelas palavras do jurista italiano, para que possa ser garantida a possibilidade de concessão de uma tutela adequada à cada direito, haverá necessidade da adoção de uma sorte de mecanismos diversos, cada um trazendo em si as especificidades necessárias para melhor atendimento à questão de direito material.

Podemos observar ao longo da presente pesquisa científica, que o tempo mal utilizado no processo, o desvaloriza. Nas argumentações dos autores citados, principalmente trazidas nos dois primeiros capítulos do trabalho científico, fica evidente que a justiça tardia é justiça falha e, é por isso, que nas tutelas diferenciadas a celeridade processual é priorizada. Desse modo, exacerba-se a relação entre direito e processo, otimizando-se o instrumento de efetivação do mesmo.

O doutrinador italiano Mauro Cappelletti, sintetiza as afirmações trazidas acima, ao mencionar: "(...) a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível, ao passo que a demora pode representar, ao final, a denegação da própria justiça" (CAPPELLETTI, 1988, p. 20-21).

Importante característica referente às tutelas diferenciadas é a adaptação da própria prestação jurisdicional de seus instrumentos ao objeto desejado; como o objeto varia em cada situação apresentada ao órgão jurisdicional, não se justifica manter-se inalterável o tipo de tutela (ARMELIN, 1992, p. 45).

No mesmo diapasão, Luiz Guilherme Marinoni escreve:

Tutela jurisdicional diferenciada significa, em certo sentido, tutela adequada à realidade de direito material. Se uma determinada pretensão de direito material está envolvida numa situação de emergência, a única forma de tutela adequada desta pretensão é aquela que pode satisfazê-la com base em cognição sumária. (MARINONI, 1994, p. 91).

Ao processo é necessário corresponder às perspectivas sociais, não podendo ignorar a exacerbação de situações socialmente relevantes e sensíveis, que não venham modificar o direito processual. Nessas situações, duas opções podem ser tomadas: ou simplesmente se aperfeiçoar o procedimento comum, ou buscar tutelas diferenciadas que pudessem dar

respostas diversas às necessidades diversas, rompendo-se a lógica da condução a um só paradigma (XAVIER, 2003).

A tutela jurisdicional diferenciada, portanto, visa integrar o direito material ao direito processual, garantindo a cada espécie daquele, de acordo com a necessidade, e na medida do possível, uma maior efetividade, por intermédio da adequação deste, além de consistir em mecanismos dos quais o poder judiciário dispõe para solucionar ou resguardar a solução de questões que estão em situação de emergência ou urgência, bem como daquelas que, pela sua natureza, demandam maior celeridade na sua concessão (XAVIER, 2003).

Ao se referir à tutela jurisdicional diferenciada⁵⁹, muitos autores, emprega a expressão em seu sentido amplo, como sinônimo de procedimento. Partindo dessa premissa, nos dias de hoje, a doutrina define tutela jurisdicional diferenciada como sendo a tutela adequada à satisfação do direito material (XAVIER, 2003).

Nesse sentido, anota Bedaque (1995) que a tutela jurisdicional diferenciada é utilizada como fator decisivo para a efetivação do processo. Nos dizeres de Armelin (1992, p. 45): “A vinculação do tipo de prestação a sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo e potencia o seu tônus de efetividade”.

A tutela jurisdicional diferenciada nasce, pois, da ineficácia das formas tradicionais de prestação da tutela jurisdicional e da necessidade, cada vez mais urgente, de meios que possibilitem a concessão de provimentos jurisdicionais que possam unir a efetividade à celeridade, sem com isso violar princípios e direitos, sejam constitucionais, sejam legais (XAVIER, 2003).

As decisões jurídicas também precisam adequar-se às expectativas sociais de seus destinatários, pois a noção de processo para o direito transcende é noção puramente instrumental, para assumir uma conformação teórica que envolva o próprio direito como um todo (RAMOS RIBEIRO, 1992, p. 13). Para o mesmo autor:

Daí conclui-se pela inconsistência das propostas que visem a melhorias tópicas na estrutura organizacional do poder judiciário, sem cogitar da natureza dos conflitos em jogo, do volume de sua incidência e, sobretudo da inadequação das fórmulas jurídico-processuais utilizadas pelos poderes constituídos para processá-los, seja pela ausência da sua compreensão como tal ao nível ideológico, seja pela determinação política de não resolvê-los,

⁵⁹ A finalidade das tutelas jurisdicionais diferenciadas é adequar o sistema jurídico, de modo a proporcionar maior rapidez, adequação e efetividade aos direitos carentes de maior celeridade na sua prestação e em relação aos quais as formas tradicionais não têm conseguido garantir a tutela jurisdicional de forma apropriada.

com a assunção do risco de sua permanência, erosiva, é certo, na interação dos grupos sociais (RAMOS RIBEIRO, 1992, p. 04).

O sistema processual não pode ser criado dissociado de seu objeto, que nada mais é que a relação da vida das pessoas, reguladas pelas normas de direito material, como bem exposto por Faraco de Azevedo (1989, p. 15): “(...) é preciso evitar o vício persistente de apresentar as doutrinas e teorias jurídicas desligadas de suas condicionantes sociais e políticas, para que não apareçam como puras construções do espírito entre as quais é difícil escolher”.

As formas especiais de tutela jurisdicional, que para alguns constitui a maior novidade científica no campo do processo civil, levam em conta a natureza do direito pleiteado e os mecanismos necessários para a sua efetiva satisfação, segundo Ovídio Baptista da Silva (1987, p. 98).

O processualista moderno precisa conscientizar-se no sentido de que sua ciência, não obstante autônoma, só tem sentido se servir de maneira eficaz a seu objeto. O que reconhece a importância de demonstrar a íntima relação dos institutos processuais com a situação de direito material trazida à apreciação dos órgãos jurisdicional, nexos, inclusive, que pode ser verificado pela própria concepção de jurisdição, ação e processo (BEDAQUE, 1995, p. 55).

Para José Raimundo Gomes da Cruz (1993, p. 16):

O ordenamento jurídico é eficaz não por prever de forma abstrata a existência de direitos, mas principalmente pela efetiva tutela destes. O grau de eficiência do ordenamento é aferido em função da maior proximidade entre a promessa genérica e distante das normas e realidade e por isso, a efetividade do processo deve ser considerada à luz do resultado conseguido, no plano substancial, configurando-se, dessa feita, a legítima tutela.

Muitas das tentativas da alteração da lei processual e do próprio poder judiciário não levam em considerações a natureza dos conflitos a serem dirimidos, e assim, os problemas permanecem (RAMOS RIBEIRO, 1992, p. 04-13).

A partir do momento em que tivermos normas processuais adequadas à realidade substancial e interpretadas em consonância com sua natureza instrumental, certamente estaremos muito perto do objetivo almejado pela ciência processual: a efetividade da tutela jurisdicional (BEDAQUE, 1995, p. 63).

A adoção das tutelas diferenciadas não poderá, em hipótese alguma, violar princípios constitucionais, principalmente o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a coisa julgada, sendo possível, entretanto, que ocorra um leve relaxamento dos mesmos, como ocorre, por exemplo, nos casos de contraditório postergado. Sua finalidade, pois, é possibilitar um meio de garantia de direitos que demandam necessidades especiais, as quais necessitam de tutelas diferenciadas.

A cognição sumária demonstra-se mais ágil e adequada para determinadas tutelas jurisdicionais que se enquadram dentre as diferenciadas, a ação cautelar, que demanda elevada celeridade na sua prestação. Como exemplos podem ser citados também, não só as ações cautelares, mas os casos de tutela antecipada e *habeas corpus*.

Há procedimentos, também, nos quais o provimento jurisdicional é concedido mediante cognição exauriente, havendo, inclusive, a ocorrência de coisa julgada, como por exemplo, nos casos de mandado de segurança. Mesmo nesse caso, há possibilidade de concessão de liminar, a qual é determinada utilizando-se a cognição sumária.

Essas tutelas jurisdicionais são concedidas, em regra, mediante cognição sumária, a qual não exigiria uma observância tão rigorosa do procedimento, cabendo concessão da tutela, sem violação ao princípio do processo legal.

É possível verificar que nem todas as medidas cautelares, bem como os procedimentos especiais e remédios constitucionais se enquadram dentre as tutelas jurisdicionais consideradas diferenciadas, pois serão assim enquadradas, apenas aquelas que atrelarem a efetividade à celeridade do provimento, com verdadeira integração do procedimento ao direito material pleiteado, preenchendo, portanto, os seus requisitos.

A tutela de urgência, por sua vez, também tem como objetivo eliminar a colisão entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição, compreendendo tanto as medidas cautelares como as antecipatórias, idêntica função no âmbito constitucional.

Ambas as medidas de urgência utilizam-se de cognição sumária, não definitiva e urgente, e não exauriente, permanecendo no terreno da verossimilhança das alegações.

Ao afastar a incidência de um dano a direito, as técnicas de urgência acabam por satisfazer e assegurar, diferenciando-se, apenas, pela preponderância numa ou em outra característica. Essa fundamentação constitucional das medidas de urgência é a principal característica de unidade entre elas.

Inexiste qualquer razão para a distinção entre tutelas conferidas mediante as técnicas antecipatórias e cautelares. Embora as medidas não sejam iguais, elas possuem inúmeras características comuns. As duas técnicas possuem idêntica finalidade e características

semelhantes, portanto, não há por que distingui-las. Se possuem tantos aspectos que as aproximam, melhor tratá-las em conjunto.

O fim comum de assegurar a efetividade processual, ao se opor aos males que o tempo provoca ao direito das partes, é o que unifica a tutela de urgência, sujeitando-a princípios comuns nas técnicas assecuratórias e antecipatórias.

Não obstante, o reconhecimento de unidade da tutela de urgência já foi minutado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual no Anteprojeto de lei sobre Tutelas Diferenciadas, Medidas Antecipatórias e Cautelares.

Nesta entoada, conclui-se que a técnica antecipatória possui maior carga de satisfatividade, ao passo que a técnica cautelar goza preponderantemente de uma maior referibilidade. Assim a técnica assecuratória busca assegurar e acaba por satisfazer, e a técnica antecipatória satisfaz para proteger, terminando por também assegurar.

Do grau de satisfatividade e referibilidade contido nas técnicas antecipatórias e cautelares, decorre a dificuldade em reconhecer características meramente assecuratórias ou antecipatórias a elas.

É oportuno realçar que, mais uma vez, o objetivo de evitar o dano é reforçado de acordo com o art. 799 CPC: "poderá o juiz para evitar o dano, autorizar". Dano que não é apenas o dano patrimonial, mas poderá sê-lo moral.

Calamandrei (2000) relata o clássico caso relativo aos afrescos de um cabaré de Paris, que retratavam literatos e artistas famosos na época, despidos a bailar. Uma das atrizes, ofendida em seus direitos da personalidade, moveu ação contra o proprietário da casa pública para retirar a reprodução de sua figura do mural, obtendo êxito em cautela provisória a garantir-lhe a ocultação de sua figura, enquanto a ação principal não era julgada.

A providência importa, sem dúvida, antecipação provisória do efeito prático da sentença final. Não configura antecipação do próprio provimento, evidentemente, pois não lhe reconheceu o direito à supressão da foto, mas concedeu-lhe a tutela cautelar para assegurar a utilidade do provável resultado futuro.

No exemplo de Calamandrei (2000) realmente existiu antecipação de tutela, mas com função assecurativa, estando presente a cautelaridade.

A antecipação destinada a assegurar a efetividade do provimento satisfativo, ainda que implique também em satisfação, mas provisória, tem caráter cautelar. Mesmo porque, como ele mesmo reconhece a antecipação; e sempre de efeitos materiais do provimento final, nunca de sua eficácia jurídica. Antecipam-se os efeitos de um provável direito a ser reconhecido, não o próprio reconhecimento. E como bem conclui Marinoni (1999): "Nesta

dimensão, pois, fica evidenciada a possibilidade da tutela cautelar apresentar estrutura onde se verifique antecipação parcial dos efeitos da evidência definitiva”.

Essa antecipação parcial dos efeitos da sentença do processo principal teria natureza cautelar desde que dotada de função meramente assecurativa. Aqui, conclui ele que todas as tutelas estruturalmente antecipatórias encontram sua verdadeira natureza pela análise funcional de cada uma (BEDAQUE, 1995).

Constata-se que a tutela de urgência é prestada, em sua maioria, através de decisões liminares, que produzem a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

A eficácia conservativa ou antecipatória não pode ser considerada fator de discriminação para a identificação da tutela de urgência. Seja quando se trata de medida cautelar, seja quando a medida vise antecipar os efeitos da tutela definitiva pretendida, o que se faz sempre presente é a luta contra o que os males do tempo podem causar aos direitos das partes. Portanto, classificá-la apenas pelos efeitos práticos das medidas constitui um equívoco.

3.2 Ação Cautelar: Tutela Diferenciada Atrelada à Celeridade Processual

Dentre as modalidades tradicionais de processo, sem considerar, pois, o processo sincrético, forma mais simplificada da tutela jurisdicional de conhecimento, e o injuntivo, se posta, pois, o processo cautelar, como o instrumento jurisdicional que, eivado de peculiaridades, na esfera jurídica nacional, conserva suas nuances procedimentais em meio à quantidade de reformas processuais civis lançadas no corpo pátrio de normas, em especial, a partir do início da década de 90 (noventa) do século anterior.

Este conservadorismo ritual, coincidente à imunidade da tutela cautelar às diversas reformas processuais civis, leva-nos à conclusão de ser o instrumento jurisdicional acautelatório, o que mais se aproxima da efetivação, consagração prática dos corolários informativos do processo civil⁶⁰ (princípios econômicos, lógico, político, jurídico, instrumental e efetivo) (PORTANOVA, 2005, p. 19).

Esta efetividade corresponde à motivação da elaboração deste trabalho científico, além da tutela jurisdicional cautelar, institutos ou posturas processuais particulares à demanda acautelatória, dentre as quais, a atuação *ex officio* do magistrado em situações de

⁶⁰ Princípios informativos do processo civil são, conforme nos ensina o jurista Rui Portanova, “normas ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelho processual”.

urgência, o exercício do poder geral de cautela, a fungibilidade entre medidas cautelares, além da investigação, perquirição científica da natureza jurídica da fumaça do bom direito e do risco de demora na prestação jurisdicional, bem assim da suposta existência de um direito subjetivo acautelatório.

Serão abordadas nos tópicos seqüenciais, as noções gerais do processo cautelar em seu desdobramento e, em tópico seqüencial, menções a institutos acautelatórios peculiares serão expostas com maior especificidade, sempre tendo em vista a urgência e natureza jurídica da tutela jurisdicional acautelatória.

De se ressaltar que não serão aprofundadas as nuances dos ritos acautelatórios, nominados e inominados, mas somente nos pontos relacionados aos institutos objetos de abordagem (tutela cautelar de ofício, poder geral de cautela, dentre outros).

E é neste contexto que a tutela cautelar surge como uma das mais essenciais e importantes fórmulas para se garantir a eficácia e a efetividade do provimento jurisdicional pleiteado pelo demandante, razão pela qual, inclusive, é esta fórmula largamente adotada no direito ocidental alemão. A medida cautelar, nas nobres lições de Francesco Carnelutti, desponta como sendo a fórmula ideal para se tutelar, instrumentalmente, a eficácia do resultado final a ser atingido em outro procedimento jurisdicional; seria a tutela cautelar, assim, o mecanismo adequado para, evitando-se os irreversíveis desgastes impostos pelo tempo, se garantir a eficácia do provimento final a ser pleiteado em outro processo.

3.3 Temáticas Gerais Relacionadas à Tutela Cautelar

Serve-se o processo cognitivo à declaração de um direito subjetivo alegado pelo autor, cumprindo à tutela jurisdicional executória a satisfação deste direito. Fins de cada modalidade processual que não se identificam ao escopo da tutela jurisdicional cautelar, como bem afirmado por Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

Quando o que se busca é uma declaração sobre quem tem razão, uma certeza jurídica, a formação da lei do caso concreto, utiliza-se o processo de conhecimento; quando se quer não mais o acertamento, a certeza jurídica, mas a satisfação do credor, o processo é o de execução; e quando o que se pretende é arredar um perigo ou uma ameaça iminente que recai sobre o direito, utiliza-se o processo cautelar (GONÇALVES, 2004, p. 101).

A tutela acautelatória, diversamente das tutelas cognitiva e executiva, pois, em vista de uma situação fática a denunciar risco de lesão a um *facultas agendi* plausível de consagração, volta-se a, conservando o cenário fenomênico no qual se envolve o direito ameaçado, resguardá-lo, salvaguardá-lo da iminente lesão, material ou processual, demonstrada.

Finalidade de essência à pretensão cautelar que traz no bojo a denunciar sua qualidade como modalidade de tutela jurisdicional, diversas peculiaridades, as quais seguem apontadas nos subtítulos adiante expostos, além de noções preliminares que também sofrerão abordagens.

3.4 Características da Tutela Jurisdicional Cautelar

Como principais características da tutela jurisdicional cautelar postam-se: a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade, a autonomia e a referebilidade. Além das supracitadas características, outras são relatadas na doutrina processualista e, pois, também serão mencionadas, consoante se depreende da análise dos sub-tópicos que seguem.

3.4.1 Instrumentalidade

A característica cautelar da instrumentalidade segue, *a priori*, explanada nas linhas componentes do artigo 796 do Código de Processo Civil: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente” (BRASIL, 2010). Disposição de lei que nos conduz à conclusão, meramente filológica ou gramatical, de que a tutela acautelatória serve apenas a garantir a eficácia e a utilidade de uma demanda posterior voltada à declaração ou à satisfação de um direito.

Ovídio A. Baptista da Silva ao tratar da instrumentalidade como característica da tutela jurisdicional cautelar, critica os apontamentos doutrinários que, seguidores da definição simplista ditada no parágrafo anterior, referem-se à demanda cautelar como simples instrumento de outro processo, para sustentar, com perfeita correção, relacionar-se a instrumentalidade da tutela cautelar ao próprio direito que se almeja proteger e não ao processo posterior:

Mas as medidas cautelares não são “instrumentos do instrumento”, como pretendia Calamandrei, e sim instrumentos jurisdicionais criados para a proteção de direitos. Mas esta constatação é simplesmente óbvia, pois não se diz constantemente que todo o processo civil serve de instrumento para a realização do direito material? E não haverá de pretender que todo o direito processual civil, por ser instrumento, seja cautelar (NUNES, 2001, v.3, p.41).

A instrumentalidade inerente ao processo cautelar mais se relaciona à salvaguarda do direito em si do que ao instrumento jurisdicional posterior no qual este mesmo direito seja discutido ou satisfeito.

3.4.2 Provisoriedade

A provisoriedade decorre da vinculação temporal da eficácia do pleito cautelar à consagração, debate do direito protegido em demanda posterior de cognição mais ampla. De forma mais elucidada, as prescrições de Marcos Destefenni:

A característica da provisoriedade é tão manifesta que as providências cautelares têm uma eficácia temporal. Não são emitidas para se tornarem providências definitivas, mas para serem substituídas pela providência definitiva determinada no processo principal (DESTEFENNI, 2006, v.3, p. 17).

A tutela cautelar expõe sua égide enquanto o direito protegido não for definitivamente declarado ou satisfeito na demanda definitiva posterior. Consagrado o direito, em sede cognitiva ou executória, encerra-se a atuação processual acautelatória.

3.4.3 Revogabilidade

Dada sua feição provisória, passível de revogação, a tutela cautelar sempre que seus requisitos ou elementos de mérito (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*, cuja natureza jurídica será perquirida e explicada nos sub-tópicos seguintes) desaparecerem do cenário fático motivador da ingerência processual de cautela.

Característica esta que integra o texto dos artigos 807, *caput*, e 808, do Código de Processo Civil:

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

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento (BRASIL, 2010).

E junto desta particularidade, segue a modificabilidade das pretensões cautelares: havendo alteração fenomênica, é possível ao magistrado ajustar a tutela cautelar, alterando a medida anteriormente concedida ou substituindo-a por outra.

3.4.4 Autonomia

Falar em autonomia do processo cautelar aparentemente contrasta com a suposta dependência que faz supor o artigo 796 do CPC. Porém, a autonomia que caracteriza o processo cautelar reside no fato de que ele possui uma função própria e diversa dos processos ditos principais, de conhecimento e de execução.

Em outros termos, o processo cautelar possui uma finalidade distinta dos demais, qual seja, a obtenção de medidas de "mera segurança" do direito ameaçado, as quais não se inserem dentre as "funções típicas" dos outros processos judiciais. O processo de conhecimento serve ao acerto definitivo da lide mediante a certificação de qual das partes tem razão, enquanto que o processo de execução é o instrumento legal apto à satisfação da obrigação contida no título executivo.

No entanto, sabe-se que as providências cautelares também podem ser determinadas sem a formação do processo cautelar, ou seja, incidentalmente em processos de natureza diversa, mas sem estabelecer uma "referibilidade direta" com a finalidade originária do processo principal. Essa possibilidade foi autorizada expressamente pelo § 7º do artigo 273, CPC, mas não implicou modificação na natureza e na função do processo de conhecimento.

É importante observar que a característica da autonomia afasta a idéia de que possam existir dois processos relativos ao mesmo litígio. Enquanto ao processo cautelar caberá o

trato do risco de dano que aflite o direito provável, o processo principal objetivará a certificação desse direito mediante sentença e/ou a satisfação dele.

Por outro lado, a autonomia do processo cautelar também se verifica sob o "plano procedimental". É que ele é coordenado segundo procedimentos próprios, formas especiais de se desenvolver e que diferem dos ritos empregados nos demais processos judiciais.

Para chegar a esta conclusão, nos artigos 801 a 804 do CPC constata-se a utilização de técnicas legislativas de "especialização procedimental", como a simplificação e agilização dos trâmites processuais, que aqui se manifestam na redução de prazos e na modificação da forma para a prática de determinados atos do processo. Por exemplo, a petição inicial da ação cautelar contenta-se com a exposição sumária de direito ameaçado (art. 801, IV), enquanto que a contestação deve ser apresentada em cinco dias (art. 802).

Além desses elementos especializantes, para o procedimento cautelar, há previsão legal de justificação prévia unilateral tendente à obtenção de prova testemunhal necessária ao deferimento da segurança, mediante provimento interlocutório denominado "liminar" (art. 804) que será detalhadamente estudado ainda na presente pesquisa científica, o que torna o procedimento cautelar bastante diferenciado.

3.4.5 Referebilidade

Significa que a tutela cautelar deve se referir a uma tutela de direito material ou a "uma situação substancial acautelada". Kazuo Watanabe (2000) diz que a referibilidade dá-se no plano do direito material e que, sob o aspecto processual, seria a causa de pedir remota.

Característica da medida cautelar que a distingue da tutela antecipatória é a instrumentalidade hipotética. O processo, de uma forma geral, é instrumento de realização do direito material. O processo cautelar, que visa assegurar a efetividade de um outro processo (principal), é, portanto, instrumento do instrumento. Cabe, pois, ao magistrado conceder a medida de cunho cautelar para a hipótese de, no processo principal, ser concedida a medida satisfativa do direito material. Essa é a instrumentalidade hipotética.

Dessa característica da tutela cautelar decorre outra que é a referibilidade. Isso significa que aquele que pede a tutela jurisdicional cautelar faz referência, obrigatoriamente, a um direito material ameaçado, ou seja, a um direito que deve ser acautelado. Segundo Alexandre Freitas CÂMARA:

(...) toda medida cautelar se refere a uma situação substancial, que se quer proteger. Esta referibilidade é dado indicativo da cautelaridade. Onde não há referibilidade, não há medida cautelar. Pense-se, por exemplo, nos alimentos provisórios, fixados no procedimento da ‘ação de alimentos’. O provimento que fixa os alimentos provisórios atende diretamente à pretensão substancial do demandante. Já as medidas cautelares não permitem esta realização imediata, limitando-se a assegurar o gozo futuro da situação substancial a que se referem. Esta referibilidade, pois, é marca que distingue a medida cautelar dos demais provimentos jurisdicionais.

Assim, "se inexistir a possibilidade de referência a um outro direito, não há tutela cautelar; há satisfatividade”.

3.4.6 Outras Características

Doutrinadores mais progressistas, ao caracterizarem os provimentos jurisdicionais, conferem-lhe as características da fungibilidade e da hipoteticidade. A fungibilidade entre cautelares será analisada nos sub-tópicos a seguir, no tocante às temáticas específicas da tutela cautelar, relacionada à característica da hipoteticidade, à forma de cognição do pleito acautelatório.

3.5 Classificação dos Provimentos Cautelares

Quanto à previsão legal, provimentos cautelares típicos ou nominados são os expressa e especificamente dispostos na legislação processual civil, considerados os provimentos cautelares atípicos ou inominados aqueles que, sem previsão legal peculiar, são processados em consonância aos ditames informativos do procedimento cautelar comum (artigos 796 a 812, do Código de Processo Civil).

Quanto ao momento em que os provimentos acautelatórios são propostos, podem ser preparatórios, ao que antecedem a demanda principal na qual se discutirá ou realizará o direito acautelado ou incidentais, quando intentados no curso da demanda principal.

A tutela cautelar preparatória só se trata de uma ação cautelar (não se concede, por exemplo, a propositura de uma medida cautelar), podendo o pleito acautelatório incidente assumir feições de uma legítima pretensão cautelar ou de medida de cautela propriamente dita.

O primeiro critério de classificação é relevante no que tange ao regramento legal, guardando importância o critério posterior em se tratando de requisitos legais à conservação de eficácia de pleitos cautelares concedidos⁶¹, bem assim à aferição dos limites conferidos ao julgador para exercer o poder geral de cautela.

3.6 Natureza Jurídica da Tutela Cautelar

Realizadas considerações terminológicas, bem assim argumentos relacionados às características da tutela cautelar, munidos estamos de aspectos e noções teóricas para analisar a natureza jurídica do provimento jurisdicional de cautela. Não obstante tratar-se de uma forma de processo, trata-se o provimento jurisdicional acautelatório de uma espécie das tutelas de urgência.

Tratam-se, pois, as denominadas tutelas urgentes, de mecanismos processuais escorados, como a própria expressão identificadora sugere, em situações de urgência, voltados ou à proteção de um direito plausível de reconhecimento, com o afastamento de um risco iminente de lesão (tutelas de urgência cautelares), ou à satisfação sumária do próprio *facultas agendi* declarado (tutelas de urgência satisfativas).

Tutelas de urgência (acautelatória e a satisfativa) que guardam fungibilidade entre si, nos termos do que dispõe o artigo 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil. Fungibilidade esta que ousamos designar como poder jurisdicional protetivo de urgência, para diferenciá-lo da fungibilidade que integra uma das faces do poder geral de cautela, peculiar das tutelas acautelatórias.

E para caracterizar cada qual, as tutelas urgentes satisfativas, também fundadas em cenários fáticos de urgência, enfocam seu objeto na satisfação antecipada do direito subjetivo posto em tutela. As tutelas de urgência acautelatórias, por sua vez, objeto de nosso estudo, motivadas por ocorrências fenomênicas que importam risco iminente de lesão a um determinado direito, atuam, em eficácia, sobre o cenário fático para afastar o perigo iminente de lesão.

Em sede distintiva, enquanto as tutelas urgentes de cautela voltam-se a, em vista de seus pressupostos de mérito (*fumus boni iuris e periculum in mora*), conservar uma situação

⁶¹ Somente os provimentos cautelares preparatórios encontram-se sujeitos ao prazo de 30 (trinta) dias dentro do qual deverá ser proposta a pretensão principal pelo requerente, a contar da efetivação da medida, sob pena de perda de eficácia do pleito acautelatório concedido (artigo 805, do CPC).

fática para resguardar um dado bem jurídico contra risco iminente de lesão, as tutelas de urgência satisfativas nada acautelam, mas consagram, de forma antecipatória, total ou parcialmente, o próprio direito subjetivo a informar o pedido mediato que identifica a pretensão manifestada pela parte.

A tutela de urgência cautelar, pois, acautela um direito, ao passo em que a tutela de urgência satisfativa – que nada acautela – concede o próprio direito posto em salvaguarda.

Relevante ressaltar que, para muitos processualistas, a tutela cautelar satisfativa sofre críticas severas, sustentando a doutrina majoritária, inclusive, que essa modalidade de tutela cautelar não existe, conforme verificaremos no tópico seguinte, denominado “Medidas Cautelares Satisfativas”, que fundamentará os argumentos sustentados por renomados autores.

3.6.1 As Denominadas “Medidas Cautelares Satisfativas”

A discussão que ora se apresenta parte da análise da hipótese de se admitir ou não que uma medida cautelar possa alcançar um efeito satisfativo.

Foi a necessidade de se receber uma tutela jurisdicional efetiva face à existência de um perigo que lhe comprometa é que levou a utilização da tutela cautelar como uma forma de se atingir antecipadamente a satisfação pretendida via do processo principal. Como bem explica Luiz Rodrigues Wambier (2000, p. 352-355):

(...) a expressão satisfatividade pode ter uma série de sentidos, dos quais três são os importantes: a) a satisfatividade pode consistir na coincidência entre o provimento principal e o cautelar. Esta coincidência só pode haver no plano empírico, pois, juridicamente, a cautelar é sempre provisória; b) a satisfatividade pode referir-se à irreversibilidade dos efeitos da medida no plano empírico; c) a satisfatividade pode significar a prescindibilidade da ação principal.

Todavia, ainda que a medida a ser concedida seja irreversível, mas seja a única forma de proteger o direito provável do autor, deve-se concedê-la, pois se deve sacrificar o direito eventual (não provado) da outra parte em função da necessidade de proteger um direito que aparenta ser bom, o do autor. Este é o princípio da proporcionalidade, a respeito do qual discorre a boa doutrina. Contudo, desde já, é certo dizer que a medida cautelar não pode ser satisfativa.

Diante das considerações desenvolvidas por Calamandrei (2000), em obra clássica, a doutrina tradicional costumava identificar a tutela cautelar ao conceito de provisoriedade, opondo-se, conseqüentemente, o conceito de provisoriedade ao de satisfatividade.

Satisfazer um direito, portanto, seria declará-lo existente (Baptista da Silva, 2000, p. 40). Todo provimento que não fosse definitivo, do ponto de vista normativo, e assim incapaz de produzir coisa julgada material, por não declarar definitivamente o direito, seria provisório.

Contudo, entendemos que tal discussão deve ir além. É evidente que uma declaração judicial que gera um efeito satisfativo está adentrando no campo material, objeto de discussão a ser apreciado via procedimento cognitivo ou de execução; mas não se pode negar que, caso ocorra a distorção salientada por Armelin (1992), por mais que a tutela se dispa da roupagem de uma medida cautelar, não deixa de atingir o seu objetivo, ou seja, o de acautelar um suposto direito arraigado de probabilidade.

Cautelares seriam os procedimentos provisórios, cujos efeitos seriam limitados no tempo, até que através do procedimento principal fosse decidido definitivamente o mérito da controvérsia (CALAMANDREI, 2000, p. 32-33).

Todo provimento incapaz de definir o mérito, e que, portanto, devesse perdurar provisoriamente até a definição, teria natureza cautelar. A doutrina tratava qualquer medida provisória, destinada a ser substituída por outra definitiva, capaz de definir o mérito, como sendo, por isso mesmo, cautelar (SILVA, 2000, p.48-63).

A sistemática originária do código de processo civil de 1973 é caudatária desta concepção acerca da tutela cautelar. Toda e qualquer medida provisória, incapaz de satisfazer o direito por ainda não declará-lo existe, seria cautelar e deveria ser, portanto, requerida de acordo com a sistemática do livro III do CPC, dedicada ao chamado processo cautelar.

De modo inteiramente coerente com a doutrina então dominante, o art. 798 do CPC passou a ser utilizado para veicular pretensões urgentes que, no plano dos fatos, por vezes, satisfaziam o requerente, mesmo sem declarar definitivamente existente o direito alegado.

Daí as impropriamente chamadas ações cautelares satisfativas, que segundo parcela doutrinária, seriam verdadeiramente cautelares, pois a eventual satisfação concreta do interesse do requerente não tornaria a medida verdadeiramente satisfativa, posto que provisória, em razão de não definir o mérito.

De fato, a disciplina integral da tutela de urgência estava concentrada no livro dedicado ao processo cautelar porque a doutrina considerava cautelares todas as espécies de medidas de urgência.

Arruda Alvim (1997, p. 287) sustenta que há uma tendência universal, também verificada no Brasil, no sentido de, por meio da lei, “engendrarem-se institutos com essa finalidade de precipitar no tempo a satisfação da pretensão”.

Podemos partir da idéia, de analisar se a antecipação de tutela, prevista no referido art. 273 do CPC brasileiro, tem características de cautelar ou não. Acreditamos sim ter traços de cautelar o citado procedimento, uma vez que garante a eficácia da sentença almejada. Contudo, estamos analisando a hipótese de se antecipar o mérito, a questão de fundo, e não simplesmente a garantia do processo principal (BORGES, 2002).

Teresa Arruda Alvim Wambier (1997, p.387), em trabalho sintético, porém de profunda reflexão, assevera que “a antecipação de tutela vem prevista no art. 273 do CPC, com a sua nova redação, determinada pela Lei 8.952/94”; trata-se de uma das mais expressivas e polêmicas inovações trazidas por aquilo que se convencionou chamar de “A Reforma do CPC”.

O advento da chamada tutela antecipada, decorrente da alteração do art. 273 do CPC, que passou a admitir a utilização do procedimento comum para requerer medidas urgentes de caráter interinal, gerou a necessidade de distinguir, das hipóteses em que se deveria recorrer ao processo cautelar, aquelas em que a tutela de urgência deveria ser requerida no chamado processo de conhecimento, sem a necessidade de procedimento próprio, tal como admitem os atuais arts. 273 e 461 do código de processo civil.

As medidas antecipatórias do art. 273 e as medidas requeridas através do processo cautelar seriam igualmente provisórias, por não definirem o mérito e por destinarem-se a perdurar até decisão capaz de defini-lo, e assim, não-satisfativas, seriam igualmente cautelares, ou no máximo espécies de medidas cautelares.

Afinal, o próprio Calamandrei, cujas linhas inspiraram toda a doutrina, definia a cautelaridade pelo sentido antecipatório do provimento (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 29).

Continua a Teresa Arruda Alvim Wambier (1997) dizendo que “a função da tutela antecipatória é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela”. A função da tutela cautelar é a de gerar tutela jurisdicional eficaz.

Toda e qualquer decisão antecipada e provisória do mérito seria essencialmente cautelar, por dar à controvérsia, na espera do procedimento definitivo, uma solução provisória (Calamandrei, 2000, p. 68). Ou seja, as decisões antecipatórias seriam espécies de medidas cautelares precisamente por serem provisórias.

Justamente por assumir premissas diversas, a mencionada distinção se torna não apenas possível, mas verdadeiramente necessária, as lições encontradas na vasta obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva (2000, p. 29) estabelecem bases firmes para quem pretenda compreender as diversas espécies de tutela de urgência e a problemática da sua disciplina legal.

Exige-se, para antecipação de tutela, uma veemente aparência de bom direito, somada, no caso do art. 273, I, ao *periculum in mora*, ou seja, ao perigo de que, não sendo concedida a medida, venha a decisão final a ser ineficaz, ou haja grande risco de isto ocorrer. No caso do art. 273, II, exige-se, ao lado do *fumus boni iuris*, que haja defesa protelatória ou abuso do direito de defesa. “Trata-se de uma quase inexorabilidade diante da situação de uma real prova inequívoca da verossimilhança do direito” (ALVIM, 1997, p. 384).

Tentando traçar as diferenças e semelhanças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, pode-se dizer que 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.

É importante que se observe que expressão satisfatividade comporta vários sentidos. Um deles é o que se mencionou acima. Outro diz respeito à irreversibilidade da medida concedida, no plano empírico. Outro, ainda, está ligado a prescindibilidade da ação principal (ou de outra decisão, posterior, que confirme ou infirme a medida concedida) (BORGES, 2002). Só no primeiro sentido é que se pode considerar satisfativa a tutela antecipatória.

A decisão interlocutória, através da qual o juiz antecipa os efeitos da tutela pleiteada, é provisória, baseada em cognição sumária e passível de ser posteriormente confirmada ou infirmada.

A tutela antecipatória pressupõe direito que, desde logo, aparece como evidente e que por isso deve ser tutelado de forma especial pelo sistema.

Sustenta Nelson Nery Júnior (1997, p. 546), que a tutela antecipatória é, com relação aos efeitos da sentença de mérito “providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos”. É tutela satisfativa

no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.

Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas “cautelares satisfativas”, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa, é porque, *ipso facto*⁶², não é cautelar. É espécie do gênero tutelas diferenciadas.

Assim, claro ficou a diferença existente entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória ora prevista pela legislação brasileira.

3.6.2 A Liminar: Mecanismo Antecipatório de Essência à Tutela Cautelar

A liminar é manejada para resguardar o resultado útil do processo ou antecipar os efeitos da sentença, de maneira a evitar a ineficácia da tutela, caso deferida apenas ao fim da contenda, ora configurando uma cautelar, ora não estando revestida dessa natureza.

Dada sua feição emergencial, todas as modalidades de tutela jurisdicional de urgência têm em essência o pleito concessivo de liminar, ou seja, *mandamus* jurisdicional que antecipa, no caso das cautelares, o efeito da proteção, do acautelamento foco do pedido mediato da demanda cautelar intentada.

Como se pode ver, a liminar, a depender da urgência e da necessidade da tutela pretendida, pode se configurar em uma simples medida cautelar ou numa verdadeira antecipação do direito.

A sua concessão, por sua vez, está sujeita à presença conjunta de dois pressupostos básicos: a fumaça do bom direito e o perigo na demora da prestação jurisdicional.

É bem verdade que a liminar cautelar só será deferida – com ou sem justificação prévia - estando presentes os requisitos de mérito cautelares (*fumus boni iuris e periculum in mora*), estes analisados, *initio litis*, com cognição sumaríssima. Juízo cognitivo do magistrado este mais superficial do que a cognição jurisdicional sumária que o motivará a julgar a demanda cautelar, após vencidas todas as etapas do processo cautelar.

Não é demais repetir que os pressupostos exigidos devem se apresentar conjugados, de maneira que a presença isolada de um deles não autoriza a liminar.

⁶² “Ipso facto” é uma frase latina, que significa que um certo efeito é uma consequência direta da ação em causa, em vez de ser provocada por uma ação subsequente, como o veredicto de um tribunal. É um termo usado em filosofia da arte, direito e ciências.

Utilizando a especificação dos atos judiciais inseridas no art. 162 do estatuto processual civil, o pronunciamento judicial que aprecia a medida liminar é interlocutório, pois há uma decisão do juiz a respeito de uma questão incidente, sem que, contudo, ponha-se fim ao processo. Em consequência, o recurso cabível contra esse *decisum* é o agravo de instrumento (art. 522, CPC).

A constituição federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, contém um de seus princípios mais importantes: o da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Com efeito, de nada valeria assegurar direitos aos indivíduos se eles não dispusessem de um meio para proteger ou resgatar tais prerrogativas quando elas estivessem ameaçadas ou violadas. O princípio restou reforçado pelo constituinte de 1988, uma vez que a defesa da ameaça a direito passou a ser expressamente prevista no novo texto.

Como é do nosso conhecimento, o ordenamento jurídico pátrio veda a auto-tutela privada (salvo raríssimas exceções, como a autodefesa - art. 502, CC), de maneira que o Estado deve colocar à disposição da comunidade todos os instrumentos imprescindíveis à eficaz proteção do direito.

Assim, as diversas modalidades de ações que podem ser promovidas pelos interessados, cada uma adequada ao tipo de tutela pretendida, tornam possível o perfeito cumprimento do princípio em destaque.

Ocorre que, por vezes, a proteção ao direito intimidado ou violado não comporta a demora que normalmente transcorre entre o início de um processo e a efetiva entrega da prestação jurisdicional, sob pena desta findar ineficaz.

Daí exsurge a importância das tutelas de urgência, como as liminares, a serem examinadas num processo de cognição simples e célere - sumária.

De fato, há situações em que a proteção ao direito tem de ser imediata ou, caso contrário, o tempo cuidará de consolidar a ofensa de modo definitivo.

Dessa forma, o princípio insculpido no art. 5º, XXXV, CF, deve ser compreendido não só como o direito à ação, mas também à tutela jurisdicional adequada, de maneira que a limitação de liminares viola o preceito.

É essa a lição de Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 96):

Efetivamente é evidente que determinadas pretensões somente se compatibilizam com tutelas de urgência. E as liminares e as ações urgentes, para estes casos, são os instrumentos que concretizam o direito à adequada tutela jurisdicional. A restrição do uso da liminar, portanto, significa lesão evidente ao princípio da inafastabilidade.

Destarte, dúvidas não restam no sentido de que a limitação das liminares fere a constituição. Com apoio de Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 96):

Há de se verificar que a ofensa à concessão da liminar não se restringe ao princípio da inafastabilidade, pois se a norma preceitua que está proibida a concessão de liminar, ela está, em outras palavras, afirmando que jamais existirá necessidade de tutela urgente, ou seja, está valorando aquilo que deve ser objeto da cognição do magistrado. Desta forma arranha-se, realmente, ainda que de forma sutil, o princípio do juiz natural.

É digno de nota, ainda, que o Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIN 223-6-DF, embora tenha negado o pedido de declaração de inconstitucionalidade da MP nº 173/90, que veio a ser convertida na Lei nº 8.076/90, deixou claro que o juiz, no caso concreto, poderia julgar inconstitucional as restrições impostas à concessão da liminar, vindo a deferi-la.

Por sua vez, o tema da limitação das liminares não é novo, já tendo sido objeto de diversos diplomas legais, todos inconstitucionais, tendo em vista que impedem o direito à tutela jurisdicional adequada, violando, em corolário, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, além do legislador invadir esfera de cognição própria do magistrado, ofendendo o preceito do juiz natural.

A moderna sistemática processual civil entende que a incompetência absoluta não pode ser óbice para a melhor prestação da tutela jurisdicional. Nesse sentido, quando presentes os requisitos autorizadores, pode o juiz, ainda que absolutamente incompetente deferir o pedido liminar, sob pena de causar dano irreparável e lesar o princípio da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Com efeito, Humberto Theodoro Júnior (1995, p.114-115) salienta que a urgência faz com que a competência seja olhada de maneira diversa quando se tratar de liminar cautelar (mas também se pode considerar qualquer liminar que tenha como um dos fundamentos o perigo do dano). Nesse contexto, continua o citado autor, se a cautelar é erigida à categoria de instrumento do processo, não pode o próprio processo recusar a proteção ou impor condição para a utilização da mesma, sob pena de tornar inócua a decisão posterior, não cumprindo o fim a que se destina o processo: prestar a tutela jurisdicional.

O Superior Tribunal de Justiça⁶³ compartilhou, em recente julgado, desse entendimento, consoante ementa transcrita em linhas futuras.

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA JULGADO ORIGINARIAMENTE POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO DENEGATÓRIA. RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.

1. Em obséquio ao art. 105, II, "b", da Carta Magna, a interposição de recurso especial pelo impetrante contra acórdão denegatório de mandado de segurança julgado originariamente por Tribunal de Justiça constitui erro grosseiro, não sendo aplicável o princípio da fungibilidade. Precedentes.

2. O art. 113, § 2º, do CPC, não tem carga normativa suficiente para infirmar as razões alinhavadas pelo aresto recorrido, que reconheceu a incompetência absoluta do juízo, mas manteve o deferimento de liminar em face da urgência até manifestação do juiz competente. Incidência da Súmula 284/STF.

3. O dispositivo não trata, e também não impossibilita o juiz, ainda que absolutamente incompetente, de deferir medidas de urgência. A norma em destaque, por força dos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, somente determina que, reconhecendo-se a incompetência do juízo, os atos decisórios serão nulos, devendo ser aproveitado todo e qualquer ato de conteúdo não decisório, evitando-se com isso a necessidade de repetição. Precedente: AgREsp 1.022.375/PR, de minha relatoria, DJe 01º.07.11.

Nesse contexto, conclui-se que o magistrado ao constatar que é absolutamente incompetente deve, sim, remeter os autos ao juízo de origem. Não obstante, deve analisar se a demora no trâmite não irá acarretar grave dano ou ferir o princípio da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, podendo, nesses casos, proferir decisão liminar, a qual, em face da urgência, será mantida até o pronunciamento do juízo competente.

A adoção do entendimento aqui defendido evitaria problemas como os decorrentes da aplicação da Súmula 42 do STJ em sede de mandado de segurança, tendo em vista que, o magistrado poderia deferir as medidas urgentes capazes de evitar o dano e garantir o prestação da tutela jurisdicional. Logo, a morosidade em remeter os autos ao juízo competente não prejudicaria a prestação da tutela jurisdicional.

⁶³ REsp 1273068/ES RECURSO ESPECIAL 2011/0198332-0 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA Órgão Julgador SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 01/09/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 13/09/2011.

3.7 Cognição Jurisdicional na Tutela Cautelar

Cognição é a atividade do comandante processual através da qual o mesmo analisa a lide para, perquirindo as argumentações das partes e os elementos probantes, prestar a tutela jurisdicional com a prolação de uma sentença (WATANABE, 2000, p. 47).

Kazuo Watanabe (2000, p. 57), completa que, também hoje, “o termo cognição é empregado para designar o próprio processo, e não apenas a atividade do juiz. Nesse sentido é que se usa a expressão processo de conhecimento ou processo de cognição, mas o termo é utilizado também para indicar a natureza da atividade do órgão judiciário (...)”.

Pode ser a cognição analisada sob planos distintos, quais sejam: a) no plano vertical, pelo qual se diz ser a cognição sumária (incompleta – grau de apreensão, conhecimento do magistrado sobre as peculiaridades da lide é menor) ou exauriente (completa – é intenso o grau de apreensão, conhecimento do magistrado sobre as peculiaridades da lide); b) no plano horizontal, pelo qual se diz ser a cognição limitada (quando o magistrado não pode conhecer de todas as questões objeto do processo) ou plena (WATANABE, 2000, p. 120-121).

A tutela jurisdicional cautelar, dada sua especificidade de urgência, demanda cognição sumária, contentado-se o julgador, para colocar fim à lide, na superficialidade de apreensão do conflito de interesses, apenas com a formação, em seu intelecto em vista das peculiaridades do processo e do caso concreto, um juízo de aparência do direito. Ou seja, para julgar a lide cautelar, não se exige que o magistrado forme um juízo de certeza próprio das tutelas de cognição plena (em regra, as ações de conhecimento), mas apenas um juízo de probabilidade (WATANABE, 2000, p. 132-137).

3.8 Considerações Gerais de Ordem Processual no Processo Cautelar: Competência, Partes, Mecanismos de Defesa e Provas.

Ante a aplicação do corolário da acessoriedade, previsto no artigo 108 do Código de Processo Civil, competente para julgar a demanda cautelar é o juízo competente a apreciar a demanda principal (executiva ou de conhecimento) em prevenção, nos termos constantes das linhas componentes do artigo 800, também da legislação processualista supramencionada.

Apenas excepcionalmente, a ação cautelar poderá ser proposta em juízo diverso do competente ao julgamento da demanda principal, o que ocorrerá quando tal postura for mais

adequada e eficaz, na seara fático-processual, a livrar o direito protegido da lesão iminente (p.ex.: embora a execução deva ser proposta no juízo “X”, o credor pode ajuizar ação cautelar de arresto na comarca “Y”, pois que lá se encontram os bens do devedor, os quais pretende o mesmo despojar de seu patrimônio para frustrar a pretensão futura executiva do requerente): nesta hipótese, uma vez consagrado o intento cautelar, os autos processuais acautelatórios deverão ser remetidos ao juízo competente à ação principal, com a restauração da regra cogente de competência em menção.

Estando já a demanda principal em grau recursal, eventual ação ou medida cautelar vislumbrada pela parte deverá ser manifestada perante o juízo *ad quem*, a menos que se trate das pretensões cautelares típicas de alimentos provisionais e de atentado, as quais devem ser processadas sempre no juízo monocrático, por expressa disposição legal.

Há divergência no tocante ao momento em que o juízo *ad quem* se torna competente à apreciação do pleito cautelar; se a partir da simples protocolização do instrumento recursal (posição já adotada pelo Supremo Tribunal Federal), ou somente após o recebimento do mesmo, com a checagem preliminar de seus requisitos de admissibilidade.

No que diz respeito as partes envolvidas no processo cautelar, com boa frequência há coincidência entre os pólos processuais, ativo e passivo, entre as pretensões cautelar e posterior (de conhecimento ou execução). De se ressaltar, no entanto, que não se trata de regra absoluta, comporta a demanda cautelar o litisconsórcio, este nunca necessário, e a assistência.

Nas demais modalidades de intervenção de terceiros, como regra geral, em razão da cognição sumária a informar a atuação do magistrado quando da solução da lide, a única modalidade intervencionista compatível à tutela acautelatória seria a nomeação à autoria (que não demanda cognição exauriente). Entretanto, há julgados, admitindo por força do corolário informativo processual de economia, em se tratando de pretensão cautelar típica de antecipação de provas, a denúncia da lide e o chamamento ao processo.

Por fim, e em primazia da técnica processual, sempre devemos intitular as partes envolvidas no processo cautelar como requerente (que postula a tutela acautelatória) e requerido (contra quem se volta à tutela cautelar), uma vez que é esta a terminologia empregada na legislação processual civil.

Comporta a lide cautelar, como mecanismos de defesa disponibilizados ao requerido, a contestação e as exceções rituais, mas não a reconvenção.

Relacionado às provas compatíveis à sistemática ritual cautelar, temos que todos os elementos de prova admissíveis na ordem jurídica nacional aplicam-se ao curso

procedimental instrutório cautelar, incluídas eventuais provas produzidas de forma oral e análises periciais, desde que necessárias à formação da convicção julgadora do magistrado.

Há, entretanto, ramificação doutrinária, minoritária, voltada a sustentar a inadmissibilidade de produção pericial, na fase saneadora do rito cautelar, por considerar a confecção do referido elemento de prova, complexo em si, incompatível à sumariedade da cognição jurisdicional e celeridade própria, da tutela jurisdicional acautelatória.

3.9 Temáticas Específicas e Controvertidas à Tutela Jurisdicional Cautelar: Natureza Jurídica do *Fumus Boni Iuris*, do *Periculum In Mora* e Análise Explicativa dos Institutos

Relaciona-se o *periculum in mora* com a urgência inerente à tutela cautelar, e mais, coincide com a situação de perigo iminente de lesão, sob o pálio material ou formal (dano material ou processual), ao direito posto em tutela. Isto é, trata-se do fundado receio de que o direito afirmado pelo requerente, cuja existência é provável, sofra um dano de difícil reparação ou irreparável.

Deve ser conciliado e cumulado, ao êxito do provimento acautelatório, com o *fumus boni iuris*, a fumaça do bom direito, que nada mais é do que a boa probabilidade, plausibilidade de reconhecimento jurisdicional do *facultas agendi* acautelado quando o mesmo ingressar no foco da demanda principal.

Elementos estes que também hão de estar presentes quando da apreciação do pedido de liminar acautelatória, *initio litis*, cuja apreciação envolve cognição jurisdicional sumaríssima. Não podemos confundir: para julgar a lide cautelar, mister haja cognição sumária, mas para apreciar pedido de liminar acautelatória, deve o magistrado enfatizar, na apreciação do pleito, cognoscibilidade sumaríssima.

Diverge a doutrina sobre a natureza jurídica do *fumus boni iuris e do periculum in mora*, inerentes a tutela jurisdicional cautelar. Parte da doutrina os considera como legítimas condições da ação cautelar, ao passo em que a vertente doutrinária jurisprudencial majoritária, confere a tais institutos a qualidade de elementos de mérito ou simplesmente requisitos de pretensões cautelares.

Temos, conforme supramencionado, a doutrina majoritária defendendo que o perigo da demora e a fumaça do bom direito constituem o próprio mérito da pretensão cautelar, não

sendo apenas uma condição específica da ação cautelar ou um pressuposto processual; pois, se não estiverem presentes, o juiz deverá julgar improcedente o pedido cautelar.

Sendo o processo cautelar um processo, logo, necessariamente, contém pedido e este pedido cautelar integra o mérito e somente poderá ser acolhido ou rejeitado com julgamento de mérito. Quando não se julga o mérito (art. 267, CPC) é porque o pedido cautelar não foi apreciado, isto é, o pedido em si mesmo, não foi concedido e nem rejeitado, simplesmente não foi julgado.

Lima Guerra (1995, p. 54), não só reconhece a existência de mérito próprio no processo cautelar, bem como aponta que esse se constitui do *periculum in mora e do fumus boni iuris*.

Reconhece também a existência de mérito no processo cautelar, Nery Junior (1995), ao afirmar: “Na contestação da cautelar, o mérito deve-se limitar ao mérito cautelar, que nessa medida é o *fumus boni iuris e o periculum in mora*, que se sobrepõem às condições da ação”.

Prende-se o mérito a lide cautelar exatamente à solicitação do requerente para que o órgão jurisdicional tome providências no sentido de conservar ou assegurar um estado inicial de coisas, pessoas ou provas, com vistas a permitir que outro processo, de conhecimento ou de execução, tenha um resultado útil⁶⁴, pois, no processo cautelar, conforme dito, a exemplo do que ocorre no processo de conhecimento, há mérito e julgamento do mérito, não se podendo dizer o mesmo quanto ao processo de execução.

Na ação cautelar a mera alegação da presença do *fumus boni iuris e do periculum in mora*, segundo os fatos narrados e os documentos que acompanham a inicial, é importante para caracterizar a necessidade e, portanto, a utilidade potencial da jurisdição. Se efetivamente forem confirmados tais requisitos, o juiz, proferindo sentença de mérito (mérito cautelar), concederá a tutela pretendida.

Contrária a idéia supracitada, defende parte diversa da doutrina, que o *fumus boni iuris e o periculum in mora*, são requisitos específicos da ação cautelar, também chamados de pressupostos, ou até mesmo condições da ação cautelar. O que justifica nesse caso que, a Inicial seja emendada, antes do magistrado analisar o pedido, caso algum pressuposto processual não esteja presente.

⁶⁴Muitos, entretanto, não reconhecem (ou, ao menos, não reconheciam) a existência de um mérito no processo cautelar, opinião que era compartilhada por Humberto Theodoro Jr.

Ainda compartilhando dessa opinião e tratando do enquadramento do *fumus boni juris e do periculum in mora* na teoria geral do processo, Rodolfo de Camargo Mancuso (1989, p. 33) reconhece que se trata de uma questão em aberto, mas acredita que, não havendo decisão de mérito no processo cautelar, tais requisitos fiquem melhor acomodados como condições da ação cautelar.

Acreditam alguns, ainda, que o *fumus boni juris e o periculum in mora* sejam condições específicas da ação cautelar ou que, pelo menos, um deles integre uma das condições genéricas da ação cautelar, normalmente o interesse de agir.

A título de sanar qualquer dúvida, insta-nos lembrar que o mérito da cautelar não é o mérito da ação principal. A lide cautelar não constitui parte ou parcela da lide principal, não se podendo chamá-la de lide parcial, se quiser usar a conhecida fórmula Carneluttiana, pois, como acertadamente diz Ovídio Baptista da Silva (1998), o processo cautelar contém uma lide específica, diversa das eventuais lides que possam emergir do direito acautelado.

Nesse diapasão, Theodoro Júnior (1999, p. 73):

No âmbito exclusivo da tutela preventiva ela contém uma pretensão de segurança, traduzida num pedido de medida concreta para eliminar o dano. Assim, esse pedido, em sentido lato, constitui o mérito da ação cautelar, que nada tem que ver com o mérito da ação principal. Analisando-se, pois, a ação preventiva de per si, é perfeitamente possível afirmar-se que também nela se pode separar o mérito das preliminares relativas aos pressupostos processuais e condições da ação propriamente ditas. Dentro desse prisma, o *fumus boni juris e o periculum in mora* devem figurar no mérito da ação cautelar, por serem requisitos do deferimento do pedido e não apenas da regularidade do processo ou da sentença.

Diante da circunstância de que no processo cautelar não se pode apreciar o mérito do processo principal, criou-se o mito de que no processo cautelar não há mérito para ser apreciado. Ledo engano, pois cada processo tem o seu mérito e, dentro dele mesmo, esse mérito será apreciado. Se o processo principal tem o seu mérito separado, o processo cautelar também tem o seu mérito próprio. Aliás, não pode haver processo sem mérito. Todo processo tem que ter pedido (art.282, IV, CPC) e o pedido integra o mérito e, na jurisprudência desde há muito se encontram julgados que expressamente consignaram a existência de mérito no processo cautelar.

3.9.1 Da Sentença e da Coisa Julgada na Tutela de Cautela

A tutela de cautela possui natureza executiva *stricto sensu*, a sentença proferida em encerramento da lide cautelar. Ovídio A. Baptista da Silva (1998, p. 186), em obra já citada neste trabalho científico, confere natureza mandamental à sentença a encerrar a tutela cautelar, em razão de sua eficácia preponderante: “A eficácia preponderante na sentença cautelar deve, portanto, consistir muito mais em uma ordem do que num julgamento, fiel, aliás, à estrutura dos interditos romanos” (SILVA, 1998, p. 186).

No que concerne à coisa julgada, em princípio, a sentença cautelar não se reveste da qualidade ou atributo da coisa julgada material (ou extraprocessual), a não ser quando encerrada a demanda acautelatória em razão do reconhecimento de prescrição ou decadência, conforme se extrai de exegese lançada sobre as disposições constantes do artigo 810, do código de processo civil.

Sentença acautelatória impugnável pela apelação, esta destituída, em recebimento pelo juízo *a quo*, de efeito suspensivo. A sentença cautelar, em sendo positiva para o requerente, ou terá o condão de confirmar eventual medida liminar anterior (e assim manter a eficácia concreta da medida anteriormente concedida) ou então estará concedendo esta medida de garantia.

De toda forma, uma constatação é certa: a sentença de cunho cautelar (no que tange o seu conteúdo) não visa a composição da lide principal e, portanto, não há como ser definitiva neste sentido. A sentença cautelar será, mesmo após o término do processo cautelar, uma decisão acessória cujo destino é deixar de existir assim que confirmada a satisfação (ou medidas equivalentes, como a penhora no processo de execução, que substitui o arresto cautelar). A sua vigência é praticamente coincidente à sua capacidade de gerar efeitos, ou seja, até mesmo a sentença cautelar não é definitiva, mas meramente provisória, em razão do seu caráter puramente acessório.

Logo, em razão desta natureza incontornável (na medida em que é pressuposto da própria existência de uma medida cautelar propriamente dita), fica absolutamente afastada a concepção de que sentença proferida no processo cautelar estaria apta a gerar coisa julgada, no sentido de ser um comando definitivo acerca de uma pretensão. Esta real “coisa julgada” não ocorre, efetivamente, quando o processo for realmente cautelar e tiver por finalidade uma decisão de cunho cautelar.

Talvez a maior parte da doutrina, constatando esta situação lógica, reconhece que a sentença proferida na ação cautelar não tem qualquer possibilidade de ser atingida pela coisa julgada material. Também Ovídio Baptista (1998, p. 186), expressa-se nesse sentido:

A sentença cautelar não faz coisa julgada material, ainda que destaque que esta seja, em determinada medida, “definitiva”: (...) O que não há na jurisdição cautelar e nem na denominada jurisdição voluntária é a definitividade do julgamento, ou decisão definitiva da lide, uma vez que, não produzindo tais sentenças coisa julgada material, a controvérsia a respeito do que o juiz decidira, com aplicação do direito ao caso concreto, não fica imune a novo exame em demanda subsequente. Mas isso não impede, evidentemente, que a sentença cautelar seja definitiva, no sentido de que a própria doutrina entende o conceito de definitividade da sentença, qual provimento que encerra determinada demanda.

Porém, o problema não está solucionado com esta constatação. De fato, há que se reconhecer que existe na sentença cautelar um efeito extremamente parecido com aquele advindo da coisa julgada material tradicional no que tange o resultado de sua preclusão. É que, a sentença cautelar ao apreciar a lide cautelar também gera um efeito negativo, ou seja, impede, em determinada medida, a repositura de um mesmo pedido cautelar (ou seja, a repetição de uma pretensão à concessão de uma medida de garantia).

Com efeito, a regra contida no parágrafo único do art. 808 do CPC deve ser interpretada em consonância com a própria finalidade do processo cautelar, mas sem deixar de lhe conceder plena aplicação, em razão da pretensão do legislador de evitar a repetição de medias cautelares.

Assim, se a parte não obteve a medida cautelar (porque o juiz entendeu em sentença cautelar não estarem presentes os requisitos para a sua concessão) ou então, após tê-la obtido, perde a sua eficácia (em razão de alguma das hipóteses previstas nos incisos do próprio art. 808), só poderá repetir aquela pretensão se houver uma outra causa de pedir (ou seja, outro *fumus boni iuris* ou outro *periculum in mora*).

Este efeito natural da sentença cautelar é que pretende-se denominar de coisa julgada cautelar (que, assim como o próprio processo cautelar, deve ser entendido e aplicado dentro do próprio âmbito da sua estrutura orgânica).

3.10 Da Lide Cautelar e da Garantia Constitucional à Cautela

Por utilizar o termo “lide cautelar”, outra não será a opinião, senão pela existência de um conflito de interesses de feição acautelatória. Mesmo porque somos da vertente que preconiza ser a pretensão cautelar instrumento de salvaguarda a um determinado direito anunciado, ameaçado de lesão, o qual será posto em declaração (ou constituição – ação de conhecimento) ou satisfação em pretensão futura, e não apenas de um processo posterior, conforme anteriormente exposto.

E para fundamentar a tese, a estrutura do livro de processo cautelar no código de processo civil (livro III) sugere a existência de uma lide acautelatória quando, além de dispor sobre as partes cautelares, confere ao sujeito passivo mecanismos de defesa, impondo-lhe, no caso de quedar-se inerte a responder à pretensão de cautela manifestada pelo requerente, os efeitos processuais atinentes à revelia (artigo 803, do código de processo civil).

De forma substancial, tendo em vista seus requisitos de mérito (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*), ao passo em que o requerente atua para comprová-los (comprovando o requerente a existência da fumaça do bom direito e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, a pretensão cautelar será julgada procedente), ainda que superficialmente em vista da cognoscibilidade sumária peculiar do provimento acautelatório, o requerido, opondo-se à pretensão de cautela, converge suas teses de defesa, para rechaçar as assertivas comprobatórias de tais elementos relacionados ao *meritum*: o requerente objetiva demonstrar os requisitos de mérito cautelares, e caso obtenha êxito neste intento, verá a pretensão que deduziu ser julgada procedente; o requerido opõe-se para demonstrar inexistirem, no cenário fático, tais elementos de mérito acautelatórios, postulando pela improcedência do pleito.

A litigiosidade é, pois, ínsita à tutela jurisdicional cautelar, só podendo ser afastada em casos bem específicos, ou seja, como via legal de exceção, como ocorre nas pretensões cautelares típicas de notificação, interpelação e protesto. De se ressaltar que na lide cautelar não se debate o direito posto sob tutela, o qual será objeto de discussão ou satisfação na lide posterior (executiva ou de conhecimento).

De acordo com o explanado em linhas anteriores, descabe-nos sustentar a existência de uma lide cautelar sem considerarmos elencar a mesma, como foco, um direito subjetivo cautelar, inconfundível, por óbvio, com o direito posto sob tutela em meio à tutela jurisdicional acautelatória.

O direito subjetivo à cautela não se situa no plano infra-constitucional como o direito (que será declarado ou satisfeito em processo posterior) a ser salvaguardado pela via jurisdicional cautelar, mas sim em plano normativo superior, constitucional.

Não se trata, em verdade, de um direito subjetivo à cautela jurisdicional, pois que não previsto em comando normativo meramente declaratório, mas propriamente de uma garantia constitucional cautelar voltada a todos aqueles que, titulares de um direito infra-constitucional provável em iminência de lesão, carecem de salvaguarda jurisdicional do interesse ameaçado.

Trata-se de uma garantia acautelatória e não de um direito, dada a natureza assecuratória constitucional da norma que a enuncia, consoante exegese voltada ao artigo 5º, inciso XXXV, da constituição federal: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Conceber à cautela de um direito, sob a égide do poder judiciário, a natureza jurídica de garantia constitucional (um direito fundamental individual) afasta qualquer menção doutrinária que debata a existência ou não de um direito subjetivo à tutela cautelar.

3.11 Do Poder Geral de Cautela

Compreendem as peculiaridades inerentes ao poder geral de cautela do magistrado, a fungibilidade entre as pretensões cautelares, a concessão *ex officio* de medidas acautelatórias, bem assim a substituição entre os provimentos de cautela.

Poder jurisdicional de cautela que não se confunde com o poder jurisdicional protetivo de urgência, termo designado por nós no tocante à fungibilidade legal existente às tutelas jurisdicionais de urgência (cautelares e satisfativas): o poder geral de cautela refere-se tão somente às tutelas jurisdicionais acautelatórias de urgência.

Ao invés de atentarmos somente à lições doutrinárias, importante ressaltar a redação do artigo 798, do código de processo civil, dispositivo legal que bem retrata os componentes do poder geral acautelatório:

Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (BRASIL, 2010).

Sob a ótica daquele que postula a providência cautelar, pode-se dizer que o poder geral de cautela se exterioriza como um direito subjetivo, abstrato, autônomo, público, constitucional – (disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), ao prescrever a possibilidade de defesa a ameaças a direitos – e suplementar.

Isso porque, o direito de ação cautelar é apenas uma espécie do gênero direito de ação, conservando todas as características básicas de seu gênero. Ou seja, através deste poder, que se justifica em razão da existência de uma garantia constitucional acautelatória de direitos, consoante sustentamos no sub-tópico anterior, pode o magistrado, em vista do cenário fático a envolver a lide, para resguardar o direito enunciado, conceder pleitos cautelares de ofício, substituir a medida em voga por modalidade de cautela diversa ou mesmo implementar modificações na forma de concessão da tutela jurisdicional.

Via de regra, identifica-se a aplicação do poder geral de cautela com as denominadas pretensões cautelares inominadas ou atípicas, uma vez que as previstas em lei guardam incidência a hipóteses fáticas peculiares: se do cenário fenomênico vislumbrar a concessão de medida cautelar de arresto, não poderá o magistrado, exercendo o poder geral de cautela, conceder pleito cautelar diverso, máxime se o requerente não demonstrar os requisitos de mérito coincidentes à pretensão de cautela típica vislumbrada.

3.11.1 Da Fungibilidade

A fungibilidade entre as pretensões cautelares, exposta, em sede legal, nas linhas do artigo 805, do Código de Processo Civil, implica na substituição do pleito cautelar anterior por outro mais adequado e eficaz à salvaguarda do direito posto em tutela. Substituição que incide não sobre a situação fática invocada, mas sobre a modalidade acautelatória postulada pela parte, concedendo o julgador o pleito acautelatório mais eficaz, nos planos material e processual, para livrar o interesse jurídico do fundado receio de uma lesão irreparável ou de difícil reparação.

3.11.2 Concessão de Ofício de Medidas Cautelares

Evidente que há importância científica em manter a diferença doutrinária entre tutela antecipatória e tutela cautelar. De outro lado, há de se destacar que ambas são espécies de tutela provisória, cujo assento constitucional reside na inafastabilidade da

jurisdição e no devido processo legal, o qual engloba, entre outros, o direito à efetividade da jurisdição

Na nossa legislação pátria, o art. 798 do CPC reza que: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (BRASIL, 2010, p. 443).

Releva salientar que parte da doutrina vem admitindo a concessão de medidas cautelares de ofício apenas nos casos expressamente autorizados, previstos em lei, limitando, desta forma, o alcance da norma ora em estudo.

O artigo 797 proíbe terminantemente a concessão de medidas cautelares *ex officio*, isto é, de medidas sem o respectivo processo cautelar, fora de hipóteses expressamente autorizadas; sem audiência das partes, no texto, significa sem requerimento regular por ação. Assim, para que o magistrado possa conceder medida cautelar no bojo do processo de conhecimento ou de execução, independente de ação própria, é sempre necessária que a lei explícita e expressamente o autorize.

O código de processo civil cataloga algumas hipóteses em que se torna possível a concessão de medidas cautelares sem provocação da parte interessada, como ocorre com as medidas urgentes durante a suspensão do processo (art. 266), o arresto previsto no artigo 653, prestação de caução na execução em que o título é instável (execução provisória – art. 475-O e segs.) e reserva de quinhão no procedimento de inventário e partilha (arts. 1000 e 1001, ambos do código de processo civil).

Contudo, parte da doutrina não comunga do entendimento de que a concessão de medidas cautelares de ofício só teria cabimento nas situações expressamente contempladas em lei. Para os que concordam com esse entendimento, o artigo 797 do código de processo civil deve ser interpretado de forma extensiva, para o fim de autorizar a determinação de medidas cautelares interinais de ofício em qualquer situação no processo em que ficar evidenciada a presença dos requisitos indispensáveis à concessão da tutela cautelar incidental, quais sejam, o *fumus boni juris e o periculum in mora*.

Aspecto relevante para a perfeita compreensão das medidas cautelares de ofício diz respeito ao interesse apto a acarretar proteção de natureza cautelar, circunstância que, infelizmente, vem passando ao largo do exame da doutrina. O interesse cautelar reside na necessidade de afastar determinada situação de perigo ao processo, com o fito de manter a idoneidade dos processos de conhecimento ou de execução.

Deve ser indagado, portanto, se o Estado – Jurisdição não tem interesse no sentido de que o processo seja capaz de alcançar o seu objetivo maior de realização do direito material. Ou seja, o Estado – Juiz não tem interesse em garantir a efetividade do processo? Apenas as partes possuem interesse de que o processo seja capaz de proteger o direito material, de modo a restaurar a paz social? A resposta só pode ser no sentido de que existem dois interesses: o interesse das partes na obtenção da tutela jurisdicional, o qual denomina-se de primário; e o interesse do Estado de que o processo seja dotado de efetividade, capaz, de ser o instrumento que possa realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordene.

Fica claro, desta forma, que a possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício por parte do juiz encontra amparo na necessidade imperiosa que tem o Estado-Juiz de garantir ao processo plena efetividade, afastando qualquer situação de perigo ao próprio exercício da jurisdição.

O juiz, portanto, deverá determinar de ofício a prática de medidas cautelares tendentes à salvaguarda do processo, resguardando a sua efetividade, ainda que para tal não tenha sido provocado. Aliás, juiz descomprometido com a efetividade de suas decisões é juiz desconectado com sua verdadeira missão de realizar a justiça.

Ressalta-se, porém, que as medidas cautelares imprópria ou internas só poderão ser concedidas no âmbito dos processos de conhecimento ou execução, para a proteção ou manutenção da idoneidade de tais modalidades processuais, jamais de forma antecedente, sob pena de afronta ao princípio da demanda consagrado no artigo 262 do código de processo civil. Não é possível ao juiz iniciar, *ex officio*, ações cautelares, as medidas cautelares, cautelares impróprias só podem ser concedidas no bojo dos processos que elas visam proteger, enquanto as medidas cautelares próprias são aquelas obtidas em sede de processo cautelar. O artigo 797 do código de processo civil trata, à toda evidência, das medidas cautelares impróprias, também denominadas incidentais.

Da mesma forma, se é possível ao juiz, como já sobejamente demonstrado, a concessão de medidas cautelares incidentais nos processos de execução ou de conhecimento, para garantir a efetividade de tais processos, não existe, por razão de lógica jurídica, nenhum inconveniente no sentido de que a parte tome a iniciativa de postular a concessão de tais medidas.

A doutrina pátria aborda a possibilidade de concessão de tutela cautelar *ex officio*, como leciona o jurista Humberto Theodoro Júnior (1995, p. 37):

Se esses interesses públicos que o Estado detém no processo forem ameaçados de lesão, é claro que o juiz pode preveni-los adotando as medidas cautelares compatíveis, sem que tenha de aguardar a iniciativa ou provocação da parte prejudicada.

(...)

Impõe-se dessa forma, reconhecer que, quando está em jogo a garantia do próprio processo em andamento e do interesse estatal na efetiva aplicação da lei, as medidas cautelares inominadas, compreendidas dentro dos limites dos poderes processuais do juiz, tanto pode ser tomadas a requerimento da parte, como ex-officio.

Para outorgar ainda mais poderes ao juiz visando à efetividade do processo, a Lei nº 10.444/2002 acrescentou o seguinte parágrafo ao art. 273 do CPC: § 7º: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado (BRASIL, 2010, p. 398).

O próprio art. 461 do código de processo civil autoriza o juiz a conceder liminarmente a tutela específica, nas ações de fazer ou não-fazer, se verificar fundamento jurídico e existir receio de ineficácia do provimento final:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 5. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (BRASIL, 2010, p. 412).

A tutela antecipada está prevista na constituição federal, decorre do direito fundamental da tutela efetiva (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88): “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito” e somado ao dever geral de cautela conferido ao magistrado, este não só pode como deve fazer Justiça diante de uma situação de injustiça.

Ao contrário de outras medidas cautelares (art. 797, código de processo civil), a tutela antecipada não pode ser concedida pelo juiz *ex officio*, pois depende de pedido formulado pelo autor ou pelo réu.

O entendimento acima é compartilhado por Luiz Henrique Barbante Franzé (2008), ao afirmar não ser possível a concessão da tutela antecipada de ofício, pois está condicionada a existência de pedido do interessado.

Deve atender também aos requisitos do art. 273 do CPC, ou seja, prova inequívoca e verossimilhança, combinados com os incisos I (dano irreparável ou de difícil reparação) e o inciso II (abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu).

Esse entendimento é reforçado nos princípios tradicionais do processo como o da demanda ou da iniciativa da parte, da adstrição do juiz ao pedido e o princípio dispositivo, previstos, inclusive, no código de processo civil:

Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais;

(...)

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte (BRASIL, 2010, p. 377-388).

Um juiz que conceda a tutela antecipada de ofício pode ser considerado imparcial, bem como, eventuais danos decorrentes da execução da medida deverão ser suportados pela parte, como acontece no processo cautelar.

Esse é o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, mas o tema é bem controvertido sendo que, em alguns casos é possível o deferimento da tutela antecipada de ofício pelo juiz.

O magistrado, ao se deparar, no caso concreto, com uma norma que irá cometer uma injustiça, pode afastá-la para que a aplicação dessa lei alcance a pacificação social, entregando o bem da vida que é o que se busca no Direito. Até mesmo porque nem sempre o legislador pode prever todas as situações que essa norma vai se aplicar.

É o exemplo das verbas de caráter alimentar decorrentes de benefícios previdenciários, pois nesses processos figuram no pólo passivo, muitas das vezes, pessoas idosas e que já esperam pelo benefício por mais de cinco anos e se for esperar pelo recurso, vai demorar mais cinco anos.

Estes casos o juiz pode conceder a tutela antecipada de ofício, mesmo porque pode ser que a parte venha a falecer e não usufrua do seu direito.

Ainda nos casos previdenciários, não é interesse dos advogados pedirem tutela antecipada, mesmo porque numa futura execução os valores seriam pequenos. Por outro lado, a parte teria o maior interesse em receber o mais rápido possível e o juiz ao detectar esse fato, concederia a tutela antecipada mesmo sem pedido prévio.

Até mesmo nos casos em que não necessite de advogado para ajuizar ação, como é o caso dos juizados especiais cíveis e na justiça do trabalho, exigir que essas pessoas peçam tutela antecipada seria um absurdo e nesses casos específicos, a tutela antecipada poderá ser concedida de ofício, não ferindo os princípios constitucionais acima citados.

Observa-se que não há exigência de requerimento da parte, e o §5º autoriza ao juiz que tome as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica. A implantação do benefício previdenciário nada mais é que uma obrigação de fazer, o que justifica o deferimento da tutela antecipada de ofício.

Em relação ao dano irreparável ou de difícil reparação, os dois requisitos precisam estar evidenciados os requisitos, necessários e suficientes ao deferimento da prestação em tutela antecipatória *ex officio*.

A demora nos casos citados, implicaria dano irreparável, pois, tendo sido reconhecido seu direito, qualquer espaço de tempo não poderá ser-lhe restituído.

Qual a responsabilidade pessoal do juiz ao conceder a tutela antecipada de ofício? A mesma responsabilidade existente no exercício jurisdicional de qualquer decisão.

Existem julgados que abraçam essa tese⁶⁵.

TRF3-050707-PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA EX OFFICIO. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO DO ARTIGO 201, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTADO DE NECESSIDADE COMPROVADO. FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL INSCRITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Em matéria de Direito Previdenciário, presentes os requisitos legais à concessão do benefício do artigo 201, V, da Constituição Federal, meros formalismos da legislação processual vigente não podem obstar a concessão da tutela antecipada *ex officio*, para determinar ao INSS a imediata implantação do benefício, que é de caráter alimentar, sob pena de se

⁶⁵ Agravo Regimental nº 224215/SP (94031042893), 1ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Walter Amaral. 11.03.2002, DJU 01.08.2002, p. 196.

sobrepor a norma do artigo 273 do CPC aos fundamentos da República Federativa do Brasil, como a "dignidade da pessoa humana" (CF, art. 1º, III), impedindo que o Poder Judiciário contribua no sentido da concretização dos objetivos da mesma República, que são "construir uma sociedade livre, justa e solidária", bem como "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (CF, art. 3º, I e III).

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

III - Devendo ser o julgamento convertido em diligência para a realização de estudo sócio-econômico exigido pela Lei nº 8.742/93, bem como para que lhe seja dado representante legal, a tutela antecipada é medida de extrema equidade em face do estado de necessidade, uma vez que, como já decidiu o Egrégio STJ, o benefício em questão "foi criado com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem ação da Previdência" (STJ, Quinta Turma, REsp. 314264/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.06.2001, pág. 00185).

IV - Agravo Regimental a que se nega provimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Portanto, podemos concluir pelas informações supracitadas, referente a concessão de ofício da medida cautelar e da tutela antecipada, que a primeira pode ser concedida de ofício pelo juiz, por que estará sempre evidente a urgência da situação, além do *fumus boni iures e periculum in mora*. Ao passo que, em um primeiro momento, a mesma conduta não será adotada pelo magistrado na concessão de ofício da tutela antecipada, pois o próprio art. 273 do CPC é claro ao mencionar que o juiz somente concederá de ofício, mediante requerimento da parte. No entanto, pudemos observar que a atuação dos magistrados tem mudado nesse última hipóteses, ao deferirem de ofício, tutela antecipada que resguardam interesses dos menos favorecidos, diante dos casos concretos.

3.12 Do Poder Geral Negativo de Cautela

Em razão da provisoriedade da tutela jurisdicional acautelatória, bem assim de sua revogabilidade, possível ao magistrado, de ofício, revogar eventual pleito concedido quando

desaparecer qualquer, ou ambos, os elementos de mérito cautelares. Trata-se, assim, de forma negativa de exercício do poder geral de cautela.

3.13 Ação, Processo, Procedimento e Medidas Cautelares: Principais Diferenças

Na legislação e no meio forense são recorrentes as expressões “ação cautelar”, “processo cautelar”, “procedimento cautelar” e “medida cautelar”. Nada obstante elas tenham significados diferentes, não foram raras as vezes em que nos deparamos com o emprego impróprio dessas expressões por alguns profissionais que as confundem como se sinônimas fossem.

Aliás, nem mesmo o legislador escapou a certas imprecisões terminológicas quando regulou o processo cautelar. Assim o artigo 796 do CPC, que fala sobre a possibilidade de ser instaurado o procedimento cautelar antes ou no curso do processo principal. Nesse caso específico, em lugar de “procedimento cautelar” melhor seria haver mencionado “processo cautelar”.

Embora criticável, a utilização da expressão “procedimento cautelar” no artigo 796 é explicada por uma corrente doutrinária defendida por Galeno Lacerda, para quem o legislador tratou a demanda cautelar não como uma “ação judicial propriamente dita”, que só existiria se houvesse uma lide a ser definitivamente resolvida por sentença. Por isso, o código preferiu falar em “procedimento cautelar”.

Não é por outra razão que a lei dos ritos insistiu em designar preconceituosamente os sujeitos do processo cautelar de “requerente” e “requerido”, não de “autor” e “réu” como fez quando disciplinou o processo de conhecimento, inadvertidamente supondo não haver mérito na ação cautelar.

No entanto, como assevera Ovídio Baptista (1998): “essa bizarra conclusão, como anteriormente mostramos, deve ser terminantemente repelida. A ação cautelar, tanto do ponto de vista da ação processual, enquanto pedido de tutela, é verdadeira ação, assim como também o é no plano do direito material”.

A ação cautelar é considerada uma mera ação, pois se sabe que a ação processual existe mesmo que não exista nenhum direito material da parte.

Assentados esses aspectos, passamos à conceituação de cada uma dessas expressões.

Entende-se por “ação cautelar” o meio pelo qual se manifesta a pretensão jurídica do

interessado dirigida ao Estado para que preste a jurisdição e outorgue alguma providência de mera segurança do direito ameaçado de dano. É a exteriorização do direito público, constitucional, subjetivo, autônomo e abstrato de postular no judiciário a concessão de alguma medida cautelar. Portanto, a ação cautelar que é exercitável pelo interessado, intentada, ajuizada ou proposta.

O processo cautelar é o instrumento abstrato criado pelo Estado mediante lei e posto à disposição dos jurisdicionados para a obtenção de medidas cautelares. Trata-se de uma relação jurídica instaurada no judiciário a partir do exercício da ação cautelar tendente ao exame sumário do direito alegado e da ameaça de dano que o aflige, bem como ao deferimento de providências assecuratórias pelo juiz (MACIEL, 2008).

Com essa definição, fica claro que não se pode confundir “processo cautelar” com “autos do processo cautelar”, expressão esta reservada para designar o instrumento de documentação dos atos do processo, historicamente reproduzidos em papel, mas que também comporta outras formas de armazenamento, a exemplo do meio eletrônico.

Por sua vez, “procedimento cautelar” é a forma legal pela qual, os vários atos do processo cautelar são praticados e como eles estão concatenados ao longo da trajetória forense. Enfim, é o modo do processo cautelar se realizar no judiciário segundo os ditames da lei processual.

Finalmente, “medida cautelar” é a tutela passível de concessão pelo juiz para a segurança temporária do direito ameaçado de lesão grave e de difícil reparação e sem a qual provavelmente o ele pereceria em maior ou menor tempo conforme a iminência do dano. Em outros termos, é a providência meramente protetiva, temporária e não satisfativa outorgada pelo magistrado dada a probabilidade do direito invocado pelo requerente e do fundado temor de dano (MACIEL, 2008).

3.14 Procedimento Cautelar nos Projetos de Lei do Novo Código de Processo Civil

3.14.1 Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Ato Presidencial do Senado Federal n. 379 de 2009.

O anteprojeto do código de processo civil (CPC) está no Congresso Nacional, dependendo de aprovação. O documento foi entregue oficialmente no dia 08.06.2010 ao

presidente do Senado, José Sarney, pelo presidente da comissão de juristas, ministro Luiz Fux, que ao tempo era ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, atualmente, é ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

A elaboração do anteprojeto, que prometeu acelerar o andamento da justiça, consumiu sete meses de trabalho com a realização de 13 reuniões presenciais em Brasília, oito audiências públicas nas cinco regiões do Brasil, vários encontros com as instituições representativas dos operadores do Direito e debates com o Ministério da Justiça e as comissões de Constituição e Justiça da Câmara e do Senado.

Ao discursar na cerimônia de entrega, o ministro, na época, do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux destacou que o grande desafio da comissão foi resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere, mediante um novo ordenamento jurídico compatível com as necessidades e exigências da vida moderna (FUX, 2010).

Segundo FUX (2010): “O Brasil clama por um processo ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva as misérias e as aberrações que passam pela ponte da justiça”, ressaltou o ministro.

Para tanto, afirmou que a comissão ousou para combater o excesso de formalismos processuais e a quantidade de recursos existentes no atual código de processo civil de 1973, sempre ciente de que todo poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes, e em nome dele é exercido.

Ainda segundo Fux, a comissão de juristas não poupou esforços e mergulhou com profundidade em todos os problemas que impediam a modernização da Justiça e a agilização da prestação jurisdicional.

Para José Sarney, o Legislativo e o Judiciário estão cientes da necessidade e da importância de se promover reformas mais profundas nos códigos Penal e Civil capazes de garantir maior celeridade e efetividade na prestação da Justiça.

O anteprojeto do CPC foi organizado em cinco livros: parte geral, Do processo de conhecimento, Do processo de execução, Dos processos nos tribunais e dos Meios de impugnação das decisões judiciais, e Das disposições finais e transitórias. Todo o trabalho foi calçado na busca de uma duração razoável dos processos, sem sacrificar o princípio da ampla defesa.

Com 200 artigos a menos do que o atual CPC, vigente desde 1973, o anteprojeto trouxe várias inovações, com destaque para a criação do instituto de resolução de demandas repetitivas, a extinção dos embargos infringentes e do agravo retido, o fim da apelação

quando a sentença já estiver consolidada em súmulas do STJ e do STF, a possibilidade genérica do recurso apenas da sentença, a aplicação de multas pesadas para os advogados que apresentarem recursos meramente protelatórios, e o estímulo e uniformização do processo eletrônico.

De acordo com Fux, o novo código pode reduzir em até 70% o tempo de tramitação das ações que tratem de temas repetitivos, e em 50% a duração de outras causas.

3.14.2 Redação Original do Projeto de Lei do Senado Federal – PLS n. 166 de 2010

O Senado Federal apresentou o projeto de Lei de nº 166/2010 com o intuito de promover a simplificação dos processos como também, através da observação aos direitos constitucionais previstos na Carta Magna, obter acesso à justiça igualmente e que a mesma traga decisões justas e céleres para os que dela necessitam.

De acordo com o expresso no projeto, entre diversas outras medidas, será eliminada a ação cautelar enquanto entidade portadora de autonomia como também restrita a utilização do agravo de instrumento, com criação do incidente de resolução de demandas repetitivas. O projeto é totalmente embasado na constituição federal, pois a finalidade maior é gerar ações jurídicas que possuam fundamento para análise, o que irá provocar uma agilidade muito maior e, conseqüentemente, a resolução dos conflitos existentes na sociedade, base do direito processual.

Portanto, fazendo-se uma comparação com o atual código de processo civil vigente é notório que o projeto de lei apresenta-se como uma maneira muito mais simplista de encarar o processo civil, fazendo valer o direito de forma justa e digna a todos os cidadãos, na tentativa de solução de problemas vivenciados em sociedade.

De acordo com a redação do projeto apresentado pela comissão do Senado Federal, este posiciona-se como uma maneira de solucionar os diversos conflitos existentes num mundo social, através de transformações que levem à formação de processos apenas com fundamentação fática possível à análise jurídica.

Nesse sentido, busca a descaracterização do processo cautelar, deixando de aplicar natureza típica, inclusive modificando a nomeação dos livros para dar à organização uma divisão voltada a um maior rigor técnico e metodológico.

Também com intuito de aumentar a facilidade processual, a intervenção de terceiros é modificada a ponto de ter restrições, mas mantendo o chamamento ao processo, sendo que a entrada de um terceiro alheio ao autor e ao réu poderá agilizar o processo e também dar maior fundamentação fática para que se busque a veracidade da situação, sendo a sentença prolatada de forma que prevaleça o que se entende por justiça.

A questão da produção das provas também sofrerá alteração, baseada em princípios constitucionais, a ponto de poder existir a produção da prova anterior à propositura do processo de conhecimento para que direitos sejam reconhecidos. Além disso, a atividade probatória apresenta-se como influenciadora do juízo para a sentença, sendo a prova destinada às partes do processo, sempre objetivando a fundamentação lógica da propositura.

Porém também faz-se necessário visualizar que se da análise que é feita pelas partes sobre a prova produzida antecipadamente não resultar que se evite o processo judicial, pois existe a possibilidade de que a produção antecipada proporcione ao autor e ao réu melhor desempenho para defender seus direitos, uma vez que suas alegações já estarão amparadas nos elementos probatórios colhidos. Nessa ótica, concretiza-se o objetivo jurídico do processo por meio do contraditório e da busca da verdade, possibilitando a prolação de uma sentença justa e consentânea com a realidade dos fatos.

Outro ponto também de total relevância é a questão dos embargos infringentes, previstos no código de processo civil, porém com vistas a ser eliminado pelo projeto de lei enquanto modalidade recursal.

Como supracitado, a constituição é a base para todos os códigos existentes no ordenamento jurídico brasileiro e a partir de tal fato, a comissão do Senado Federal utilizou-se disso para que pudesse criar o projeto, com benefício à sociedade, dotada de princípios e direitos fundamentais.

A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à constituição federal. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encapados pelos princípios constitucionais. (BRASIL, 2010, p.13)

Portanto, desde o 1º artigo do projeto há a observação da constituição federal para a obtenção de proteção e garantias necessárias à vida humana, sempre com respeito a princípios fundamentais de igualdade, legalidade e dignidade da pessoa humana, com evidência para o acesso à justiça.

Na análise constitucional o projeto realmente busca a simplificação e, conseqüentemente, a efetivação da realização de solução de conflitos existentes em uma

sociedade recoberta por direitos e deveres que precisam ser garantidos e respeitados, principalmente pelo poder judiciário, detentor do poder de sentenciar processos que visam à harmonia e bem-estar social individual e coletivo.

Com relação a todo o exposto é possível concluir que muitas serão as mudanças que pretende ocasionar o projeto de Lei nº 166/2010, mas sempre objetivando a melhor convivência social com a solução de conflitos existentes. Para isso tem como base a CF de 1988, com respeito às normas e princípios nela garantidos para a sustentação da vida em sociedade. Assim, a simplificação do processo judicial é a via mais coerente, de acordo com o projeto, para que tais princípios sejam garantidos e direitos efetivados a todos os indivíduos, com a produção de ações fundamentalmente coerentes para a sentença cível.

3.14.3 Projeto de Lei do Código de Processo Civil n. 8046 de 2010, da Câmara dos Deputados – Novo CPC não é Reforma, é Mudança Pontual.

O legislador busca aumentar a celeridade da justiça com a reforma dos códigos, mas para a jurista Ada Pellegrini Grinover apenas a mudança da lei não é suficiente. Ela defende a transformação da cultura “judicialista” e “burocrática”. Entre os pontos destacados pela autora, está a mudança no modo de gestão dos cartórios dentro dos fóruns, que passariam a ser comandados por administradores, e não por juízes, como são atualmente. “É preciso mudar o sistema”, disse. Aponta também, que o texto do novo CPC da forma como foi aprovado, não se trata de uma reforma, mas de alterações pontuais (GHIRELLO, 2011).

A jurista, no entanto, fez diversas críticas ao projeto e prometeu elaborar um substitutivo. No novo texto, foi inserida uma audiência de conciliação antes da resposta do réu e, esse encontro, entre as partes deveria ser obrigatório. Foi criticado ainda, o dispositivo do texto que proíbe que o advogado faça a conciliação.

José Roberto Santos Bedaque, que integrou a comissão de juristas responsável pela reforma do CPC, explicou que o grupo se pautou por dois valores: celeridade e segurança. Nesse sentido, a proposta cria um mecanismo chamado “incidente de resolução de ações repetitivas”, que permitirá a aplicação da mesma sentença a todas as causas que tratem de questão jurídica idêntica. Pela legislação atual, cada ação é analisada de maneira autônoma, o que aumenta o trabalho do juiz com casos iguais e multiplica decisões diferentes sobre o mesmo direito (GHIRELLO, 2011)

Susana Henriques da Costa disse que se por um lado o novo projeto não rompe com o modelo usado hoje, por outro, não afasta o que foi construído ao longo dos anos. A autora descrita, identifica ainda que o novo texto mantém um diálogo com a constituição federal de 1988. Destaca ainda, que o novo projeto pode colaborar com a celeridade porque cria novos mecanismos de filtrar ações sem as condições mínimas de serem providas. O novo CPC amplia as hipóteses da impossibilidade jurídica o pedido, que essa possibilidade ficou mais ampla no novo texto.

O desembargador aposentado, Nelton dos Santos criticou o artigo que trata de como o juiz deve apreciar as provas apresentadas. Pelo novo texto, o juiz deverá indicar quais provas o levaram a tomar a decisão. Diferente do código vigente que pede para o juiz indicar as razões que o influenciaram. Além de não acreditar que as conciliações obrigatórias poderiam dar celeridade ao processo, mas elogia a flexibilidade que o juiz terá para chamar as partes para colaborar no processo.

O ministro do STF, Gilmar Mendes, afirmou que no Brasil existe uma cultura judicialista. No ano passado, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, mais de 85 milhões de processos tramitaram na Justiça. Afirmou que quando os JEFs (juizados especiais federais) foram criados, a expectativa das autoridades era de que eles não receberiam mais do que 180 mil processos, ao longo de dez anos. Entretanto, em poucos anos, eles receberam mais de 2,5 milhões. “No Brasil há uma demanda recôndita”, disse (GHIRELLO, 2011).

Para ele, as facilidades dispostas nos juizados fizeram a demanda aumentar. A dispensa do advogado, aumento da atuação da defensoria pública e aumento do limite de 40 para 60 salários mínimos, entre outros fatores, colaboraram para o crescimento no números de ações.

Gilmar Mendes acredita também, que a saída está nos novos modelos de solução de conflitos. “É preciso refletir criticamente sobre o modelo atual de prestação jurisdicional”, alerta. Para o ministro é preciso simplificar o sistema para dar uma solução no tempo adequado (GHIRELLO, 2011).

3.14.4 Projeto Miro Teixeira – Lei 2963 de 2011 – Anexado ao Projeto Originário

Parece estar passando despercebida a iniciativa legislativa do Deputado Miro Teixeira que propõe uma reforma do CPC vigente, a partir das boas proposições constantes do projeto n. 166 de 2010.

A grande vantagem do projeto recém apresentado na Câmara (PL 2963/2011) é que, ao mesmo em que ele incorpora tudo de bom que o Senado produziu, as muitas propostas que contam com o apoio consensual da comunidade jurídica, são postas de lado todas as proposições autoritárias que despertaram e continuam a despertar críticas veementes, como, por exemplo, a eliminação do livro dedicado ao processo cautelar, o desaparecimento de vários procedimentos especiais, a supressão do agravo retido e dos embargos infringentes, a diminuição tão exagerada do tamanho do agravo de instrumento, a concessão de superpoderes aos juízes de primeiro grau, inclusive para aplicar princípios constitucionais abstratíssimos, e a atribuição de poderes cautelares e antecipatórios sem limites.

Com a reforma do código vigente a partir de idéias consensuais, a conciliação no início do processo, o desaparecimento da exceção de incompetência e da impugnação ao valor da causa, a citação eletrônica, os incidentes de desconsideração da personalidade jurídica e da resolução de demandas repetitivas, o tratamento da advocacia e da defensoria públicas, da assistência judiciária, a modernização da disciplina dos honorários, do duplo grau obrigatório e do agravo de instrumento, para citar apenas as mais importantes, preserva-se um dos melhores códigos de processo do mundo e com ele a doutrina e jurisprudência construídas nas últimas quatro décadas, o que significa avanço sem rompimentos bruscos, segurança sem aventuras e manutenção do exercício democrático dos nossos direitos processuais sem o que não há cidadania.

Segundo Miro, espera-se que haja bom senso em Brasília para perceber que a comunidade jurídica não deseja uma reforma que pode instalar a ditadura do judiciário entre nós, mas que é possível avançar para construir um CPC melhor, a partir do consenso, que ajude no enfrentamento da morosidade da justiça.

Não o é com poderes supremos nas mãos da magistratura de primeira instância que enfrentaremos as dificuldades do judiciário, até porque o nosso grande problema não está no plano legislativo, mas no administrativo da atividade jurisdicional. O que realmente precisamos é de um choque de gestão em toda a justiça do Brasil, avancemos com uma reforma do CPC vigente – com segurança, equilíbrio e sobriedade – para torná-lo ainda mais democrático, e não com um projeto de novo CPC de viés autoritário que irá nos transformar todos em escravos dos juízes.

A par da eliminação de todo o ranço autoritário da proposta de novo CPC, o Projeto Miro Teixeira que tramita na Câmara dos Deputados desde dezembro de 2011, o Projeto de Lei 2.963, aperfeiçoa o Código vigente, aproveitando-se de muitas das coisas boas que o Senado Federal foi capaz de produzir. Miro Teixeira cita 25 vantagens evidentes:

A manutenção do estatuto vigente e da sua estrutura normativa representa a preservação de um dos melhores códigos do mundo e que é brasileiro. A manutenção do CPC de 1973 significa a preservação da segurança jurídica para um milhão de operadores do Direito que há quase quarenta anos trabalham com um código muito bom, que só não funciona melhor por razões de infraestrutura administrativa da justiça. A manutenção do código em vigor preserva grande parte da excelente doutrina produzida nas últimas décadas e a jurisprudência consolidada a duras penas pelos nossos tribunais. A reforma do CPC representa uma ruptura infinitamente menor do que a produzida por um novo código.

A reforma do CPC Buzaid permite, sem traumas estruturais, a eliminação do procedimento ordinário e sumário e sua substituição por um procedimento padrão único, chamado “procedimento comum”. A reforma do CPC Buzaid também permite, sem traumas, a introdução de uma audiência de conciliação prévia antes do oferecimento da resposta pelo demandado.

A reforma proposta pelo Deputado Miro Teixeira reconhece a possibilidade de Câmaras de Conciliação e Mediação Privadas realizarem toda a atividade conciliatória conforme condições estabelecidas pelo CNJ (artigo 285-C), o que significará uma enorme economia, em todos os sentidos, para o Poder Judiciário e também permite a manutenção das três clássicas e conhecidíssimas modalidades de resposta do réu: contestação, exceção e reconvenção (artigo 297).

Segundo a reforma do CPC, do Projeto 2963/2011, a exceção fica reduzida às hipóteses de suspeição e impedimento, desaparecendo apenas a exceção de incompetência que realmente atrapalha o desenvolvimento do processo.

Ainda conforme a reforma projetada, a reconvenção, que tem mais de 1700 anos de idade, é integralmente mantida, afastando-se o pedido contraposto do novo CPC que nada mais é do que uma reconvenção sem petição autônoma.

Permite também a reforma, sem qualquer problema estrutural, a eliminação da impugnação ao valor da causa, transferindo tal matéria de defesa para o bojo da contestação, assim como projetado pelo Senado Federal.

Quanto às modalidades de intervenção de terceiros, a reforma Miro Teixeira aceita a eliminação da nomeação à autoria – substituída que é pela possibilidade generalizada de correção da legitimidade no polo passivo, assim como idealizada pelo Senado, mas elimina a figura do *amicus curiae* que só tem razão de ser no plano dos processos objetivos de controle de constitucionalidade.

A reforma do código Buzaid também permite, sem qualquer comprometimento do sistema, a introdução de disciplinas novas sobre cooperação entre órgãos de jurisdição, assistência judiciária, advocacia pública, defensoria pública e aperfeiçoamentos na regulamentação dos honorários advocatícios.

A reforma do CPC de 1973, obviamente, mantém o direito da parte à oitiva de três testemunhas para cada fato e o agravo retido contra as decisões interlocutórias proferidas em audiência, direito e recurso que desaparecem com o novo CPC, garantindo o espírito democrático do trâmite processual quanto às provas.

Na disciplina do agravo retido, que é preservado pelo projeto Miro Teixeira, são introduzidas duas alterações significativas, no sentido de dar a este recurso aplicação prática e eficiência: a) a exigência de que, à interposição oral, seja obrigatória a resposta igualmente oral e imediata; b) a exigência explícita de fundamentação da decisão (imediata) que mantém ou que reforma a interlocutória proferida.

Outro ponto da reforma é que o CPC/73 mantém a previsão casuística de admissibilidade do agravo de instrumento, mas aumenta o número de hipóteses, além de trazer para dentro do código a figura do agravo interno e preservar os embargos infringentes.

A reforma projetada pelo deputado Miro Teixeira preserva o “Livro III”, dedicado ao “Processo Cautelar” e, com ele, a disciplina do poder geral de cautela, o procedimento cautelar comum e, o mais importante, os procedimentos cautelares específicos. A manutenção das disciplinas do arresto, do sequestro, da busca e apreensão, do arrolamento, etc., significa a reafirmação da necessidade inafastável, dentro de um processo civil democrático, de que os poderes dos juízes permaneçam dentro de limites claros e controláveis.

Admite, por outro lado, o novo instituto da estabilização da tutela antecipada, quando a providência cautelar tiver natureza satisfativa.

A reforma do código em vigor também preserva o instituto da antecipação da tutela, tão conhecido de todos, com aperfeiçoamentos, afastando a perigosa figura da “tutela de evidência” sem *periculum in mora* para quaisquer casos de “prova documental irrefutável”. Afasta-se identicamente o poder cautelar ou antecipatório de ofício que consta do novo CPC.

A reforma do Projeto 2.963 mantém em vigor os procedimentos especiais que o novo CPC deseja eliminar, como: a ação monitória, a nunciação de obra nova, a ação de depósito, a ação de usucapião, a reserva de domínio. Além disso, ainda preserva as hipóteses de consignação em pagamento em caso de dúvida e a prestação de contas pelo devedor. Entretanto, o Projeto incorpora ao CPC/73 a ação de dissolução parcial de sociedade (artigo 1072 a 1082).

Ainda na seara dos procedimentos especiais, a milenar e universal locução jurisdição voluntária é preservada evidentemente e, com ela, a modificabilidade da sentença se ocorrerem circunstâncias supervenientes (artigo 1111), o que afasta a proposta autoritária da imodificabilidade da sentença que consta do novo CPC. Além disso, e tão importante quanto, é a preservação da separação consensual, ao lado da disciplina explícita do divórcio e da extinção da união estável consensuais; a separação continua existindo, mesmo após a Emenda Constitucional 60. Registre-se, ainda, que vários aperfeiçoamentos disciplinares idealizados pelo Projeto do Senado são acolhidos pela reforma do Projeto 2.963.

A reforma sugerida pelo deputado Miro Teixeira devolve o efeito suspensivo para a apelação, como regra, o que significa o resgate do princípio do duplo grau de jurisdição, do direito de não ser executado antes da confirmação da sentença por um tribunal e da segurança jurídica num país como o Brasil. Mas isto não significa que aprimoramentos na disciplina dos recursos não tenham sido recepcionadas, porque várias são as modificações introduzidas, incluindo a importante figura criada no Senado do incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 495-A a 495-S).

A reforma do CPC/73 também contempla o cumprimento de sentença, mas, diferentemente do novo CPC aprovado no Senado, mantém a integridade do artigo 475-J sobre o qual se construiu a jurisprudência avançada de que a fluência do prazo para pagar, sob pena de multa, não depende de intimação do devedor.

A reforma do Código em vigor identicamente estabelece disciplina nos moldes da construída pelo Senado, mas aperfeiçoada, para o cumprimento da sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia (artigo 475-T) e para o cumprimento de sentença condenatória contra a fazenda pública (artigos 475-U e 475-V).

A reforma proposta pelo projeto 2.963 também incorpora vários melhoramentos disciplinares ao “Livro II – Do Processo de Execução”, além de revogar cerca de 50 dispositivos do CPC/73, criando ou alterando aproximadamente 30 títulos, capítulos e seções e devolvendo-nos a todos a perspectiva e esperança de um processo civil seguro, equilibrado e democrático.

3.15 Críticas aos Projetos do Novo Código de Processo Civil

Vã é a esperança de que um novo CPC sozinho possa diminuir significativamente o tempo de duração dos processos: nenhuma lei processual vai impedir greves, nem fazer com que petições sejam juntadas ou sentenças proferidas em tempo menor.

O foco central do problema da morosidade da justiça no Brasil não está na tramitação em primeira instância, mas na segunda.

Abrindo agora a perspectiva de discussão da conveniência de um novo CPC, vale assinalar que, em termos estruturais, o avanço representado pela criação de uma “Parte Geral” – e dentro dela o título dedicado à “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência” – é francamente minimizado pela eliminação do “Livro III – Do Processo Cautelar”. O Brasil é o único país do mundo que tem um livro inteiramente dedicado à cautelaridade, o que nos distingue e enaltece internacionalmente.

Um novo código é desnecessário porque o CPC brasileiro, em vigor desde 1974, um dos mais modernos e técnicos do mundo. Eis a reputação internacional da nossa lei processual civil codificada.

Um novo CPC é desnecessário porque todas as boas novidades presentes no projeto em tramitação na Câmara podem ser reunidas sob a forma de mais um anteprojeto de lei de reforma do código vigente.

E tanto é verdade que um novo CPC é desnecessário, que o projeto aprovado no Senado (PL 266/2010) apresenta em seus dispositivos 80% de regras copiadas literalmente do CPC de 1973, com alterações em sua numeração; dos aproximadamente 3.500 (três mil e quinhentos) dispositivos, apenas 700 trazem alguma novidade.

A eliminação do “Processo Cautelar” significa o desaparecimento de todo um arsenal de barreiras ao exercício do poder pelos magistrados, sem elas, estaremos todos à mercê da livre vontade judicial sobre quando e como conceder providências acautelatórias. Parece um grande retrocesso a substituição do “livro III – do processo cautelar – livro que nenhum código de processo civil do mundo tem e que nos distingue internacionalmente, pela novidade representada pelo título “Tutela de Urgência e Tutela de Evidência”. Além disso, as duas figuras propostas acabam se confundindo inteiramente na redação do art.269 do projeto quando afirma “[...] sejam essas de natureza satisfativa ou cautelar”.

Além do retrocesso representado pela eliminação do livro III e dos seus procedimentos específicos, o que significará enorme aumento do poder dos juízes de primeiro grau em sede cautelar (ou “tutela de urgência”), também excessivo e exagerado se revela o poder conferido aos magistrados para a concessão de tutela antecipada no regime proposto pelo projeto (ou “Tutela de Evidência”) na particular hipótese do inciso III do art. 278 que vai permitir antecipações liminares fundadas apenas em “prova documental irrefutável” sem necessidade de demonstração de *periculum in mora*.

O desaparecimento do processo cautelar incidental por força da disciplina do art. 286 do projeto que admite o requerimento de providências acautelatórias no curso da causa principal, nos próprios autos, representa retrocesso em sede de medidas cautelares, porque vai permitir que uma nova discussão sempre seja introduzida na causa principal, o que poderá comprometer o normal desenvolvimento do processo.

Apesar de o requerimento incidental proposto já se encontrar autorizado pelo atual art. 273, § 7º, do CPC, hoje existe a válvula de escape para o juiz que é determinar que o pedido acautelatório se processe pela via da ação incidental, o que mantém a demanda cognitiva ou executiva protegida de corpos estranhos que possam atrapalhar a sua tramitação.

Ainda segundo Miro Teixeira, o projeto de CPC que tramita perante a Câmara deve ser inteiramente rejeitado porque, além do seu fortíssimo caráter autoritário, ainda se revela estruturalmente inconsertável e irreparável, em razão da eliminação do mundo jurídico do livro dedicado ao “processo cautelar” e de toda a disciplina dos procedimentos cautelares específicos, “*conditio sine qua non*” de um processo civil democrático.

Nem mesmo as dezenas de boas ideias constantes do projeto, tendentes ao aperfeiçoamento do direito processual civil brasileiro, justificam a criação de um novo CPC. Assim é porque o código atual é um dos melhores do mundo e bem que poderia ser reformado mais uma vez por meio de simples lei ordinária que reunisse em seu bojo as melhores propostas projetadas, não sem antes, é óbvio, o adequado e temperado debate que nunca acontece.

O grande problema que decorre do desaparecimento de um livro dedicado ao processo cautelar é que, não havendo mais regulamentações expressas, os nossos juízes poderão conceder medidas acautelatórias apenas com base na sua vontade e liberdade imaginativa.

Toda a limitação imposta pela lei terá desaparecido, todas as barreiras e condicionamentos estabelecidos previamente pelo legislador terão caído por terra. A vontade da lei terá sido substituída pela do juiz e já não saberemos – partes, advogados e promotores de justiça – como se desenvolverão postulações tão comuns e constantes como as de arresto, sequestro, busca e apreensão, arrolamento e alimentos. O poder terá sido tirado das previsões gerais do CPC e colocado nas decisões individuais dos magistrados. Nossos parâmetros de previsibilidade estão completamente perdidos. Nossa segurança jurídica em tema de cautelaridade – a seara processual mais sensível – onde se confrontam a urgência da parte e a rapidez judicial -, comprometida de maneira permanente.

Se já não bastassem os poderes autocráticos dos juízes para adaptar atos e fase do procedimento, para sentenciar e executar desde logo suas decisões, ainda teremos de conviver com liminares cautelares livres de amarras legais.

Não faltará nada para que finalmente possamos experimentar o sabor de uma genuína ditadura do Judiciário.

3.16 O Projeto do Código de Processo Civil e as Alterações Pertinentes à Ação Cautelar. Nova Divisão - Medidas de Urgência: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência.

Em termos estruturais, o avanço representado pela criação de uma “parte geral” – e dentro dela o título dedicado à “tutela de urgência e tutela da evidência” – é francamente minimizado pela eliminação do “livro III – Do processo cautelar”, modificação presente e criticada no projeto do novo CPC, que encontra-se na Câmara dos Deputados⁶⁶, que traz o artigo 269 e seus §§s, relacionados a tutela de urgência e de evidência:

Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo (BRASIL, 2010).

Preocupa a eliminação do procedimento específico do arresto porque, com o novo CPC, já não será necessário apresentar “prova literal de dívida líquida e certa” ou uma sentença, bastando que o juiz entenda presente o simples “*fumus boni iuris*” para mandar arrestar bens do devedor. O completo desaparecimento das previsões acerca das situações perigosas para fins de arresto também torna inseguro o regime desta cautelar. A da apreensão de bens coloca em flagrante risco o patrimônio das pessoas.

Pelo menos discutível sob o prisma da segurança jurídica, também é a eliminação do procedimento específico do seqüestro: em primeiro lugar, porque faltarão previsões mínimas

⁶⁶ PL n. 8046 de 2010.

de cabimento; em segundo, porque ficará afastada a previsibilidade sobre a nomeação do depositário, ato de fundamental importância para a concessão desta medida cautelar.

Bastante preocupante se revela a pura e simples eliminação do procedimento da busca e apreensão, porque sem ele já não saberemos de antemão como se cumprirá a providência: um ou dois oficiais de justiça? Haverá necessidade de testemunhas? Tratando-se de seus objetos de bens, serão necessários dois peritos? A insegurança se fará presente, segundo Miro Teixeira.

O desaparecimento da caução vai tornar completamente imprevisível o comportamento judicial em relação a tal medida, o que colocará em risco a segurança jurídica das partes.

Se o objetivo da nova do CPC é trazer mais agilidade às formas de prestação jurisdicional, não compreende-se o porquê da admissão da produção antecipada de provas para viabilizar acordo futuro ou para evitar a propositura de demanda.

A jurisprudência adequou-se ao avanço, permitindo a concessão da tutela de urgência, independente do rótulo dado pela parte, desde que observados os requisitos legais, o que pode ser observado no seguinte exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TUTELAS DE URGÊNCIA. FUNGIBILIDADE ADMITIDA. REFORMA. O princípio da fungibilidade, consagrado no art. 273, §7º, do CPC, torna possível a concessão de uma medida de urgência no lugar da outra, em atenção à celeridade e economia processual⁶⁷.

Fica evidente em nosso sistema atual, portanto, a divisão legal entre as tutelas de urgência (cautelares e tutelas antecipadas), havendo, contudo, a admissão de que haja o atendimento do pleito da parte, independente da nomenclatura adotada no requerimento (fungibilidade). O procedimento adotado é irrelevante - incidental ou por processo cautelar separado, pois o que importa é o preenchimento dos requisitos legais à obtenção da proteção judicial.

Nesta perspectiva é que se pretendeu analisar, num primeiro momento a efetividade do processo como instrumento da ordem jurídica justa, conseqüentemente o tempo e a demora na prestação jurisdicional como elemento que dificulta a efetividade e, por fim, o

⁶⁷ TJMG, Agravo n. 1.0027.09.180940-3/001, Des. ALBERTO HENRIQUE, 02/04/2009.

processo cautelar como instrumento da tutela de urgência, além das críticas que os projetos do novo código de processo civil tecem a respeito da alteração das cautelares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho restou demonstrado, em primeiro plano, os princípios que norteiam a celeridade e a efetividade processual, que corroboram com o princípio da Razoável Duração do Processo expresso na Constituição Federal de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº45/2004, que evidencia claramente o objetivo do trabalho escrito, qual seja, que o fator tempo não prejudique a demanda e por consequência, as partes litigantes.

Adiante, nas linhas seguintes, fora estudada a ação como garantia constitucional, e o processo como instrumento efetivo de acesso a ordem jurídica justa, viabilizando a celeridade processual, a efetividade do processo e seu resultado útil, o que é possível por meio da ordem jurídica justa.

O processo apresenta-se tão importante e necessário quanto maior seja sua efetividade, o que se mostra viável no desenrolar da presente pesquisa. Outro ponto referido trata da flexibilização do sistema processual que contribui, sobremaneira, para a almejada ordem jurídica justa e, conseqüentemente, à efetividade processual, que somente é proporcionada por um sistema eficiente.

O fator tempo, perseguido pelas partes e enaltecido pelos processualistas, não pode tornar-se empecilho para desonerar o responsável, do compromisso de tutelar prontamente e eficazmente, o processo, não permitindo que a demora, faça com que o direito pereça.

Necessário também, adequar às partes envolvidas à esfera processual, que faz-se pela perfeita adequação do instrumento a ser utilizado, conferindo sua verdadeira dimensão, que é diminuir o excesso de formalismo, por meio da jurisdição, que assegurará a realização plena dos direitos materiais.

Quão importante demonstrar os fatores de lentidão do processo, é mencionar as conseqüências da intempestividade da tutela jurisdicional e os estragos diretos a serem suportados pelas partes, o que aumenta o descrédito ao judiciário.

Pelas razões supracitadas, buscou-se a utilização do processo cautelar como instrumento da tutela de urgência e a utilização da tutela jurisdicional diferenciada como meio para a efetivação da prestação jurisdicional.

A tutela jurisdicional diferenciada busca integralizar o direito material ao direito processual, garantindo maior efetividade em situações de urgência e emergência, que demandam maior celeridade na sua concessão.

A ação cautelar, portanto, tem o objetivo de conceder prontamente, em um espaço de tempo célere, o objeto do litígio, atrelando a tutela diferenciada à celeridade processual. Embora apresente muitas peculiaridades, é meio hábil para tornar célere o processo e conseqüentemente tornar possível a efetividade e segurança jurídica, ao salvaguardar um determinado direito anunciado, ameaçado de lesão.

Pela característica da ação cautelar de celeridade processual, temos uma garantia constitucional, voltada a todos aqueles que, titulares de um direito infra-constitucional, provável em iminência de lesão, carecem resguardar o interesse ameaçado.

As medidas cautelares podem ser concedidas de ofício, sem audiência das partes, fazendo o julgador em casos excepcionais, os quais demandam intensa urgência, confirmando mais uma vez, a objetivo central e a busca pela celeridade processual, mitigada, na sua maioria, pelos procedimentos de ritos ordinários.

A ação cautelar, mesmo utilizada com o intuito de atender a urgência do direito ameaçado, e assim, concretizar a eficácia do processo, está em iminência de ter seu tratamento modificado no projeto do código de processo civil, que prevê a extinção do livro do processo cautelar, caso aprovado.

A proposta do projeto do CPC, ao extinguir o livro do processo cautelar, conferirá ao juiz um poder de defesa da jurisdição, que tem o dever de prestar a justiça de forma rápida e eficiente, tornando útil o resultado almejado. No entanto, o mesmo sofre críticas severas, a ponto de doutrinadores defenderem que seria desnecessário um novo código de processo civil para abordar questões e mudanças pontuais.

O objetivo central do projeto do código de processo civil é a celeridade processual, objetivo também do presente trabalho, ao relacionar o fator tempo, processo justo, celeridade, eficiência, fatores esses presentes intensamente no processo cautelar.

Logo, o projeto do CPC é enfático ao trazer as alterações pertinentes à ação cautelar, fazendo uma nova divisão das medidas de urgência, divididas em: tutela de urgência e tutela de evidência, que serão ajuizadas sempre nos mesmos autos do processo principal, além da fungibilidade atualmente em vigor, prevê o cabimento dessas medidas, seja em caráter cautelar, seja com natureza satisfativa.

As tutelas de urgência serão inseridas na parte geral do projeto do código, não havendo mais a previsão da tutela antecipada dentro do livro I, referente ao processo de conhecimento. Inova ao trazer a previsão da tutela de evidência, que dispensará a parte de comprovar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, caso esteja diante de uma das situações previstas no artigo 285 do Projeto.

Cumprе esclarecer que são necessárias mudanças e aperfeiçoamentos a serem feitos no projeto no tocante ao processo cautelar, que tem como função primordial, amparar a celeridade processual, proporcionando aos interessados, processos justos, decididos em tempo hábil e oportuno.

Por fim, precisamos acreditar que a proposta do código de processo civil será eficaz, pois contribuirá com a celeridade da tramitação dos processos em nosso país, contribuindo para uma justiça ágil e efetiva, frente aos entres que atualmente o Judiciário enfrenta.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora. TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro. **Reforma do judiciário**. Método, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **CLT e súmulas do TST comentadas**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

ALVIM, Tereza Arruda. **Tratado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ANDRADE, Fabrício. **Segurança jurídica**. Cacoal. 8 abril 2010. Disponível em: <<http://www.professorfabricioandrade.com.br>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al código de procedura civile**. Napole: Jovene, 1964.

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2009.

ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**. Revista de Processo, São Paulo, n 65, p.45-55, jan/mar. 1992.

ASSIS, Araken de. **Processo de execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A garantia do contraditório na atividade de instrução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Comentários ao código de processo civil**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Notas sobre o problema da “efetividade” do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Observações sobre a estrutura e terminologia do CPC após as reformas das Leis 11.232 e 11.382**. As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. **Tendências contemporâneas do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

BORGES, Flávio Buonaduce. **Tutelas cautelares e tutelas antecipatórias**. 23 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 28 mai. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEBBER, Júlio César. **Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data na justiça do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**, 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 228-229.

BORTOLONI, Marcelo. **Salto no Escuro**. Veja, São Paulo: Abril, ano 43, nº 19, p. 118-122, maio. 2010.

BOSSMANN JUNIOR, Márcio. **A influência do direito material sobre o processo**. Faculdade de Direito de Bauru. 22 de abr. 2003. Disponível em: <<http://www.amigonerd.com.br>>. Acesso em: 23 de maio de 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2003.

_____. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Servanda, 2000.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Inovações no Código de Processo Civil**, 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

_____. **Lições de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

_____. **O objeto da cognição no processo civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995, p. 207-225.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: compreensão crítica**. Curitiba: Juruá, 2004.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **El proceso como fenómeno social de masa**, in: *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: UJEA, 1974.

_____. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Reformas Legislativas: Leis Aprovadas, Projetos Aprovados na Câmara e no Senado, Esboços de Anteprojetos**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual. v. 5. mai 2008, p. 99-112.

CARNELUTTI, Francesco, **Diritto Processo**. Nápoles: Morano, 1958 p.154 *apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo**. Franca: Lemos e Cruz, 2003, p.40.

_____. **Direito e processo**. Nápoles: Morano, 1958.

_____. **Instituzioni Del processo civile italiano**. 5. ed, Roma: Foro Italiano, 1956

CARTONI. Daniela Maria; LORENZETTI. Kátiuska. **A flexibilização no Direito do trabalho e a globalização**. Disponível em: <<http://www.sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewfile/45/43>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

CIVIL. **Código de Processo Civil**: Anteprojeto. Comissão de Juristas Responsáveis pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito processual civil**. Tradução: Guimarães Menegale 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CRISTO, Alessandro. **Decisões monocráticas aceleram julgamentos no Rio**. Revista consultor jurídico. Em 15 de nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 21 de nov. 2011.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A “causa pedenti” no processo civil**. São Paulo: RT, 1992.

_____. **Ação civil pública e ministério público**: exorbitância refreada pelos tribunais (breves apontamentos; e tutela processual do direito do executado, realidade e justiça). São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 1997.

DALARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DELGADO. Maurício Godinho. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPodium, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil - execução**. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. São Paulo, Ed. RT, 1984.

_____. **A Instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Júlia Raquel Queiroz. **Prescrição, decadência e seus enfoques processuais**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20-25.

EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1031, 28 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/8304>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.262.

FARACO DE AZEVEDO, Plauto. **Crítica à dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p.15-18.

FARIA, José Eduardo. **As transformações do Judiciário em fase de suas responsabilidades sociais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.139-154. Dez. 92.

_____. **Tempo do Direito, tempo da economia**.Jornal O Estado de São Pualo. ed. de 22.05.1997.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Tutela antecipada recursal**. 2. ed. Curitiba : Juruá, 2008.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direito do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: Método, 2009.

GARTH, Bryant G. **Delay and settlement in civil litigation**: notes toward a comparative and sociological perspective, in Studi in onore di Vittorio Denti. Padova: Cedam, 1998.

GHIRELLO, Mariana. **Novo CPC não é reforma, é mudança pontual**. 23 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.ultimainstancia.uol.com.br>>. Acesso em: 12 de jun. 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80.

_____. Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaranse e GOMES Filho, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

HARBELE, P. **Verfassung als offentlicher prozess**. Berlim, 1978.

GUERRA, Gustavo Rabay. **O princípio constitucional da razoável duração do processo**. O acesso à tutela jurisdicional célere como direito fundamental. Teresina, ano 13, n. 1758, 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/11188>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JAMBO, Paloma Wolfenson. **O poder vinculante das súmulas e a impossibilidade da identificação estreita das causas submetidas à Justiça**. Teresina, ano 10, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/6961>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Processo Cautelar**. 16. ed. São Paulo: Leud, 1995.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LARAYA, Larissa Benez. **Medidas acautelatórias como instrumento de efetivação do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente**. 2010. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003, p. 72.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Duração razoável e informatização do processo judicial**. Panóptica, Vitória. Maio 2007, p. 368-384. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em: 02 de nov. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Processo cautelar: a tutela judicial na segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MANSOLDO, Mary. **Celeridade Processual e Segurança Jurídica**. Disponível em: <http://www.junqueirasampaio.com.br>. Acesso em: 10 de jun. 2012.

MARIONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **A Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: SAFe, 1994.

_____. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em:

<http://www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 77-79.

_____. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MORAES, Daniela Marques de. **Tutela diferenciada: um instrumento de reconstrução do direito processual civil**. 2003. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Subjetivo, pretensão e ação**. Repró 47. 109-123.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Do processo cautelar**. São Paulo: RT, 1985.

NETO, José Affonso Dallegrave. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

NUNES, Benedito. **Experiências do tempo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NUNES, Dierle. **Reforma do CPC: contraditório e fase preparatória da cognição**. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, n. 314, p. 38-40, fev. 2010. Quinzenal.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

NOGUEIRA, Luis Fernando Valladão. **O Projeto do Novo CPC e a Tutela de Evidência**. Disponível em: <<http://www.valadao.com.br>>. Acesso em: 08 jan. 2012.

MACIEL, Daniel Baggio. **Ação, processo, procedimento e medidas cautelares**. Uma habitual confusão a ser desfeita. 8 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.istoedireito.com.br>>. Acesso em: 05 mai. 2012.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Devido Processo Legal e Tutela Antecipada**. Revista Mestrado em Direito. Osasco. Ano 6, n. 2. 2006. p. 616-617.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Procedimentos Especiais**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Reforma do Poder Judiciário** (Comentários iniciais à EC 45/2004). São Paulo: Malheiros, 2005.

ORTEGA, Carlos Eduardo. **Novo CPC deve atender realidade brasileira**. Consultado jurídico.conjur.com.br acesso 16/11/2011.

OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PATAH, Claudia Campas Braga. **Os princípios constitucionais à luz da celeridade processual e a penhora on line**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/6428>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. **A Constituição Federal de 1988 e o processo civil**. Livro de Estudos Jurídicos. v.1; 59-105.

PERONDI, Francis. **O Novo Código de Processo e a Celeridade Processual**. Disponível em: <<http://www.southstar.com.br>>. Acesso em 02 nov. 2011.

PINTO. Raymundo Antonio Carneiro. **Súmulas do TST Comentadas**. 11. ed. São Paulo; LTr, 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julga Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

PISANI, Andréa Proto. **Sulla tutela giurisdizionale differenziata in Rivista di Dirritto Processuale**, CEDAM, PADOVA Ano XXXIV; nº 4, outubro-dezembro, 1979.

_____. **Sulla Tutela giurisdizionale dufferenziata**. Revista trimestrali do diritto e procedura civile, 1991.

RAMOS RIBEIRO, Paulo de Tarso. **Processo e conflito: a crise de legitimação das decisões judiciais**. Revista de Direito Alternativo, n. 1, São Paulo: Acadêmica, 1992.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Universidade de Santa Cruz do Sul. Disponível em: <<http://www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos.com.br>>. Acesso em: 12 de jun. 2012.

RODRIGUES, Walter dos Santos. **A razoável duração do processo na Emenda Constitucional n. 45**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Vol. II. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante: análise de sua adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Reforma da Justiça**. Editora Impetus, 2005.

SANSANA, Maureen Cristina; NOGARA, Bruno Botto Portugal. **Expectativas trazidas pelo anteprojeto do novo Código de Processo Civil para o tratamento das tutelas de urgência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/18476>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

SANTOS, Fernando dos. **A garantia constitucional de devido processo legal**. Jus Vigilantibus. Espírito Santo. 21 de nov. de 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com>>. Acesso em 12 jun. 2012.

_____. **O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: Processo de Conhecimento**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis do. **Direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – Due process of Law**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 2000.

_____. **Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais**. São Paulo: Revista de Processo, 1991.

SOUZA, Hamilton César Leal de. **Razoabilidade do tempo do processo civil**. 2004.169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2004.

STRENGER, Guilherme. **Demora na Prestação Jurisdicional, Causas e Soluções**. Barretto, Strenger e Carbone Advogados. Disponível em: <<http://www.bscadvogados.com.br>>. Acesso em 10 jun. 2012.

TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **O processo civil no STJ**. São Paulo: Saraiva, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil**. Revista de Processo. São Paulo: junho/2005, p. 37.

VALENTE, Fabiano Augusto. **A decisão monocrática do relator**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande. 01 de abril de 2010. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index>>. Acesso em 26 nov. 2011.

VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile (parte generale)**. Napoli: Jovene, 1980.

VIANNA, Guilherme Borba. **A efetividade do processo pelo julgamento monocrático no Tribunal**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2335>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

XAVIER, Sérgio Souza. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 391, 12 dezembro 2003. Disponível em: <http://www.jus.com.br/revista;texto;5523>. Acesso em 03 nov. 2011.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Curitiba, 2005, f. 121. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declarações de Vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.