

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

**LARISSA BENEZ LARAYA**

**MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS COMO INSTRUMENTO DE  
EFETIVAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR  
QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE**

**MARÍLIA  
2010**

LARISSA BENEZ LARAYA

**MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS COMO INSTRUMENTO DE  
EFETIVAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR  
QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:  
Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

MARÍLIA  
2010

Aos meus pais, Luiz Carlos e Rosa Maria.  
Como em todos os outros desafios da minha vida,  
se comprometeram junto comigo nesta caminhada.

Essa vitória é nossa!

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho é o resultado da confiança, do apoio, dos ensinamentos e, principalmente, da amizade e do carinho de muitas pessoas que, de alguma forma, estiveram comigo nesta jornada. Fico muito feliz de poder agradecer a cada uma delas.

Aos meus pais, *Luiz Carlos e Rosa Maria*, que sempre me incentivaram, e estiveram ao meu lado, na busca da realização dos meus sonhos, ensinando que o nosso verdadeiro patrimônio é a família, os amigos e o conhecimento. Obrigada, sobretudo, pelo amor incondicional que sempre me transmitem, e também, por serem a minha referência em tantas oportunidades distintas. Se cheguei até aqui o mérito também é de vocês.

Aos tios *Luiz e Magui*, pelas inúmeras demonstrações de carinho e pelo incentivo que veio de onde eu menos esperava. Obrigada pelas orações e pela companhia constante e tão querida.

Ao meu irmão *Luiz Eduardo*, que, como em inúmeras outras ocasiões na minha vida, acendeu uma luz no fim do túnel, dando o *start* na minha pesquisa. Não existem palavras para agradecer o que você tem feito por mim, mas, mesmo assim, não posso deixar de agradecer: obrigada por tudo, sempre!

Ao *Beto* que, de forma singela, também contribuiu para a materialização desse sonho. Obrigada por todo seu carinho, apoio e por fazer a minha vida mais feliz!

À Professora *Melissa Cabrini Morgato*, que, para mim, tornou-se a minha grande amiga Mê, sempre incentivando minha pesquisa e os primeiros passos para a docência. Obrigada pela amizade e carinho “sem fronteiras”.

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

Aos Professores Doutores: *Lafayette Pozzoli, Nelson Finotti Silva, Edinilson Donisete Machado, Oswaldo Giacoia Junior, Raquel Cristina Ferraroni Sanches, Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, Thereza Christina Nahas e Marisa Rossinholi*, que tive a honra de ser aluna. Obrigada, acima de tudo, por ensinarem o que é ser mestre, e pela generosidade em compartilhar os seus imensos conhecimentos.

Ao meu orientador *Luís Henrique Barbante Franzé*, pelo incentivo, paciência e, especialmente, pela confiança depositada. Que os limites deste trabalho não diminuam a grandeza da sua orientação.

À *Leninha* e à *Taciana*. Obrigada por me “aguentarem” neste momento ímpar da minha vida e pelas palavras sempre gentis e de incentivo.

Muito obrigada nunca será suficiente para demonstrar a grandeza do que recebi de todos vocês. Assim, rogo a Deus que sempre os abençoe e os recompense à altura.

E é a Ele que devo 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.*

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) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

## RESUMO

A Constituição é um conjunto de normas destinadas em organizar os elementos constitutivos do Estado. Além disso, ela também é responsável em salvaguardar os valores éticos e morais aspirados pela sociedade que a engendrou. A presente dissertação tem como objeto de análise a conformação e adequação do direito processual civil, bem como do processo e das técnicas processuais à essa carga axiológica prevista na Constituição Federal promulgada em 1988, que propiciou um novo paradigma para o processo civil, agora mais preocupado com a efetividade da tutela jurisdicional, com vistas em implementar seus objetivos precípuos, quais sejam, a realização prática do direito material para a satisfação do jurisdicionado, pacificação social e a consecução da justiça. Na busca da realização desse fim maior, o processo acaba se tornando um instrumento imprescindível para a tutela do direito material, devendo desempenhar sua função aliando a técnica processual mais adequada dentro de um breve espaço de tempo, sob o risco de perecimento do direito. Assim, conciliar o bom desempenho das técnicas processuais com a celeridade processual e a segurança jurídica, revelou-se um desafio para os operadores do Direito. Pensando nisso o legislador previu diferentes espécies de tutelas para melhor se adequarem aos anseios dos jurisdicionados. Dentre as espécies de tutela há uma especialmente destinada em satisfazer o direito material invocado pela parte, que é a tutela jurisdicional executiva, que poderá ser prestada por diversas modalidades distintas, dependendo da obrigação que a parte pretende ter satisfeita. No entanto, o tempo do transcorrer procedimental poderia acarretar no perecimento do direito. Assim, o legislador dotou o sistema processual de medidas acautelatórias, espécies de tutela de urgência, para assegurar o direito material, bem como a efetividade da tutela jurisdicional executiva.

**Palavras-chave:** Efetividade. Tutelas de urgência. Medidas acautelatórias. Tutela executiva.

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) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

#### ABSTRACT

The Constitution is a set of rules designed to organize the constituent parts of the State. In addition, she is also responsible for safeguarding the ethical and moral values aspirated by the society that engendered. This thesis has as its object of analysis the conformation and suitability of civil procedure and process and procedural techniques for the axiological load required by the Constitution promulgated in 1988, which provided a new paradigm for the civil suit, now more concerned with the effectiveness of judicial protection, in order to implement its prime objectives, namely, the practical realization of the right stuff to satisfy the courts, social peace and the pursuit of justice. In the pursuit of achieving this greater goal, the process eventually becomes an indispensable instrument for the protection of substantive right, should play its role by combining the technique most appropriate procedure within a short time, the risk of perishing under the right. Thus, to reconcile the good performance of the procedure with the speedy trial and legal certainty, has proven a challenge for right professionals. Thinking that the legislature has provided different kinds of guardianships to better suit the wishes of tribunals. Among the species of guardianship is a specially designed to meet the substantive right raised by the party, which is the executive judicial review, which may be provided by several distinct modes, depending on the requirement that the party intends to have met. However, the elapse of time could result in dieback procedural right. Thus, the legislature has provided the procedural system of preventive measures, protection of species of urgency, to ensure the right material, as well as the effectiveness of judicial protection executive.

**Keywords:** Effectiveness. Guardianship of urgency. Precautionary measures. Guardianship executive.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E PROCESSO.....	14
1.1 – A Evolução da Constituição no Tempo.....	<a href="#">15</a>
1.2 – A Constituição no Estado Contemporâneo.....	<a href="#">19</a>
1.3 – A Constitucionalização do Direito .....	<a href="#">24</a>
1.3.1 – A Constitucionalização do Direito Processual Civil e o Neoprocessualismo .....	<a href="#">28</a>
1.4 – O Processo à Luz da Constituição .....	32
1.4.1 – A Tutela Constitucional do Processo por meio dos Princípios .....	<a href="#">36</a>
1.4.2 – O Direito Fundamental à Tutela Efetiva.....	<a href="#">39</a>
1.4.3 – A Instrumentalidade do Processo e as Técnicas Processuais .....	<a href="#">47</a>
1.5 – A Prestação Efetiva da Tutela Jurisdicional e suas Espécies .....	52
CAPÍTULO II – TUTELAS DE URGÊNCIA .....	<a href="#">56</a>
2.1 – O Direito à Razoável Duração do Processo como Corolário da Garantia do Devido Processo Legal e da Efetividade da Jurisdição.....	<a href="#">57</a>
2.2 – Das Ondas Reformistas do Código de Processo Civil.....	62
2.3 – Tempo e Processo. A Urgência de Tutelar e as Tutelas de Urgência para Eliminar as Vicissitudes do Tempo .....	<a href="#">67</a>
2.4 – Perspectivas das Tutelas de Urgência.....	<a href="#">71</a>
2.4.1 – Escorço Histórico .....	72
2.4.2 – A Urgência como Elemento de Diferenciação da Tutela Padrão e Campo de Atuação das Tutelas de Urgência .....	<a href="#">76</a>
2.4.3 – Tutela Cautelar .....	<a href="#">80</a>
2.4.4 – Tutela Antecipada.....	82
2.4.5 – As Principais Distinções entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada .....	<a href="#">86</a>
2.4.6 – Poder Geral de Cautela.....	<a href="#">88</a>

CAPÍTULO III – MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO .....	<a href="#">91</a>
3.1 – Processo de Execução.....	<a href="#">93</a>
3.1.1 – Princípios Específicos do Processo de Execução .....	<a href="#">94</a>
3.1.2 – Conceito e Objeto .....	<a href="#">101</a>
3.1.3 – Natureza e Finalidade .....	<a href="#">102</a>
3.1.4 – Condições da Ação e Pressupostos Processuais .....	<a href="#">104</a>
3.1.5 – Das Diversas Modalidades de Execução .....	<a href="#">107</a>
3.1.6 – Da Crise do Processo de Execução.....	<a href="#">111</a>
3.2 – Medidas Acautelatórias no Processo de Execução.....	<a href="#">113</a>
3.2.1 – Conceito e Objeto .....	<a href="#">115</a>
3.2.2 – Natureza e Finalidade .....	<a href="#">116</a>
3.2.3 – Requisitos Essenciais.....	<a href="#">125</a>
3.2.4 - Procedimento.....	<a href="#">127</a>
3.2.5 – Efeitos das Medidas Acautelatórias para Efetividade da Prestação da Tutela Jurisdicional Executiva.....	<a href="#">129</a>
CONCLUSÕES.....	<a href="#">132</a>
ANEXO – Proposições do anteprojeto do novo Código de Processo Civil .....	<a href="#">136</a>
REFERÊNCIAS .....	<a href="#">148</a>

## INTRODUÇÃO

O direito processual civil brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988 vem passando por uma mudança paradigmática na busca de uma maior efetividade da tutela jurisdicional. A compreensão excessivamente formalista do processo, como um fim em si mesmo, abstrato e autônomo em relação ao direito material, vai sendo abandonada em prol de uma compreensão instrumental daquele, que encontra sua razão de existir justamente na promoção da concretização do desejo das normas de direito material.

Isso ocorre devido a necessidade de uma releitura do processo civil segundo os valores consagrados na Constituição – constitucionalização do Direito – que propiciou uma nova interpretação dos velhos institutos do direito processual civil, e, em especial, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Assim, o princípio da efetividade assume uma conotação diferenciada que deve ser compreendida em consonância com o princípio da instrumentalidade. Não são as normas processuais, por si mesmas, que pretendem realizar-se no mundo dos fatos. Não é o procedimento, previsto abstratamente na lei, que deve ser garantido e concretizado a qualquer custo, de forma inflexível e formalista.

Cabe ao processo proteger e entregar o direito material da parte, sob pena do esvaziamento do sistema processual, constituir-se um ideal, aliado a concretização dos valores salvaguardados pela Constituição Federal, dotar o processo de técnicas processuais adequadas à realidade da vida, e não o inverso – consubstanciado no engessamento do direito material na burocracia do processo com prejuízos para sua realização em espécie.

Na presente dissertação buscou-se demonstrar como um instituto já previsto pelo ordenamento jurídico – medidas acautelatórias no processo de execução – quando melhor utilizado, poderia ser capaz de proporcionar efetividade para tutela jurisdicional.

Desta forma, no Capítulo I buscou-se demonstrar a evolução do papel da Constituição para o ordenamento jurídico mundial, além de revelar como a influência dos valores nela

consagrados têm imprimido uma nova visão de velhos institutos jurídicos para que os mesmos se conformem com essa nova perspectiva imposta pela própria Lei Maior.

Também intentou-se mostrar a importância do direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva expondo sobre a abrangência do referido princípio, além da importância de uma proteção jurisdicional adequada – mediante a boa aplicação das técnicas processuais – célere e justa, que realmente seja capaz de proporcionar resultados úteis na vida dos jurisdicionados.

Em seguida, no Capítulo II, a temática da discussão centrou-se num dos principais tormentos da efetividade da tutela jurisdicional, não configurado propriamente pelo tempo do processo, mas na utilização inadequada do mesmo, para ao final relembrar que o ordenamento jurídico adotou uma forma de tutela capaz de proteger o direito material ante as vicissitudes que o tempo poderá causar tanto ao direito como ao processo, são as chamadas tutelas de urgência.

Neste capítulo também analisa-se as ondas reformistas que o Código de Processo Civil passou ao longo dos anos na busca do aperfeiçoamento das técnicas processuais para a consecução da justiça, bem como, indicou-se os rumos da atual reforma, trazendo ao final do presente trabalho, em anexo, as proposições do anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Por fim, no Capítulo III, expõem-se sobre o processo de execução, espécie de tutela jurisdicional criada para satisfazer por excelência o direito material, que, aliado a uma determinada tutela de urgência – a medida acautelatória prevista no artigo 615, inciso III do Código de Processo Civil – poderá não apenas assegurar o direito material invocado pela parte, mas também empregar efetividade a execução por quantia certa contra devedor solvente.

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

## CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

Na busca de definir o que vem a ser uma Constituição, qual o seu papel para a ordem jurídica, bem como demonstrar a importância da sua força normativa, vale destacar, a princípio, o conceito semântico da palavra que expressa a idéia de estruturação, daquilo que se convencionou chamar de Estado, convergindo na incidência de um determinado conjunto de preceitos e valores sobre determinados indivíduos que estão em certo território.<sup>1</sup>

Assim, todo Estado deve possuir um conjunto de regras, escritas ou não, mais ou menos complexas, destinadas a regulamentar sua organização, assumindo caráter eminentemente fundamental para suas atividades, nas quais também devem se basear todo o ordenamento.<sup>2</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho, citando Hans Peter Schneider e Klaus Stern, afirma que uma Constituição pode ser “multiuso” uma vez que abrange “multifunções”:

O primeiro refere quatro funções: função de unidade, função de justificação, função de protecção e função de ordenação. O segundo individualiza nada menos que oito: função de ordenação, função de estabilização, função de unidade, função de controlo e limite do poder, função de garantia de liberdade e da autodeterminação e da protecção jurídica do indivíduo, função de fixação de estrutura organizatória fundamental do estado, função de determinação dos fins materiais do Estado, função definidora da posição jurídica do cidadão no e perante o Estado.<sup>3</sup>

Para José Afonso da Silva, a Constituição é um conjunto de normas jurídicas, destinadas a regulamentar a forma do Estado, do seu governo, do modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias, em suma, é o conjunto de normas que organizam os elementos constitutivos do Estado.<sup>4</sup>

Entretanto, em que pese a indiscutível função de estruturação, organização e regulamentação do Estado, conforme entendimento da doutrina acima colacionada, ao longo

---

<sup>1</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 17.

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 07 e 12.

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.274.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 37-38.

da história, diante dos avanços da sociedade, a Constituição passou por diversos estágios, assumindo outra concepção dentro do ordenamento jurídico.

Esse novo modo de compreender a Magna Carta modificou não só o direito constitucional, mas, também influenciou outros ramos jurídicos, como o direito processual civil, revisitando seus institutos para melhor atender aos reclamos da sociedade, conforme restará demonstrado nos tópicos a seguir.

## 1.1 – A Evolução da Constituição no Tempo

A partir do século XVIII, por intermédio de um movimento político, social e cultural, gerador do constitucionalismo,<sup>5</sup> que buscava criar uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político, a Constituição passou a ser vista como um “conjunto de regras jurídicas definidoras das relações (ou da totalidade das relações) de poder, em moldes de limitação dos governantes e de legitimação ou da validade dos actos do Estado”.<sup>6</sup>

Conforme magistério de Canotilho, o constitucionalismo é a teoria segundo a qual emerge a ideologia de limitação do governo como garantia dos direitos individuais, numa dimensão estruturante de organização político-social de uma comunidade, representando assim, “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.<sup>7</sup>

Ainda segundo Canotilho, essa nova teoria deveria recepcionar dois grandes momentos: o primeiro, de ruptura com a ordem histórico-natural seriamente tendente a se curvar aos desmandos de um Estado absolutista; e, no segundo, de construção, constituindo um novo poder que definiria o novo conjunto de regras de estruturação da ordem política-jurídica de um determinado sistema político-social (poder constituinte). Desta forma, a

---

<sup>5</sup> “O termo constitucionalismo serve para dar nome a um conjunto de concepções políticas que dão especial relevo à contenção do poder e, para isso, destacam a importância da constituição. No dizer de Maurizio Fioravanti (2001, p. 85), “o constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se dedicaram a recuperar no horizonte da constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia”. O constitucionalismo evoluiu sobremaneira das revoluções liberais aos dias de hoje. Além das diversas clivagens regionais, resultantes da prática de instituições em ambientes políticos tão distintos, como Estados Unidos da América, Inglaterra, França ou na América Latina, há uma alteração clara de suas características no tempo, que fez incorporar-se à inicial preocupação garantística um conjunto de preocupações com a questão social e com a eficácia da Constituição como norma.” (SANTOS, Gustavo Ferreira. Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 76).

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 07.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 45.

Constituição deveria ser capaz de ordenar, fundar e limitar o poder político, além de garantir os direitos e liberdades dos indivíduos.<sup>8</sup>

A partir de então não havia mais meros súditos em um reino a mercê dos arbítrios de um rei, mas sim indivíduos portadores de direitos, ainda que formais, pois naquele momento, o mais importante era limitar a atuação do Estado.

Ao invés de apenas um soberano, passaram existir outros órgãos como uma Assembléia ou Parlamento, ministros e Tribunais independentes, para que o poder limitasse o poder, e a Constituição passou a tecer regras que estabeleciam quais seriam os órgãos a que correspondem essas funções, quais seriam as relações entre esses órgãos, entre outras.<sup>9</sup>

Assim, o Estado, segundo a clássica divisão de funções proposta por Montesquieu, possuía três atividades bem delineadas: a primeira seria responsável por criar as normas de conduta, estabelecendo direitos e deveres para os indivíduos (Poder Legislativo); a segunda deveria aplicar essas normas assegurando o bem-estar social (Poder Executivo); e, a terceira deveria fazer valer a vontade da lei ao caso específico quando surgissem conflitos (Poder Judiciário).

Além disso, quanto aos contornos assumidos pelo Estado liberal, Sampaio Júnior destacou que:

(...) a preocupação do poder público era garantir aos indivíduos liberdade, mesmo que esta representasse, no plano substancial, discrepâncias inadmissíveis. Nesse contexto, prevaleceu a lei no aspecto formal, que sempre levava em consideração a aparente vontade geral da maioria e o seu cumprimento consolidava o Estado de Direito, que se insurgiram (a lei e o Estado de Direito), corretamente, naquele momento, contra os regimes absolutistas até então reinantes.<sup>10</sup>

A classe burguesa, que ocupava o Parlamento, em uma clara tentativa de manipulação ideológica do Direito, pregando que a lei era abstrata e que representava fielmente a vontade geral do povo, reivindicou uma legislação escrita (codificação), capaz de proporcionar

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 47-49.

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 17-18.

<sup>10</sup> SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008, p. 05.

segurança jurídica, uma vez que coibia o arbítrio estatal, ocultando, todavia, o conflito de interesses existente entre as classes, propagando a falsa idéia de paz, consenso, progresso, e felicidade geral.<sup>11</sup>

Com a codificação houve a sistematização racional do Direito, que propiciou unidade, coerência e hierarquia para o ordenamento jurídico, tornando-o claro e harmônico, o que também facilitou o seu conhecimento, possibilitando melhor aplicação e controle, evitando, assim, equívocos e contradições.<sup>12</sup>

A mentira da lei geral e abstrata pregada pela burguesia visava ecoar a falsa idéia de que todos os homens eram livres e iguais, possuindo as mesmas necessidades. Entretanto, tal falácia não se sustentou, na medida em que ignorava as diferenças entre as pessoas e, assim, assegurava a liberdade somente para aqueles que tinham condições materiais mínimas de usufruir uma vida digna.<sup>13</sup>

José Herval Sampaio Júnior ressalva que o Direito, assim concebido, não permitia a plena realização do interesse público, pois as leis não identificavam essa desigualdade entre os homens, o que levava o Poder Público, por um apego exagerado à lei, a não se intrometer nas relações privadas, pois a autonomia de vontade sempre foi o pilar do Estado liberal.<sup>14</sup>

Contudo, a sociedade avançou, propiciando uma participação cada vez maior dos indivíduos. A Constituição passou a ser verdadeiramente um instrumento – um documento solene e escrito – de auto-regulamentação do povo, agora capaz de se organizar e exercer por si poderes de soberania, uma vez que propunha, construía e aprovava toda a ordem jurídica, através de seus representantes.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 672-673.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*, p. 05. Neste ponto, cumpre salientar que, o autor chama a atenção para as desumanidades cometidas em alguns países patrocinadas pelo positivismo jurídico clássico: “Esse regime, em alguns países, como Alemanha, Itália, no aspecto institucional a partir de regimes totalitaristas, produziram, sob os auspícios da lei, verdadeiras barbáries contra o ser humano, atentando contra os mais mezinhos direitos universalmente reconhecidos e que o resto do mundo ficou perplexo, sem ter o que fazer numa ótica legal, visto que as legislações de tais países asseguravam formalmente essas atrocidades contra o ser humano.” (Idem).

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 18.

O ideário liberalista, muito importante num primeiro momento, se revelou insuficiente diante das mudanças alcançadas pela sociedade. O Estado viu-se compelido em adotar um novo comportamento, uma postura ativa, posto que ao mesmo não mais bastava o simples papel de garantidor dos direitos individuais – sob o primado do princípio fundamental da liberdade – devendo também assumir uma postura de fomentador da igualdade:

(...), a sociedade procura na igualdade social a forma de se contemporizar os ideais de liberdade e igualdade. Para tanto, consagra-se não mais a liberdade negativa, advinda do afastamento do Estado da regulação da vida social, mas, ao contrário, a liberdade positiva que exigia do Estado uma conduta ativa para a consecução deste ideário, de forma a intervir no sistema econômico para correção e adaptação aos reclamos sociais.<sup>16</sup>

Segundo magistério de Andreas J. Krell, os direitos ditos sociais não são propriamente direitos contra o Estado, mas sim direitos que são realizados através de uma ação do Estado, exigindo do Poder Público prestações materiais, fazendo, assim, prevalecer os interesses coletivos ante aos interesses individuais.<sup>17</sup>

Para Eduardo Cambi, após a derrota dos regimes totalitários (nazi-fascistas), a lei perdeu a posição central como fonte do Direito ficando subordinada à Constituição. Houve uma tentativa de aproximação do Direito com valores como ética e moral onde constatou-se a necessidade, cada vez mais crescente, de se criar uma espécie de direito, eminentemente fundamental, capaz de propiciar condições mínimas de defesa perante eventuais abusos do Estado ou de quaisquer detentores do poder, bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição:

A superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito, resultou da compreensão de que o direito deve ser compreendido dentro das respectivas relações de poder, sendo intolerável que, em nome da “vontade do legislador”, tudo o que o Estado fizesse fosse legítimo.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> GÖTTEMS, Claudinei J. A Justicialidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). *Direitos fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira*. Birigui: Boreal, 2008, p. 27.

<sup>17</sup> KRELL, Andreas J.. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 19.

<sup>18</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 663-664.

Resta evidente que no Estado dito social o Direito buscou atingir a dignidade da pessoa humana com a redução das diferenças sociais e econômicas o tanto quanto fosse possível, assegurando a todos a fruição de bens (materiais e imateriais), assumindo um caráter intervencionista.<sup>19</sup>

## 1.2 – A Constituição no Estado Contemporâneo

Após a segunda grande guerra, verificou-se o surgimento de uma versão mais forte do constitucionalismo, que suplantou o caráter eminentemente político da Constituição, que apresentava um mero convite à atuação do Estado, atribuindo-lhe status de norma jurídica.<sup>20</sup>

O surgimento desse novo direito constitucional, ou essa nova versão de constitucionalismo – denominada por muitos autores de neoconstitucionalismo – trouxe sensíveis mudanças para a ordem jurídica, revolucionando o modo como o Direito é concebido, bem como a aplicação e compreensão das normas:

Com o incremento desse constitucionalismo moderno e o aparecimento nas Constituições, de modo expresse, da jurisdição constitucional, houve a necessidade, também, da implementação de uma hermenêutica que não só viesse desvelar o conteúdo das normas, mas, também, concretizar os seus comandos e, em casos excepcionais, até mesmo criar direitos, sob pena de essas Constituições se tornarem letra morta, como infelizmente ocorre com a nossa, em relação a vários direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.<sup>21</sup>

Destaca-se que, é nesta fase que as Constituições passaram a estabelecer um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, a partir dos direitos humanos proclamados pelas Declarações Universais,<sup>22</sup> que passaram a conduzir a atuação do Estado nessa nova era constitucional:

---

<sup>19</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 34-35.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>> Acesso em: 05 jan. 2009.

<sup>21</sup> SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*, p. 31.

<sup>22</sup> “De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originariamente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto, pautas ético-políticas, “direitos morais” (cf. A. RUIZ MIGUEL, 1990; GREGORIO ROBLES, 1992, p. 25 s.; VERNENGO, 1992/1993, p. 213 s.; LUIS PIETRO, 1994, p. 181 s.; VILLALON, 1994, p. 160 s.), situados em uma dimensão supra-positiva,

As Constituições contemporâneas têm por característica marcante a positivação de amplos catálogos de direitos fundamentais, os quais normalmente acompanhados de preceitos que disciplinam sua aplicação, com o escopo de estabelecer um regime especial de disseminação desse modelo de constitucionalismo consolidou-se a partir da segunda metade do século XX, estando relacionada à reconstrução dos sistemas jurídicos de países europeus que viveram experiências de banalização dos direitos humanos, e que promoveram ajustes de contas com o passado mediante a adoção de textos constitucionais datados de dimensão ética e prospectiva, cuja perenidade seria assegurada gravando-se os dispositivos garantidores dos direitos com ‘cláusulas de eternidade’ (...)<sup>23</sup>

Sampaio Junior assevera que o constitucionalismo contemporâneo tem como alicerce os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, que, na verdade, devem servir como guias de fundamentação de toda atividade estatal, em especial “a atividade do legislador, que não só deve prescrever normas que venham assegurar a satisfação de seus conteúdos, bem como abster-se de produzir leis que firam os valores neles estabelecidos.”<sup>24</sup>

Para Paulo Gustavo Gonet Branco o fato dos direitos fundamentais estarem previstos na Constituição acaba transformando-os em parâmetros de organização e de limitação do Estado, impedindo que sejam considerados meramente limitações dos poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário – passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao bel prazer dos mesmos, pois nenhum desses poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhe é superior (poder constituinte), devendo seus atos sempre se conformarem aos direitos fundamentais.<sup>25</sup>

---

deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de Direito interno (cf. MÜLLER, 1990; PEREZLUÑO, 1991, p. 45; ROIG, 1992, p. 32 s.; HÄBERLE, 1994, p. 94 s.; COMPARATO, 1996, p. 44 e s.).” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 38). Todavia, na atualidade, resta claro que os direitos fundamentais assumiram um caráter axiológico bem amplo, destinados a assegurarem a dignidade da pessoa humana, podendo valer-se tanto contra o Estado, como contra os particulares.

<sup>23</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-2.

<sup>24</sup> SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*, p. 31-32. Assim, “A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, não se restringindo ao vínculo entre governantes e governados, mas se estendendo para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados, em que, pela manifestação do poder, uma destas pessoas tivesse seus direitos violados ou ameaçados de lesão.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 664).

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279.

Ressalva-se que, os direitos fundamentais encartados na Constituição de nada valeriam se não imprimissem aplicabilidade imediata,<sup>26</sup> vinculando o Poder Público, em todas as suas formas de atuação, para sua consecução, pois senão “não passariam de meras vagas promessas”.<sup>27</sup>

Além disso, os direitos fundamentais impõem aos juristas uma nova concepção do Direito e de seus institutos, como, por exemplo, o processo, especialmente analisado na presente dissertação, uma vez que é através dele que se desenvolve a prestação da tutela jurisdicional, que se pretende cada vez mais efetiva. Tal movimento compreendido pela constitucionalização do Direito será melhor explorado mais adiante.

Assim, a Constituição vista como uma norma jurídica nada mais é do que um conjunto de normas positivadas, que possuem, relativamente às outras normas do ordenamento jurídico, “caráter fundacional e primazia normativa”.<sup>28</sup>

Canotilho prossegue definindo que “a ordem jurídica estrutura-se em termos verticais, de forma escalonada, situando-se a constituição no vértice da pirâmide. Em virtude desta posição hierárquica ela actua como fonte de outras normas”.<sup>29</sup>

Neste sentido, Barroso destaca que:

(...) passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua

---

<sup>26</sup> “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. In: Códigos Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, artigo 5º, § 1º).

<sup>27</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 664. “A aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa. Significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição. Na hipótese, a intervenção legislativa, embora não seja requisito para a aplicabilidade da norma principal, é salutar para conferir maior efetividade. (...) Por ser princípio de aplicação direta, tem eficácia independente de regra legislativa de conformação, aplicando-se imediatamente ao caso concreto, na inexistência de lei (regra) especificando a hipótese. Havendo a regra, servirá como baliza interpretativa (função ordenadora).” (MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. Princípio constitucional da duração razoável do processo. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 313).

<sup>28</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.021-1.022.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 1.026.

inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.<sup>30</sup>

Desta forma, todas as normas devem adequar-se aos preceitos constitucionais sob pena de serem nulas ou anuladas – fundamento de eficácia e validade das leis – e, por conseguinte, rechaçadas do ordenamento jurídico, o que acaba explicitando a supremacia da Constituição sobre todo o sistema normativo.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco expõem que o conflito de uma lei com a Constituição encontrará solução sempre na prevalência desta, uma vez que a Magna Carta é produto do poder constituinte originário, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, a qualquer diploma inferior, sofrendo de nulidade absoluta ato contrário a Constituição.<sup>31</sup>

Ainda sobre a supremacia da Constituição, vale destacar importante lição de José Afonso da Silva:

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acha as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.<sup>32</sup>

E para assegurar essa supremacia, o constituinte buscou criar mecanismos de defesa – controle de constitucionalidade<sup>33</sup> – como uma forma de preservar a Constituição contra

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 237.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 45.

<sup>33</sup> “Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário.” [...] “No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa predominante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.”

agressões e omissões, advindas de atos do Poder Público, principalmente no que tange as leis e aos atos normativos.

Ressalva-se que a idéia de controle da constitucionalidade, ou seja, do exercício de uma atividade eminentemente de verificação da conformidade de atos com os preceitos elencados na Lei Maior, através da jurisdição constitucional, “pressupõe a existência de garantias da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”.<sup>34</sup>

Portanto, o controle de constitucionalidade revela quatro aspectos: o primeiro, e fundamental, garantir a supremacia da Constituição como norma hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico; o segundo, de assegurar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição; o terceiro, de controlar os atos emanados do Poder Público; e, o quarto, de impor deveres ao Estado, o que constitui este num Estado Democrático de Direito.<sup>35</sup>

Na verdade, se todos espontaneamente cumprissem os comandos dispostos na Carta Maior, a jurisdição constitucional ficaria adstrita em garantir a supremacia da Constituição. No entanto, como cada vez resta mais longe tal ideal, essa atuação expressiva da jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade de todo e qualquer ato é responsável por alavancar uma nova interpretação da Constituição, que a coloca no centro do ordenamento jurídico, buscando um fim maior, qual seja, a concretização de suas normas e de seus valores:

(...) a Constituição é o lócus hermenêutico do Direito; é o “lugar” a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais. Isso não poderia ser de maneira diferente em função da afirmação do constitucionalismo moderno como modo de regulamentação

---

(BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*).

<sup>34</sup> Além disso, “O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A ideia de *proteção, defesa, tutela ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de *defesa do Estado*, que num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições).” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 781-782).

<sup>35</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 555.

da convivência política, bem como da consagração do princípio da supremacia constitucional (...) Ato contínuo não é mais possível estabelecer diferenças entre o fazer hermenêutico em relação às leis infraconstitucionais e em relação aos preceitos constitucionais. Toda compreensão, interpretação e aplicação – que são momentos conexos, não nos esqueçamos – de preceitos legais são simultaneamente compreensão, interpretação e aplicação de preceitos constitucionais, ainda que indiretamente.<sup>36</sup>

Segundo magistério de Sampaio Júnior finalmente a Constituição assumiu de fato e de direito o lugar central de toda interpretação, guiando o operador do Direito em um novo processo de criação, em complemento a atividade do legislador, pois, utilizando-se do juízo de valoração, imprime sentido para as cláusulas abertas construindo a norma para cada caso, efetivando, assim, os princípios constitucionais.<sup>37</sup>

Enfim, Barroso bem sintetizou essa nova concepção do direito constitucional – neoconstitucionalismo – assim, como, a nova forma de atuação do Estado sob três aspectos:

(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>38</sup>

Nesse contexto, nota-se que, um acaba sendo consequência do outro: o reconhecimento da força normativa dos ditames constitucionais que forçou a criação de mecanismos de defesa propiciando a expansão da jurisdição constitucional, o que, por sua vez, possibilitou uma nova interpretação dos preceitos constitucionais.

### **1.3 – A Constitucionalização do Direito**

Esse novo paradigma constitucional propiciou o surgimento de um importante fenômeno na ciência jurídica, a constitucionalização do Direito, caracterizado pelo transbordamento dos valores constitucionais em todo ordenamento jurídico, condicionando a

---

<sup>36</sup> VIANA, Rodolfo Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 177-178.

<sup>37</sup> SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*, p. 39.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*.

validade e o sentido das normas infraconstitucionais, vinculando os três poderes e os particulares:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.<sup>39</sup>

É importante registrar que a constitucionalização do Direito – inaugurada no Brasil com a Constituição de 1988<sup>40</sup> – não se refere, simplesmente, a uma supremacia formal da Magna Carta sobre todo ordenamento jurídico, ou da introdução de disposições antes tratadas na legislação ordinária no texto constitucional, mas, de um novo modo de conceber, entender e interpretar os demais ramos do Direito:

Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.<sup>41</sup>

Para Willis Santiago Guerra Filho a Constituição Federal de 1988 impõe uma renovação da ordem jurídica nacional, na medida em que modifica toda base na qual a mesma

---

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> “A Constituição Federal de 1988 é um marco divisor no Brasil, porque a partir de 5 de outubro daquele ano, começa a ser recontada a história do Brasil, porquanto, passamos a viver a legalidade e efetividade constitucional (...)”. (SILVA, Nelson Finotti. O processo civil como instrumento dos direitos fundamentais – coisa julgada e o substituto processual na tutela individual. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Coords.). *Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009, p. 77). Para Barroso o surgimento da Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, a construção de um caminho a ser feito ao andar. (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 329).

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*.

se assenta, forçando os operadores do Direito a “reinterpretar o Direito pátrio como um todo, à luz da ‘Constituição da República Federativa do Brasil’ (...) o que pressupõe uma atividade interpretativa da própria Lei Fundamental.”<sup>42</sup>

A seu turno, Virgílio Afonso da Silva também busca chamar a atenção do jurista para esse novo modo de “olhar” para o Direito, indicando em sua obra diversas teorias, formas e atores de se operar a irradiação dos valores constitucionais para o ordenamento jurídico.

Utilizando-se do trabalho realizado pelos alemães Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, Silva esclarece, entretanto, que nem todas as formas de constitucionalização do Direito existentes foram por ele abordadas, pois elas não poderiam ser transportadas para o nosso sistema jurídico, uma vez que a nossa Constituição é mais abrangente que a Constituição alemã, que serviu de objeto de estudo daqueles autores, além da jurisdição constitucional brasileira ser diferente da que se opera na Alemanha.<sup>43</sup>

Dentre as formas indicadas de constitucionalização do Direito, vale destacar que a mais efetiva e menos problemática, ocorre por meio da reforma legislativa infraconstitucional: “É parte da tarefa legislativa, adaptar a legislação ordinária às prescrições constitucionais e, nos casos de constituições de caráter dirigente, realizá-la por meio da legislação.”<sup>44</sup> Porém, esse processo pode ser um pouco demorado devido a lentidão de adaptação do legislador, do operador do direito e da sociedade como um todo à esse novo paradigma.<sup>45</sup>

Como não poderia ser diferente, outros atores dessa constitucionalização, além do legislador são: o Poder Judiciário, que exerce importante papel de interpretação e aplicação dos valores consagrados pela Constituição; e a doutrina jurídica, esta, porém, de forma mais tímida e não uniforme devido ao fundamentalismo de algumas disciplinas à dogmática jurídica antiga.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 31.

<sup>43</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 39.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 39-41.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 43-45.

Na visão de Eduardo Cambi, a constitucionalização do Direito vai além de promover uma sensível ampliação do “espaço constitucional”, pois vincula, cada vez mais, a atuação do legislador ordinário, na medida em que restringe seu campo de atuação:

(...), a progressiva constitucionalização dos direitos infraconstitucionais é responsável pelo alargamento do espaço constitucional e restrição do âmbito de liberdade do legislador. Em razão de se colocar em um nível normativo hierarquicamente superior à legislação ordinária (princípio da supremacia da Constituição), acaba por prever um conjunto de direitos (fundamentais) que as leis não podem derogar. (...) Os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica, condicionando o exercício da hermenêutica e da produção da norma (eficácia irradiante dos direitos fundamentais).<sup>47</sup>

Virgílio Afonso da Silva ainda indica em sua obra, com base nos estudos realizados pelo francês Louis Favoreu, outras três formas de constitucionalização do direito, ligadas entre si de forma progressiva, tornando uma condição para a outra.

A primeira, tratada por constitucionalização-juridicização, nada mais é do que a criação de condições reais para a constitucionalização num “processo de juridicização da própria constituição”,<sup>48</sup> onde “os dispositivos constitucionais passaram a poder produzir plenamente seus efeitos nos outros ramos do direito.”<sup>49</sup>

A constitucionalização-elevação revela-se pelo “deslizamento” de matérias antes tratadas por regulamentos ou por leis para a Constituição, num claro “movimento ascendente” da competência legislativa.<sup>50</sup>

Já a constitucionalização-transformação, que assume um caráter mais universal entre as formas, identifica-se pela “constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, à sua transformação.”<sup>51</sup>

No entanto, o mais importante é destacar os efeitos obtidos com as formas de constitucionalização do Direito concebida por Favoreu, tendentes a unificar a ordem jurídica,

---

<sup>47</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

<sup>48</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 46.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 48.

pois, progressivamente, as normas constitucionais passam a ser fundamento dos diversos ramos do direito, sobrepondo-se aos princípios gerais do direito, e enfraquecendo a clássica dicotomia existente entre direito público e direito privado.<sup>52</sup> Conseqüentemente, há uma simplificação e uma modernização que recoloca a Constituição como “norma de referência” de todo o ordenamento jurídico.<sup>53</sup>

Por fim, José Herval Sampaio Júnior ainda destaca que a constitucionalização do Direito também proporciona reflexos em outros seguimentos como a efetivação da democracia, na medida em que vincula a atuação de toda a sociedade com os ditames e valores constitucionais:

(...) a constitucionalização do Direito traz como reflexo principal – não só aos que lidam com o Direito, mas na realidade, a toda a sociedade brasileira – a necessidade imamente de que toda a atuação humana seja balizada em conformidade com os princípios ali estabelecidos, sendo esse exercício uma forma real de efetivação da democracia, tão prestigiada em nosso país.<sup>54</sup>

Assim, para o autor, quando se defende a concretização dos valores constitucionais de forma que todos os ramos do Direito sejam atingidos, também se realiza democracia, uma vez que “o que o povo escolheu em sua forma mais solene e ampla se concretiza no mundo fático e principalmente quando os direitos de um modo geral são desrespeitados por quem quer que seja.”<sup>55</sup>

### 1.3.1 – A Constitucionalização do Direito Processual Civil e o Neoprocessualismo

Para Eduardo Cambi, com a constitucionalização do Direito, a Constituição acabou se tornando o ponto de partida para uma nova interpretação de velhos institutos, e, também, para argumentação jurídica, assumindo um caráter fundamental na construção do neoprocessualismo – ou direito processual constitucional<sup>56</sup> – na medida em que contempla

---

<sup>52</sup> Ibid., 49.

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*, p. 39.

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco o direito processual constitucional consiste na condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo. (GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 85). Alguns autores, como Roberto Rosas, fazem distinção entre o direito processual constitucional e o direito constitucional processual, dispondo que o primeiro compreende todos os princípios de institutos constitucionais do direito processual devido seu caráter de fundamentalidade dentro da disciplina; ao passo que o segundo, refere-se ao processo constitucional –

amplios direitos e garantias fundamentais, tornando constitucionais os mais importantes fundamentos do direito processual.<sup>57</sup>

A seu turno, Cássio Scarpinella Bueno destaca a importância de uma releitura, para não dizer reconstrução, dos métodos de entender e aplicar o direito processual civil, explicitando o que vem a ser a constitucionalização dessa disciplina jurídica:

De forma bem simples e bem direta é possível (e necessário) concluir no sentido de que é a Constituição Federal o ponto de partida de qualquer reflexão do direito processual civil (...). A Constituição Federal e o “modelo constitucional do direito processual civil” dela extraível são o eixo sistemático (consciente) do estudo do direito processual civil. (...) O plano constitucional delimita, impõe, molda, contamina o modo de ser de todo o direito processual civil e de cada um de seus temas e institutos. O plano infraconstitucional do direito processual civil é, assim, caracterizado, conformado, pelo que a Constituição impõe acerca da forma de exercício do poder estatal. Justamente porque é esta “forma de exercício do poder estatal” que deve ser entendida por “processo”, um dos temas fundamentais do direito processual civil.<sup>58</sup>

Por outro lado, Willis Santiago Guerra Filho destaca que a conexão do processo com a Constituição permite entender o direito processual como uma espécie de “direito constitucional aplicado”:

(...) não diz respeito tanto ao aprofundamento da relação do processo com a constituição, tocando mais de perto o exame da “outra face da moeda”, quer dizer, do que leva à estreita associação entre constituição e processo hoje

---

legitimação constitucional. (ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 12). Para Willis Santiago Guerra Filho, o direito processual constitucional, concebido por Hans Kelsen – que defendia a necessidade de se dotar as Constituições de garantias processuais e jurisdicionais de uma instância julgadora diferenciada, incumbida do controle de constitucionalidade dos atos normativos –, ainda não teria se firmado como ramo independente da ciência jurídica, desenvolve a seguinte temática: “(...) a organização da estrutura judicial, com a distribuição da competência entre os diversos órgãos da jurisdição; os princípios gerais do processo consagrados na Constituição, tais como o do contraditório, do devido processo legal etc., e as ações previstas na Lei Maior com o fim de resguardar a integridade e implementar o próprio ordenamento constitucional” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 15-17). No entanto, José Herval Sampaio Júnior destaca que, atualmente, essa distinção é irrelevante, pois se a Constituição estabelece garantias processuais, impõe-se uma “remodelação” de todos os outros princípios e regras processuais previstos na legislação infraconstitucional, surgindo a idéia do “modelo constitucional do processo” e do próprio processo constitucional como método para análise de todos os atos normativos dessa atividade. Para referido autor, independente da distinção ou da nomenclatura, o importante é que “as normas processuais que a Constituição delinea com a substância e força que elas necessitam para imprimir às demais normas e atos das diversas autoridades o fiel cumprimento dos valores constitucionais.” (SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*, p. 128-131).

<sup>57</sup> CAMBI, Eduardo. *Neonstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 672.

<sup>58</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.

em dia, quando esse se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela. Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao, mesmo tempo, uma procedimentalização ou “desmaterialização” do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da “Lei Maior” e, logo, também das “menores” ou ordinárias.<sup>59</sup>

Para referido autor a Constituição também possui a natureza de uma lei processual, na medida em que estabelece regras para a elaboração e identificação das outras normas do ordenamento jurídico, assim como institutos fundamentais do direito processual civil possuem estatuto constitucional, assumindo, portanto, natureza material. Tal fato pressupõe que são materiais as normas que fornecem parâmetros para se realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva do Direito, enquanto as normas processuais se ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente.<sup>60</sup>

Para José Roberto dos Santos Bedaque o processo é o meio colocado a disposição dos cidadãos para realização dos valores constitucionais, desta forma, muito mais que conformar o processo às normas constitucionais, é necessários sempre respeitá-las no exercício da jurisdição.<sup>61</sup>

Cássio Scarpinella Bueno discorre que na Constituição há uma série de normas que dizem respeito ao direito processual civil como um todo. Embora seja todo o conjunto que o autor denominou de “modelo constitucional do direito processual civil”,<sup>62</sup> para fins didáticos, classificou-se essas normas em quatro grupos distintos.

O primeiro grupo de normas corresponde aos princípios e às garantias que a Constituição consagra, dos quais, a lei infraconstitucional e os magistrados na interpretação

---

<sup>59</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 24-27. Cássio Scarpinella Bueno destaca que “O processo tende a ser ‘bifronte’: ele, o processo, serve-se da Constituição Federal, mas tem como finalidade primeira realizar os valores da própria Constituição Federal, para aqueles que estão em conflito e para o próprio Estado, que é quem exerce a função jurisdicional. Por isto, os valores constitucionais previstos e assegurados devem ser alcançados (isto é, realizados concretamente) pelo e no processo (...)” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 87).

<sup>60</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, p. 27-28.

<sup>61</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 569.

<sup>62</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 90.

do Direito, não podem se afastar. São normas jurídicas que impõem as características primordiais do processo, bem como o método de atuação do Estado no que diz respeito ao direito processual civil. Basicamente compreendem ao que a doutrina denomina de princípios constitucionais do processo civil.<sup>63</sup>

O segundo grupo já não se volta ao modo de ser do processo, mas preocupou-se em disciplinar modos de exercício específicos da tutela jurisdicional. As normas constitucionais nele reunidas justificam a lógica, a racionalidade, o senso de unidade, de coesão, e de harmonia do processo porque prescrevem específicos comportamentos do Poder Judiciário diante de determinadas situações diferenciadas, indicadas na própria Constituição Federal, devendo ser tratadas como verdadeiros casos de procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados, como, por exemplo, as normas que garantem os chamados remédios constitucionais.<sup>64</sup>

Um terceiro grupo de normas diz respeito às disposições da Constituição sobre a estruturação da justiça no país. São normas que se voltam para regulamentar quem são, o que fazem e como se organizam os diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário.<sup>65</sup>

Por fim, o quarto grupo de normas constitucionais preocuparam-se em disciplinar as instituições destinadas a exercer e colaborar com o exercício da função jurisdicional do Estado na administração da justiça, como a magistratura, o ministério público, a advocacia (privada e pública) e a defensoria pública.<sup>66</sup>

O vínculo ligando a Constituição e o direito processual civil se mostra tão pronunciado que cabe à Lei Maior fornecer o fundamento para seus princípios e institutos, consagrando os valores constitucionais, bem como os objetivos fundamentais da sociedade que se pretende.<sup>67</sup>

Diante disso, cumpre ainda salientar que, pensar no Direito a partir da Constituição não é uma necessidade adstrita apenas ao direito processual civil. Toda atividade do Estado,

---

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> Ibid., p. 90-91.

<sup>65</sup> Ibid. p. 91.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*, artigo 3º, inciso I).

assim como todo o ordenamento jurídico deve ser pensado, construído e analisado a partir da Constituição Federal.

#### **1.4 – O Processo à luz da Constituição**

O processo se revela num dos institutos mais polêmicos, e, mais interessantes, da doutrina do direito processual civil, sendo certo que um não se confunde com o outro, na medida em que o processo apenas constitui parte integrante daquele ramo jurídico.

Mais uma vez, valendo-se da definição semântica da palavra na tentativa de auxiliar a sua compreensão, segundo o Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa, a palavra processo possui vários significados, dentre eles: o ato de proceder, de ir por diante; seguimento, curso, marcha; sucessão de estados ou de mudanças; maneira pela qual se realiza uma operação, segundo determinadas normas; método, técnica, entre outros.<sup>68</sup>

Mais especificamente, como definição jurídica, processo compreende na “atividade por meio da qual se exerce concretamente, em relação a determinado caso, a função jurisdicional, e que é instrumento de composição das lides”.<sup>69</sup>

Para Ovídio A. Baptista da Silva, processo significa “caminhar em direção a um fim”, envolvendo, portanto, a idéia de um desenvolver-se, temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado.<sup>70</sup> O autor ainda indica que:

No direito, o emprego da palavra processo está ligado à idéia de processo judicial, correspondente à atividade que se desenvolve perante os tribunais para obtenção da tutela jurídica estatal, tendente ao reconhecimento e realização da ordem jurídica e dos direitos, sejam individuais ou coletivos, que ela estabelece e protege.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995, p. 530.

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 13.

<sup>71</sup> Idem.

Sob uma ótica simplificada, Bedaque indica que o processo é “simples método de solução de controvérsia, que se desenvolve sob a direção do juiz, segundo determinado procedimento, devendo assegurar às partes ampla possibilidade de participação.”<sup>72</sup>

A seu turno, Luiz Guilherme Marinoni assevera que “não se pode pensar o processo na ausência da luz constitucional. Ou melhor, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística”.<sup>73</sup>

Segundo magistério de Cássio Scarpinella Bueno, a forma como um Estado Democrático de Direito concebe o processo, é bem distinta da forma como o mesmo é entendido em um Estado que não seja nem Democrático nem de Direito. Assim, a natureza jurídica do processo vai depender das opções políticas feitas em determinado momento da história do homem por dado ordenamento jurídico.<sup>74</sup>

Como é a Constituição Federal que determina o modelo de Estado<sup>75</sup> e dispõe sobre as formas de exercício do poder,<sup>76</sup> torna-se indispensável, para compreensão do que vem a ser o processo, sua identificação com o modo de agir do Estado<sup>77</sup> – a forma como expressa a sua

---

<sup>72</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 571.

<sup>73</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

<sup>74</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 369.

<sup>75</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*, preâmbulo).

<sup>76</sup> Segundo Humberto Gomes de Barros o processo “é o instrumento essencial ao exercício de uma das funções políticas do Estado: a jurisdição. Sem regras processuais previamente estabelecidas, a distribuição de Justiça transforma-se em odiosa fonte de violências.” (BARROS, Humberto Gomes de. *Prestação Jurisdicional (Por um Novo Conceito)*. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 319).

<sup>77</sup> Cássio Scarpinella Bueno ressalva que, ao contrário do que se pode pensar, o processo não é um fenômeno exclusivo do Poder Judiciário. O processo, como característica da atuação do Estado como um todo, se revela nas diversas funções do Estado. Os poderes Legislativo e Executivo também atuam processualmente: “Assim, tanto o Poder Judiciário emite seus atos (sentenças) mediante processo, como o Poder Legislativo emite seus atos (as leis) mediante processo. E a Administração Pública não é alheia ou arredia a este atuar regrado, este atuar processualizado. Ela também deve expedir seus atos, os atos administrativos, mediante processo.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 373). Assim também dispõe Luiz Fernando Bellinetti: “(...) quando as normas são criadas (função legislativa) ou paliçadas (função administrativa), há processo; da mesma forma, tanto quando o juiz (função jurisdicional) resolve o litígio construindo uma norma concreta, como quando as partes transacionam – ou simplesmente contratam, ou praticam um ato unilateral (um testamento, por exemplo) –, também estabelecendo uma norma concreta, há processo.” (BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e Processo*. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson;

vontade perante seus destinatários – que diferentemente do que ocorre no direito privado, é totalmente vinculada à finalidades públicas:

A noção suficiente de processo decorre, por isto mesmo, da opção política feita pela Constituição brasileira de criar um específico modelo de Estado, um Estado Democrático de Direito e, por isso, na exata medida em que isto vigorar e prevalecer, o Estado só pode desempenhar as suas funções, cumprir e buscar atingir as suas finalidades se agir processualmente, isto é em consonância com e de acordo com o modelo prefixado que permita o escoreito exercício do poder que só se legitima na exata medida em que se vise, com ele, o atingimento de um determinado dever, isto é, uma determinada finalidade.<sup>78</sup>

Para Cândido Rangel Dinamarco, o processo, visto como um instrumento da ordem constitucional:

(...) precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.<sup>79</sup>

Contudo, em um Estado Democrático de Direito, não basta que a vontade seja funcional, que as finalidades públicas a serem atingidas pelo Estado sejam impostas pelo ordenamento jurídico, mas também os meios de alcançá-las devem se submeter a um conjunto de regras, estranhas aos participantes do processo, responsável por afastar da nossa cultura jurídica quaisquer situações que prestigiem os caprichos pessoais ou os desvios de toda ordem pelos agentes do Estado.<sup>80</sup>

O processo, portanto, deve garantir o perfeito equilíbrio entre os fins e os meios, ou seja, os escopos do processo e seu modelo constitucional. É ele, como forma de manifestação do Estado, que garante o necessário equilíbrio entre a autoridade dos ditames constitucionais e a liberdade – proclamada como um dos pilares da Lei Maior –, realizando, assim, o modelo de Estado Democrático de Direito que, ao mesmo tempo que o justifica, também o impõe.<sup>81</sup>

---

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 825).

<sup>78</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 369-370.

<sup>79</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 27.

<sup>80</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 370-372.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 373.

Na visão de Dinamarco esses ditames constitucionais, ou seja, a tutela constitucional do processo visa “assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”, quais sejam, a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do contraditório, da igualdade entre as partes perante um juiz natural, entre outras.<sup>82</sup>

É devido a essas diretrizes constitucionais que se estabelece o “modelo constitucional do processo”, onde se determina deveres, direitos, poderes, faculdades, obrigações, sujeições e ônus, bem como estabelece o modo como os sujeitos do processo relacionam-se entre si, colaborando não só para o exercício da função jurisdicional, mas, também, para a prestação da tutela jurisdicional.<sup>83</sup>

Desta forma, além do processo se desenvolver conforme os ditames constitucionais, ele deve ainda ser interpretado e aplicado para a realização concreta de valores e situações jurídicas que são a ele exteriores, passando, necessariamente, pelos valores que a própria Constituição exige. Por isto, é importante enfatizar que, não só seu modo de ser, mas também seus fins, são impostos pela e na Constituição.<sup>84</sup>

Não abunda lembrar que a consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos estabelecidos pelos mesmos, para que se alcance decisões que, igualmente, os consagrem. Desta forma, o processo também representa uma resposta à exigência de racionalidade que caracteriza o Direito.<sup>85</sup>

O processo, numa perspectiva política, assume a característica de instrumentalizar a construção, modificação e aplicação do ordenamento jurídico, devendo ser entendido como um dos elementos fundamentais, o instrumento do poder para a construção de uma sociedade democraticamente mais justa:

(...) o processo é o elemento que dá dinamismo ao ordenamento jurídico, que lhe permite a atividade dialética de constante construção (pela concretização das normas concretas e criação das normas abstratas

---

<sup>82</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 27.

<sup>83</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 372.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>85</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, p. 31.

complementares das preexistentes) e reconstrução (por meio das modificações das normas abstratas do ordenamento, bem como por meio da modificação da interpretação dessas normas abstratas, gerando normas concretas diferentes para casos similares).<sup>86</sup>

Imbuído neste mister, o neoprocessualismo debruçando-se sobre questões pertinentes a efetividade da tutela jurisdicional, o acesso à Justiça e a instrumentalidade do processo, revolucionando a concepção do processo, que deixou de ser considerado um fim em si mesmo, para ser verdadeiramente um meio de consecução do direito material.

#### **1.4.1 – A Tutela Constitucional do Processo por meio dos Princípios**

Conforme já abordado no tópico 1.3.1, verifica-se que na Constituição há uma série de normas que dizem respeito ao direito processual civil, sendo tais normas classificadas por Cássio Scarpinella Bueno em quatro grupos distintos, identificando-se um deles como os “princípios constitucionais do direito processual civil”.<sup>87</sup>

No entanto, antes de discorrer sobre a importância dos princípios constitucionais para o processo e para o direito processual civil, especialmente relevante para o presente trabalho, revela-se necessário demonstrar a importância dos princípios para a ciência jurídica.

Geraige Neto assevera que para Tomás de Aquino, princípio é “aquilo do qual alguma coisa procede; tudo que, de alguma maneira, opera como ponto de procedência para outra coisa”.<sup>88</sup> Para Aristóteles, princípio “é aquilo do qual algo é, ou torna-se, ou faz-se conhecido e demonstrado”.<sup>89</sup> Para Miguel Reale, princípios são “verdades, ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e Processo*, p. 825-826.

<sup>87</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 90 e 92.

<sup>88</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*, p. 16.

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 17.

Desta forma, referido autor conclui que os princípios não servem apenas para sustentar e embasar novos conhecimentos, podendo também ser utilizados para que a ciência atinja suas conclusões, conferindo-lhe, assim, validade.<sup>91</sup>

Cássio Scarpinella Bueno ensina que os princípios auxiliam no conhecimento e compreensão global do sistema jurídico, funcionando como elementos que dão racionalidade, lógica, coesão e unidade ao ordenamento. Também atuam como verdadeiros guias para o intérprete e para o aplicador do direito nas dificuldades interpretativas ou nas lacunas do sistema, revelando-se como ferramentas indispensáveis na resolução dos conflitos.<sup>92</sup>

Na obra “Princípios do Processo Civil”, Rui Portanova inicia a primeira frase do livro atestando que “Não se faz ciência sem princípios”, concluindo que os princípios são uma diretriz, um norte, um rumo para o sistema. No entanto, referido autor também compreende os princípios como uma importante fonte do Direito:

No Brasil, assim como na maioria dos países que adotam sistemas jurídicos de origem romanística, os princípios são considerados com fonte do direito. Por isso, no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, no art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas e no art. 126 do Código de Processo Civil os princípios aparecem como uma das formas de colmatação de lacunas. (...) Logo, os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos em lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos.<sup>93</sup>

Para Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci a Constituição, além de delinear as normas fundamentais de organização do Estado, também tenta exprimir idéias e valores supremos, essencialmente mutáveis, uma vez que se identificam com os desígnios da própria história, com o escopo de reforçar as garantias dos cidadãos.<sup>94</sup>

Segundo Delosmar Mendonça Junior os princípios mais importantes do sistema processual são os princípios constitucionais que modelam e tutelam constitucionalmente o processo. Os direitos e garantias processuais insculpidos pelos princípios constituem um

---

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 96.

<sup>93</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 13-14.

<sup>94</sup> TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2.

conjunto normativo-constitucional especialmente relevante, prevendo limitações ao poder estatal e assegurando valores e ideais sociopolíticos, possuindo sempre como norte a dignidade da pessoa humana.<sup>95</sup>

Assim, para o autor, a Constituição consagra valores por meio de princípios que se projetam sobre todo o ordenamento jurídico, indicando o ponto de partida e o caminho a ser percorrido, em especial para direito processual civil que encontra seus princípios fundamentais definidos pela Magna Carta:

Sendo instrumento de atuação da ordem constitucional, com o escopo de efetivar os valores nela contidos, a ordem processual instrumentaliza a norma constitucional, por meio da atividade jurisdicional. A constituição define, então, os princípios estruturantes da ordem processual, que passa a se organizar a partir das premissas estabelecida pela ordem constitucional, constrói instrumentos processuais para a sua prevalência normativa e trata das normas de organização da jurisdição sob a perspectiva de poder estatal. Com isso, a Constituição atua sobre o processo em duplo aspecto. Por um lado, garante, em razão da supremacia dos princípios e regras constitucionais (inclusive criando remédios processuais para assegurar a autoridade e superioridade da norma constitucional), a realização dos seus valores no desenvolvimento das atividades jurisdicionais: um processo justo, com procedimentos adequados que conformem os valores de igualdade, liberdade e dignidade humana. Por outro lado, com a existência de um procedimento justo e adequado, legitima a própria ordem constitucional. Não pode existir uma Constituição justa e democrática com procedimentos incompatíveis com seus valores.<sup>96</sup>

Buscando demonstrar a íntima ligação e a fundamental importância dos princípios constitucionais para o processo, Cássio Scarpinella Bueno convida o leitor a fazer um interessante raciocínio: imaginar o Brasil sem leis que versassem sobre direito processual civil. Diante de tal calamidade, as autoridades competentes convocariam especialistas para elaborar tais leis. Esses especialistas deveriam levar em conta, necessariamente, os princípios constitucionais do direito processual civil, pois “nenhuma norma infraconstitucional poderia se desviar daquele corpo de normas que a Constituição reserva para o ‘dever-ser’ do próprio processo.”<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípio constitucional da duração razoável do processo*, p. 311-312.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>97</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 92.

Desta forma, as opções a serem feitas por esses especialistas na busca de atingir os valores constitucionais,<sup>98</sup> criando diversas espécies de técnicas processuais que, no entanto, jamais poderão infirmar os princípios constitucionais do direito processual civil, posto que apresentam um modelo mínimo, mas indispensável, para a atuação do Estado-juiz.<sup>99</sup>

Assim, os princípios do contraditório, ampla defesa, motivação das decisões judiciais, publicidade, celeridade, racionalidade dos atos, entre outros, sempre deverão ser respeitados para que haja um processo constitucionalmente justo e que resguarde a dignidade da pessoa humana entendida não apenas como o mais importante dos princípios fundamentais, mas, também, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

#### **1.4.2 – O Direito Fundamental à Tutela Efetiva**

Antes do neoconstitucionalismo, como a Constituição era apenas uma Carta Política, representando meras intenções sem qualquer força normativa, a lei e os códigos se colocavam no centro do ordenamento jurídico.

Porém, levando em consideração que para a sociedade contemporânea já não bastava mais ter uma Constituição que funcionava como simples instrumento de defesa de seus membros diante do Estado, conferindo àqueles direitos fundamentais e organizando as formas de poder, a Constituição, em linhas gerais, passou a ser um guia da atividade, tanto do Estado como da sociedade, na busca da promoção do bem-estar social.<sup>100</sup>

Com o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito, além de se retirar do código a centralidade do ordenamento processual, revelou-se o caráter publicístico do processo<sup>101</sup> que desde suas origens viveu sob o manto do direito privado, sendo considerado “mero apêndice deste, ou adjetivo que o qualifica quando submetido às vicissitudes da vida judiciária.”<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Não abunda lembrar que, embora sejam valores, os princípios são “elementos constitutivos do direito positivo e nada têm de metafísico ou, quando menos, de metajurídico. Eles, como normas jurídicas que são, vinculam o intérprete e o aplicador do direito.” (Ibid., p. 96).

<sup>99</sup> Ibid., p. 93.

<sup>100</sup> GUERRA FILHO. Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, p. 15-16.

<sup>101</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 674.

<sup>102</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 49.

Como não podia deixar de ser, essa mudança de papel da Constituição trouxe também modificações no plano jurídico. Desta forma, o processo deixa de ter aquela velha conotação privatística, assumindo contornos sociais, uma vez que se torna um meio para a realização da justiça:

O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc.<sup>103</sup>

Cândido Rangel Dinamarco destaca que o caráter privatístico do processo o concebia apenas como um meio de exercício dos direitos, pois o sistema processual era construído sob o prisma do “direito de ação” como sendo um direito subjetivo proclamado pelo artigo 75 do antigo Código Civil: “a cada direito corresponde uma ação que o assegura”.<sup>104</sup>

Dinamarco ressalva que Enrico Tullio Liebman ponderou sobre a autonomia da ação entendendo que “pode-se sempre discutir sobre as varias definições da ação, propostas pela doutrina, mas a sua autonomia é que não pode ser contestada” propondo um deslocamento do foco metodológico que adotou uma visão do processo não mais “como instrumento posto a serviço dos indivíduos para defesa de seus direitos, mas como função pública exercida para a satisfação de um interesse coletivo”.<sup>105</sup>

Assim, os fins públicos buscados pelo processo – pacificação social – como um instrumento democrático do poder jurisdicional, pois a distribuição da justiça é, sem sombra de dúvidas, a função mais importante do Estado, supera os interesses individuais das partes na solução do litígio.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 674-675.

<sup>104</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a Cultura Processual Brasileira. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 82.

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 675.

Rui Portanova entende que o processo civil moderno, se enriquece com a função social, pois não basta pacificar, tem que pacificar com justiça social. Referido autor ainda destaca importante lição de José Carlos Barbosa Moreira, que tratou da função social do processo sob dois aspectos: de um lado, a possibilidade de estimular a igualdade, no sentido de atenuar, quiçá eliminar, as diferenças de tratamento dos membros da comunidade em razão de fatores como diversidades de riquezas, posição social, cultura, raça, corrente política, entre outros; e, de outro lado, a capacidade do sistema jurídico de assegurar a primazia dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais.<sup>107</sup>

Assim, numa leitura moderna do dispositivo constitucional que tradicionalmente era interpretado como mera garantia do direito de ação, vê-se assegurada a finalidade pública do processo, ao determinar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).<sup>108</sup>

Sampaio Júnior destaca que referido princípio constitucional foi a “mola propulsora” das demais características que o processo assumiu diante deste novo paradigma impingido pela Carta Constitucional de 1988, pois a partir desse dispositivo, houve uma revolução no modo como o mesmo era concebido,<sup>109</sup> na medida em que consagrou “não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa).”<sup>110</sup>

Essa garantia não se reduz ao mero direito a um processo (idéia de ingresso no Poder Judiciário com uma demanda/ação), sua dimensão é muito maior, mais abrangente, pois determina ao Poder Público o compromisso de fornecer uma tutela jurisdicional de qualidade, capaz de solucionar a lide de modo adequado, sempre levando em consideração os valores essenciais proclamados pelo Estado Democrático de Direito brasileiro.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 54-55.

<sup>108</sup> A doutrina não é uniforme quanto a denominação desse princípio que pode ser chamado de várias formas: princípio do direito de ação, princípio do acesso à justiça, princípio do acesso à ordem jurídica justa, princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, entre outros.

<sup>109</sup> SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*, p. 118.

<sup>110</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 674.

<sup>111</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 692.

Ao decompor o princípio da inafastabilidade da jurisdição, Eduardo Cambi, verificou que o mesmo abrange os seguintes ditames:

(i) o ingresso em juízo; (ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; (iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que ira julgar a causa (efetividade do contraditório); (iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); (v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).<sup>112</sup>

Verifica-se, em última análise, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição é decorrente do princípio do devido processo legal,<sup>113</sup> convergindo numa somatória de outras normas constitucionais, como a da garantia da igualdade, da publicidade dos atos processuais, da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa, dentre outros, que visam garantir às partes a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Ademais, como o processo é o instrumento essencial para a prestação da tutela jurisdicional do Estado, deve o mesmo ser capaz de implementar, efetivamente, os efeitos previstos nas normas de direito material. Desta forma Luiz Guilherme Marinoni destaca que:

(...) o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição de autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que estes últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização.<sup>114</sup>

Ressalva-se que a efetividade da norma de direito material consiste, basicamente, na sua materialização no mundo real, ou seja, quando a norma, geral e abstrata sai do “mundo do

---

<sup>112</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 674.

<sup>113</sup> Por sua vez, Cesar Asfor Rocha entende o princípio do devido processo legal como aquele que assegura ao processo meios previamente estabelecidos dentro de um sistema de garantias e rotinas estipuladas com anterioridade, de modo que o procedimento se desenvolva com segurança: É o que se chama de devido processo legal, forma de garantia em todas as etapas dos procedimentos, sob a direção do Juiz, este também submetido aos ditames do sistema das garantias e das rotinas. O devido processo legal é uma garantia do acesso à justiça sem a qual essa possibilidade se perde em desvios subjetivos e inesperados, capaz de reduzir à inutilidade qualquer esforço construtivo da solução das demandas.” (ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 71).

<sup>114</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 184-185.

dever-ser” para entrar no “mundo do ser”, pois como bem sintetizou Barroso “o Direito existe para realizar-se.”<sup>115</sup>

Nos idos anos oitenta, antes mesmo de ser promulgada a Constituição Federal de 1988, José Carlos Barbosa Moreira já se preocupava com a efetividade, entendendo que para tanto, o processo deveria apresentar alguns requisitos, dentre os quais, dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos assegurados pela ordem jurídica, atingindo, assim, o melhor resultado possível com o mínimo dispêndio de tempo e energia, para que seu resultado final assegure à parte vitoriosa o gozo efetivo do bem da vida a que tem direito.<sup>116</sup>

Deste modo, facilmente constata-se que a efetividade do processo, revela-se pelo manejo adequado dos mecanismos processuais na busca da concretização dos direitos materiais, ou seja, a verdadeira preocupação é com a efetividade da tutela dos direitos materiais por meio do processo. Dinamarco ainda vai além, para o autor efetividade do processo significa:

(...) sua almejada aptidão a eliminar insatisfação, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.<sup>117</sup>

Bedaque explica que, deve-se contemplar o pleno acesso à tutela jurisdicional como a disponibilização de meios adequados para obtenção de resultado útil com o processo:

Processo efetivo, portanto, é aquele dotado de mecanismos adequados à proteção de qualquer direito e acessível a quem se apresente como o respectivo titular. Deve ainda proporcionar, na medida do possível, a reprodução exata do fenômeno substancial, possibilitando ao juiz visão correta da realidade. Por fim, é preciso assegurar àquele a quem for reconhecida a condição de titular do direito a possibilidade de usufruir plenamente dessa situação de vantagem, devendo o resultado ser obtido com dispêndio mínimo de tempo e energia.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.87.

<sup>116</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: *Temas de direito processual*, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33.

<sup>117</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 320.

<sup>118</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 80.

Marinoni ainda destaca que a efetividade do processo não garante apenas uma “resposta” jurisdicional, mas que a tutela seja capaz de realizar efetivamente o direito invocado pela parte, proporcionando resultados equivalentes aos que seriam obtidos se os preceitos legais fossem cumpridos espontaneamente.<sup>119</sup>

O direito a efetividade da tutela jurisdicional, trata-se, assim, de um direito fundamental do indivíduo, uma vez que é essencial para assegurar a efetividade dos demais direitos, afirmando Marinoni que o “direito ao processo efetivo, é princípio imanente ao próprio Estado de Direito.”<sup>120</sup>

Assim, é de clareza solar que para se alcançar a efetividade torna-se necessário conjugar dois elementos: adequação e tempestividade. O legislador infraconstitucional deve incessantemente buscar dotar o ordenamento jurídico de tutelas diferenciadas e adequadas para concretização do direito material, que harmonizem, da melhor forma possível, o devido processo legal e a celeridade.

Neste sentido, apenas garantir que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito não se mostrou suficiente. A morosidade na entrega da tutela jurisdicional revelou-se um problema a ser superado, pois o processo como instrumento de pacificação social deveria ser capaz de produzir resultados efetivos na vida dos jurisdicionados, dentro de um prazo razoável.

Assim, como se não bastasse a abrangência das garantias processuais oferecidas por estes princípios – devido processo legal e inafastabilidade da jurisdição – por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, incluiu-se no rol do artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Para José Rogério Cruz e Tucci o processo, como instrumento de acesso à justiça, deve ser dinâmico, sempre buscando conciliar a presteza dos atos processuais com a

---

<sup>119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 57.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 8.

segurança, sendo que quanto mais distante do conflito propriamente dito for proferida a sentença, sua respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória.<sup>121</sup>

Na verdade, a tutela jurisdicional torna-se inútil se não for prestada num espaço razoável de tempo. Por isso, é indiscutível que a lentidão do processo provoca a “compressão dos direitos fundamentais do cidadão”.<sup>122</sup>

Para Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes a celeridade não pode ser a única preocupação para obtenção da tutela jurisdicional efetiva, sendo também necessário garantir o alcance do resultado do processo em tempo útil, mas sem privar as partes de deduzirem as alegações necessárias para demonstrarem suas teses, impedindo-se que o imediatismo na entrega da prestação da tutela jurisdicional possa comprometer a segurança que se espera do processo, uma vez que o mesmo encontra-se intimamente vinculado aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, e do devido processo legal, que por sua vez se estende também aos princípios do juiz natural, da indelegabilidade e indeclinabilidade da jurisdição, da fundamentação das decisões judiciais, dentre outras tantas, previstas na Constituição Federal.<sup>123</sup>

Para Bedaque o “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”<sup>124</sup> Referido autor ainda ressalva que constitui ilusão perigosa achar que simplesmente conferir celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade, ponderando que reduzir a demora do processo é uma necessidade primordial para a prestação da tutela jurisdicional, porém, sem relevar a segurança jurídica.<sup>125</sup>

Efetividade, celeridade e economia processual são, para Bedaque, indispensáveis na obtenção do devido acesso à justiça, revelando a compreensão exata da efetividade do processo:

---

<sup>121</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 144.

<sup>122</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*, p. 691.

<sup>123</sup> FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 412.

<sup>124</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49.

<sup>125</sup> Idem.

Essa concepção de efetividade do processo atende ao princípio da economia processual, tal como definido pela doutrina alemã, que estabelece uma relação adequada entre meios e fins. Representa aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficácia e com o menor dispêndio de energia possível.<sup>126</sup>

Assim, o processo deve se desenvolver de forma adequada para atingir satisfatoriamente os fins nele consubstanciados. É preciso colocar a disposição dos operadores do Direito ferramentas – aperfeiçoamento das técnicas processuais para satisfatoriamente tutelarem o direito material – que correspondam ao novo paradigma de processo constitucional.

Cumprir salientar que, essa ausência de adequação processual, deve-se, de certo modo, à fase autonomista do processo, que pregava a autonomia da ciência processual civil desvinculando-a totalmente do direito material, relevando a compreensão fundamental de instrumentalidade (um meio a serviço de um fim) que deve sempre estar presente no processo.<sup>127</sup>

Embora, em determinado momento da história, a distinção entre os planos material e processual tenha sido de suma importância para a compreensão do processo, ela não pode ser entendida de forma rigorosa, a ponto de desconsiderar totalmente uma comunicação necessária entre esses dois planos.<sup>128</sup>

Porto enfatiza que para o processo cumprir seu primordial escopo de realizar o direito de forma efetiva, deverá se adequar objetivamente e subjetivamente tanto à natureza do direito posto em causa, como na qualidade das partes, entre tantas outras descobertas ou redescobertas impostas pela realidade jurídica, pois o processo civil deve gerar resultados práticos e concretos para aqueles que procuram o Estado para resolução de seus conflitos de interesse.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Ibid., p. 50.

<sup>127</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 182.

<sup>128</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 376-377.

<sup>129</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *A crise de eficiência do processo*, p. 182.

Zaiden Geraige Neto, também se valendo das lições do processualista italiano Enrico Tullio Liebman, entendeu que o princípio da inafastabilidade da jurisdição aliado às demais garantias embutidas no princípio do devido processo legal representam verdadeiramente o acesso a uma ordem jurídica justa.<sup>130</sup>

Mas, na verdade, o grande norte a ser seguido na busca da técnica processual adequada é aliar o princípio da efetividade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), como os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo (artigo 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII, também da Constituição Federal). A partir do alcance e do equilíbrio entre esses princípios se atingirá às garantias fundamentais dos processos no plano infraconstitucional.

Para finalizar, colaciona-se a lição de Gustavo de Medeiros Melo, que bem sintetizou o direito fundamental de acesso adequado à justiça:

(...) a garantia de uma tutela legítima quanto ao seu comando (adequação à ordem jurídica), tempestiva quanto ao momento de sua prestação, universal quanto ao alcance social por ela proporcionado (acessível a todas as classes, com alcance de um contingente máximo de conflitos) e efetiva pelos resultados materiais atingidos.<sup>131</sup>

Além disso, um processo só pode ser considerado efetivo se a tutela jurisdicional por ele prestada externar suficiente e adequadamente seus resultados. Para que estes efeitos sejam alcançados pressupõe-se uma nova concepção de mecanismos processuais, para atuação e realização concreta das decisões jurisdicionais (técnicas processuais).<sup>132</sup>

### **1.4.3 – A Instrumentalidade do Processo e as Técnicas Processuais**

Depois do despertar para a constitucionalização do Direito, onde o mesmo necessariamente passa a ser concebido, sistematizado, analisado e interpretado a partir da

---

<sup>130</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*, p. 22.

<sup>131</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*, 691.

<sup>132</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 148.

Constituição, surgiram novos enfoques na ordem jurídica que se estenderam ao direito processual civil, e, por consequência, para o processo.

Diante desta nova concepção, verificou-se a necessidade de renunciar a velhos dogmas essencialmente preocupados com o formalismo e o tecnicismo do processo civil para se concentrar na busca de objetivos e valores que propriamente se localizam fora dele, mas que, no entanto, devem por ele ser alcançados.

Assim entendido o processo acaba se tornando um instrumento imprescindível para tutela do direito material e do exercício do poder (vide tópicos 1.4 e 1.4.2). Todavia, Cândido Rangel Dinamarco bem lembrou que afirmar que o processo é um instrumento de nada adianta se não estiverem definidos os objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego, ou seja, aquilo que o autor denominou de escopos do processo.<sup>133</sup> Contudo, referido autor ainda chama a atenção do jurista ressaltando que:

Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do processo civil de resultado, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais.<sup>134</sup>

Dinamarco entendeu que como o processo representa uma forma de exercício do poder, os fins do Estado estão intimamente relacionados com os escopos do processo que devem necessariamente revelar as aspirações do povo no tempo presente.<sup>135</sup> Desta forma, referido autor classificou os escopos do processo em sociais, políticos e jurídicos.

O escopo social está relacionado a finalidade mais difundida do processo, qual seja, a pacificação social que visa “eliminar conflitos mediante critérios justos”.<sup>136</sup> Mas não é só, nesta versão social, a jurisdição também pretende promover a educação conscientizando os jurisdicionados sobre o exercício dos direitos e obrigações.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 177.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>137</sup> *Idem.*

Por sua vez, o escopo político visa afirmar o poder do Estado e sua capacidade de decidir imperativamente, entretanto, sempre preservando a liberdade de cada indivíduo membro da sociedade, bem como assegurando a participação dos cidadãos, ampliando os espaços da democracia participativa.<sup>138</sup>

Por fim, o escopo jurídico representa a efetivação do direito material através da prestação da tutela jurisdicional diante da percepção dos valores constitucionais e dos clamores da sociedade. Trata-se de uma releitura dos institutos processuais para o seu perfeito desenvolvimento para consecução dos escopos social e político.<sup>139</sup>

Todavia, como no Direito nenhuma teoria é absoluta, Dinamarco ressalva que os escopos do processo também apresentam aspectos negativos e positivos.

Sob o viés negativo, a instrumentalidade pretende combater o aspecto burocrático do processo, ou seja, seu formalismo exacerbado, sem cair, no entanto, em um alternativismo destrambelhado, capaz de produzir insegurança jurídica.<sup>140</sup> Para Bedaque, o operador do direito deve buscar fórmulas que simplifiquem o processo, capazes de eliminar os óbices causados pelo rigor formal, entretanto, deve fazê-lo:

(...) com extremo cuidado, para não comprometer alguns valores essenciais à segurança proporcionada pelo processo. A forma na medida certa é fator de garantia. A ausência dela enseja abusos, normalmente por parte dos mais fortes. O formalismo exagerado, todavia, é sinônimo de burocracia, escudo utilizado pelos covardes e preguiçosos para esconder-se.<sup>141</sup>

Sob o viés positivo, a instrumentalidade visa tornar o processo apto para cumprir de forma satisfatória os seus escopos (social-político-jurídico), em quatro campos fundamentais: a) na admissão em juízo; b) no modo-de-ser do processo; c) na justiça das decisões; e, d) a efetividade das decisões.<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> Ibid., p. 198.

<sup>139</sup> Ibid., p. 258.

<sup>140</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 675.

<sup>141</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 25.

<sup>142</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 319-359.

Bedaque com base nos estudos desenvolvidos pelo processualista italiano Mauro Cappelletti enumerou três possíveis grandes obstáculos que impedem que o processo alcance seus escopos.<sup>143</sup>

O primeiro, de ordem econômica, está relacionado à pobreza que impossibilita o acesso pelos jurisdicionados a informação, bem como a representação em juízo de forma adequada. O segundo, de ordem organizacional, que inviabiliza a adequada proteção para grupos portadores de interesses difusos e coletivos. E, o terceiro, de ordem processual, relacionado com a ineficiência do processo em tutelar determinadas espécies de direitos devido as suas peculiaridades.<sup>144</sup>

Assim, o grande desafio do processo civil, imposto pela constitucionalização dos direitos e garantias processuais fundamentais, é conciliar a instrumentalidade com as técnicas processuais, que são estabelecidas para prover o processo de aptidão na obtenção do resultado mais justo. Sempre vale destacar que, são os objetivos do processo (sua missão) que vão oferecer condições para o aperfeiçoamento da ordem jurídica processual.

Em outras palavras, a instrumentalidade do processo oferece os subsídios necessários para construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito material.

Luís Henrique Barbante Franzé entende ainda que a fase instrumentalista otimiza a interação entre o direito processual e o direito material, transformando o processo em um instrumento não só para realização do direito material, mas, também para preservação da dignidade da pessoa humana.<sup>145</sup>

Entretanto Bedaque destaca que a técnica processual “destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional.”<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 24.

<sup>144</sup> Idem.

<sup>145</sup> FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Prova ilícita frente à dignidade da pessoa humana. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Coords.). *Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009, p. 94.

<sup>146</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 26.

Assim, o prestígio a técnica elaborada pelo legislador é de suma importância para garantir a concretização da tutela constitucional do processo consubstanciada nos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, tratamento isonômico das partes, entre outros.

Bedaque também pondera que a efetividade do processo não está propriamente ligada nos mecanismos destinados em implementar as várias espécies de tutela jurisdicional, mas sim, no emprego inadequado da forma, que impinge uma indesejada morosidade ao processo, pois o transforma em um “instrumento a serviço do formalismo estéril, não do direito material e da ordem jurídica justa”,<sup>147</sup> chamando a atenção do jurista de que:

(...), a garantia constitucional de acesso à Justiça, integrante do complexo de direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ser comprometida pela técnica processual, que constitui meio destinado a possibilitar que o processo se desenvolva de forma adequada, de modo a proporcionar decisão segura e justa a quem necessita desse meio estatal de solução das controvérsias. Não pode a forma do procedimento ser transformada em fim, a ponto de atingir a substância do direito de acesso à Justiça.<sup>148</sup>

Por isso, a má compreensão da técnica impede que o processo alcance seus escopos, o que se revela um verdadeiro paradoxo, pois aquilo que deveria propiciar o desenvolvimento válido do instrumento acaba se transformando em obstáculo para que o mesmo atinja seus fins.<sup>149</sup>

Visando impedir essas vicissitudes, é fundamental a conscientização do operador do direito para que trabalhe com o fito de extrair do ordenamento jurídico soluções capazes de compatibilizar a forma com o objetivo, buscando sempre evitar a sobreposição do meio ante o fim do processo.<sup>150</sup>

Por fim, na busca de estabelecer um ponto de congruência entre instrumentalidade do processo e técnica processual, Bedaque explicou que:

(...) a observância da técnica tem essa finalidade específica: garantir que os interessados na atividade jurisdicional possam dispor de instrumento

---

<sup>147</sup> Ibid., p. 32.

<sup>148</sup> Ibid., p. 570.

<sup>149</sup> Ibid., p. 43.

<sup>150</sup> Ibid., p. 44.

adequado e seguro, cuja utilização lhes proporcione a solução justa para a situação de direito material trazida à apreciação da função jurisdicional. A técnica processual está, portanto, a serviço de um fim. Por isso o processo deve ser concebido como instrumento de realização de direitos.<sup>151</sup>

Diante das considerações até aqui expostas, revela-se de suma importância para o estudo contemporâneo do direito processual civil, alcançar um equilíbrio entre os resultados do processo e a técnica processual.

## **1.5 – A Prestação Efetiva da Tutela Jurisdicional e suas Espécies**

Quando o Estado vedou a autotutela, assumindo a função de resolver os conflitos – exercendo atividade substitutiva da vontade das partes – com o intuito maior de promover a justiça,<sup>152</sup> a sociedade não possuía as mesmas características de agora. A função jurisdicional, bem como o Direito, eram concebidos para atuarem de forma diversa.

Assim, continuar tratando a função jurisdicional como antigamente implica em desvirtuar a sua finalidade fechando os olhos para os atuais anseios da sociedade contemporânea, pois num Estado Democrático de Direito o direito à tutela jurídica efetiva foi erigido ao patamar de cláusula pétrea, devendo desenvolver-se através de um instrumento seguro, dotado de técnicas adequadas, que proporcionem a justa composição da lide segundo as regras de direito material, dentro de um prazo razoável.

Em outras palavras, verifica-se que o Poder Público – aqui representado pelo legislador – deve criar e fornecer os meios adequados para o exercício válido do direito de ação para que o próprio Estado – aqui entendido pelo juiz – possa oferecer de forma efetiva a tutela jurisdicional dos direitos.

---

<sup>151</sup> Ibid., p. 41-42.

<sup>152</sup> “(...) ao avocar pra si o exercício da tutela jurisdicional, é inegável que o Estado também ficou incumbido de realizar a justiça da forma mais ampla possível, notadamente por meio da busca pela verdade real, sem ferir a dignidade da pessoa humana.” (FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Prova ilícita frente à dignidade da pessoa humana*, p. 91). Destaca-se que Luiz Fux considerou a busca da certeza absoluta, embora ideal do processo, um princípio inalcançável sob o plano jusfilosófico, uma vez que os fatos existem, independentemente da maneira como restaram provados nos autos (FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 312). No entanto, aqui, considera-se verdade real como a correspondência dos fatos considerados pelo juízo, com a realidade.

Desta forma, os valores consagrados na Constituição devem, obrigatoriamente, conduzir toda ordem jurídica, bem como essa atuação do Estado, indispensável para proteção dos direitos dos cidadãos, não apenas para assegurar o exercício regular do direito de ação, mas também para concretizar os direitos fundamentais encartados na Lei Maior.

Assim, as ações podem ser classificadas levando-se em conta a forma como o legislador regulamentou o exercício dessa garantia constitucional – a partir das técnicas que devem ser utilizadas pelo indivíduo para deduzir suas pretensões perante o Estado – bem como quanto a atividade exercida pelo juiz no processo, ou seja, a forma de prestar a tutela pleiteada pela parte.<sup>153</sup>

Vale lembrar que a prestação da tutela jurisdicional, como já indicado em tópicos anteriores, é ato de exercício do poder do Estado, que corresponde à proteção conferida ao direito material abstratamente regulado pela ordem jurídica, impondo coercitivamente ao conflito a vontade da lei.<sup>154</sup>

Há as tutelas cognitivas, que para sua concessão ou denegação pressupõem o conhecimento da realidade jurídico-material. Essa prestação da tutela, que se desenvolve de forma exauriente, permite ao julgador identificar todos os aspectos da relação material posta em juízo para formação da sua convicção a respeito da existência, ou não, do direito reivindicado pela parte.<sup>155</sup>

Ainda no plano da cognição do julgador no caso concreto, o legislador previu, em determinadas situações, a possibilidade de deferimento de uma proteção ao direito material, sem que a matéria discutida no processo seja amplamente demonstrada e explorada pelas

---

<sup>153</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 507. “Nas denominadas ações cognitivas ou de conhecimento pede-se ao juiz uma sentença. Este é o ato culminante do respectivo processo instaurado com a propositura da demanda, e corresponde ao resultado do conhecimento realizado pelo juiz da situação de direito material, para declará-la existente ou inexistente (ações meramente declaratórias), alterá-la (ações constitutivas), bem como reconhecer ou impedir o inadimplemento de uma obrigação e dotar o titular do direito de meios adequados à proteção efetiva de sua esfera jurídica (ações condenatórias). Nas ações de execução busca-se a realização prática dos comandos resultantes da cognição judicial, visando a impedir ou eliminar o inadimplemento. Predominam, aqui, os atos materiais, sendo mínima a atividade cognitiva do juiz em relação ao plano substancial. Por fim, as ações cautelares destinam-se à proteção imediata e provisória de determinada situação ou bem, mediante cognição sumária, a fim de que o tempo necessário ao desenvolvimento do devido processo legal não comprometa a efetividade do instrumento.” (Idem).

<sup>154</sup> Ibid., p. 507-508.

<sup>155</sup> Ibid., 509.

partes. Nesses casos, a tutela concedida pelo Estado é, normalmente, provisória. São as chamadas tutelas de urgência, cautelares e antecipatórias.<sup>156</sup>

Ademais, as tutelas cognitivas exaurientes, dividem-se em declaratórias, constitutivas e condenatórias:

Cognitiva-declaratória é aquela destinada a colocar fim à incerteza sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Se o autor pretende alterar determinada situação jurídica, deverá postular tutela constitutiva. Por fim, em casos de inadimplemento de uma obrigação pede-se a tutela condenatória.<sup>157</sup>

Em algumas situações, a tutela jurisdicional visa propriamente satisfazer a pretensão deduzida em juízo levando-se em consideração que a atividade cognitiva já ocorreu (após uma sentença condenatória) ou quando o legislador a considera desnecessária (existência de título executivo).<sup>158</sup>

Essa é a denominada classificação ternária da tutela jurisdicional que recebe algumas críticas por parte de alguns doutrinadores, que concebem uma classificação quinária, acrescentando mais duas espécies de tutelas: mandamental e executiva *lato sensu*.

Todavia, Bedaque destaca que levando em consideração a situação de direito material sobre a qual incidem os efeitos da tutela jurisdicional, apenas podemos identificar três situações: “a incerteza sobre a existência ou inexistência da relação jurídica, a presença dos requisitos necessários a uma modificação jurídica e, por fim, o inadimplemento de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer.”<sup>159</sup>

Assim, ao analisarmos as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* verifica-se que as mesmas assumem características da tutela cognitiva condenatória, constituindo apenas variações na técnica concebida para realização prática desta, que ao invés de clamar por um novo processo para sua consecução, desenvolvem atos satisfativos no bojo do próprio feito cognitivo. Desta forma verifica-se que a diferenciação pertinente as tutelas condenatória,

---

<sup>156</sup> Idem.

<sup>157</sup> Ibid., p. 511.

<sup>158</sup> Ibid., p. 510.

<sup>159</sup> Ibid., p. 520.

mandamental e executiva *lato sensu* dá-se, exclusivamente na técnica processual utilizada para efetivá-las.<sup>160</sup>

Outro fator muito importante para infirmar essa classificação quinária das tutelas é a adoção de novas técnicas processuais que tornaram o processo civil sincrético possibilitando a efetivação dos efeitos da tutela condenatória sem a necessidade de se instaurar um novo procedimento, assim como ocorriam como as tutelas mandamentais e executiva *lato sensu*.

Convém aqui destacar que não se pretende, com o presente estudo, esgotar o tema abordado no presente tópico, o que poderia desviar a finalidade da presente pesquisa. Entretanto, sua discussão se tornou relevante na tentativa de alcançar os resultados pretendidos com o estudo que ora se desenvolve.

---

<sup>160</sup> Ibid., p. 559 e 577.

## CAPÍTULO II – TUTELAS DE URGÊNCIA

Remonta de um passado distante a preocupação dos operadores do Direito em bem equilibrar o tempo do processo com a segurança jurídica. Rui Barbosa (1849-1923), em célebre discurso de paraninfo na Faculdade de Direito de São Paulo, “Oração aos moços”, já ponderava que “(...) justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”<sup>161</sup>

Luiz Guilherme Marinoni destaca que o fator tempo exerce grande influência na vida dos indivíduos, podendo, as vezes, ser identificado como elemento causador de angustias e infelicidades, sentimentos estes que podem ser potencializados quando a pessoa está a mercê de um processo:

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal, e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão correto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.<sup>162</sup>

Luiz Fux entende que diante da vertiginosa velocidade das transformações ocorridas na sociedade contemporânea, o clamor por uma justiça efetiva e célere e cada vez maior:

A problemática é tanto mais relevante, posto que o processo hodiernamente se encontra sob o crivo da “efetividade” dos direitos, que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade. Essa dissintonia entre o processo e as novas exigências revela uma “crise”, capaz de ser solucionada com “novos instrumentos”, diante desse fenômeno dos “novos direitos” ou “novos anseios”. Assim, como nos primórdios da civilização o anseio era da justiça institucionalizada contra a justiça privada, hoje a aspiração social é a da “justiça urgente” em confronto com a “justiça ordinária e ritual”.<sup>163</sup>

Gustavo Henrique Schneider Nunes destaca que a falta de presteza da tutela jurisdicional pode lhe acarretar sério desprestígio, além de gastos inúteis de dinheiro público e

---

<sup>161</sup> BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. V. 48, t. 2, 1921. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1086>. Acesso em: 14 fev. 2010.

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 17.

<sup>163</sup> FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 308.

forte desconforto social, uma vez que as pessoas economicamente menos favorecidas tendem a suportar, resignadas, eventual lesão aos seus direitos.<sup>164</sup>

Desta forma, Nunes acredita ser necessário criar mecanismos processuais pautados em técnicas de cognição sumária, não somente para eliminar os traumas dos jurisdicionados que se encontram à espera da resposta do Poder Judiciário, no sentido de solucionar o conflito de interesses do qual fazem parte, mas, sobretudo, para possibilitar aos cidadãos meios capazes de proporcionar a prestação da tutela jurisdicional assim como fora idealizada e prometida na Constituição de 1988.<sup>165</sup>

No ordenamento jurídico pátrio apenas com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 é que foi explicitado o direito à razoável duração do processo sendo assegurando a todos os meios que garantam a celeridade na sua tramitação.

Todavia, o tempo não constitui propriamente um inimigo da prestação da tutela jurisdicional, mas sua utilização indevida e descompromissada com os valores salvaguardados pela Constituição Federal pode afastar os jurisdicionados do valor maior pregado pelo Estado, a justiça.

Visando combater as vicissitudes que o tempo pode causar o legislador pátrio buscou criar técnicas processuais capazes de relativizar os possíveis malefícios causados com a demora da entrega da tutela jurisdicional, são as chamadas tutelas de urgências conforme procurou-se demonstrar nos tópicos deste capítulo.

## **2.1 – O Direito à Razoável Duração do Processo como Corolário da Garantia do Devido Processo Legal e da Efetividade da Jurisdição**

O direito fundamental à razoável duração do processo foi expressamente introduzido no ordenamento jurídico pátrio por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004 que inseriu no artigo 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, com a seguinte redação: “a

---

<sup>164</sup> NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do processo civil e direitos fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. (Coleção Univem), p. 122.

<sup>165</sup> Idem.

todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade na sua tramitação.”<sup>166</sup>

Diante da sua positivação como direito fundamental, torna-se necessário tecer alguns comentários sobre suas especificidades, ainda que breves, apenas para auxiliar sua compreensão, bem como o tratamento dispensado pela doutrina ao direito à razoável duração do processo, pois não constitui objetivo do presente trabalho aprofundar-se no estudo sobre a teoria dos direitos fundamentais.

Salienta-se que fundamental é a qualidade do direito sem o qual a pessoa humana não se realiza, não convive em sociedade, e, sendo inerente a todos os cidadãos, deve ser concreta e materialmente efetivado.<sup>167</sup>

Historicamente podemos dizer que os direitos fundamentais são, originariamente, direitos humanos, no entanto, os primeiros constituem manifestações positivas dos Direitos, dotados de aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, enquanto os segundos revelam-se meramente direitos morais, situados em uma dimensão superior a qualquer outra norma jurídica.<sup>168</sup> Assim, podemos entender também que os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados no ordenamento jurídico de determinado Estado, ao passo que os direitos humanos são pautas ético-políticas positivados nas declarações de direitos universais e nos tratados internacionais.

Segundo Oscar Vilhena Vieira a expressão direito fundamental exprime a idéia de valor máximo desta norma dentro do ordenamento jurídico, além de representar um de seus elementos de sustentação:

Quando associamos as expressões “humanos”, “fundamentais” ou “da pessoa humana” à idéia de “direitos”, a presunção de superioridade, inerente aos direitos em geral, torna-se ainda mais peremptória, uma vez que esses direitos buscam proteger valores e interesses indispensáveis à realização da condição de humanidade de todas as pessoas. Agrega-se, aqui,

---

<sup>166</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*, artigo 5º, inciso LXXVIII.

<sup>167</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 177.

<sup>168</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 38.

valorização moral à idéia de direitos, passando estes últimos a servir de veículos aos princípios de justiça de uma determinada sociedade.<sup>169</sup>

Referido autor ainda destaca que ao serem inseridos na Constituição os direitos fundamentais assumiram sentido jurídico, situando-se acima do alcance do Estado, passando a ter um peso ainda maior sobre as ações dos indivíduos, devendo sempre prevalecer sobre outros interesses e direitos.<sup>170</sup>

Diante de tais características verifica-se que os direitos fundamentais não se prestam somente para regular a Lei Maior, mas, também, todo o sistema normativo, na consecução dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, encartados nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal, e principalmente especial, no que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, pode-se destacar também que possuem aplicabilidade imediata e vinculação direta dos entes públicos (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal), bem como impossibilidade de serem abolidos pelo constituinte derivado (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal), que os diferencia das demais normas constitucionais.

Marcelo Lima Guerra ensina que os direitos fundamentais são importantes ferramentas para a ordem jurídica, indicando que:

(...) possibilitam uma impressionante melhora de qualquer sistema legal vigente, independentemente de reformas legislativas, servindo, de um lado, para dimensionar os próprios problemas a serem resolvidos e, de outro lado, para extrair do sistema posto o máximo de eficácia nas respectivas soluções.<sup>171</sup>

Por sua vez, o direito fundamental à razoável duração do processo não representa propriamente uma inovação. Segundo Mateus Costa Pereira, no Brasil, o embrião da

---

<sup>169</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Gramática dos direitos fundamentais. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Coords.). *Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009, p. 9.

<sup>170</sup> Ibid., p. 16.

<sup>171</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12.

celeridade já aparecia na Constituição Federal de 1934 que assegurava o rápido andamento dos processos nas repartições públicas.<sup>172</sup>

O Código de Processo Civil de 1973 previa a possibilidade das partes representarem ao ministério público quanto ao desrespeito injustificado de prazos pelo magistrado, revelando uma preocupação do legislador com a celeridade do processo.<sup>173</sup>

Em 1992, através do Decreto nº 678/92 ao ordenamento jurídico pátrio foram incorporadas as disposições contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), estabelecendo em seu artigo 8º, nº 1, que:

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, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>174</sup>

Pereira pondera que mesmo diante da fixação no instrumento internacional, do qual o Brasil era signatário, de diretrizes que propugnavam pela celeridade, de início, adotou-se uma postura de resguardo que apenas foi redimensionada após a inserção de um dispositivo que consagrasse tal valor dentro do texto constitucional.<sup>175</sup>

Por sua vez, para Rui Portanova e Cássio Scarpinella Bueno o princípio da razoável duração do processo é decorrente do princípio da economia processual. Portanova entende que a celeridade constitui em uma das quatro vertentes que compõem o princípio da economia processual, assim como a economia de custo, economia de atos e eficiência da administração judiciária.<sup>176</sup>

Para Bueno o princípio da economia processual, na sua formulação tradicional, era entendido como a necessidade do processo civil sopesar o menor dispêndio possível de

---

<sup>172</sup> PEREIRA, Mateus Costa. Algumas ilações a partir do inciso LXXVIII do artigo 5º da constituição federal: substrato a discussões. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 192.

<sup>173</sup> Ibid., p. 193.

<sup>174</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Liebman e a Cultura Processual Brasileira*, p. 94.

<sup>175</sup> PEREIRA, Mateus Costa. *Algumas ilações a partir do inciso LXXVIII do artigo 5º da constituição federal: substrato a discussões*, p. 194.

<sup>176</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 171.

recursos financeiros a garantia de acesso à justiça pelos mais pobres e comprometidos. Ou seja, a atividade jurisdicional deve ser prestada de forma a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços.<sup>177</sup>

Porém, segundo magistério de Delosmar Mendonça Junior o princípio da razoável duração do processo já se encontra implícito na Constituição Federal em decorrência do disposto no inciso XXXV do próprio artigo 5º, que só após a Emenda Constitucional nº 45/2004 o princípio da celeridade, tornou-se norma positivada, devidamente incorporada à estrutura das garantias fundamentais salvaguardadas pela Constituição, resultando em fácil visibilidade pelos operadores do Direito.<sup>178</sup>

Todavia, para José Rogério Cruz e Tucci o “direito ao processo sem dilações indevidas” é corolário do devido processo legal,<sup>179</sup> devendo se tornar uma realidade em todas as fases do processo:

Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado. Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializar se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.<sup>180</sup>

Vale ainda lembrar que conforme indica Rui Portanova, dentro do devido processo legal, além do direito a razoável duração do processo, também estão contidos o direito de petição aos Poderes Públicos, a não exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, juiz natural, contraditório e ampla defesa (artigo 5º, incisos XXXIV, XXXV, XXXVII e LV, da Constituição Federal).<sup>181</sup>

---

<sup>177</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, p. 141.

<sup>178</sup> MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípio constitucional da duração razoável do processo*, p. 315-316.

<sup>179</sup> Para Tucci o devido processo legal ainda se desdobra nas seguintes garantias: “a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) do tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões judiciais” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*, p. 88).

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 87-88.

<sup>181</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, p. 146.

Por fim, Delosmar Mendonça Junior ressalva que o direito a razoável duração do processo não se trata propriamente de um direito novo, tendo em vista que parte da doutrina e da jurisprudência já reconheciam o direito a um processo célere, a sua explicitação na Lei Maior além de lançar por terra qualquer dúvida que pairava a esse respeito, reforçou a necessidade de sua aplicação em todas as atividades jurídicas relacionadas ao processo.<sup>182</sup>

Segundo magistério de Rita Quartieri as garantias do devido processo legal e da razoável duração se entrelaçam para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que esta, em regra, só se garante pela sua oferta tempestiva. Referida autora citando Bielsa e Graña entendeu ainda que a tutela jurisdicional não deve simplesmente outorgar uma satisfação jurídica às partes, mas tal decisão deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, caso contrário, se tornaria utópica.<sup>183</sup>

Assim, a simples compreensão lógica revela que constitui dever do Estado a prestação da tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Porém, essa prestação deve respeitar as garantias do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), e ser oferecida dentro de um prazo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), para se alcançar a tão almejada efetividade da jurisdição.

## **2.2 – Das Ondas Reformistas do Código de Processo Civil**

A busca por um novo processo civil capaz de responder de forma satisfatória às exigências da realidade social não é recente. Cândido Rangel Dinamarco indica que em 1895 o austríaco Franz Klein já se preocupava com “um processo civil simples, econômico, rápido e acessível aos pobres”.<sup>184</sup>

Todos repudiam o sistema processual de que dispomos, sendo uníssona a reivindicação dos operadores do Direito por soluções que busquem a eliminação dos entraves burocráticos da lei processual para facilitar os serviços da justiça e acelerar sua operação,

---

<sup>182</sup> MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípio constitucional da duração razoável do processo*, p. 319.

<sup>183</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

<sup>184</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 13.

mesmo que para tanto seja necessário abandonar velhos dogmas da ciência processual herdados ao longo do tempo.<sup>185</sup> Neste sentido Bedaque entende que:

O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório mas, na medida do possível, sem sacrifícios da cognição exauriente.<sup>186</sup>

Todavia, referido autor ressalva que não se deve permitir a eliminação da forma – representada pela técnica processual adequada – mas, em contrapartida, combater o formalismo excessivo, que transforma o processo em um verdadeiro labirinto do qual a parte se arrepende de ter entrado por não vislumbrar uma saída.<sup>187</sup>

Na incessante busca pelo aperfeiçoamento do processo civil, verifica-se que ao longo dos anos várias alterações legislativas foram implementadas pelo legislador ordinário para viabilizar a aceleração da tutela jurisdicional. De 1973 – ano de início da vigência do atual Código de Processo Civil – a 1992 diversas alterações esparsas ocorreram.

Nos anos seguintes houve uma diversidade enorme de leis que fizeram reformas pontuais por todo o Código de Processo Civil, criando mecanismos processuais muito conhecidos como a ação monitória, a antecipação dos efeitos da tutela, a ação de cumprimento de obrigação de fazer e não fazer e de dar coisa certa, além de outras modificações na área recursal.

Embora o direito processual civil tenha passado por inúmeras modificações, o legislador reconheceu que as mesmas não foram suficientes para dar efetividade à tutela jurisdicional prestada pelo Estado. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, ocasionou uma nova onda de reformas, com a elaboração de leis que visam conferir celeridade tanto no processo administrativo quanto judicial.

---

<sup>185</sup> Ibid., p. 15-19.

<sup>186</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 51.

<sup>187</sup> Ibid., p. 52.

Dentre essas alterações pode-se destacar uma nova sistemática para interposição do recurso de agravo, a instituição da nova fase de cumprimento da sentença no processo de conhecimento, revogando dispositivos relativos à execução de títulos judiciais, a modificação de dispositivos atinentes a execução de títulos extrajudiciais; e, a tentativa de implementação de atos processuais por meios eletrônicos.

Em que pese a necessidade de se reconhecer que essas alterações conferiram, de certa forma, celeridade ao processo, não se pode negar que elas representam a velha crença positivista que atribui à lei a resolução para os problemas sociais.

Vale destacar que baseado no texto de José Carlos Barbosa Moreira “O futuro da Justiça: alguns mitos”, Francisco Glauber Pessoa Alves desenvolveu um estudo sobre os principais problemas em torno da eficiência da justiça, estabelecendo quatro mitos sobre o aperfeiçoamento da justiça: a rapidez acima de tudo (ou: “quanto mais depressa melhor”); a “fórmula mágica” (ou: “abracadabra”); a supervalorização de modelos estrangeiros (ou “a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha”) e, por fim, a onipotência da norma (ou: “vale o escrito”), sendo que para cada um dos mitos, foram estabelecidos submitos.<sup>188</sup>

Apesar do referido trabalho ser de leitura obrigatória para os operadores do Direito, aqui se chama a atenção apenas para o quarto mito, qual seja, “a onipotência da norma ou vale o escrito” revelado na crença de que cabe aos defeitos da legislação processual a maior responsabilidade pela duração excessiva dos processos.

Ademais, Dinamarco já alertava que o Direito não deve ser submetido á inúmeras inovações que logo depois podem revelar-se inconvenientes. O operador do Direito deve estar consciente que novas propostas revolucionarias e aparentemente salvadoras, antes de uma devida maturação com o decorrer do tempo, tornam-se impossíveis de se consagrarem, na medida em que “movimentos bruscos podem ser causa de rupturas ou fissuras em estruturas de grande porte, como é a ordem jurídica e como é a máquina judiciária.”<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 146-152.

<sup>189</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, p. 16.

Diante de tal postura indaga-se: Será que a simples alteração normativa cuidará de resolver as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário no que tange a razoável duração do processo? Alves entende que não:

Ora, se os embaraços são acarretados não por um único, mas por uma série de fatores, não se pode crer que a atividade legiferante, por si só, irá resolvê-los, como que num passe de mágica. Obviamente, ela ajuda, e muito, porquanto para alguns operadores do direito a vontade de acelerar o trâmite processual inexistente, como já adiantado, de onde que diante de um preceito normativo que não deixe opções, para o bem ou para o mal, o processo andar<sup>190</sup>.

Referido autor indica que a solução da morosidade da justiça passa obrigatoriamente pelo estudo da raiz dos problemas, pela plena estruturação dos órgãos judiciários e, também, pelas alterações legislativas.<sup>191</sup>

Todavia, como tudo na atividade humana, a vontade de dar vazão a celeridade do processo como um direito fundamental constitucionalmente assegurado a todos é o que realmente importa:

(...) é a premissa obrigatória em toda essa busca. Essencial que se forme uma cultura jurídica de prestígio à rapidez, em detrimento de expedientes culturalmente arraigados que se constituam num entrave a essa necessária empresa. Não deve esquecer que conferir justiça (e aqui justiça plena, sem retardos) é medida de desenvolvimento da função judiciária. É também exercício de democracia e de civilidade. Antes de tudo, porém, é um compromisso ético que todos os que fazem o Judiciário devem à sociedade e aos jurisdicionados.<sup>192</sup>

Recentemente, o presidente do Senado Federal nomeou uma comissão de juristas encarregados de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil.<sup>193</sup>

A tônica dos trabalhos realizados pela comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça com base na promessa constitucional da “duração razoável dos

---

<sup>190</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere*, p. 150.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>192</sup> *Idem.*

<sup>193</sup> Disponível em: [http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/detalha\\_noticias.asp?codigo=73028](http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/detalha_noticias.asp?codigo=73028). Acessado em: 14 maio 2010.

processos”, criando-se novos institutos e abolidos outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo.<sup>194</sup>

Assim no início do mês de maio de 2010, o presidente da comissão, Luiz Fux, apresentou as proposições<sup>195</sup> de mudanças elaboradas com base nas sugestões colhidas através do recebimento de 600 (seiscentas) correspondências eletrônicas da comunidade em geral, 240 (duzentos e quarenta) sugestões advindas de audiências públicas realizadas em todo o país, e 200 (duzentas) sugestões das entidades de classe que atuam no Poder Judiciário e na academia (IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual).<sup>196</sup>

Em 1º de junho de 2010 o anteprojeto do novo Código de Processo Civil foi aprovado pela comissão de juristas encarregada de elaborá-lo. Em uma nova etapa o anteprojeto será entregue ao presidente do Senado para ser lido em plenário, transformando-se, então, em projeto de lei. Após essas etapas, a proposta será encaminhada para o exame por uma comissão especial composta por 11 (onze) senadores, onde será discutida e, eventualmente, modificada por emendas.<sup>197</sup>

Depois de votado pelo plenário do Senado Federal, o projeto do novo código vai para a Câmara dos Deputados, onde também será analisado por uma comissão especial. Se os deputados aprovarem as mudanças no texto, ele volta a passar pelo crivo da comissão especial de senadores, seguindo posteriormente para a sanção do Presidente da República.<sup>198</sup>

Ressalva-se, entretanto, que atual onda reformista é diferente das demais no que tange a ampla participação da comunidade jurídica preocupada em aperfeiçoar o processo civil buscando a celeridade da prestação da tutela jurisdicional, todos imbuidos num valor superior, qual seja, a efetivação da justiça, revelando assim uma nova postura daqueles que operam com o Direito, o que verdadeiramente constitui um marco para a mudança do processo civil.

---

<sup>194</sup> FUX, Luiz. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/>. Acessado em: 14 maio 2010.

<sup>195</sup> As proposições apresentadas pela comissão de juristas encarregados de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil estão dispostas no Anexo da presente dissertação.

<sup>196</sup> Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/>. Acesso em: 14 maio 2010.

<sup>197</sup> Disponível em: <http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=102558&codAplicativo=2>.

Acesso em: 01 de jun de 2010.

<sup>198</sup> Idem.

## 2.3 – Tempo e Processo. A Urgência de Tutelar e as Tutelas de Urgência para Eliminar as Vicissitudes do Tempo

O processo e o tempo possuem íntima ligação, o que permite dizer que o tempo constitui um dos elementos do processo.

Analisando a definição de processo defendida por Ovídio A. Baptista da Silva, verifica-se, desde logo, que o mesmo adota uma idéia de desenvolvimento de atos, temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado.<sup>199</sup>

Em 1868, Oskar Von Bülow, que defendeu a teoria que revolucionou a concepção da ciência processual civil – autonomia das relações processuais ante as relações de direito material – já entendia o tempo como um fragmento do processo, pois o concebia como um avanço gradual que se desenvolvia de modo progressivo, ou seja, passo a passo.<sup>200</sup>

Assim, para o desenvolvimento válido do processo há a necessidade de se aguardar o decurso do tempo não apenas para a prática dos atos, mas, como seu escopo maior é a solução do conflito de interesses das partes envolvidas e a pacificação social, não se pode obtê-los instantaneamente,<sup>201</sup> porém, somente após a observância de todas as formalidades legais impostas pelo ordenamento jurídico, bem como o transcurso dos prazos por elas estipulados.

O tempo de duração do processo, portanto, se revela numa garantia do mesmo na medida em que impinge segurança jurídica para a devida análise e aplicação do direito material nele discutido, preservando desta forma os direitos fundamentais processuais assegurados na Constituição Federal, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, entre outros.

---

<sup>199</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, p. 13.

<sup>200</sup> BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2ª ed. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005, p. 6-7.

<sup>201</sup> Segundo Humberto Theodoro Júnior “o provimento judicial não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses, mediante o processo, só é atingida pela seqüência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interesses das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído o contato com as partes e com os demais elementos do processo. De tal sorte, entre a interposição da demanda e a providência judicial satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo), medeia necessariamente certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, p. 21-22).

Para Rui Portanova o processo não deve prescindir da duração temporal, em razão da sua própria natureza dialética e contraditória, não podendo, por causa da pressa na resolução do conflito, passar por cima de consagradas conquistas universais, pois nem sempre a melhor justiça corresponde à rapidez dos julgamentos:

(...) a tarefa processual tem peculiaridades centradas em princípios muito mais relevantes, como o contraditório, que estão na contramão de um procedimento tão célere como pretendido por muitos críticos. Ainda que seja um direito fundamental do cidadão a solução judicial em prazo razoável, também é garantido que as decisões finais não podem afastar-se de garantias processuais. Por outro lado, não parecem suficientes meras mudanças legislativas processuais, sem que venham acompanhadas da mudança de mentalidade.<sup>202</sup>

Todavia, alguns doutrinadores propõem outra equação entre o tempo e o processo, notadamente quando analisam sua efetividade, entendendo que para tanto o referido instituto processual deveria desempenhar a função jurisdicional com a técnica mais adequada ao direito material reivindicado e dentro do lapso temporal mais breve possível.

Encarado desta forma o tempo pode se tornar “letal”<sup>203</sup> para a tutela do direito material ante a sua utilização indiscriminada e exacerbada, consubstanciada basicamente pelo descumprimento por parte dos operadores do Direito dos prazos processuais estabelecidos em lei.

Tucci dispõe que devem ser rechaçadas as dilações indevidas entendidas não só pelos atrasos e delongas produzidas pela inobservância dos prazos estabelecidos, mas também pelo injustificado prolongamento das etapas mortas que separam a realização de um ato processual do outro, bem como das dilações perpetradas pela vontade das partes e seus mandatários.<sup>204</sup>

Além disso, ressalva-se que nem sempre todas as partes envolvidas no processo estão dispostas a uma rápida solução da lide. Marinoni destaca que:

---

<sup>202</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 173-174.

<sup>203</sup> “(...) o ponto de estrangulamento da compatibilização dos valores efetividade e segurança da prestação jurisdicional é, cediçamente, o fator tempo, necessário à segurança jurídica, por um lado, e letal para a efetividade da jurisdição, por outro” (ARMELIN, Roberto. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela em segundo grau de jurisdição. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 434-435).

<sup>204</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*, p. 67.

(...) ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando retoricamente que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão.<sup>205</sup>

Ademais, Portanova destaca que “ainda não se logrou pôr em prática um sistema processual efetivamente econômico e pleno que desse resposta adequada à pressa de nosso tempo”.<sup>206</sup> Bedaque também pondera que o grande problema, ainda sem solução, é a morosidade do processo que acaba por comprometer sua eficácia prática, chagando a reconhecer, sob esse prisma, que “o processo civil ideal certamente ainda não existe.”<sup>207</sup>

Assim sendo, diante da impossibilidade da tutela jurisdicional ser prestada de forma instantânea,<sup>208</sup> emerge a necessidade de garantir, ainda que de forma temporária, o direito invocado pela parte, antes que o decurso do tempo cause danos que comprometam não apenas a efetividade do processo, mas, principalmente, a efetividade do próprio direito substancial.

Sensibilizado com as vicissitudes que o tempo do processo poderia causar, bem como preocupado que a demora na prestação da tutela jurisdicional poderia provocar o completo perecimento do direito material, o legislador infraconstitucional houve por bem em criar técnicas processuais voltadas a combater as moléstias do tempo:

Na tentativa de abrandar os efeitos danosos dessa anomalia, o legislador processual vem dotando várias formas de tutela de urgência, por natureza

---

<sup>205</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 17-20. Neste sentido é importante destacar que: “O sistema processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa de direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda indevidamente a realização do direito do autor. O direito a defesa como direito à tempestividade da tutela jurisdicional são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso á justiça, garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva” (Ibid., p. 20).

<sup>206</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 172.

<sup>207</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 31.

<sup>208</sup> Gustavo Henrique Schneider Nunes fazendo alusão a obras da ficção pondera que “no plano processual, diferentemente do que ocorre na ficção, o juiz não tem a possibilidade de, uma vez ocorrido um fato, agir sobre o passado a fim de modificá-lo segundo o seu senso de justiça. E, mesmo que a tivesse, sua atuação poderia, sob essa ótica, proporcionar acontecimentos igualmente traumáticos e indesejáveis. Assim, o juiz deve estar atento às peculiaridades do caso concreto, pois em algumas situações a prestação de uma tutela jurisdicional intempestiva pode pôr em risco a produção do resultado útil do processo.” (NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do processo civil e direitos fundamentais*, p. 118).

provisórias, destinadas simplesmente a assegurar a efetividade da providência final. Conservativas ou antecipatórias, as medidas urgentes visam tão-somente a afastar o risco de dano decorrente da morosidade do processo. Não têm a finalidade de solucionar definitivamente as crises de direito material.<sup>209</sup>

Assim, surgem no cenário jurídico as tutelas de urgência, com o escopo precípua de impedir que o decurso do tempo do processo culmine na ineficácia do provimento ao final esvaziando o processo, ou na completa perda do direito invocado pela parte. Neste sentido para Márcio Louzada Carpena a tutela de urgência:

Busca dar proteção e segurança a uma possível decisão judicial, sendo importante instrumento para firmar eficácia à atividade da Justiça, na medida em que garante a satisfação de um direito, quando reconhecido, bem como efetividade, porquanto torna o deslinde processual mais rápido e eficiente.<sup>210</sup>

No entanto, como bem indicou Cândido Rangel Dinamarco valendo-se da lição de Carnelutti, o tempo revela-se num dos fantasmas que mais assombram o processo, pois corrói o direito das partes, sendo que até agora não aprendemos como combater seus malefícios de forma satisfatória.<sup>211</sup>

Tal fato ocorre porque ainda não há a consciência entre os juristas que as tutelas de urgência podem ser utilizadas de maneira eficaz contra os males que o tempo é capaz de provocar. Assim, na busca de combater as injustiças que o tempo excessivo do processo pode causar, mostra-se produtora a utilização das chamadas tutelas de urgência, que entre outras previsões, buscam conferir efetividade:

Não só pela demora na entrega da prestação jurisdicional, mas pelos danos marginais causados durante o tempo em que o processo tem curso, o sistema deve oferecer meios para impedir que a prestação jurisdicional invocada se inutilize. São as tutelas jurisdicionais de urgência, ferramentas dispostas pelo ordenamento processual, aptas a sanar as vicissitudes do tempo no processo, por conta de vários aspectos.<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 47.

<sup>210</sup> CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 2.

<sup>211</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, p. 12.

<sup>212</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 11. Para Italo Andolina o dano marginal é uma espécie de dano que vai se somando ao que (eventualmente) tenha ocorrido antes da instauração do processo, representando num efeito colateral da duração do processo. (GUERRA, Marcelo Lima.

Todavia, Bedaque entende que as tutelas de urgência embora necessárias, devem ser encaradas como soluções excepcionais,<sup>213</sup> na medida em que não são suficientes para assegurar a efetiva tutela jurisdicional – resolução do conflito de interesse – o que somente é alcançado depois do transcurso do processo impulsionado pelo devido processo legal:

Por isso, é preciso procurar meios para evitar a morosidade sem comprometer a segurança proporcionada pelo devido processo legal. Quanto mais célere o processo, maior a probabilidade de as tutelas de urgência tornarem-se prescindíveis e as situações de direito material submetidas ao Poder Judiciário serem reguladas de forma mais estável. A propósito da verdadeira cruzada em prol da celeridade do processo – nova obsessão de alguns – é preciso ser cauteloso, pois há risco de que outro valor extremamente importante acabe relegado a segundo plano. Tão importante quanto acabar com a morosidade excessiva é preservar a segurança proporcionada pelo devido processo legal. Temos de – e esta é nossa principal missão – encontrar o ponto de equilíbrio entre ambos.<sup>214</sup>

Assumindo o monopólio da função jurisdicional o Estado tem urgência em tutelar o direito das partes envolvidas em um conflito para realizar um dos seus maiores objetivos, a justiça. Todavia, essa tutela deve ser adequada para responder aos anseios da sociedade contemporânea e as tutelas de urgência assumem essa finalidade na medida em que imprimem, ainda que de forma temporária, proteção ao direito material invocado pela parte.

## 2.4 – Perspectivas das Tutelas de Urgência

Conforme Mirna Cianci e Rita Quartieri a urgência pode ser entendida como pressa; situação crítica ou muito grave que tem prioridade sobre as outras; emergência; premência;

---

*Execução forçada: controle e admissibilidade*, p. 34). Para Bedaque há várias técnicas processuais capazes de atenuar os danos decorrentes da demora do processo, todavia, o *periculum* seria apenas aquele concreto, realmente capaz de por em risco a tutela jurisdicional, tornando inútil o resultado do processo: “Esse dano insito é aquele natural, decorrente apenas do tempo necessário a que a prestação jurisdicional possa ser fornecida, respeitadas todas as garantias do devido processo legal. É o dano marginal, diverso daquele perigo causado por determinado acontecimento concreto e específico, que vem a ameaçar a utilidade da tutela.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 276).

<sup>213</sup> “A tutela urgente e provisória é concedida para resguardar a utilidade de outra. Mesmo que evidenciado perigo concreto, a finalidade é impedir que o fator tempo comprometa o resultado do processo. Se fosse possível a emissão imediata do provimento satisfativo, em nenhum caso seria necessária essa tutela provisória, conservativa ou antecipatória.” (Ibid., p. 277).

<sup>214</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 48.

imperiosidade; necessidade imediata que não deve ser protelada, sob pena de provocar um dano ou prejuízo.<sup>215</sup>

Na concepção moderna, a urgência revela a necessidade daquilo que não pode ser postergado em razão da evidência que não permite seu retardamento, o que torna indispensável a tutela jurisdicional para satisfazer situações que reclamam sua pronta atuação para garantir não apenas a efetividade da sua prestação, mas, e principalmente, o direito.<sup>216</sup>

Para melhor compreensão das tutelas de urgência há a necessidade de se estudar sua origem, finalidade, objetivo, distinção e modalidades conforme será abordado nos tópicos seguintes.

Contudo, ressalva-se que o objetivo aqui não é esgotar o tema totalmente, mas sim, abordar as características das tutelas de urgência mais relevantes para o desenvolvimento da presente dissertação.

#### **2.4.1 – Escorço Histórico**

É inegável a influência da doutrina italiana sobre as tutelas de urgência no ordenamento jurídico pátrio, com a participação de célebres processualistas como Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, sendo necessário ir beber naquela fonte para melhor compreensão do referido instituto.

Segundo estudos realizados por Márcio Louzada Carpena em 1868 Adolf Wach realizou os primeiros estudos científicos sobre as ações cautelares, dedicando-se, mais precisamente, sobre a figura do arresto do direito italiano.<sup>217</sup>

O autor destaca que neste período existiam ações cautelares que eram nitidamente vinculadas ao processo de execução forçada, sem ostentarem qualquer autonomia. No entanto, no final do século XIX Luigi Matirrollo buscou distanciar algumas ações cautelares do

---

<sup>215</sup> CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. A concepção da urgência no processo civil brasileiro. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovidio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 926.

<sup>216</sup> Ibid., p. 926-927.

<sup>217</sup> CARPENNA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002*, p. 7.

processo executivo, como, por exemplo, a ação de sequestro, sendo seguido depois por Mortara.<sup>218</sup>

No início do século XX Giuseppe Chiovenda entendia a tutela cautelar como uma mera ação desvinculada do direito material reivindicado pela parte, de caráter provisório, reconhecendo que a cognição nesta seara era sumária, devido a urgência da situação de iminente perigo, e que responsabilizava o requerente caso o direito não fosse confirmado ao final da lide. Em 1909 Chiovenda elabora um projeto de reforma do Código de Processo Civil italiano onde atribuiu ao juiz o poder de conceder, quando necessário, medidas cautelares. Todavia o projeto não foi acolhido naquele momento.<sup>219</sup>

Em 1926 Francesco Carnelutti apresenta novo projeto de reforma do Código de Processo Civil italiano conferindo ao juiz um poder geral de cautela ao juiz para afastar perigos de danos a direitos controvertidos.<sup>220</sup>

Em 1936 Piero Calamandrei aderiu ao time de juristas italianos preocupados em estudar as tutelas de urgência e, assim como Chiovenda, também defendeu o caráter provisório do provimento cautelar além de reconhecer sua função instrumental em face do processo principal, unicamente com a finalidade de resguardar o resultado prático da ação.<sup>221</sup>

Foi Calamandrei que concebeu a figura da instrumentalidade qualificada – um instrumento a serviço do outro instrumento – dos provimentos cautelares, todavia não reconhecia sua autonomia procedimental:

Ao mesmo tempo em que sustentou a instrumentalidade (qualificada) da tutela cautelar e denunciou a demora da lide definitiva como causa dessa tutela – conclusão pelo menos não explicada por Chiovenda –, Calamandrei negou o caráter de terceiro gênero de processo, sob o fundamento de que a instrumentalidade não se contrapunha ao processo de conhecimento e execução, e assumia, por virtude da finalidade (e não do conteúdo do procedimental), a identidade das mesmas. Com base na subsidiariedade, negou o caráter autônomo formal, aceitando os provimentos apenas por meio de medidas cautelares, que poderiam assumir quatro formas assim definidas: a) medidas de instrução antecipada; b) medidas para garantir a

---

<sup>218</sup> Idem.

<sup>219</sup> Ibid., p. 8-9.

<sup>220</sup> Ibid., p. 9.

<sup>221</sup> Ibid., p. 10.

execução forçada; c) medidas de antecipação provisória; e d) medidas de caução processual.<sup>222</sup>

Nesta mesma época Carnelutti aprofundou seus estudos sobre as medidas urgentes quando entendeu a cautelar como tutela do processo, definindo-a como um terceiro gênero de processo, a partir da simples constatação de que uma das finalidades da jurisdição é a prevenção.<sup>223</sup>

Reunindo todas as características daquele tipo de medida – provisoriedade, instrumentalidade, autonomia e especificidade – Carnelutti erigiu a cautelar ao patamar das demais tutelas, mas não com a finalidade de proteção do direito material invocado pela parte, mas para garantir a utilidade e eficácia da prestação jurisdicional:

(...) a tutela cautelar existe não para assegurar antecipadamente um suposto e problemático direito da parte, mas para tornar realmente útil e eficaz o processo como remédio adequado à justa composição da lide, sendo tal assertiva uma das bases da teoria processual cautelar.<sup>224</sup>

Em 1939 foi publicado o projeto definitivo de reforma do Código de Processo Civil italiano que simplesmente ignorou os estudos dos celebres juristas quanto ao desenvolvimento da tutela cautelar, mantendo as mesmas disposições do código anterior de 1865, o que foi duramente criticado pela comunidade jurídica da época.<sup>225</sup>

Todavia, referido projeto não se converteu em lei, sendo nomeados para formularem um novo projeto Calamandrei, Carnelutti e Redenti. Em 1942 foi publicado o novo diploma processual italiano que, seguindo entendimento defendido por um de seus idealizadores, conferiu ao juiz a possibilidade de conceder medidas urgentes dentro do poder geral de cautela.<sup>226</sup>

Nota-se que, de início, as ações cautelares não possuíam autonomia, eram vinculadas ao processo de execução, podendo ser consideradas meras providências dentro daquele processo para assegurar o provimento final, porém, já eram reconhecidos seu caráter

---

<sup>222</sup> Ibid., p. 11.

<sup>223</sup> Ibid., p. 12.

<sup>224</sup> Ibid., p. 13.

<sup>225</sup> Idem.

<sup>226</sup> Ibid., p. 14. Segundo Carpena, Chiovenda não chegou a ver seu entendimento sobre o poder geral de cautela do juiz estampado no novo Código, pois faleceu em 1937. (Idem).

provisório e instrumental diante do processo principal, seu deferimento em sede de cognição sumária, bem como a responsabilidade do requerente quanto ao seu pleito.

Também havia consenso, entre os doutrinados italianos quanto a atribuição ao juiz de poder para conceder, quando necessário, medidas cautelares que visem assegurar a efetivação do provimento definitivo. Todavia, havia divergência quanto ao seu reconhecimento como um terceiro gênero de processo. O que mostra que as novas reformas do Código de Processo Civil não são totalmente inovadoras quando visam abolir o processo cautelar, ampliar o poder de atuação dos juízes para adequarem as fases e atos processuais as peculiaridades do conflito buscando conferir maior efetividade.

No Brasil o Código de Processo Civil de 1939 já se inspirava na novel doutrina italiana prevendo o procedimento cautelar de forma inominada, atribuindo ao juiz o poder geral de cautela que autorizava o magistrado a deferir medidas com o intuito de acautelar o direito das partes litigantes, entendendo a tutela cautelar como um terceiro gênero de processo assim como entendeu Carnelutti.<sup>227</sup> O Código de 1973 também prestigiou a doutrina italiana quando da formulação da teoria geral da tutela cautelar.<sup>228</sup>

Atualmente, o anteprojeto do novo Código de Processo Civil pretende eliminar o Livro “Do Processo Cautelar” substituindo-o por disposições gerais dentro do Livro “Da Parte Geral” acerca da tutela de urgência. Além disso, haverá outras inovações: a) o juízo, ainda que incompetente, poderá decretar medidas de urgência para evitar o perecimento de direito; b) a tutela de urgência satisfatória poderá ser deferida nos casos de direito em estado de periclitção ou direitos evidentes, prevendo-se a dispensa de requisitos cumulativos; c) a tutela de urgência ou de evidencia será requerida ao juiz da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal, iniciando-se, a partir de então, a formação do processo sincrético, sem necessidade de produção de outra ação principal; d) os poderes do juiz serão ampliados para, dentre outras providências, adequarem as fases e atos processuais as peculiaridades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa; entre outras.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>228</sup> Ibid., p. 18.

<sup>229</sup> Ressalva-se que todas as proposições do anteprojeto do novo Código de Processo Civil encontram-se no Anexo da presente dissertação.

#### **2.4.2 – A Urgência como Elemento de Diferenciação da Tutela Padrão e Campo de Atuação das Tutelas de Urgência**

Segundo Donaldo Armelin não existe uma tutela jurisdicional padrão, ou apenas uma forma de tutelar toda diversidade de direitos e situações jurídicas existentes. Assim é que:

Presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há por que se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis à sua corporificação. A vinculação do tipo da prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tónus de efetividade.<sup>230</sup>

Referido autor indica que as tutelas podem ser diferenciadas da seguinte forma: a) a tutela em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo de necessidade da tutela vinculado ao direito; e, b) a tutela diferenciada que assume esta característica porque antecipa os efeitos pretendidos com a tutela jurisdicional antes do provimento final, escapando das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular.<sup>231</sup>

Assim sendo, verificou-se que o modelo tradicional tornou-se inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações ensejadas pela sociedade contemporânea, não podendo mais persistir apenas aquele velho padrão de solução das controvérsias, sendo necessário renová-lo, na medida do possível, por outras técnicas mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado face às situações de urgência.

Desta forma, a urgência pode ser considerada um elemento de diferenciação das tutelas jurisdicionais – pois dependendo da natureza do direito discutido na lide, ou de situações em que a espera pela realização do devido processo legal podem acarretar na consumação de situações indesejáveis, como, por exemplo, o perecimento do próprio direito – que por si só exigem uma rápida solução para assegurar a efetividade do resultado.

---

<sup>230</sup> ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 65, 1992, p. 45-58.

<sup>231</sup> Idem.

Assim, verifica-se que as tutelas de urgência não se prestam apenas quando ocorrem situações de risco, mas, também, em casos de embaraço ou impedimento da efetividade da jurisdição:

A urgência, portanto, tem ampla exegese, contemplando situações em que se verifique o risco pela ausência de fruição imediata do direito, o risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais; ou ainda, o risco à regular prestação de tutela jurisdicional pela indevida oposição de embaraços.<sup>232</sup>

Rita Quartieri entende ainda que as tutelas de urgência podem ter função de segurança ou serem satisfativas, estas, por sua vez, podem ser prestadas de forma autônoma – exaurem-se por si próprias sem possibilidade de reversão – ou interinal – dependem de posterior confirmação em provimento definitivo.<sup>233</sup>

As interinais, quanto ao fundamento, “podem ter lastro em situações de perigo de dano, ou na necessidade de imediata fruição do direito, sob pena de inoperância.”<sup>234</sup> Por fim, podem ainda ser prestadas em determinadas situações previstas pelo legislador, seja em razão da urgência, ou da evidência.

Para Luiz Fux tutela de evidência são aquelas pretensões nas quais o direito reivindicado pela parte revela-se evidente, como, por exemplo, o direito líquido e certo que autoriza a concessão de mandado de segurança ou o direito ao crédito documentalmente

---

<sup>232</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 15.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>234</sup> *Idem.*

comprovado – título executivo<sup>235</sup> – pelo autor de um processo de execução por quantia certa contra devedor solvente.<sup>236</sup>

Nota-se, portanto que trata-se de situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*; pois devem estar necessariamente presentes a probabilidade da certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo poderá carrear até a satisfação do interesse do autor.<sup>237</sup>

Referido autor continua destacando que sob o ângulo civil “direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula”.<sup>238</sup> Sob o prisma processual “é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.”<sup>239</sup>

Portanto, nota-se que a evidência do direito guarda sensível relação com os limites da prova, e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção. Assim, também assumem a qualidade de evidentes os direitos assentados em fatos incontrovertidos, notórios ou confessados, entre outros.<sup>240</sup>

Ademais, Fux lembra que há casos em que a incerteza é evidente, mas há casos em que é evidente o direito, e para tanto:

---

<sup>235</sup> Sérgio Shimura estudou os títulos levando em consideração duas vertentes: “No sentido *substancial*, pode referir-se à qualidade, ao atributo, à condição ou mesmo a um nome a respeito do direito que representa. Por exemplo, pode-se falar em título universal, quanto ao sucessor; justo título, quanto à aquisição de propriedade; título de sociedade mercantil, em relação ao nome. Do aspecto *instrumental*, o título é o documento, papel ou peça escrita, que formaliza – instrumentaliza – o direito material. Exemplo: título de crédito, título de propriedade etc. Na verdade as duas acepções se completam, já que não se pode pensar em um título, como documento, que não contenha, intrinsecamente, um direito assegurado a seu possuidor e, conseqüentemente, uma obrigação de terceiro. (...) Vale dizer, um título, como documento, pode ou não ser executivo, uma vez que nem todo direito configurado em um título atribui a esse eficácia executiva, como corre, por hipótese, em uma declaração particular em que conste obrigação de pagar quantia certa, porém sem a assinatura de testemunhas. De igual modo, é possível haver pretensão executiva, conquanto não exista um título assinado pelo devedor, como, por exemplo, é o caso da certidão de dívida ativa ou nos créditos de serventário da justiça, de perito etc.” Por fim, Shimura conclui que título executivo é “o documento ou o ato documentado, tipificados em lei, que contêm uma obrigação líquida e certa e que viabilizam o uso da ação executiva.” (SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83-85 e 112).

<sup>236</sup> FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 305.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 305-306.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>239</sup> *Idem.*

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 313.

O acesso à justiça adequada, através do devido processo legal, sustenta, sob o ângulo legislativo, a tutela de evidência, quer pela adoção do procedimento sumário, quer pela possibilidade de concessão de tutela antecipada, com força de coisa julgada. É o próprio preceito constitucional que se espraia para a legislação infraconstitucional, encontrando-se com o dever de o juiz velar e atuar rapidamente a vontade da lei que lhe dá o sustento não só para a tutela de segurança como também para a tutela da evidência. O prosseguimento do processo com a possibilidade de reversão ao estado anterior ou a concessão de perdas e danos completam o instrumental de garantias processuais com o cumprimento do contraditório. (...) Essa deve ser a visão moderna do acesso à justiça, em consonância com os postulados da efetividade sem qualquer arranhão ao direito de defesa, senão uma concessão necessária à justiça para que possa desempenhar-se com exatidão no exercício de seu poder-dever soberano de prestar a justiça institucionalizada.<sup>241</sup>

Destaca-se ainda que as tutelas de urgência também podem ser prestadas em sede de processo de conhecimento ou de execução sempre que houverem situações de risco ao direito material invocado pela parte, e diante da possibilidade de esvaziamento de ato que compõe o itinerário executivo, para impedir a frustração da prestação jurisdicional executiva.<sup>242</sup>

A seu turno, José Rogério Cruz e Tucci dispõe que como o tempo revelou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, tutelar o direito de forma sumária mostra-se de crucial importância para a idéia de um processo que espelhe a realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo, assim, seus escopos sociais, políticos e jurídicos.<sup>243</sup>

Para tanto, o autor defende a existência de “três frentes” que visam combater os efeitos deletérios produzidos pela demora da tutela jurisdicional, que podem ser classificados em: a) mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana; b) mecanismos de aceleração do processo; e, c) mecanismos jurisdicionais de controle externo da lentidão.<sup>244</sup>

As tutelas de urgência estariam inseridas nos “mecanismos de aceleração do processo”, e conforme ponderado por Andrea Proto Pisani, Tucci entende que visam diminuir a duração do processo por três motivos:

---

<sup>241</sup> Ibid., p. 322-323.

<sup>242</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 18.

<sup>243</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*, p. 122.

<sup>244</sup> Ibid., p. 123-142.

1º) o de evitar (às partes e à administração da justiça) o custo do processo de cognição plenária quando este não é presumivelmente justificado por uma contestação plausível: esta categoria engloba os títulos executivos extrajudiciais, o procedimento monitório, etc.;

2º) o de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional nas situações de vantagem, que, tendo conteúdo e/ou função (exclusiva ou prevalentemente) não patrimonial, sofreriam dano irreparável decorrente do longo tempo necessário para o desfecho da demanda plenária: esta compreende a tutela sumária antecipatória cautelar e não-cautelar determinada por razões de urgência; e,

3º) o de evitar o abuso do direito de defesa pelo réu (mediante o emprego dos instrumentos de garantia previstos no procedimento ordinário do processo de conhecimento), que, também, produziria dano irreparável ao demandante derivado da inerente duração da causa: esta encerra as medidas cautelares conservativas e a condenação com reserva de exceções.<sup>245</sup>

Desta forma, verifica-se que as tutelas de urgência visam erradicar a inaptidão do processo para atender, de forma satisfatória, todas às espécies de direito material que, por vezes, devido a sua própria natureza ou a especificidade da situação instaurada na lide, reclamam por procedimentos mais adequados, em especial quando restam configuradas situações de urgência.

### **2.4.3 – Tutela Cautelar**

No Código de Processo Civil de 1973 a tutela cautelar foi considerada um terceiro gênero de processo, e o tratamento autônomo que lhe foi dispensado rendeu um livro inteiro de disposições dentro daquele diploma legal.

Entretanto, Rita Quartieri bem destaca que no ordenamento jurídico pátrio não há atividades jurisdicionais estanques, sendo perfeitamente possível a “prestação de atividade cognitiva em execução, de atividade executiva em conhecimento e de atividade cautelar em ambas as searas”,<sup>246</sup> sendo que no processo cautelar, respeitada a primordial função de segurança, são reconhecidas atividades de todas as espécies.

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva a tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional destinada a assegurar a efetiva realização dos direitos materiais da parte, bem como de outras formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica, sempre que eles

---

<sup>245</sup> Ibid., p. 125-126.

<sup>246</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 32.

estejam sob ameaça de sofrer algum dano iminente ou de difícil reparação, desde que não possa ser evitado pelas formas normais de tutela jurisdicional.<sup>247</sup>

Todavia, ressalva-se que a tutela cautelar acaba protegendo o desenvolvimento adequado e eficaz do processo visando que o mesmo alcance de forma satisfatória sua tarefa de solucionar a lide submetida ao Poder Judiciário, assegurando, assim, a própria função jurisdicional pautada no devido processo legal, pois segundo lição de Marinoni e Arenhart:

(...) quem tem direito à tutela de um determinado direito (tutela ressarcitória, v.g.), também tem direito à tutela de segurança (da tutela) deste direito. Portanto, o processo cautelar é instrumento destinado a dar segurança à tutela do direito (ou a situação jurídica tutelável) que será buscada, e não ao processo que propiciará essa prestação.<sup>248</sup>

Da maneira como se encontra atualmente regulada pelo Código de Processo Civil – processo cautelar – a tutela cautelar depende de um processo validamente instaurado, que respeite todas as regras processuais para o seu regular desenvolvimento, como condições da ação e pressupostos processuais. Porém, devido as peculiaridades desse tipo de proteção jurisdicional, outros dois pressupostos – ou requisitos – que se misturam ao mérito, devem ser demonstrados pela parte que a pleiteou: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* – fumaça do bom direito – caracteriza-se pela demonstração pela parte de um provável direito que se encontra em iminente perigo, não havendo a necessidade de comprovação concreta da existência desse direito. O juiz deve satisfazer-se apenas com a aparência do bom direito, pois se já tivesse a certeza sobre o direito invocado pela parte estaria apto a conceder a tutela definitiva.

Por outro lado, o *periculum in mora* – perigo da demora – caracteriza-se pela demonstração do temor da parte quanto ao perecimento do direito, ou que o mesmo seja acometido de dano grave ou de difícil reparação, ante a demora do desenvolvimento válido do processo para concessão da tutela jurisdicional definitiva. Porém, aqui, a existência do perigo deve ser comprovada para que o juiz conceda a tutela cautelar.

---

<sup>247</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil.*, p. 339.

<sup>248</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

A causa de pedir da ação cautelar deve estar intimamente vinculada com o *fumus boni iuris* e com o *periculum in mora*, porém dissociada da causa de pedir onde o direito material é discutido (ação principal), sendo o pedido imediato o tipo de proteção cautelar pleiteada, e o mediato a proteção cautelar invoca, levando em consideração o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ademais, Rita Quartieri destaca que a tutela cautelar também poder ser prestada “fora” do processo cautelar, por meio de “medidas” cautelares, que são providências judiciais adotadas para eliminar uma situação de perigo imposta contra um direito ou interesse da parte, para preservar o estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal, podendo ser aplicada tanto no processo de conhecimento, durante todo o tempo necessário para a definição do direito, ou no processo de execução, para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor.<sup>249</sup>

A autora enumera como exemplos de medidas cautelares o poder cautelar de ofício (artigo 797, do Código de Processo Civil) e o sistema de fungibilidade (artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil) que autorizam medidas cautelares no processo de conhecimento, bem como o poder acautelatório (artigo 615, inciso III, do Código de Processo Civil) no processo de execução.<sup>250</sup>

As medidas cautelares podem ainda ser temporárias, persistindo enquanto persistir o fundado receio de dano, podendo tal medida ser modificada ou revogada a qualquer tempo, se desaparecer o perigo de dano.

Cumprido ressaltar que, conforme as recentes proposições para modificação do Código de Processo Civil, voltado mais para a eficiência e instrumentalidade das atividades processuais, é crescente na doutrina a tendência de negar a tutela cautelar como um terceiro gênero de processo, mas sim um gênero comum, podendo ser prestada em qualquer espécie de tutela jurisdicional, sempre que houver necessidade, resguardando o direito da parte de forma ágil e segura, tornando, assim, a prestação da tutela jurisdicional mais eficaz.

---

<sup>249</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 33.

<sup>250</sup> Idem.

#### 2.4.4 – Tutela Antecipada

A tutela antecipada foi incluída no Código de Processo Civil, dentro do Livro do processo de conhecimento, com o advento da Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994. Referida técnica processual proporcionava ao autor, provisoriamente, e de forma sumária, desde que presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela, concedendo-lhe total ou parcialmente, o pedido formulado na inicial antes do julgamento definitivo da lide.

Posteriormente, em outra das diversas reformas sofridas pelo Código de Processo Civil, através da edição da Lei nº 10.444 de 07 de maio de 2002, algumas modificações foram implementadas na referida técnica processual que desde então passou a vigorar com a seguinte redação:

Artigo 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:  
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou  
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

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

§ 3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.

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

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

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

§ 7º - Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.<sup>251</sup>

A antecipação dos efeitos da tutela visa, de certa forma, assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, protegendo o direito demandado em juízo, sendo necessária toda vez que se configurar uma situação de risco ante a espera pela decisão final, o que importaria em denegar a justiça.

---

<sup>251</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. In: *Códigos Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, artigo 273.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que resguardado o direito através da tutela antecipada, confere oportunidade para a distribuição do tempo do processo, na medida em que as partes podem abusar das garantias processuais da ampla defesa e do contraditório.<sup>252</sup>

Ao decompor referido dispositivo legal, verifica-se que a tutela antecipada fundada na urgência possui dois importantes pressupostos: a “prova inequívoca” e a “verossimilhança da alegação”.

Desta forma, além do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, a tutela antecipada pressupõe a verossimilhança da alegação, ou seja, ainda que em sede de cognição sumária, a parte deve apresentar ao juiz prova inequívoca dos fatos que fundamentaram o seu pleito.

Em outras palavras, segundo Teori Albino Zavascki, a antecipação da tutela supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito decorrente de relativa certeza quanto a verdade dos fatos, ao passo que a tutela cautelar envolve a plausibilidade do direito quanto a probabilidade dos fatos alegados.<sup>253</sup>

Referido autor indica que a lei não exige prova de verdade absoluta, mas uma prova de peso, uma prova verdadeiramente robusta que permita a aproximação mais segura quanto possível do juízo com a verdade.<sup>254</sup>

Zavascki entende que a esses pressupostos concorrentes – que necessariamente devem estar presentes – podem ser agregados outros dois pressupostos alternativos: o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou o “abuso direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.<sup>255</sup>

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação que justifica a antecipação dos efeitos da tutela é aquele concreto, grave e iminente. Concreto é o risco não hipotético ou

---

<sup>252</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 231.

<sup>253</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>255</sup> *Idem.*

eventual; iminente é o risco que esta quase para acontecer no curso do processo; e, grave é o risco capaz de fazer perecer ou prejudicar a perfeita fruição/gozo do direito reivindicado pela parte.<sup>256</sup>

Por abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu devem ser entendidos apenas os atos que constituam obstáculo ao desenvolvimento do processo. Para Zavascki:

Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, “propósito protelatório” é expressão que na sua abrangência comporta, a rigor, também os “abusos de direito de defesa”.<sup>257</sup>

O § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil indica que não será concedida tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado,<sup>258</sup> ou seja, quando os fatos não comportarem recondução ao estado inicial, caso a tutela definitiva não confirme aquela situação.

Todavia, Rita Quartieri entende que convém agir com prudência para que a tutela antecipada seja deferida no exato limite de evitar ato contrário ao direito ou para evitar o dano, e, em casos excepcionais, para evitar um mal maior, o que implica em utilizar medida de balanceamento de valores, para que não proteger *a priori* um direito absolutamente improvável, diante da irreversibilidade.<sup>259</sup>

Salienta-se que ao conceder a tutela antecipada o juiz não dá solução definitiva à causa, podendo, a sentença de mérito, manter ou revogar aquela tutela, impondo a providência um adiantamento dos possíveis efeitos finais do provimento, de forma que a parte possa gozar do direito ainda que provisoriamente.

---

<sup>256</sup> Idem.

<sup>257</sup> Ibid., p. 81.

<sup>258</sup> “No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do processo.” (Ibid., p. 101).

<sup>259</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 29.

De qualquer modo, vale lembrar que a decisão poderá ser modificada ou revogada a todo tempo, ainda quando forem irreversíveis os fatos, diante da impossibilidade de recomposição da situação fática anterior à sua concessão, conforme § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Conforme dispõe o § 6º do artigo 273, a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Referida medida privilegia a celeridade, pois se parte do pedido resta incontroversa, este encontra-se apto para apreciação, porém, a tutela definitiva ainda não pode ser prestada pois reside na outra parte do pedido celeuma que ainda deverá ser sanada, não sendo justo para o autor esperar todo o decurso do processo para gozar desse direito.

Quartieri indica que a execução da tutela antecipada exige um procedimento executivo com formato diferenciado do rito comum, mais simplificado e que atenda uma pronta satisfação. Trata-se de execução atípica, dentro do processo de conhecimento, onde se antecipam providências executórias que poderão ser alcançadas numa sentença de procedência, porém seus atos revelam-se distintos do modelo de cumprimento da sentença ou de uma execução final.<sup>260</sup>

Por fim, destaca-se a regra disposta no § 7º do artigo 273, onde o autor a título de antecipação de tutela, poderá requerer providência de natureza cautelar, desde que presentes seus respectivos pressupostos, deferindo o juiz a medida de forma incidental no processo.

Todavia, Quartieri destaca que esta aproximação não inviabiliza a diferenciação entre as tutelas: “o que propõe o sistema da fungibilidade é um tratamento unificado do ponto de vista procedimental, sem relegar as funções de ‘segurança’ e de ‘satisfação’.”<sup>261</sup>

Diante de tal situação surge a necessidade de destacar as principais diferenças existentes entre as tutelas cautelar e antecipada.

---

<sup>260</sup> Ibid., p. 30-31.

<sup>261</sup> Ibid., p. 31-32.

#### 2.4.5 – As Principais Distinções entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada

De início serão apontados os pontos de igualdade que aproximam esses dois tipos de tutela jurisdicional para depois demonstrar suas distinções, pois ambas possuem quase que os mesmos requisitos e objetos, porém, apresentam efeitos diversos, sendo certo que, conforme brilhante lição de Dinamarco:

A realidade sobre as quais todos esses dispositivos opera é o tempo como fator de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em fornecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo. Quando compreendermos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para nossas dúvidas conceituais e o caminho que há de conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas.<sup>262</sup>

Não restam dúvidas que ambas se prestam para assegurar o resultado útil do processo servindo como um instrumento contra o perecimento do direito pela ação do tempo, sendo geralmente concedidas em sede de cognição sumária,<sup>263</sup> uma vez que são baseadas em juízo de probabilidade e verossimilhança, e não de certeza, buscando fundamento na provável existência do direito.

No entanto, a antecipação da tutela pressupõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito decorrente de relativa certeza quanto a verdade dos fatos – evidência – enquanto a tutela cautelar envolve a plausibilidade quanto ao direito, justificando sua concessão na urgência em tutelar.

Tem-se ainda que, para concessão da tutela cautelar basta estar presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, ao passo que para concessão da tutela antecipada necessita-se da prova inequívoca de que resulte verossimilhança das alegações.

---

<sup>262</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, p. 64.

<sup>263</sup> “Em razão da urgência, devem ser prestadas mediante cognição horizontalmente sumária (procedimento sumário ou abreviado) e verticalmente sumária (emitida com base em juízo de probabilidade ou verossimilhança), sem a profundidade necessária a ensejar coisa julgada matéria, como é previsto para a tutela definitiva.” (QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 25).

Ambas se assemelham também devido a duas características marcantes, quais sejam, podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, pois são deferidas em regime de cognição sumária provisória ou temporária, desde que haja mudança na situação fática que as propiciaram.<sup>264</sup>

Segundo Marinoni, ambas ainda se identificam por possuírem vinculação a uma tutela definitiva que as justificam, imprimindo a elas o caráter de “interinais, no sentido de que não aspiram assumir a posição de ‘tutela satisfativa definitiva’ e, assim, a característica de autônoma ou de independência em relação à outra forma de tutela”.<sup>265</sup>

Todavia, conforme destaca Rita Quartieri há inequívoca diferença entre “satisfazer” e “assegurar a satisfação”, para, em momento posterior, “satisfazer a pretensão”. Esta é a relevante nota que diferencia a tutela antecipada da tutela cautelar.<sup>266</sup>

A tutela antecipada não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito material invocado pela parte, porém, conceder o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Assim, fundada na urgência de tutelar, sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela definitiva propiciando a parte sua imediata fruição.

A tutela cautelar visa assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, buscando evitar que a demora na prestação jurisdicional possa acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação, que por si só é capaz de esvaziar o escopo do processo.

Ainda na busca de compreender as distinções entre as tutelas cautelares e antecipadas Rita Quartieri leciona que:

(...) não compõe a tutela antecipada veículo para a efetividade de outra tutela. Satisfaz, desde logo, dando ao autor, antecipadamente, parte do que almeja com a providência jurisdicional. E isso porque, ao formular o pedido de antecipação, a parte deseja a mesma tutela (ou parte dela) que será

---

<sup>264</sup> Ibid., p. 27.

<sup>265</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, p. 36-37.

<sup>266</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 18.

prestada ao final. Na cautelar, por outro lado, o pedido (cautelar) tem em conta apenas a assegução da efetividade do direito que será buscado em outro veículo; e, portanto, contém uma pretensão distinta daquela veiculada em sede antecipatória (que é a pretensão de segurança da tutela ou da situação jurídica tutelável).<sup>267</sup>

Assim, a pretensão à segurança e a pretensão à satisfação revelam-se o ponto divisor quanto ao conteúdo e os efeitos das tutelas antecipadas e cautelares, na medida em que a cautela constitui pretensão à segurança e a antecipação, pretensão à satisfação.<sup>268</sup>

#### **2.4.6 – Poder Geral de Cautela**

O Código de Processo Civil de 1973, no Livro III – do processo cautelar – além de estabelecer disposições gerais aplicáveis a todos os procedimentos cautelares, também estabeleceu um rol de procedimentos cautelares específicos, denominados por grande parte da doutrina de medidas nominadas ou típicas, possuidoras de peculiaridades próprias.

Contudo, referidos procedimentos revelaram-se impertinentes, pois além de não tutelarem de forma satisfatória o direito material, condicionando requisitos, por vezes, impossíveis de serem cumpridos pelos jurisdicionados, também não se mostraram suficientes para contemplar todas as hipóteses de utilização aplicáveis a tutela cautelar.<sup>269</sup>

Todavia, o legislador previu, dentro das disposições gerais, mecanismos flexíveis para garantirem de forma satisfatória a ampla utilização da tutela cautelar, sempre que presente o suporte fático para tanto:

A essa possibilidade ampla de utilização do processo cautelar, fora dos casos estipulados tipicamente, convencionou-se doutrinariamente chamar de poder geral de cautela. Por meio dele, é dado ao magistrado acautelar os jurisdicionados, por via de emissão de decisão mandamental inespecífica, atípica, para afastar situações periclitantes e perigosas que poderiam pôr em risco o desenvolvimento ou resultado finalístico do processo no qual se busca a satisfação material.<sup>270</sup>

---

<sup>267</sup> Ibid., p. 25.

<sup>268</sup> Ibid., p. 19.

<sup>269</sup> CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002*, p. 161.

<sup>270</sup> Ibid., p. 162.

Trata-se de norma em branco<sup>271</sup> que autoriza a concessão de qualquer medida adequada para assegurar a tutela do direito que reclama por segurança, desde que presentes os pressupostos legais gerais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, visando esse amplo poder regradar a incompletude do sistema cautelar,<sup>272</sup> denominando-se, por esse motivo, tais medidas de cautelares inominadas ou atípicas.

Desta forma, o poder geral de cautela autoriza ao juiz conceder medidas cautelares inominadas para assegurar o objetivo primordial de resguardar a utilidade da tutela definitiva, assegurando, assim, a efetividade da tutela jurisdicional.

Referido poder ainda permite ao juiz modificar a pretensão de segurança equivocada ao caso concreto, para subsumir a situação fática à medida cautelar idônea e mais adequada, o que implica na quebra da adstrição ao pedido, mas que não dispensa a congruência com a causa de pedir.<sup>273</sup>

Carpena entende ainda que o poder geral de cautela deve ser visto de forma extensiva, se aplicando a outras hipóteses de dano:

O juiz não está autorizado a determinar medidas cautelares “quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave ou difícil reparação”, mas, sim, quando houver fundado receio de que possa ocorrer determinada situação, capaz de causar prejuízo ao eventual provável resultado da ação principal, não necessitando que esse prejuízo derive de ato de uma das partes; tal prejuízo, dano, pode muito bem decorrer de fato da natureza, independente da vontade da parte adversa.<sup>274</sup>

A seu turno, Rita Quartieri identifica limitações ao poder geral de cautela, onde o juiz poderá, para evitar o dano ao direito, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.<sup>275</sup>

---

<sup>271</sup> Segundo Carpena o poder geral de cautela constitui norma em branco para bem “assegurar a efetiva frutuosidade da prestação jurisdicional que se depara com casos dos mais diversos e amplos, certamente com peculiaridades que, mesmo que o legislador pudesse prever, dificilmente os positivaria em face da particularidade, não ensejando interesse normativo à coletividade.” (Idem).

<sup>272</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 37.

<sup>273</sup> Idem.

<sup>274</sup> CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002*, p. 164.

<sup>275</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 39.

O atual ordenamento jurídico admite ainda um poder cautelar de ofício que autoriza o juiz em casos excepcionais e previstos em lei, conceder medidas cautelares, sempre que houver o risco de dano, mitigando-se, inclusive, o princípio do contraditório e da ampla defesa, para serem exercidos de forma diferida, em posterior oportunidade, devido a situação de iminência do dano.<sup>276</sup>

Cabe aqui ressaltar que as proposições do anteprojeto do novo Código de Processo Civil visam eliminar o Livro III, que trata especificamente das disposições atinentes ao processo cautelar, substituindo-as por disposições gerais na parte geral daquele diploma legal, atribuindo ao juiz o poder de adequar as fases e atos processuais às peculiaridades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, bem como conceder a tutela de urgência satisfatória aos direitos em estado de periclitção ou de evidência, reconhecendo-se, ainda que tardiamente, a desnecessidade da previsão taxativa de procedimentos cautelares específicos, em total consonância aos preceitos consubstanciados no poder geral de cautela.

A doutrina já criticava esse excesso de enumeração de medidas cautelares, apontando uma série de problemas pertinentes ao desenvolvimento válido do processo cautelar, reconhecendo-se a necessidade de ampliação da atuação do juiz na proteção do direito material, como escopo da proteção da própria função jurisdicional.

---

<sup>276</sup> Ibid., p. 39-40.

### CAPÍTULO III – MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A Constituição, assim como o ordenamento jurídico e a jurisdição, assumiram um novo papel no Estado contemporâneo, especialmente preocupados em alcançarem a efetividade do processo, entendendo-o não como um simples instrumento técnico de aplicação do direito material, mas um verdadeiro instrumento com fins sociais e políticos a serem realizados.<sup>277</sup>

Cândido Rangel Dinamarco, valendo-se de importante lição de Chiovenda, destaca que um processo efetivo é aquele apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo com plenitude todos os seus escopos institucionais, proporcionando, na medida do possível, a quem tem um direito, tudo aquilo, e, precisamente aquilo, que ele tem o direito de obter.<sup>278</sup>

Essa compreensão moderna do processo implica, necessariamente, em uma nova leitura da ordem jurídica, principalmente do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, onde determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Do referido dispositivo constitucional extraem-se formas de tutelar aptas a solucionar adequadamente situações de conhecimento do direito – tutela cognitiva – de proteção a violação ou ameaça a direitos – tutela cautelar – bem como ampara situações de satisfação de direitos – tutela executiva.

De forma sucinta, para Bedaque, o processo de conhecimento caracteriza-se pela amplitude da atividade cognitiva exercida pelo juiz. Já o processo de execução caracteriza-se pela quase inexistência de atividade cognitiva, prevalecendo a atividade satisfativa. Por fim, o processo cautelar caracteriza-se pela sumariedade da cognição, bem como pela provisoriedade do provimento.<sup>279</sup>

---

<sup>277</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Efetividade do processo: a execução em momentos distintos da reforma do CPC. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coords.). *Execução Civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 219.

<sup>278</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 319-320.

<sup>279</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 55.

No entanto, o autor ainda revela uma nova tendência para o processo, que visivelmente também inspirou a elaboração das proposições do anteprojeto de reforma do novo Código de Processo Civil, qual seja, o sincretismo processual:

Parece que a tendência é subsistir apenas um processo, em que seriam admissíveis todas as modalidades de tutela, com as respectivas atividades próprias de cada uma delas. É o processo sincrético. Todas as variações possíveis nesse modelo único estariam ligadas, pois, ao procedimento. Processos exclusivamente executivos e cautelares existiriam apenas para os títulos extrajudiciais e para as tutelas cautelares antecedentes.<sup>280</sup>

Para efetividade do processo busca-se adequar a melhor técnica processual a exigência de um sistema completo de proteção, que capacite os meios executivos em alcançar a pronta e integral satisfação do direito material reclamante da tutela executiva.<sup>281</sup>

Como no processo de execução o que a parte almeja não é simplesmente uma sentença, mas a plena satisfação do direito, se esse houver perecido no transcurso do feito implicará no esvaziamento do processo, e, por conseguinte, na frustração do direito. Assim, para resguardar o direito é fundamental que além de adequados, os meios executivos sejam tempestivos:

(...) o direito à duração razoável é coadjuvante do direito aos meios executivos, servindo de parâmetro com base no qual se possa avaliar a qualidade da tutela executiva a ser prestada e, portanto, a própria eficácia dos meios executivos. Assim, havendo mais de um meio executivo apto a proporcionar a satisfação do credor, o direito à razoável duração do processo permite fundamentar a escolha pelo meio que proporcione a satisfação mais rapidamente, desde que, obviamente, seja também exigível e proporcional em sentido estrito.<sup>282</sup>

Desta forma, para evitar o aniquilamento do direito e garantir a efetiva prestação da tutela jurisdicional, o ordenamento jurídico deve prever meios e medidas destinadas a satisfazer a pretensão executiva, ou apenas assegurar o seu exercício. Assim, as medidas acautelatórias revelam-se em medidas de segurança para a execução, não satisfazendo a pretensão da parte, mas assegurando a existência de bens para futura execução.<sup>283</sup>

---

<sup>280</sup> Idem.

<sup>281</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 102.

<sup>282</sup> Ibid., p. 110.

<sup>283</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 8.

### 3.1 – Processo de Execução

Conforme lição do mestre José Carlos Barbosa Moreira a prestação da tutela jurisdicional visa formular a atuação prática da norma jurídica concreta que disciplina determinada situação, sendo que o primeiro passo dessa atividade incumbe ao processo de conhecimento (formulação da norma jurídica concreta), e o segundo passo ao processo de execução (atuação prática da norma jurídica concreta).<sup>284</sup>

Buscando melhor detalhar a atividade do Estado na prestação das tutelas de cognição e de execução, Ana Paula Chiovitti Giannico e Luiz Eduardo Ribeiro Mourão expõem que:

O Estado, no exercício de sua função jurisdicional, vale-se de dois tipos de atividade distintas para tutela dos direitos subjetivos: a primeira, de índole preponderantemente racional, consiste na análise dos fatos e da norma jurídica a eles aplicável para, ao final, o juiz declarar a existência ou não do direito subjetivo deduzido em juízo; a segunda, de natureza prática, realiza-se por atos de interferência no mundo fenomênico, para adaptá-los à regra prescrita na norma jurídica declarada na decisão judicial.<sup>285</sup>

Verifica-se, desta forma, que no processo de conhecimento se vai dos fatos ao direito (*narra mihi factum dabo tibi ius*), ao passo que no processo de execução se vai do direito aos fatos, que são modificados pela atividade executiva para conformar-se ao direito.<sup>286</sup>

Para Sérgio Shimura o processo de execução é uma cadeia de atos jurisdicionais por meio dos quais, com ou sem o concurso da vontade do devedor, e por vezes, até contra ela, é efetivada a sanção no mundo fático, visando compensar o titular do prejuízo injustamente causado por outrem.<sup>287</sup>

---

<sup>284</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

<sup>285</sup> GIANNICO, Ana Paula Chiovitti; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Tutela antecipada e título executivo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

<sup>286</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*, p. 312.

<sup>287</sup> SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 5 e 7. “A atividade jurisdicional, para atingir suas finalidades de declarar e aplicar em concreto a vontade da lei, reclama não só um sistema de atos que leve a uma decisão a mais justa possível, mas também um conjunto de meios tendentes a efetivar o que foi decidido, dando ao vencedor, no plano fático, o bem jurídico atribuído pelo direito. A jurisdição precisa de mecanismos para efetivar o direito do credor e, na atividade executiva, percebe-se mais nitidamente o caráter substitutivo da jurisdição.” (Ibid., p. 5).

Marcelo Abelha Rodrigues entende que a tutela executiva está relacionada às crises de cooperação, atuando com a vontade concreta da lei através de sanções que incidem sobre o mundo dos fatos com ou sem a colaboração do vencido, que até então havia se recusado em cumprir a obrigação representada no título executivo:

(...) verifica-se que a atuação da norma jurídica concreta (realização do direito declarado) existe apenas nas crises de cooperação, em que a satisfação do direito declarado depende da sua realização no mundo dos fatos, com vistas a se obter, dentro do máximo possível, o mesmo resultado prático que se teria caso a cooperação do sujeito passivo tivesse ocorrido. Como essa cooperação espontânea é cada vez mais rara em países de terceiro mundo, como o nosso, mais comuns são as crises de atuação da norma concreta – crises que ensejam a tutela executiva.<sup>288</sup>

Buscando simplificar a compreensão da atuação da tutela executiva, referido autor explica que no processo executivo de um lado encontra-se o exequente com seu direito constitucional de obter a efetiva e justa tutela do seu direito contra alguém que, sem cumprir com suas obrigações, pretende preservar sua liberdade de patrimônio, que é o executado.<sup>289</sup>

Assim, enquanto o processo de conhecimento tem por finalidade decidir o conflito de interesses – onde será proferida uma sentença que declara, condena, constitui, modifica, etc. – o direito, o processo de execução objetiva satisfazer – por meio da prática de atos concretos – um direito, apresentando, para atingir tal mister, princípios, conceitos, objetivos, finalidades, meios e procedimentos diferenciados dos demais processos, conforme será expostos nos tópicos que seguem.

### **3.1.1 – Princípios Específicos do Processo de Execução**

Os princípios são preceitos fundamentais que dão forma e caráter ao ordenamento jurídico. No processo de execução alguns princípios foram estabelecidos devido ao “resultado de uma experiência acumulada ao longo dos anos com os diferentes modelos processuais, com a sua aplicação e com a sua finalidade”.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2009, p. 6.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>290</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

Segundo Zaiden Geraige Neto a palavra princípio origina-se de principal, primeiro, demonstrando a origem de algo de uma ação ou de um conhecimento, valendo-se da definição de Miguel Reale para concluir que princípios são verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção de realidade.<sup>291</sup>

Assim, os princípios não servem apenas de sustentáculo para o embasamento de novos conhecimentos, mas também auxiliam na obtenção de conclusões, aferindo validade com base na estrutura dos primeiros princípios, pois sempre deverá haver coerência com sua base de sustentação.<sup>292</sup>

O primeiro princípio a ser tratado é o da **autonomia**, de compreensão praticamente literal, expressa a independência do processo de execução ante as outras espécies de processo existentes atualmente – de conhecimento e cautelar.

Em um passado não muito distante o processo de execução tinha como finalidade satisfazer o direito proclamado na sentença de um processo de conhecimento, sempre que o condenado não cumprisse a obrigação que lhe foi imposta de forma espontânea.

Assim, um novo processo era instaurado reclamando uma nova petição inicial, nova citação, etc., sem haver qualquer distinção entre a execução fundada em título judicial ou em título extrajudicial, diferenciando uma da outra apenas quanto a matéria de defesa do executado nos embargos, que era mais restrita nas execuções embasadas em títulos executivos judiciais, uma vez que:

O maior grau de probabilidade da efetiva existência do crédito no momento da execução é aquele trazido pela sentença condenatória civil passada em julgado e demais títulos executivos judiciais. Por isso é que se lhe dá a qualificação de título executivo por excelência.<sup>293</sup>

Após o advento da Lei nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005, o Código de Processo Civil sofreu alterações, sendo instituída uma nova fase de cumprimento da sentença no

---

<sup>291</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*, p. 17.

<sup>292</sup> Idem.

<sup>293</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 463.

próprio processo de conhecimento, restando revogado os dispositivos relativos à execução fundada em título executivo judicial, uma nova visão foi imposta a esse princípio que ficou adstrito apenas a execução fundada em título extrajudicial, quando será formado processo autônomo e independente para entrega da tutela jurisdicional executiva.

Assim, o processo de execução propriamente dito, sempre terá por base um título executivo extrajudicial,<sup>294</sup> o que acaba por revelar outro princípio, o do **título**, pois sem este torna-se inviável a constituição da ação executiva, ma medida em que faltará ao exequente interesse de agir, uma vez que não existirá adequação do procedimento, que é outorgado pelo título executivo.<sup>295</sup> Nestes casos, segundo Eduardo Talamini:

Há hipóteses em que é tão provável e previsível que exista o crédito, que o próprio legislador autoriza o suposto credor a pleitear desde logo a execução – independentemente de prévio processo condenatório. São os títulos executivos extrajudiciais: documentos representativos de situações excepcionais, exaustiva e taxativamente previstas em lei.<sup>296</sup>

Desta forma, o título não oferece apenas a base da execução, mas a condição necessária para a instauração do processo,<sup>297</sup> definindo ainda a espécie da execução a ser adotada e os meios executivos a ela inerentes.<sup>298</sup>

Marcelo Abelha Rodrigues leciona que a palavra título revela um direito líquido, certo e exigível, que juntamente com o inadimplemento tornou-se requisito essencial para a propositura da execução:

O título executivo dá a necessária segurança para viabilizar invasão da esfera patrimonial do executado nos limites do direito impresso no referido

---

<sup>294</sup> O rol dos títulos executivos extrajudiciais encontra-se disposto no atual artigo 585 do Código de Processo Civil.

<sup>295</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acatelasórias no processo de execução*, p. 29.

<sup>296</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

<sup>297</sup> Cândido Rangel Dinamarco entende que “a exigência de título executivo, sem o qual não se admite a execução, é consequência do reconhecimento de que a esfera jurídica do indivíduo não deve ser invadida, senão quando existir uma situação de tão elevado grau de probabilidade de existência de um preceito jurídico material descumprido, ou de tamanha preponderância de outro interesse sobre o seu, que o risco de um sacrifício injusto seja, para a sociedade, largamente compensado, pelos benefícios trazidos na maioria dos casos. A personalidade humana não deve ficar exposta a atos arbitrários, com os quais se violem as mais sagradas prerrogativas do ser humano ou se lhe diminua o patrimônio, requisito indispensável ao livre exercício destas na sociedade cosmopolita (cfr. supra n. 184); e o arbítrio seria inviável, se a invasão da esfera jurídica não estivesse na dependência de uma razão muito forte, exigida pela lei como requisito necessário – que é o título executivo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 457-458).

<sup>298</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acatelasórias no processo de execução*, p. 30.

documento, enquanto o inadimplemento constitui o móvel que caracteriza a pretensão insatisfeita que reclama a tutela efetiva.<sup>299</sup>

Outro princípio importante é o da **patrimonialidade** ou **responsabilidade patrimonial**, segundo o qual o devedor responde, para o cumprimento de sua obrigação, com todos os seus bens presentes e futuros,<sup>300</sup> ou seja, deverá responder tanto com os bens existentes ao tempo da constituição da dívida, como aqueles adquiridos posteriormente.

Referido princípio revela que a execução é real, ou seja, recai apenas sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a pessoa dele. O ordenamento jurídico admite apenas em uma hipótese a possibilidade da execução recair sobre a pessoa do devedor, nos casos de dívida de alimentos, em que poderá haver a coação física sobre o devedor, sujeitando-o à prisão civil (artigo 733, § 1º, do Código de Processo Civil).<sup>301</sup>

Porém, Júlio Cesar de Souza Rodrigues adverte que quando a lei dispôs que o devedor responderia com todos os seus bens presentes e futuros, entende-se aqueles suficientes para garantir o cumprimento das obrigações. Uma vez garantida a obrigação, e não restando comprovada a insuficiência patrimonial que levaria à impossibilidade de satisfação do crédito do credor, os demais bens do devedor ficam livres.<sup>302</sup>

O princípio do **resultado** ou da **utilidade** prescreve que a execução só tem lugar para atender aos interesses do credor quanto a satisfação total ou parcial da obrigação assumida pelo devedor.<sup>303</sup> Para Luiz Fux referido princípio representa o da **execução específica** que busca a efetividade do processo preocupando-se em entregar a quem tem razão, num prazo razoável, exatamente aquilo que lhe faz *jus*.<sup>304</sup>

Desta forma, seja o processo de execução genérico ou específico<sup>305</sup> buscará, necessariamente, resultado semelhante ou equivalente ao adimplemento espontâneo da

---

<sup>299</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, p. 111.

<sup>300</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*, artigo 591.

<sup>301</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 31.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 30

<sup>303</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*, artigo 612.

<sup>304</sup> FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 986.

<sup>305</sup> “Sob qualquer ótica que se pretenda comparar a tutela específica com a tutela genérica – tutela pecuniária prestada quando não é possível a tutela específica –, a primeira leva vantagem sobre a segunda, tanto sob a perspectiva do jurisdicionado quanto do próprio Estado. Quanto àquele, a vantagem decorre do fato de que o processo terá correspondido às expectativas primárias do cidadão, dando-lhe um resultado coincidente – embora

obrigação, colocando a disposição do exequente diversas técnicas processuais, verdadeiros meios executórios de expropriação para se alcançar a satisfação do direito do credor.<sup>306</sup>

Todavia, não se pode admitir o prosseguimento de um processo de execução que apenas trará prejuízos ao devedor, sem que os atos executórios sejam convertidos em proveito para o credor.<sup>307</sup> Essa preocupação decorre do princípio da **menor onerosidade**, onde estabelece que quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor, limitando os atos expropriatórios ao necessário e suficiente para liquidar a dívida junto ao credor.<sup>308</sup>

Marcelo Abelha Rodrigues entende que na execução civil deverá haver um equilíbrio entre dois importantes direitos constitucionais: o direito do exequente a tutela jurisdicional efetiva (ordem jurídica justa) e o direito do executado de não ser privado dos seus bens sem o devido processo legal. Todavia, o autor indica que:

Este princípio (menor gravosidade possível da execução) deve nortear a realização da tutela executiva justamente porque não é justo e nem legítimo submeter o executado (seu patrimônio) a uma situação de maior onerosidade do que a que seria indispensável para satisfação do direito do exequente. Por outro lado, é importante deixar claro que esse princípio não autoriza que o executado possa dele se valer para trazer alegações metajurídicas do tipo: a execução é absurda; ficará na penúria; o credor não precisa do dinheiro; etc. Enfim, as mazelas da vida não devem ser suportadas pelo exequente.<sup>309</sup>

Pelo princípio do **exato adimplemento** ou **adequação** a tutela executiva deverá ser prestada levando em consideração a relação adequada entre o meio executório e o bem objeto da prestação. Na verdade, verifica-se que o conjunto de atos deve guardar harmonia com o objeto da prestação, o que em outras palavras significa dizer que o meio para se obter o

---

com atraso temporal – com o que antes do processo esperava ter. Quanto ao Estado, as vantagens são ainda maiores, porque estará prestando uma tutela muito mais econômica (economia processual), além de legitimar a função jurisdicional que exerce.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, p. 57).

<sup>306</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*, artigo 646.

<sup>307</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 2ª ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

<sup>308</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*, artigo 620. “A execução visa recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Em consequência, realiza-se a execução em prol dos interesses do credor (arts. 612 e 646 do CPC). Por conseguinte, o princípio da economicidade não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exequendo.” (FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional*, p. 414).

<sup>309</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, p. 56.

resultado prático deve se igualar ao que o devedor teria produzido se tivesse cumprido espontaneamente a sua obrigação.<sup>310</sup> Foi pensando no princípio da adequação que o legislador houve por bem criar diversas espécies de execução que se adaptem da melhor forma possível ao caso concreto.<sup>311</sup>

Não restam dúvidas que o processo de execução deve ser implacável com o devedor, imprimindo toda coatividade que a lei estabelece em favor da plena satisfação do credor. Todavia, exige-se muito cuidado na realização dos atos processuais para não extrapolar os direitos do executado.<sup>312</sup>

Vale destacar que atualmente há uma grande preocupação com a pessoa do devedor, procurando evitar que o mesmo passe por sacrifícios descabidos que comprometam sua dignidade e de seus familiares. Desta forma, a legislação oferece aos magistrados meios para analisarem as subjetividades de cada caso, permitindo, se necessário for, a elaboração de laudos e pareceres, bem como a adequação dos atos aos procedimentos, sempre guiados pela equidade e boa-fé.<sup>313</sup>

O processo de execução ainda é regido pelo princípio da **disponibilidade**, segundo o qual, objetivando atender ao direito do credor não só a tutela jurisdicional efetiva, mas aquele consubstanciado no título executivo, disponibilizará ao exequente a ação executiva, bem como quaisquer medidas aí adotadas.<sup>314</sup> Assim, ao contrário do que ocorre no processo de conhecimento – para o autor desistir da ação após a citação do réu necessita do seu consentimento<sup>315</sup> – aqui fica a critério do credor, desistir de toda a execução ou apenas de algumas medidas executivas.<sup>316</sup>

Entretanto, se o executado já houver oferecido embargos, quando o exequente desistir do processo de execução, os mesmos serão extintos se versarem apenas sobre questões processuais, pagando o credor as custas e os honorários advocatícios. Nos demais casos, a

---

<sup>310</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas cautelatórias no processo de execução*, p. 34-35.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>312</sup> CARAM JUNIOR, Moacyr. *Processo de execução: as excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade humana*. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 123.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>314</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas cautelatórias no processo de execução*, p. 32.

<sup>315</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*, artigo 267, § 4º.

<sup>316</sup> *Ibid.*, artigo 569.

extinção dos embargos dependerá da concordância do executado, ora embargante.<sup>317</sup> Porém, Rodrigues ressalva que a desistência não impede que o credor intente nova ação de execução posteriormente (art. 268, invocável em razão do art. 598).<sup>318</sup>

Por fim, salienta-se que o princípio do **contraditório** também exerce suas influências sobre o processo de execução, mesmo que neste tipo de procedimento o executado seja citado para, no prazo de três dias, efetuar o pagamento da dívida,<sup>319</sup> com o advento da Lei nº 11.382 de 06 de dezembro de 2006, o mesmo, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos,<sup>320</sup> onde é instaurado um amplo contraditório já que tem natureza de processo de conhecimento. Maria Elizabeth de Castro Lopes relembra que:

Não mais se discute a respeito da existência ou não do contraditório no processo de execução, uma vez que a Constituição Federal não faz distinções, mas, de forma genérica assegura o contraditório e a ampla defesa a todos os cidadãos que litigam, seja em processo de natureza administrativa ou judicial, conforme dispõe o inc. LV do art. 5º da Carta Magna de 1988.<sup>321</sup>

Referida autora ainda pondera que o princípio do contraditório, em que pese a paridade de armas, não deve ser utilizado pelos litigantes como uma “arma de combate”, mas sim como um instrumento de atuação da justiça para garantir a efetividade do processo.<sup>322</sup>

Rodrigues indica que o princípio do contraditório no processo de execução, assegura ao executado o conhecimento da existência da ação e de todos os atos processuais, bem como a possibilidade de se insurgir contra os atos que lhe forem desfavoráveis, pois mesmo antes do devedor opor embargos, ele poderá utilizar certos instrumentos processuais (simples petição a oposição de exceção de pré-executividade) destinados à impugnação de questões de ordem pública, ou ainda manifestar-se sobre a atualização de cálculo, indicação de bens à penhora, ordem de preferência de bens, etc.<sup>323</sup>

---

<sup>317</sup> Ibid., artigo 569, parágrafo único.

<sup>318</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 34.

<sup>319</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*, artigo 652, caput.

<sup>320</sup> Ibid., artigo 736.

<sup>321</sup> LOPES, Maria Elizabeth Castro. Reflexões sobre o devido processo legal e a execução civil. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 389.

<sup>322</sup> Idem.

<sup>323</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 25-26.

### 3.1.2 – Conceito e Objeto

Segundo Júlio Cesar Souza Rodrigues o processo de execução tem o objetivo de “tornar efetiva a sanção emanada da sentença (título judicial), ou a obrigação assumida em decorrência de documento ao qual a lei dá força executiva (título extrajudicial)” através de meios coercitivos, tendo em vista a recusa do devedor em cumprir espontaneamente a obrigação.<sup>324</sup>

Desde a edição da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, esse foi o objetivo do processo de execução, que acabou sendo modificado com o advento da Lei nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005, que instituiu a nova fase de cumprimento da sentença, revogando completamente os dispositivos relativos à execução fundada em título executivo judicial.

Rodrigues, valendo-se de lição de Chiovenda, indicou que a ação executiva representa o poder jurídico de impor as condições necessárias para a atuação prática da vontade da lei que garante o bem da vida, ou seja, que o credor, através dos meios adequados, que devem ser fornecidos pelo Estado, consiga o que é seu de direito.<sup>325</sup>

Marcelo Lima Guerra leciona que através do processo de execução presta-se a tutela jurisdicional executiva que visa proporcionar ao titular de um direito representado pelo título executivo, um resultado prático igual ou equivalente ao que seria obtido com o cumprimento espontâneo pelo devedor da obrigação estampada naquele título.<sup>326</sup>

Para Moacyr Caram Junior o processo de execução se caracteriza pela existência de um direito a ser efetivado, através dos sucessivos e incansáveis atos executórios, que podem levar à expropriação dos bens devedor contumaz em favor do credor.<sup>327</sup> O processo de execução é, pois, um instrumento colocado a serviço do credor para efetivação do seu direito, não se preocupando esta seara em apurar se o devedor não cumpriu a obrigação porque não quis ou porque não pôde.<sup>328</sup>

---

<sup>324</sup> Ibid., p. 5.

<sup>325</sup> Ibid., p. 5-6.

<sup>326</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle e admissibilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 16.

<sup>327</sup> CARAM JUNIOR, Moacyr. *Processo de execução: as excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade humana*, p. 30.

<sup>328</sup> Ibid., p. 3.

Desta forma, verifica-se que o processo de execução impinge ao devedor uma situação que, diante da sua inadimplência, invade o seu patrimônio para garantir a efetividade da pretensão do credor expressa no título.

Assim, além de ter por objeto a expropriação dos bens do devedor para o pagamento da dívida, o processo de execução visa atingir resultados práticos, pois seu escopo não é simplesmente declarar o direito do credor, mas sim satisfazê-lo. Rodrigues afirma que:

Tem o credor, por meio de sua pretensão, consubstanciada no título executivo, a certeza de seu direito; busca, via Estado, mediante providências amparadas por lei, o resultado final, que é conseguir o cumprimento das obrigações do devedor. Dentre as providências para conseguir tal intento é possível ao credor pleitear medidas acautelatórias (art. 615, III, do CPC).<sup>329</sup>

Ou seja, o objetivo primordial do processo de execução é entregar ao credor aquilo que ele conseguiria se o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação, valendo-se para tanto de meios adequados criados pelo legislador para tutelar os direitos invocados pela parte.

### **3.1.3 – Natureza e Finalidade**

Para Rodrigues a natureza jurídica do processo de execução é similar a natureza jurídica do processo de conhecimento, variando apenas quanto ao seu desenvolvimento – procedimentos e atos processuais – bem como quanto ao objeto das relações processuais.<sup>330</sup>

No processo de conhecimento o juiz vai dos fatos ao direito, analisando o caso concreto para então desvelar a regra jurídica pertinente a resolver a lide. Já, no processo de execução o juiz vai do direito aos fatos colocando em prática as técnicas processuais mais adequadas para concretização do direito, modificando a realidade dos fatos, para estabilização do conflito na realização da justiça.

---

<sup>329</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 7.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 8.

Sérgio Shimura, de forma simplificada, porém precisa, explica que no processo de conhecimento busca-se a solução, e no processo de execução busca-se a realização das pretensões.<sup>331</sup>

Marcelo Lima Guerra afirma que inquestionavelmente o processo de execução é dirigido para satisfazer o crédito consubstanciado no título executivo, independentemente da colaboração do devedor, e até mesmo contra a sua vontade, implicando, dessa forma, agressão ao seu patrimônio, o que constitui na garantia da efetivação da tutela executiva.<sup>332</sup>

Assim, a natureza jurídica do processo de execução é a efetivação da vontade concreta da lei – interesse nitidamente público – sujeitando o patrimônio do devedor a satisfação do crédito do credor.<sup>333</sup>

Nestes termos, quando o devedor contrai uma dívida gera uma responsabilidade para seu patrimônio, não importando para tanto que “a origem da dívida seja contratual ou extracontratual, ou que tenha como base material o negócio jurídico unilateral ou bilateral, ou ainda o ato ilícito”, pois com a atuação da tutela jurisdicional executiva será obtido o adimplemento da obrigação.<sup>334</sup>

Todavia, o ideal seria que o devedor não ficasse inadimplente com sua obrigação, mas, diante de tal circunstância, outra escolha não resta ao credor senão utiliza-se do processo de execução, sendo certo que este lhe servirá como instrumento eficaz para fazer com que o executado cumpra não só a obrigação original, mas acrescida dos acessórios impostos pelo atraso no pagamento – juros, multa, etc. – bem como a vontade da lei:

É claro que cada caso é um caso, mas o importante é que a lei coloca à disposição do credor meios executivos processuais, entre os quais a possibilidade de se pleitearem medidas acautelatórias (art. 615, III, do CPC), para que se tenha o resultado prático desejado, alcançando o credor a mesma utilidade de que gozaria se o seu direito fosse espontaneamente satisfeito.<sup>335</sup>

---

<sup>331</sup> SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 12.

<sup>332</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle e admissibilidade*, p. 25.

<sup>333</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 9.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

<sup>335</sup> *Ibid.*, p. 11.

Por fim, Fernandes destaca que o processo de execução realiza atividade não cognitiva, uma vez que não visa à solução do litígio mediante a prolação de ato decisório, mas por intermédio de atos materiais – medidas de coerção ou sub-rogação, tendentes a dar cumprimento a obrigação, com ou sem a participação do devedor – decorrentes, necessariamente, da finalidade deste tipo de tutela – satisfazer o crédito exequendo – não obstante exerça, eventualmente, atividade cognitiva, como, por exemplo, na resolução de incidentes instaurados dentro do processo de execução.<sup>336</sup>

### **3.1.4 – Condições da Ação e Pressupostos Processuais**

Assim como no processo de conhecimento, para que o processo de execução atinja a sua finalidade – satisfação do direito do credor – o legislador estabeleceu para o seu válido desenvolvimento o preenchimento de algumas condições e pressupostos.

Desta forma, como no processo de execução a atividade jurisdicional apta a satisfazer o direito do credor não é a entrega de uma sentença de mérito, mas sim a produção de atos executórios capazes de adentrar na esfera patrimonial do devedor para atingir tal finalidade, antes que isso ocorra, o credor deverá, além de apresentar o justo título, preencher as chamadas condições da ação, que são a possibilidade jurídica do pedido<sup>337</sup>, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Rodrigues esclarece que, no que se refere ao processo de execução, muito pouco se comenta a respeito da possibilidade jurídica do pedido, entendendo que a mesma tem assento no próprio título executivo.<sup>338</sup> No processo de execução tal condição fica bem exposta, pois ou o credor apresenta o título executivo provando o seu direito, ou o mesmo não será portador daquele direito invocado, não havendo possibilidade jurídica para o desfecho do processo executivo.

---

<sup>336</sup> FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional*, p. 413.

<sup>337</sup> Segundo as proposições do anteprojeto do novo Código de Processo Civil (Anexo 1) a possibilidade jurídica do pedido deixará de ser considerada condição da ação, e passará a compor o mérito da causa.

<sup>338</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 12.

Todavia, o autor ressalva a impossibilidade jurídica imposta pelo ordenamento quanto a proibição de ajuizamento de ação executiva para recebimento de dívida de jogo, ou a prática de atos de penhora e expropriação contra a Fazenda Pública.<sup>339</sup>

A legitimidade das partes também se revela através do título executivo, pois ali estão indicados tanto o credor como o devedor. Porém o ordenamento jurídico prevê situações em que terceiros também poderão integrar a relação processual.

Desta forma, além do credor, também podem promover a execução o Ministério Público, nos casos prescritos em lei; o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo; o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos; ou ainda o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.<sup>340</sup>

O mesmo ocorre no pólo passivo, podendo substituir o devedor o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; e o fiador judicial; o responsável tributário, assim definido na legislação própria.<sup>341</sup>

Por fim, o interesse de agir, assentado no binômio necessidade e adequação, revela-se pelo interesse na tutela jurisdicional, ou melhor, o provimento satisfativo dentro do processo de execução, para recebimento do crédito, entendendo Rodrigues que:

O interesse processual, na execução, une-se à necessidade concreta da jurisdição (exigibilidade) e à adequação da via procedimental (titulação). É da exigibilidade do título que nasce a necessidade concreta da execução. Necessidade concreta da jurisdição significa que, se o devedor se negar à prestação ou à satisfação voluntária, o credor poderá recorrer ao Estado para conseguir a satisfação de seu direito, desencadeando a atividade jurisdicional, na qual o Estado coloca à disposição do credor o seu serviço.<sup>342</sup>

Assim, o interesse de agir surge apenas após o vencimento da obrigação e o inadimplemento da mesma pelo devedor, havendo daí a concreta necessidade de se invocar o

---

<sup>339</sup> Ibid., p. 13.

<sup>340</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*, artigos 566, inciso II e 567.

<sup>341</sup> Ibid., artigo 568.

<sup>342</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acatelasórias no processo de execução*, p. 16.

Estado para prestar a tutela jurisdicional executiva (exigibilidade) com a adequação do procedimento, imprimido pelo título executivo.<sup>343</sup>

Marcelo Abelha Rodrigues destaca ainda como requisitos específicos da tutela executiva a pretensão insatisfeita e o título executivo propriamente dito:

Dessa forma, em toda e qualquer atividade executiva é mister que exista um título executivo, assim entendido como o documento hábil e representativo de todos os elementos do crédito (norma individualizada) apto a viabilizar a execução forçada. Sem o título executivo faltará o requisito processual exigido pelo CPC (arts. 580 e 614, I), que torna viável e adequada a tutela executiva. (...) Destarte, não só o título é bastante para se obter a tutela jurisdicional executiva. É mister, ainda, que seja afirmada pelo exequente a sua insatisfação em relação ao seu direito não adimplido. Isso quer dizer que a tutela jurisdicional executiva só será necessária (providos subrogatórios e coercitivos) se o titular do crédito ainda estiver em um estado de insatisfação resultante do não adimplemento do provimento judicial ou da obrigação contida no título extrajudicial.<sup>344</sup>

Para o desenvolvimento válido do processo, assim como as condições da ação os pressupostos processuais de existência devem estar presentes. Desta forma, o autor deverá ingressar uma petição inicial, mesmo que inepta; formulando pedido diante de um órgão jurisdicional, ainda que absolutamente incompetente; deverá ocorrer a citação do devedor, para que se forme integralmente a relação processual. Por fim, em razão do disposto no artigo 37 do Código de Processo Civil, a petição deverá ser formulada por advogado regularmente constituído.<sup>345</sup>

O processo de execução ainda precisa respeitar os pressupostos processuais de validade, quais sejam: a) que a petição inicial seja apta, retratando um pedido viável, ficando afastada das hipóteses previstas nos artigo 295 do Código de Processo Civil; b) que a ação seja ajuizada perante órgão jurisdicional competente, e que o juiz seja imparcial; e, c) que o exequente ostente capacidade processual e capacidade de estar em juízo.<sup>346</sup>

Há ainda a necessidade de se verificar a inoccorrência dos pressupostos processuais negativos, quais sejam, a litispendência e a coisa julgada. Como no processo execução não há

---

<sup>343</sup> Idem.

<sup>344</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, p. 186 e 193.

<sup>345</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas cautelatórias no processo de execução*, p. 20.

<sup>346</sup> Ibid., p. 20-21.

uma sentença que o extinga torna-se desnecessário tecer comentários sobre a coisa julgada neste tipo de processo, Todavia, quanto a litispendência, assim como no processo de conhecimento, poderá ocorrer, mesmo de forma remota, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e que ainda está em curso.<sup>347</sup> Haverá identidade entre processos de execução quando as ações possuírem as mesmas partes, a mesma causa de pedir – em sede de execução representado pelo título executivo – e o mesmo pedido.<sup>348</sup>

Assim, na medida em que se encontram presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, bem como o título executivo, o processo de execução encontra-se apto a prática de atos concretos que invadam o patrimônio do devedor para buscar satisfazer o direito do credor.

### **3.1.5 – Das Diversas Modalidades de Execução**

O legislador infraconstitucional, sempre preocupado em criar técnicas processuais que confirmem efetividade ao processo, elaborou diferentes procedimentos executivos, levando em consideração a finalidade específica do processo de execução:

É que considerando a finalidade em se proporcionar ao credor, através de atividades (jurisdicionais de execução forçada) realizadas pelos órgãos judiciais, um resultado prático igual ou equivalente ao que o devedor teria produzido se tivesse cumprido espontaneamente a sua obrigação, é óbvio que o iter procedimental necessário a que se chegue até aquele resultado, deve variar de modo a se adequar à própria espécie de prestação que o devedor deveria realizar. É, portanto, em atenção à melhor adequação entre o processo de execução e o conteúdo da obrigação consagrado no título executivo, que foram elaboradas as diversas espécies de execução.<sup>349</sup>

Assim, no Código de Processo Civil, o processo de execução está regulado no Livro II, que por sua vez, divide-se da seguinte forma: Título I – Da execução em geral; Título II – Das diversas espécies de execução; Título III – Dos embargos do devedor; Título IV – Da execução por quantia certa contra devedor insolvente; Título V – Da remissão; e, Título VI – Da suspensão e da extinção do processo de execução.

---

<sup>347</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*, artigo 301, §§ 1º e 3º.

<sup>348</sup> Ibid., artigo 301, § 2º.

<sup>349</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: Controle e admissibilidade*, p. 45.

O Título II – Das diversas espécies de execução, se subdivide em: Capítulo I – Das disposições gerais; Capítulo II – Da execução para entrega de coisa; Capítulo III – Da execução das obrigações de fazer e não fazer; Capítulo IV – Da execução por quantia certa contra devedor solvente; e, Capítulo V – Da execução de prestação alimentícia.

Desta forma verifica-se que o processo de execução poderá se desenvolver por diversos procedimentos diferentes, sendo certo que o procedimento a ser escolhido pelo credor guarda íntima ligação com a natureza da obrigação estampada no título.

Rodrigues pondera que qualquer que seja o tipo de execução, o processo sempre buscará a efetivação da sanção a que o devedor está subordinado, importando na verdade a plena satisfação do credor como escopo principal.<sup>350</sup>

No entanto, para a presente dissertação, o estudo foi voltado para o processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, por revelar-se no procedimento mais frequentemente utilizado pelos jurisdicionados.<sup>351</sup>

A execução por quantia certa contra devedor solvente é a modalidade executiva com maior número de dispositivos consagrados pelo Código de Processo Civil. Mas tal fato é facilmente compreendido por alguns motivos. Primeiro porque é a modalidade executiva mais utilizada, pois o dinheiro acaba sendo a contraprestação mais usual das obrigações, e, segundo, suas normas funcionam de subsídio para as outras modalidades de execução (execução para entrega de coisa e execução de obrigação de fazer ou não fazer), nas situações em que estas são convertidas em perdas e danos, além de também emprestar subsídio para as execuções contra devedor insolvente, Fazenda Pública e da prestação alimentícia.<sup>352</sup>

Essa modalidade de execução pode ser embasada em título judicial ou extrajudicial. Quando fundada em título judicial – que poderá ser provisória ou definitiva, dependendo sempre da origem do título – o Código de Processo Civil dispõe sobre o seu desenvolvimento

---

<sup>350</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 25.

<sup>351</sup> “Pode-se dizer que essa espécie de execução (por quantia certa contra devedor solvente) tem importância especial, seja porque são muito frequentes as execuções que visam ao cumprimento de prestações consistentes em pagar quantia certa, em dinheiro (v., a propósito, os títulos executivos extrajudiciais – art. 585, CPC), seja porque quanto às outras prestações, quando a execução não pode ser específica, existe a possibilidade de convertê-las em genéricas, hipótese em que o credor deve contentar-se em receber o equivalente pecuniário.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: Controle e admissibilidade*, p. 46).

<sup>352</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, p. 297.

nos artigos 475-I e seguintes, dentro de um capítulo específico destinado ao cumprimento da sentença, no processo de conhecimento. Quando a execução é fundada em título extrajudicial – que será sempre definitiva – seu procedimento seguirá o disposto nos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil.

Marcelo Abelha Rodrigues destaca que as maiores diferenças entre o procedimento judicial e o extrajudicial encontram-se localizadas na fase postulatória, e também com relação à defesa do executado. Após a realização da avaliação do bem penhorado, e o afastamento de qualquer impedimento alegado pelo executado, ambas as execuções – para pagamento de quantia com base em título judicial ou extrajudicial – seguem o disposto no artigo 685 parágrafo único do Código de Processo Civil.<sup>353</sup>

O processo de execução autônomo e definitivo, ou seja, aquele fundado em título executivo extrajudicial, terá início através da propositura de uma petição inicial que deverá atender, no que couber, as regras dispostas nos artigos 282, 614 e seguintes do Código de Processo Civil. A petição inicial deverá necessariamente ser acompanhada pelo título executivo, bem como pelo demonstrativo de atualização do débito até a data da propositura da ação.<sup>354</sup>

Faculta ao credor, na petição inicial, já indicar bens de propriedade do devedor passíveis de penhora, bem como pleitear medidas acautelatórias urgentes que julgar necessárias para assegurar a efetivação do seu direito (artigos 652, § 2º e 615, inciso II do Código de Processo Civil).

Despachada a petição inicial em termos, será expedido mandado de citação do executado para que este efetue o pagamento da dívida no prazo de três dias. Não sendo efetuado o pagamento, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens, bem como sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto, devendo intimar o executado na mesma oportunidade (artigo 652 do Código de Processo Civil).

Transcorrido o ato citatório, de forma sintética, Marcelo Abelha Rodrigues discorre sobre as possíveis atitudes do executado:

---

<sup>353</sup> Ibid., p. 307.

<sup>354</sup> Ibid., p. 309.

a) é possível, embora improvável, que o devedor satisfaça a obrigação, culminando na extinção do processo executivo (art. 794, I, do CPC), podendo se valer dos benefícios dos arts. 652-A, parágrafo único, e 745-A do CPC; b) ao invés de pagar, é possível que o executado permaneça inerte, caso em que: (i) se procederá imediatamente à penhora e à avaliação de bem indicado pelo exequente em sua inicial, ou (ii) será exortado, de ofício ou por requerimento do exequente, a indicar bens passíveis de serem penhorados (art. 652, § 3º), sob pena de litigância de má-fé (art. 600, IV), ou (iii) terá seus ativos financeiros penhorados no montante da execução, caso o juiz acolha requerimento do exequente, nos termos do art. 655-A do CPC; c) também é possível que o executado não tome atitude nenhuma, ou seja, nem nomeie bens à penhora e nem pague o que deve. Nesse caso, se houver arresto executivo (art. 653 do CPC), este se converte em penhora. Todavia, se nem arresto houver porque não foram encontrados bens, outorga-se ao exequente a faculdade de fazer a nomeação. Se não forem encontrados bens, então o processo de execução será suspenso, nos termos do art. 791, III, do CPC.<sup>355</sup>

Sobre a penhora, os meios expropriatórios, e os instrumentos de defesa do executado não serão tecidos maiores comentários no presente trabalho, uma vez que as discussões que poderiam ser trazidas a baila renderiam, por si só, outra investigação científica acerca do tema.

Para execução baseada em título executivo judicial o procedimento é diverso, ocorrendo mais propriamente como uma nova fase de cumprimento da sentença em extensão ao processo de conhecimento. Assim, toda sentença condenatória para pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, deverá conter a determinação de que caso o devedor não efetue o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa de dez por cento, além de ser expedido de mandado de penhora e avaliação a pedido do credor (artigo 475-J do Código de Processo Civil).

Não é necessária nova citação do devedor, bastando a simples intimação na pessoa do seu advogado legalmente constituído nos autos (artigo 475-J, § 1º do Código de Processo Civil) ou, na falta deste, o seu representante legal, ou até mesmo pessoalmente, para, querendo, oferecer impugnação no prazo de quinze dias. Contudo, “mesmo sem processo autônomo, o exequente deverá requerer o início do procedimento executivo.”<sup>356</sup>

---

<sup>355</sup> Ibid., p. 329.

<sup>356</sup> Ibid., p. 310.

Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu ulterior desarquivamento a pedido da parte (artigo 475-J, § 5º do Código de Processo Civil).

### **3.1.6 – Da Crise do Processo de Execução**

Na sociedade contemporânea, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, não se pode mais conceber a garantia de acesso à justiça apartada da concepção de maior eficiência do seu resultado, na medida em que, cada vez mais, são depositadas maiores exigências e expectativas sobre a prestação da tutela jurídica, reclamando os cidadãos por um melhor desempenho da atividade jurisdicional, na busca dos objetivos proclamados na Carta Maior.

Porém, Maria Elizabeth Castro Lopes, com pesar, constata que a realidade forense está muito longe de consagrar os ideais anunciados na Lei Fundamental.<sup>357</sup> Caram Junior também constata que não são poucos os problemas estruturais que acometem o Poder Judiciário. Dentre os inúmeros e exaustivamente já conhecidos pela comunidade jurídica, pode-se destacar a falta de material humano e tecnológico; falta de espaço físico adequado para os trabalhos das serventias; o reduzido número de magistrados; entre outros.<sup>358</sup>

Essas distorções crônicas, e todas as iniciativas em combatê-las têm-se mostrado de feito simplesmente cosmético – não trata do problema, apenas disfarça – uma vez que se distanciam do real problema, que é, verdadeiramente, a falta de aparelhamento ao Judiciário para o aperfeiçoamento da sua estrutura.<sup>359</sup>

A seu turno, Fernandes reuni outros fatores heterogêneos que devem ser melhorados para que tal mister seja alcançado:

(...) pela busca constante de aprimoramento do ordenamento jurídico; pela ampliação de acesso à justiça mediante o fortalecimento dos órgãos voltados para a assistência judiciária em prol dos hipossuficientes; pelo incremento da tutela jurisdicional coletiva; pela adoção de políticas

---

<sup>357</sup> LOPES, Maria Elizabeth Castro. *Reflexões sobre o devido processo legal e a execução civil*, p. 390.

<sup>358</sup> CARAM JUNIOR, Moacyr. *Processo de execução: as excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade humana*, p. 123.

<sup>359</sup> Idem.

concretas nos tribunais para melhorar o serviço judiciário, seja sob a ótica de quem tem função de prestá-lo, seja de quem são os seus destinatários; pelo comprometimento da jurisprudência no objetivo de extrair dos sistemas jurídicos material e processual dos melhores resultados em termos de eficiência e justiça; pelo indispensável trabalho doutrinário para aparelhar tecnicamente o intérprete e aplicador da lei nessa tarefa.<sup>360</sup>

Para se alcançar as aspirações aclamadas pela Constituição Federal, o processo de execução se mostra de suma importância, uma vez que é a modalidade de tutela jurisdicional destinada em satisfazer o direito da parte. Entretanto, é facilmente constatada a falta de efetividade da execução que não tem apresentado bons resultados práticos.

Para Caram Junior o problema com a efetividade do processo se agrava mais na execução civil que tem natureza satisfativa por excelência, mas que na prática não tem demonstrado a necessária eficiência, pelo contrário, revela-se cada vez menos razoável economicamente e de eficácia coativo-expropriatória regular.<sup>361</sup>

Segundo Lopes no processo de execução a frustração do credor é cada vez mais revelada pela “demora na prática dos atos processuais, excessiva burocracia cartorária, atos atentatórios à dignidade da justiça, despesas judiciárias crescentes, etc”, constatando, após percorrer anos a fio o sinuoso caminho processual, de que obteve, entre muitos aborrecimentos, senão uma vitória de Pirro.<sup>362</sup>

Destaca-se que o processo de execução já tem como primado o princípio da eficiência – busca direcionar os atos executivos para satisfazer o direito do credor, respeitando, entretanto, a menor onerosidade possível para o devedor – que orientou diversas reformas no Código de Processo Civil buscando melhorar o sistema processual, não conseguiu alcançar um procedimento realmente efetivo.<sup>363</sup>

---

<sup>360</sup> FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional*, p. 420.

<sup>361</sup> CARAM JUNIOR, Moacyr. *Processo de execução: as excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade humana*, p. 122.

<sup>362</sup> LOPES, Maria Elizabeth Castro. *Reflexões sobre o devido processo legal e a execução civil*, p. 390. “Vitória pírrica ou vitória de Pirro é uma expressão utilizada para expressar uma vitória obtida a alto preço, potencialmente acarretadora de prejuízos irreparáveis. A expressão recebeu o nome do rei Pirro do Épiro, cujo exército havia sofrido perdas irreparáveis após derrotar os romanos na Batalha de Heracleia, em 280 a.C., e na Batalha de Ásculo, em 279 a.C., durante a Guerra Pírrica. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Vit%C3%B3ria\\_p%C3%ADrrica](http://pt.wikipedia.org/wiki/Vit%C3%B3ria_p%C3%ADrrica). Acesso em: 14 de maio de 2010.

<sup>363</sup> FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional*, p. 420.

Todavia, os operadores do direito se esquecem que técnicas processuais já consagradas no ordenamento jurídico são capazes de imprimir efetividade à tutela jurisdicional, como, por exemplo, as medida acautelatórias, previstas no artigo 615, inciso III do Código de Processo Civil,<sup>364</sup> conforme buscou-se demonstrar nos tópicos que seguem.

### **3.2 – Medidas Acautelatórias no Processo de Execução**

Segundo Eduardo Talamini, quando da edição do Código de Processo Civil de 1973, o legislador idealizou uma autonomia procedimental, destacando, assim, um processo cautelar autônomo, relevante para a sistemática processual e incentivando a sua utilização, que logo demonstrou-se de extrema importância para minorar as deficiências do processo de conhecimento.<sup>365</sup>

Aqui vale lembrar que as tutelas de urgência foram idealizadas para proteção do direito que se encontrava diante de um risco plausível de, ante o desenrolar de toda atividade jurisdicional, não se efetivar, tornando-se necessárias a adoção de medidas que, de forma imediata, garantam ou antecipem os efeitos da decisão final, sob pena da impossibilidade de execução futura.

Desse modo, surgem tutelas que demandam por procedimentos e ritos especiais, mais ágeis e aptos a proteger ou antecipar, durante o trâmite do processo, o objeto da ação até a decisão final da lide.

Porém, o autor adverte que surgiram críticas a tal sistemática, uma vez que o processo cautelar, da forma em que foi concebido, desenvolvia-se de maneira autônoma até a concessão da medida liminar, e, depois, acabava sendo absorvido pelo processo principal, revelando-se necessária uma reformulação do sistema para possibilitar a “concessão de medida urgente como simples providência incidental ao processo em curso.”<sup>366</sup>

---

<sup>364</sup> Segundo Eduardo Talamini “O significado do dispositivo é claro, Ele estabelece a desnecessidade de um processo cautelar incidental ao processo executivo: as providências urgentes relevantes para a execução serão requeridas e definidas dentro do próprio procedimento executivo. Essa regra, contudo, mereceu pouca atenção e aplicação. Permanece em larga medida esquecida na disciplina do Livro II do Código.” (TALAMINI, Eduardo. Tutela urgente na execução. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 391).

<sup>365</sup> Ibid., p. 389.

<sup>366</sup> Ibid., p. 390.

Na verdade a maior preocupação do legislador da época era estabelecer uma rígida separação entre as atividades cognitiva e executiva, na tentativa de manter “puro” o processo de conhecimento, eliminando do mesmo qualquer atuação executiva. No entanto, na atividade cautelar, ao bem da verdade:

(...) cognição e execução reúnem-se como reflexo de um interesse de agir “único e indivisível. A tutela cautelar só se cumpre efetivamente com a plena atuação prática da cautela. Quem precisa de providência cautelar (e isso vale para a generalidade das medidas de urgência) necessita não apenas de provimento cognitivo reconhecendo a plausibilidade de seu direito, mas principalmente da imediata concretização da medida. Por isso, na função cautelar (ou, mais amplamente, na tutela de urgência), “execução” e cognição não estão reunidas como uma das fases distintas que se sucedem: entremesam-se no seu curso. O apeço pela manutenção de um processo cognitivo puro, isento de providências materiais de alteração da realidade fática, levou o legislador de 1973 a conceber um processo próprio para a função urgente.<sup>367</sup>

A rigorosa diretriz separatista inspiradora do Código de Processo Civil de 1973, alguns anos depois restou superada, por exemplo, com o advento das Leis nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994 e 11.232 de 22 de dezembro de 2005, que combinavam atividades cognitivas e executivas.<sup>368</sup>

Contudo, com relação ao processo de execução, desde a sua origem, o legislador veiculou regra que estabeleceu um regime diferente para as medidas urgentes que se fizessem necessárias no transcurso da execução, traduzida pelo disposto no artigo 615, inciso III, que consagra a possibilidade do credor pleitear medidas acautelatórias.<sup>369</sup>

Pois várias são as situações, dentro do processo de execução, que podem reclamar por medidas de urgência que garantam a efetividade da tutela jurisdicional executiva, como, por exemplo, a dilapidação ou ocultação do patrimônio engendrada pelo devedor, na tentativa de se eximir de futuras medidas expropriatórias no processo de execução.

A atividade jurisdicional, diante do risco e do perigo de dano, demanda uma prestação específica e imediata, para evitar a perda ou deterioração do direito do credor, seja pelo

---

<sup>367</sup> Idem.

<sup>368</sup> Idem.

<sup>369</sup> Ibid., p. 391.

decorso do tempo, seja por outros meios lesivos, já que a morosidade do processo pode ser um dos maiores inimigos da parte.

Desta forma, o legislador buscou dotar o exequente de mecanismos para defender o seu direito e salvaguardar o recebimento do seu crédito. Contudo, restam algumas dúvidas: O que são as medidas acautelatórias? Qual é o seu objeto, finalidade, requisitos, etc? Elas realmente conferem efetividade ao processo executivo?

### 3.2.1 – Conceito e Objeto

A medida acautelatória encontra-se prevista no artigo 615, inciso III do Código de Processo Civil, localizado dentro do Livro II – Do Processo de Execução, mas especificamente incluído no Título I – Da execução em geral, contendo a seguinte redação:

Art. 615. Cumpre ainda o credor:  
(...)  
III – pleitear medidas acautelatórias urgentes;<sup>370</sup>

Cumpre ressaltar que o processo de execução é célere, sendo incompatível com seu procedimento qualquer medida cautelar que não se demonstre urgente. Também é da natureza dos provimentos cautelares a urgência, ficando evidenciado a prescindibilidade do termo urgente. Bastaria então que constasse no inciso III do artigo 615 “medidas acautelatórias”, para se presumir a necessidade inerente de urgência.

Rodrigues conceitua as medidas acautelatórias como sendo uma espécie do gênero medidas cautelares – tutelas de urgência – previstas além das medidas cautelares chamadas inominadas ou atípicas, ligadas ao poder geral de cautela; das cautelares nominadas ou típicas, reguladas sob a denominação de procedimentos cautelares específicos e das cautelares de ofício, destinadas para garantir a efetividade do processo e com o objetivo de atender aos reclamos de uma efetiva tutela jurisdicional.<sup>371</sup>

Trata-se do conjunto de providências cautelares destinadas a preservar a eficácia ou utilidade do processo de execução, identificando-se como simples incidentes de execução

---

<sup>370</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*.

<sup>371</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 63-64.

para garantir a prática dos atos executivos do próprio processo em andamento.<sup>372</sup> Rodrigues ainda indica que a lei, ao possibilitar a utilização de tais medidas no processo de execução, concede ao credor não só o direito de salvaguardar seu crédito, mas também o de proteger os bens dados em garantias à execução.<sup>373</sup>

Para Talamini o significado do dispositivo legal é claro, uma vez que dispensa a formação de um processo cautelar incidental ao processo execução, estabelecendo que providências urgentes, relevantes para a execução, poderão ser requeridas e deferidas dentro do próprio processo executivo.<sup>374</sup>

O objetivo das medidas acautelatórias é preservar o resultado útil da ação de execução em curso, constituindo meios de resguardar bens do devedor para uma efetiva prestação da tutela executiva, harmonizando de maneira sólida a segurança, rapidez e efetividade do processo, na busca constante da ordem jurídica justa.<sup>375</sup>

Portanto, as medidas acautelatórias têm como objetivo oferecer condições para a plena satisfação do direito do credor, assegurado pelo processo de execução.

### **3.2.2 – Natureza e Finalidade**

Segundo Rodrigues referidas medidas no processo de execução constituem providências acautelatórias, uma espécie de medidas cautelares, mostrando uma similaridade com as cautelas de ofício, classificando-se como ato judicial de natureza administrativa.<sup>376</sup>

Referido autor indica que as medidas acautelatórias enquadram-se também como tutela diferenciada, uma vez que, embora seja uma providência cautelar, dispõe de uma característica comum, qual seja, buscam assegurar a efetividade do processo em andamento.<sup>377</sup>

---

<sup>372</sup> Ibid., 64.

<sup>373</sup> Ibid., p. 63.

<sup>374</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela urgente na execução*, p. 391

<sup>375</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 65.

<sup>376</sup> Ibid., p. 66.

<sup>377</sup> Ibid., p. 67.

Todavia, a finalidade das medidas acautelatórias é indiscutivelmente a de assegurar um resultado prático e efetivo do processo em curso. Por isso, tendo conhecimento de que o executado está a praticar atos (alienando ou ocultando bens) que venham a prejudicar o êxito da execução, deve o juiz determinar medidas que impeçam a realização de tal ato prejudicial.<sup>378</sup>

Desta forma, para referido autor tais medidas podem ser concedidas a pedido da parte ou *ex officio* no próprio processo em andamento, isto é, independentemente do ajuizamento de um processo cautelar, configurando-se como incidentes do processo em curso, formalizam-se em função desse processo preexistente, ao qual se vinculam e do qual dependem,<sup>379</sup> com o propósito de preservar a eficácia ou utilidade do processo de execução, ou seja, garantir a plena satisfação do direito do credor.

O autor indica como exemplos de medidas acautelatórias que podem ser decretadas pelo juiz de ofício no curso do processo de execução, as regras dispostas nos artigos 653 – permissão para o oficial de justiça proceder o arresto de bens que garantam a execução quando não localiza o devedor – 670 – autorização para alienação antecipada de bens penhorados quando sujeitos a deterioração, depreciação, ou ainda quando houver manifesta vantagem – 793 – ainda que suspensa a execução é proibido a prática de quaisquer atos processuais, porém, é permitido ao juiz ordenar providências cautelares urgentes.<sup>380</sup>

Eduardo Melo de Mesquita também entende que as medidas acautelatórias representam extensão do poder geral de urgência do juiz, razão pela qual independe de iniciativa do exequente, inserindo-se nos poderes oficiosos do juiz.<sup>381</sup>

Para Eduardo Talamini as medidas acautelatórias não podem ser compreendidas como uma restrição à adoção de medidas meramente conservativas – cautelares em sentido estrito – abrangendo também as providências antecipatórias – satisfativas – retratando o poder geral de cautela.<sup>382</sup>

---

<sup>378</sup> Ibid., p. 68.

<sup>379</sup> Ibid., p. 66.

<sup>380</sup> Ibid., p. 65.

<sup>381</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas de urgência na execução civil. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coords.). *Execução Civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 119.

<sup>382</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela urgente na execução*, p. 393.

Entretanto, tal afirmação, segundo Talamini, poderá conduzir o operador do direito ao equívoco, pois a mesma deve ser entendida com ressalvas e temperamentos:

O poder geral do juiz para outorga da tutela urgente não implica, por si só, a autorização para a concessão de medidas urgentes de ofício. No âmbito das providências antecipatórias, a atual regra consagradora do poder geral prevê a necessidade de requerimento da parte (CPC, art. 273, *caput*). Portanto, o poder geral nada aí tem a ver com um poder para a concessão de ofício em toda e qualquer hipótese. Tampouco é essa a leitura que a doutrina e jurisprudência majoritária fazem, por exemplo, do art. 797 do Código de Processo Civil, que consagra a possibilidade excepcional da adoção de medidas cautelares de ofício (“Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”).<sup>383</sup>

Contudo o autor destaca que por conta da essência da atividade executiva, representada pela realização prática e física de comandos do ordenamento jurídico, ora dobrando a vontade do executado, ora operando apesar dela, é mais frequente a configuração de situações de afronta a atividade jurisdicional, que por si só justifica a adoção de medidas de ofício, que advém da atividade executiva e não propriamente da regra disposta no artigo 615, inciso III, do Código de Processo Civil.<sup>384</sup>

Vale lembrar que o processo de execução visa satisfazer o direito do credor, com ou sem a colaboração do devedor. Aliás, o ideal seria que o credor, através da execução, obtivesse os mesmos efeitos que produziria a satisfação voluntária do direito pelo devedor, por isso, as medidas acautelatórias visam possibilitar que o resultado prático desejado com o processo, seja alcançando pelo exequente.

Rodrigues destaca que as medidas acautelatórias só vieram reforçar a eficiência do processo de execução, e, portanto, imprimir maior efetividade a tutela jurisdicional, direito fundamental, salvaguardado pelo Constituição Federal.<sup>385</sup>

Por sua vez, Rita Quartieri, valendo-se das lições de Pontes de Miranda, indica que a urgência no processo de execução pode ser tutelada por medidas satisfativas ou medidas

---

<sup>383</sup> Ibid., p. 395-396.

<sup>384</sup> Ibid., p. 397.

<sup>385</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 69.

cautelares “medidas de execução para a segurança e medidas de segurança para a execução.”<sup>386</sup>

As **medidas de execução para a segurança** assemelham-se aquelas exaradas em sede de conhecimento de execução antecipada, ou seja, adianta-se a prática de atos executivos, a fim de acelerar o itinerário ou inverter fases da execução já instaurada. Devido a essa satisfatividade, caracterizam-se pela antecipação do conteúdo dos próprios atos executivos, executando-se antecipadamente para a segurança do direito material.<sup>387</sup>

Tais medidas de execução tratam-se do arresto executivo, da alienação antecipada de bens, da penhora *on line* e da execução provisória – que representa antecipação da própria execução, com o adiantamento de alguns ou de todos os atos que compõem o itinerário, mediante a prestação de caução.<sup>388</sup>

Assim, a autora indica que “além dessas medidas ‘típicas’, o poder acautelatório em execução dá ênfase a medidas inominadas. O art. 615, III, do CPC, não obstante se refira a medidas ‘acautelatórias’, também compreende medidas satisfativas.”<sup>389</sup>

As **medidas de segurança para a execução** são medidas cautelares que, como tal, visam apenas assegurar a tutela executiva, diante do perigo de dano iminente. Tratam-se de medidas de segurança específicas, como, por exemplo, a averbação do ajuizamento de execução e a indisponibilidade de bens para assegurar a penhora *on line*; mas o poder acautelatório em execução e o poder cautelar de ofício que autorizam medidas inominadas,

---

<sup>386</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 40.

<sup>387</sup> Idem.

<sup>388</sup> Ibid., p. 41. “O arresto executivo é medida de execução para segurança. Antecipa a própria penhora, e, desse modo, satisfaz. Não se confunde com o arresto cautelar, o qual não dispensa os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A pré-penhora independe desses pressupostos, bastando que o devedor não seja encontrado para o ato de citação. A penhora *online* é penhora. Não é, na verdade, nova espécie de penhora, mas forma de efetivá-la, por meio eletrônico. E esta ‘forma’ revela adiantamento, a ensejar o ato construtivo antes mesmo da citação do devedor. A alienação antecipada de bens também é ato executivo; medida de execução para a segurança. O risco de deterioração, depreciação ou desvalorização de bens penhorados autoriza a antecipação de ato (ou fase) de expropriação. A execução provisória é execução antecipada e ‘completa’. Ela não é distinta da execução definitiva, já que os atos executivos ali praticados não se desfazem. Sendo execução adiantada (satisfativa), é medida de execução para a segurança.” (Idem).

<sup>389</sup> Idem.

facultando ao juiz vedar a prática de determinados atos, e, autorizar a prática de outros, para garantir execução futura.<sup>390</sup>

Ainda na seara das medidas de segurança para a execução, Quartieri indica a previsão desse tipo de medidas também na legislação especial, como é o caso da indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa, na liquidação extrajudicial, e para garantir execução fiscal.<sup>391</sup>

Por fim, referida autora descreve que há também uma terceira espécie de medidas urgentes de segurança da execução trazidas pelo veículo da “ação” cautelar. Tratam-se das ações cautelares típicas o arresto cautelar, o arrolamento de bens e o protesto contra alienação de bens.<sup>392</sup>

Conquanto, cumpre salientar que para a autora, referidas medidas de execução para a segurança e de segurança para a execução são previstas para o procedimento de execução de quantia certa contra devedor solvente, sendo certo que os outros procedimentos, devido as suas peculiaridades, reclamam por outros tipos de medidas urgentes, como o sequestro para a ação de execução de entrega de coisa.

Ademais, mais especificamente analisando o disposto no artigo 615, inciso III do Código de Processo Civil, Rita Quartieri entendeu importante distinguir se referida norma

---

<sup>390</sup> Idem. “A averbação do ajuizamento da execução tem fundamento no art. 615-A, do Código de Processo Civil, o qual estabelece a possibilidade de o exequente, depois de distribuída a execução extrajudicial, obter certidão comprobatória de seu ajuizamento, para o fim de averbá-la junto ao registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeito à penhora ou arresto. Cuida-se de medida voltada à preservação da responsabilidade patrimonial, apta a impedir o desfazimento do patrimônio do devedor, de molde a conservar bens suficientes para a penhora. Não é ato executivo, e nem medida de execução, já que apenas garante a existência de bens, mas não os vincula ao ato futuro de constrição. A indisponibilidade de bens é medida cautelar com a finalidade de assegurar a tutela do direito de crédito, que consiste na imposição de restrição à disposição de patrimônio, para evitar a sua dilapidação.” (Ibid., 41-42).

<sup>391</sup> Ibid., p. 41.

<sup>392</sup> Ibid., p. 42. “O arresto é ação cautelar destinada a assegurar a efetividade do direito à obtenção de soma. Como não é ato de execução, mas medida de segurança, ele não individualiza patrimônio e nem veicula à execução; apenas apreende para evitar a dilapidação. O arrolamento de bens é ação cautelar com finalidade de inventariar e proteger bens litigiosos que se encontrem em perigo de extravio ou alienação, e que se efetiva mediante a descrição dos bens e seu depósito. Dentro da casuística do arrolamento, o § 2º do art. 857 do CPC autoriza ao credor de arrecadação da herança a requerer o arrolamento, para assegurar um provável direito de crédito. Pelo protesto contra a alienação de bens se manifesta, pelo veículo da jurisdição, um pretense direito de crédito (ou à obtenção de coisa) que poderá, ou não, ser exigido em ação. Mas, por conferir publicidade, o ato culmina por garantir execução.” (Idem).

compreende apenas as medidas cautelares, ou se também enseja medidas satisfativas, que eventualmente possam ser necessárias a regular a urgência.<sup>393</sup>

Para tanto a autora lembra que o dispositivo foi inserido num contexto onde ainda não existia a tutela antecipada, e, por diversas vezes a tutela cautelar era utilizada com desvio de finalidade, para abarcar situações emergenciais de toda ordem.<sup>394</sup>

Vale lembrar que a tutela executiva, para seu regular desenvolvimento, requer a prática de atos concretos, sendo certo que, no transcurso do processo, várias situações podem reclamar pela tutela de urgência, seja para assegurar um direito ou adiantar seus efeitos.<sup>395</sup>

Desta forma, uma visão tímida sobre o alcance das medidas acautelatórias – entendendo-as apenas como medidas cautelares de proteção ao direito e da efetividade da tutela jurisdicional – poderá desprestigiar situações em que o próprio ordenamento jurídico resolveu prestigiar – concedendo força executiva para alguns tipos de título<sup>396</sup> - fazendo com que o credor busque na tutela jurisdicional cognitiva a antecipação de resultados práticos mais eficazes que no processo de execução.<sup>397</sup>

Para tanto, contudo, devido as suas peculiaridades, a fórmula antecipada deve ser adaptada, sendo dispensável a prova inequívoca da verossimilhança, uma vez que tal prova já se encontra estampada no título, sendo necessária apenas a apuração da verossimilhança do direito à medida executiva perseguida, ausentes óbices legais como no caso das impenhorabilidades, etc.<sup>398</sup>

O risco de dano é o mesmo, qual seja, a possibilidade de esvaziamento do processo, ante o aniquilamento do direito. Todavia, há situações em que o legislador presume o dano como no arresto quando o devedor não é localizado, ou a penhora *on line*. Em outras situações o legislador impôs condições para configuração da situação de risco como, por exemplo, na

---

<sup>393</sup> Ibid., p. 43.

<sup>394</sup> Idem.

<sup>395</sup> Idem.

<sup>396</sup> Vide artigo 585 do Código de Processo Civil.

<sup>397</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 43.

<sup>398</sup> Ibid., p. 44.

alienação antecipada de bens que exige a demonstração do risco de deterioração, depreciação ou desvalorização dos bens, conforme dispõe o artigo 670 do Código de Processo Civil.<sup>399</sup>

Assim, Quartieri conclui que as medidas acautelatórias compreendem medidas antecipatórias satisfativas – de execução para a segurança – e medidas cautelares – de segurança para a execução.<sup>400</sup>

Em que pese as sensíveis contribuições alcançadas com as discussões doutrinária quanto a natureza jurídica e finalidade de institutos processuais, que sempre são salutares para o desenvolvimento da ciência jurídica, porém, em algumas situações, as teses apresentadas revelam-se desprovidas de bons argumentos, servindo apenas de perfumaria.

Contudo, no intuito de construir um bom alicerce teórico que infirme a dogmática jurídica ora existente, colaciona-se importante lição de Márcio Louzada Carpena sobre o poder geral de cautela e as cautelares *ex officio*:

O poder cautelar genérico, cuja previsão está no art. 797 do código processual civil que diz que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”, é providência posta a disposição do juízo para agir de ofício, em casos específicos, quando houver fundado receio de prejuízo ao processo. Em outras palavras, é instituto de defesa da própria jurisdição, posta a favor do magistrado, entretanto limitado pela necessidade de previsão legal autorizadora da ordem. Esse poder cautelar genérico, assim como o poder geral de cautela se manifesta por meio de medida cautelar; só que, enquanto esse, inexoravelmente, deriva de provocação do juízo por uma das partes, formalizando um processo cautelar; aquele terá origem *ex officio* a partir de decisão do juiz incidentalmente, no próprio processo onde se busca o bem da vida, com o intuito de resguardar a atividade judicial já provocada, ficando “restrito” a casos excepcionais e expressamente previstos em lei.<sup>401</sup>

Colacionar a lição de Carpena sobre as medidas cautelares *ex officio* revelou-se de suma importância, na medida em que, sua simples leitura revela as principais características das medidas acautelatórias, especialmente quando expõe tratar-se de providência posta a disposição do juízo quando houver fundado receio de prejuízo ao processo, constituindo verdadeiro instituto de defesa da própria jurisdição.

---

<sup>399</sup> Idem.

<sup>400</sup> Idem.

<sup>401</sup> CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002*, p. 180.

Ou quando ensina que, assim como o poder geral de cautela se manifesta por meio de medida cautelar, só que, neste caso se origina a partir de decisão do juiz, de forma incidental no bojo do próprio processo onde se busca o bem da vida, com o intuito de resguardar a atividade judicial já provocada, podendo assim ser efetivada sem a provocação do juízo por uma das partes ou formalização de um processo cautelar.

As medidas cautelares de ofício e as medidas acautelatórias guardam semelhança tão profunda que vários são seus pontos de similitude: deferimento por mero despacho do juiz, incidentalmente à lide já proposta, não se confundindo com ação, para bem assegurar ou prevenir a prestação da tutela jurisdicional, a favor da segurança e do resguardo do resultado eficaz e válido dentro do processo principal, pois há situações em que simplesmente é impossível dar ciência as partes para que possam provocar o juízo, antes que se perpetue o dano, não podendo, no entanto, o juiz se furtar ou se eximir de decidir, diante da função jurisdicional assumida pelo Estado.<sup>402</sup>

O juiz não pode deixar de agir em busca da utilidade da prestação jurisdicional, somente porque inexistente previsão legal para tanto, autorizando-o a resguardar a efetividade da atividade de toda máquina estatal apenas ao requerimento da parte, o que gera até certa estranheza já que no caso de suspensão do processo de execução, quando é proibida a prática de quaisquer atos processuais, pode o juiz, no entanto, ordenar providências cautelares urgentes, conforme a regra dos artigo 793, do Código de Processo Civil.<sup>403</sup>

Ademais, salienta-se que Carpena já criticava a posição do legislador quando limitou a utilização da cautelar *ex officio* a situações expressamente autorizadas por lei, uma vez que impede o magistrado, enquanto administrador do processo, deliberar a favor da efetividade do processo, da justa distribuição da justiça e de proteção ao direito invocado pela parte:

Ora, tratando-se de providência com cunho meramente acautelatório e de simples segurança, que vêm em defesa da jurisdição e, não, de uma das partes, não se justifica tal restrição do legislador, ainda mais porque, na realidade, o poder cautelar genérico deve ser compreendido na correta perspectiva de manifestação de um poder de polícia judiciária, não se

---

<sup>402</sup> Ibid., p. 183.

<sup>403</sup> Ibid., p. 184.

concebendo que fique, portanto, condicionado a casos taxativos, que o torna estéril.<sup>404</sup>

Desta forma, diante de tão esclarecedora lição, a redação do artigo 615 *caput*, do Código de Processo Civil – “cumpre ainda ao credor” – não deve limitar o campo de atuação das medidas acautelatórias apenas para as hipóteses em que a mesma é pleiteada pela parte, pois tal circunstância esvaziaria referido instituto além de colocar em risco a efetividade do processo.

Assim, não se pode compreender que o juiz fique inerte, simplesmente aguardando o requerimento da parte, perante situações periclitantes, que sem dúvidas, trarão prejuízos à sua própria manifestação futura a respeito do conflito de interesses, ou mesmo a efetividade e eficiência de sua declaração apenas ao final do processo.<sup>405</sup>

Carpena ainda ensina que através de interpretação conjuntural e sistemática, verifica-se que a limitação imposta pelo dispositivo legal contraria a moderna concepção da atual ordem jurídica que zela pela efetividade e eficiência da prestação jurisdicional. Além disso:

A interpretação justa da lei é sempre aquela que afasta a norma injusta, naquilo em que nela for parcial ou totalmente reputado como iníquo e contrário ao sistema geral da ordem jurídica, o qual se pressupõe, sob pena de irracionalidade e ilegitimidade, como sendo voltado ao entendimento dos fins sociais e às exigências do bem comum.<sup>406</sup>

Assim, as medidas acautelatórias não ficam adstritas somente a uma espécie de tutela cautelar prevista no ordenamento, podendo ser utilizadas sempre que houver necessidade de uma atividade judicial capaz de resguardar a justa e efetiva tutela jurisdicional.

Aliás, esse será o norte do novo Código de Processo Civil, insculpido pelas proposições do seu anteprojeto que prevê não apenas a eliminação do Livro III “Do Processo Cautelar”, substituindo-se por disposições na parte geral sobre as tutelas de urgência, bem como dispondo que o juízo, ainda que incompetente, poderá decretar medidas urgentes para evitar o perecimento do direito.

---

<sup>404</sup> Ibid., p. 181.

<sup>405</sup> Idem.

<sup>406</sup> Ibid., p. 184.

Além disso, ressalva-se que os poderes do juiz serão ampliados, para dentre outras providências, adequarem as fases e atos processuais as peculiaridades do conflito, na busca de conferir maior efetividade a tutela do bem jurídico, porém, sempre respeitando o princípio fundamental do devido processo legal.

### 3.2.3 – Requisitos Essenciais

O Código de Processo Civil não dispôs, pormenorizadamente, sobre os requisitos necessários para a concessão das medidas acautelatórias, o que impõe, por ora, remissão as disposições gerais das tutelas cautelares propriamente ditas. Além disso, vale lembrar que como às medidas previstas no artigo 615, inciso III, do Código de Processo Civil, são espécie do gênero medidas cautelares, apresentando uma similaridade com as cautelares de ofício, aplicam-se também, por analogia, àquelas as regas desta.<sup>407</sup>

Assim, os requisitos exigidos para a concessão de tais medidas não seguem o disposto no artigo 801 do Código de Processo Civil, tendo em vista que, como é medida incidental dentro do processo de execução, ou seja, não possui autonomia procedimental – depende do processo que a justificou – só pode ser concedida em casos excepcionais, em situações previstas na lei e em outras situações que justificam a defesa do direito do credor na satisfação de seu crédito.<sup>408</sup>

Desta forma prescreve o artigo 801 do Código de Processo Civil que o requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, onde indicará:

- I – a autoridade judiciária, a que for dirigida;
- II – o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido;
- III – a lide e seu fundamento;
- IV – a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão;
- V – as provas que serão produzidas.<sup>409</sup>

Entretanto Rodrigues ressalva que tais requisitos se aplicam especificamente às ações cautelares, e não às medidas acautelatórias, porém, alguns desses requisitos, em princípio, se

---

<sup>407</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 71-72.

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>409</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*.

fazem necessários para justificar qualquer concessão de providências cautelares dentro do processo em andamento, sejam elas concedidas *ex officio*, sejam a requerimento do credor.<sup>410</sup>

Assim, devido as especificidades desse tipo de medida de urgência, alguns requisitos podem ser facilmente superados. A concessão de medida acautelatória, quando pleiteada pela parte, requer simples petição escrita, necessariamente dirigida ao juízo da execução, já que se trata de incidente do processo em andamento, porém sem que seja preciso apresentar a qualificação das partes.

Também não há a necessidade de indicar a lide e seu fundamento, pois tal requisito só é exigido quando se tratar de medida cautelar requerida em procedimento preparatório, conforme disposto no parágrafo único do próprio artigo 801.

Eduardo Talamini entende ser necessário para a concessão de medida acautelatória à presença concomitante dos pressupostos gerais das medidas urgentes: perigo de dano de difícil reparação e plausibilidade do direito.<sup>411</sup>

Porém, para Rodrigues, estando demonstrada a existência da necessidade de segurança do processo em andamento, em razão de risco iminente, restará, assim, evidente o interesse legítimo do credor em eliminá-lo, requerendo, para tanto, as medidas acautelatórias dentro do próprio processo executivo, devendo o receio de lesão ser objetivo, ou seja, baseado em motivo justo e concreto, não bastando o simples temor subjetivo.<sup>412</sup>

Todavia, referido autor indica que:

Assim, do exame feito destacamos que o *periculum in mora* identificado com o interesse legítimo deve estar presente no momento da concessão das medidas acautelatórias. Por isso, se não houver dano, perigo que venha comprometer o resultado prático do processo de execução em andamento, não há por que deferir as providências cautelares. De outra parte, quanto ao *fumus boni iuris*, que constitui uma pré-avaliação do direito alegado pelo autor em ação principal, não há por que exigí-lo como requisito para deferimento de medidas acautelatórias, já que tais medidas não configuram ação propriamente dita, mas sim providências cautelares, que integram, *incidenter tantum*, os próprios autos do processo de execução ou de

---

<sup>410</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 73.

<sup>411</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela urgente na execução*, p. 393.

<sup>412</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 74.

conhecimento no qual referidas providências se tornam necessárias para plena efetividade do processo.<sup>413</sup>

Desta forma, nas medidas acautelatórias concedidas no bojo da ação de execução não se examina o *fumus boni iuris* exatamente porque tais medidas não tem o condão de constituírem ações autônomas, não se cogitando nelas sobre a aparência do direito, pois tal análise será feita no próprio processo em que justificou seu pleito, e nesse processo já resulta razoável convicção da existência ou inexistência desse direito.<sup>414</sup> Além disso, ressalva que no processo de execução resta mais que evidente o direito ao crédito do exequente consubstanciado pelo título executivo.

Aliás, segundo as proposições do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, as tutelas de urgência satisfativa, poderão ser deferidas nos casos de direito em estado de periclitacão ou evidência, prevendo-se a dispensa dos requisitos cumulativos.

Por fim, o Rodrigues rejeita a necessidade de indicação de novas provas, pois, pressupõe-se existirem documentos no processo que comprovem o estado de perigo, já que, na maioria das vezes, tais medidas são concedidas *ex officio*. No entanto, se as providências cautelares forem requeridas pelo credor, as provas deverão integrar o pedido.<sup>415</sup>

### 3.2.4 – Procedimento

Para o desenvolvimento válido do processo de execução a lei processual estabeleceu que compete ao credor instruir a petição inicial com o título executivo, demonstrativo do débito e prova da condição ou termo – inadimplência.<sup>416</sup> Após o cumprimento de tais exigências é possível ainda ao exequente pleitear outras providências, dentre as quais as medidas acautelatórias.

Vale lembrar que as medidas acautelatórias se prestam quando houver fundado receio de dano ao direito do credor ou para garantir o bom êxito do processo de execução, isto é, conseguir um resultado rápido e eficaz para a efetividade da ação executiva.<sup>417</sup> Isso ocorre,

---

<sup>413</sup> Idem.

<sup>414</sup> Ibid., p. 75.

<sup>415</sup> Idem.

<sup>416</sup> Brasil, *Código de Processo Civil*, artigo 614.

<sup>417</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 83.

pois, tais medidas garantem a prática dos atos executivos, preservando a eficácia e utilidade da prestação jurisdicional.

Segundo Rodrigues nas medidas acautelatórias, sejam elas nominadas ou inominadas, devem seguir algumas formalidades práticas para sua realização, porém, como nascem no curso do processo principal, já que são incidentes dele, prescindem das providências de um processo autônomo.<sup>418</sup>

Assim, essas medidas serão sempre concedidas no curso de um processo de execução já iniciado, não podendo o juiz conceder medidas acautelatórias sem que tenha havido seu ajuizamento pela parte interessada.<sup>419</sup>

Desse modo, o pedido do credor não fica adstrito à petição inicial, sendo certo que o exequente a qualquer momento, através de simples petição, poderá apresentar os fatos e requerer a providência que lhe pareça adequada.

Todavia, o juiz poderá conceder medidas acautelatórias de ofício, sem a oitiva de nenhuma das partes, quando verificar a existência no processo de execução de provas suficientes que comprovem a situação de perigo que possam comprometer o resultado útil do respectivo processo, bem como prejudicar o direito invocado pelo credor.<sup>420</sup>

Ao juiz, para concessão da medida, desde que presentes seus requisitos – competência do juízo, legitimidade das partes, interesse legítimo resultante do *periculum in mora* – é permitido deferi-la sem a oitiva do executado, uma vez que o exercício do contraditório neste momento poderá comprometer a eficácia da medida, conforme disposto no artigo 804 do Código de Processo Civil:

Portanto, quando o juiz, pela exposição dos fatos, pelas provas documentais já produzidas ou por aquelas acompanhadas com o pedido do exequente, chegar à convicção de que, com a intimação do executado, poderá este tornar inútil a medida pela alienação, subtração ou destruição do bem, capaz de causar prejuízo ao exequente, deverá o magistrado deferir tais medidas se ouvir o executado ou, ainda, deferi-las *ex officio* sem oitiva das partes.

---

<sup>418</sup> Ibid., p. 85.

<sup>419</sup> Idem.

<sup>420</sup> Ibid., p. 86.

Por sua vez, sendo concedida a providência acautelatória, o juiz, aí sim, deverá determinar a intimação do executado, pois terá ele a oportunidade de se insurgir contra tal decisão, por meio de agravo de instrumento.<sup>421</sup>

O legislador não fixou prazo para o requerimento das medidas acautelatórias, porém, como tais medidas se justificam no curso da execução, deverão ser pleiteadas enquanto o processo executivo estiver em andamento e, ainda, na iminência de satisfazer o crédito do exequente, poderá requerer ao juiz da causa medidas que venham a resguardar seu crédito e proteger os bens dados em garantia à execução.

No entanto, o deferimento das providências acautelatórias não depende da iniciativa do exequente, embora, na prática, seja credor o principal responsável em levar ao conhecimento do juiz a ocorrência de uma situação de perigo.<sup>422</sup>

Quanto aos meios de prova admitidos para o deferimento das medidas acautelatórias, Rodrigues dispõe que como são medidas incidentais do processo de execução em andamento, para sua concessão o credor deverá juntar prova documental, se esta já não foi produzida anteriormente, uma vez que como incidentes, não comportam ampla instrução, limitando-se a provar o *periculum in mora*.<sup>423</sup>

Tanto o exequente como o executado poderão pleitear medidas acautelatórias, decorrendo suas legitimidades do próprio título executivo, entretanto, em que pese ser o credor quem peça com maior frequência, o devedor também poderá requerer tais medidas, já que praticamente todas as providências dessa ordem voltam-se precipuamente para garantir a efetividade do processo executivo.<sup>424</sup>

### **3.2.5 – Efeitos das Medidas Acautelatórias para Efetividade da Prestação da Tutela Jurisdicional Executiva**

Assim, como o processo civil deve estar preparado para dar resultados justos, também deve estar adequadamente aparelhado para conferir resultados efetivos, contemplando técnicas que consigam atenuar os efeitos nocivos do tempo, evitando que situações urgentes

---

<sup>421</sup> Idem.

<sup>422</sup> Ibid., p. 85.

<sup>423</sup> Ibid., p. 87.

<sup>424</sup> Ibid., p. 90.

comprometam a eficácia do próprio instrumento ou do direito material nele reclamado. Tais institutos podem ser entendidos como técnicas de tutela preventiva do processo ou do direito material.<sup>425</sup>

Nesse passo, torna-se evidente que um procedimento de cadeia fechada como é o de execução, como inúmeras possibilidades de surgirem incidentes e acidentes de percurso que retardem a satisfação do direito, é possível que o tempo de espera da satisfação sacrifique também o resultado a ser obtido com a execução.<sup>426</sup>

Além disso, diante de suas peculiaridades, a tutela executiva reclama por meios executivos sempre adequados e tempestivos, o que significa dizer que o sistema deve contemplar o jurisdicionado com instrumentos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado no título executivo ou reconhecido em sentença que depende de execução, devendo ainda tal processo tramitar em prazo razoável, bem como que o sistema ofereça mecanismos que eliminem os riscos de dano que porventura surjam no seu itinerário, ou que dificultem a satisfação do exequente.<sup>427</sup>

A solução adotada pelo ordenamento para coibir estes riscos são as chamadas tutelas de urgência, que se revelam na função precípua de impedir que a prestação jurisdicional se torne inútil, seja em razão do tempo ou de danos marginais.<sup>428</sup>

Desta forma, verifica-se que as medidas acautelatórias fazem parte do objetivo e da finalidade do processo de execução, já que sua primordial consequência é trazer segurança para o desenvolvimento válido do processo, uma vez que tais providências têm como propósito garantir o resultado prático do processo em que elas foram requeridas e concedidas.<sup>429</sup>

Vale lembrar que o processo de execução visa a invasão do patrimônio do executado, independentemente da vontade deste, ou, em algumas situações, até mesmo contra a sua vontade, para, com a expropriação dos seus bens, alcançar a satisfação da obrigação, que

---

<sup>425</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, p. 165.

<sup>426</sup> Idem.

<sup>427</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*, p. 175.

<sup>428</sup> Ibid., p. 176.

<sup>429</sup> RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 83.

representa o mesmo resultado prático desejado pelo credor, que amparado pelo título executivo, vislumbra o adimplemento da dívida.<sup>430</sup>

Desta forma, o processo executivo deverá necessariamente ser conduzido de tal forma que todos os meios legais sejam perpetrados para satisfazer o crédito do credor, sendo colocado a sua disposição as medidas acautelatórias que visam proporcionar um resultado útil ao processo executivo em curso, constituindo, assim, meio de assegurar bens do devedor para uma efetiva prestação da tutela jurisdicional.<sup>431</sup>

Assim, o efeito das medidas acautelatórias no processo de execução é justamente o de oferecer a este processo a necessária segurança, rapidez e efetividade, no sentido de produzir o resultado prático útil almejado pelo credor, ou seja, a satisfação que o mesmo obteria se seu crédito tivesse sido voluntariamente satisfeito pelo devedor.<sup>432</sup>

Sobre as medidas acautelatórias, Marcelo Abelha Rodrigues destaca que:

(...) onde se lê no art. 615, III, que compete ao credor requerer na petição inicial da execução “as medidas acautelatórias urgentes”, não se deve fazer uma interpretação restritiva do dispositivo imaginando que aí estariam contempladas apenas as medidas cautelares genuínas de prevenção do processo, senão, antes, também as medidas urgentes satisfativas, pois, caso contrário, seria estimular, v.g., que o titular de um título extrajudicial (eficácia executiva abstrata) busque a tutela jurisdicional cognitiva porque esta lhe ofertaria técnicas de obtenção de resultado mais eficazes que o próprio processo de execução.<sup>433</sup>

Além disso, verifica-se que as medidas acautelatórias também se revelam em importantes institutos de defesa da própria jurisdição, uma vez que previnem a prestação da tutela jurisdicional, e resguardam um resultado eficaz e válido dentro do processo principal,<sup>434</sup> não ficando adstritas somente a uma espécie de tutela cautelar prevista no ordenamento, podendo ser utilizadas sempre que houver necessidade de uma atividade judicial capaz de resguardar a justa e efetiva tutela jurisdicional.

---

<sup>430</sup> Ibid., p. 83-84.

<sup>431</sup> Ibid., p. 84.

<sup>432</sup> Idem.

<sup>433</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, p. 165-166.

<sup>434</sup> CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002*, p. 183.

## CONCLUSÕES

Com a criação do Estado foram estabelecidas regras de direito material destinadas em regulamentar a vida em sociedade, cuja observância tornou-se imprescindível para a obtenção da paz social. Todavia, como é da própria natureza humana, às vezes, a quebra de algumas dessas regras revelou-se fato corriqueiro.

Por sua vez, o Estado, que institui essas normas de conduta, também impede que os indivíduos, através da autotutela, resolvam seus conflitos de interesse, assumindo para si uma função complementar daquela criadora do direito material, especificamente preocupada em impor coercitivamente o Direito, eliminando, assim, os desvios de conduta e eventuais prejuízos, buscando alcançar a pacificação social.

Trata-se da função jurisdicional do Estado, que elegeu o processo para concretizar as normas de direito material em favor daquele que tem razão.

O advento da Constituição Federal de 1988 implicou numa reformulação do ordenamento jurídico brasileiro, impondo com o transbordamento de seus valores – constitucionalização do Direito –, uma nova interpretação de velhos institutos, revelando, assim, a importância do processo na efetivação da tutela jurisdicional para concretização do direito material.

A tutela jurisdicional assumiu um novo papel no Estado contemporâneo, especialmente preocupado em alcançar resultados efetivos, concebendo o processo não como um simples instrumento técnico, mas um verdadeiro instrumento com fins sociais, políticos e jurídicos para serem realizados.

Assumindo tais escopos, o processo precisou ser repensado para funcionar de forma efetiva, devendo, para tanto, proporcionar, na medida do possível, a quem tem um direito, tudo aquilo, e, precisamente aquilo, que ele tem o direito de obter.

Essa compreensão moderna do processo implica, necessariamente, em uma nova leitura da ordem jurídica, principalmente do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal,

onde determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Com nova leitura do referido dispositivo, não se pode mais conceber a garantia de acesso á justiça apartada da concepção de maior eficiência do seu resultado, na medida em que, cada vez mais, são depositadas maiores exigências e expectativas sobre a prestação da tutela jurídica, reclamando os indivíduos por um melhor desempenho da atividade jurisdicional, na busca dos objetivos proclamados na Carta Maior.

Para a efetividade do processo busca-se adequar a melhor técnica processual a exigência de um sistema completo de proteção, que capacite o jurisdicionado em alcançar a pronta e integral satisfação do seu direito material.

Desta forma, um dos principais problemas a ser resolvido pela técnica processual é adequar a prestação da tutela jurisdicional em um espaço de tempo razoável, sem renegar o exercício de outras garantias fundamentais processuais também salvaguardadas pela Constituição Federal, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, entre outros.

Imbuído em tal mister, o legislador infraconstitucional dotou o sistema jurídico de uma espécie de tutela capaz de prevenir não apenas o perecimento do direito, como também assegurar o resultado prático do processo. Tratam-se das chamadas tutelas de urgência.

Diante da diversidade de modalidades de tutela de urgência o legislador previu uma em especial para ser utilizada no processo de execução – que é a forma de tutela destinada para satisfazer o direito da parte por excelência – que são as chamadas medidas acautelatórias previstas no artigo 615, inciso III do Código de Processo Civil.

Tais medidas constituem meio hábil não apenas em proteger o direito material invocado pela parte, mas, principalmente, revelam-se destinadas em assegurar a efetividade da tutela jurisdicional executiva, podendo ser consideradas institutos de defesa da própria jurisdição diante de qualquer situação de perigo imposta tanto pelo devedor, e por caso fortuito ou força maior.

O termo utilizado pelo legislador – medidas acautelatórias – por si só é capaz de demonstrar a abrangência do instituto que é espécie do gênero cautelar, podendo ser amplamente entendida entre as medidas urgentes, nominadas ou inominadas e antecipatórias, bem como qualquer outro ato que vise assegurar, proteger, resguardar o bom desenvolvimento do processo e o direito material do credor. Assim, as medidas acautelatórias não ficam adstritas somente a uma espécie de tutela cautelar prevista no ordenamento, podendo ser utilizadas sempre que houver necessidade de uma atividade judicial capaz de resguardar a justa e efetiva tutela jurisdicional.

Tal previsão legal já antecipava a falência da concepção adotada pela doutrina quanto a existência de três “tipos” de processo – conhecimento, execução e cautelar – para adoção de uma nova postura processual, qual seja a do processo sincrético.

Essa, inclusive é a inspiração do novo Código de Processo Civil que eliminará o livro destinado ao processo cautelar, dotando o juiz de poderes para, sempre que necessário, conceder medidas urgentes para garantir a efetividade do processo.

Desta forma, as medidas acautelatórias podem ser concedida por mera decisão do juiz, de forma incidental no bojo do processo onde se busca o bem da vida, com o intuito de resguardar a atividade judicial já provocada, sem a necessidade de instauração de um processo cautelar, podendo assim ser efetivada por provocação das partes ou de ofício pelo juiz.

Cumprir destacar que o juiz não pode deixar de agir em busca da utilidade da prestação jurisdicional, somente porque inexistente previsão legal para tanto, autorizando-o a resguardar a efetividade da atividade de toda máquina estatal apenas ao requerimento da parte. A redação do artigo 615 *caput*, do Código de Processo Civil – “cumprir ainda ao credor” – não deve limitar o campo de atuação das medidas acautelatórias apenas para as hipóteses em que a mesma é pleiteada pela parte, pois tal circunstância esvaziaria referido instituto além de colocar em risco a efetividade do processo.

Assim, não se pode compreender que o juiz fique inerte, simplesmente aguardando o requerimento da parte, perante situações de perigo, que sem dúvida, trarão prejuízos à sua futura manifestação a respeito do conflito de interesses. Além disso, a limitação imposta pelo

dispositivo legal contraria a moderna concepção da ordem jurídica que zela pela efetividade e eficiência da prestação jurisdicional.

Por fim, a tutela jurisdicional, quando efetiva, é capaz de proporcionar a concretização do direito material, entregando o bem da vida àquele que tem direito, realizando a tão almejada pacificação social, além de devolver a necessária credibilidade não apenas no Poder Judiciário, mas, principalmente, ao Estado e à Justiça.

## ANEXO

### Proposições do anteprojeto do novo Código de Processo Civil

- A parte geral conterá os princípios gerais do processo civil brasileiro à luz do contexto constitucional, bem como regras inerentes a todas as formas de processo e procedimento, como vg; jurisdição, ação, partes, procuradores, ministério público, órgãos judiciários e auxiliares, atos processuais, formação, suspensão e extinção do processo, etc.
- Os Livros do Código serão assim compostos: Livro I (Parte Geral) Livro II (Processo de Conhecimento) Livro III (Processo de Execução Extrajudicial) Livro IV (Processos nos Tribunais) Livro V (Disposições Finais e Transitórias).
- O Livro do Processo Cautelar é eliminado, substituindo-o pelas disposições gerais da parte geral acerca da Tutela de Urgência.
- A possibilidade jurídica do pedido deixa de ser considerada condição da ação, compondo o mérito da causa.
- É conferida aos advogados a faculdade de promoverem a intimação pelo correio do advogado da parte contrária, de testemunhas etc., com o uso de formulários próprios e a juntada aos autos do comprovante do aviso de recebimento.
- A desconsideração da pessoa jurídica é encampada pelo anteprojeto nos mesmos moldes da lei civil, sendo certo que, como condição para a fixação da responsabilidade patrimonial dos sócios na futura fase de cumprimento da sentença, institui-se incidente próprio com amplo contraditório com a manifestação daqueles, antes de qualquer ato de constrição dos bens.
- Deveras, o mesmo procedimento deve ser utilizado na execução extrajudicial.
- A coisa julgada entre as mesmas partes abrangerá as questões prejudiciais, tornando dispensável a propositura de ação declaratória incidental, observada a competência do juízo.
- O Conselho Nacional de Justiça uniformizará o procedimento do processo eletrônico para os Tribunais do país.
- As leis de organização judiciária de cada Estado e do Distrito Federal poderão prever a instituição de mediadores e conciliadores para auxiliar os magistrados.
- O juízo, ainda que incompetente, poderá decretar medidas de urgência para evitar o perecimento de direito.
- A ação acessória deverá ser proposta no juízo competente para a ação principal.
- Os atos de comunicação entre juízes (carta precatória e carta rogatória) serão praticados, preferencialmente, por meio eletrônico, telegrama ou telefone.
- A citação por edital será realizada, em regra, por meio eletrônico.

-O sistema atual de nulidades é mantido, prestigiando-se os princípios da instrumentalidade, do prejuízo e da efetividade processual, desprezando-se invalidades e preliminares, caso o juiz possa decidir o mérito a favor da parte a quem favorece o acolhimento daquelas.

-O cancelamento da distribuição do feito que, em 15 (quinze) dias, não for preparado no cartório em que deu entrada, será precedido de intimação postal ao advogado.

-O juiz de primeiro grau ou o relator do recurso, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (*amicus curiae*), sem alteração de competência.

-A falta de pressupostos processuais não acarretará a extinção do processo sem anterior oportunidade para correção do vício.

-A Tutela de Urgência satisfatória poderá ser deferida nos casos de direito em estado de periclitacão ou direitos evidentes, prevendo-se a dispensa dos requisitos cumulativos.

-A Tutela de Urgência ou de evidência será requerida ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal, iniciandose, a partir de então, a formação do processo sincrético, sem necessidade de promoção de outra ação principal.

-Redefiniram-se o litisconsórcio unitário e necessário, em dispositivos distintos, fundando-se os conceitos na doutrina de Barbosa Moreira e Frederico Marques.

-O Regime da interdependência aplicável ao litisconsórcio unitário explicita que os atos e as omissões de um litisconsorte não prejudicarão os demais, mas os beneficiarão.

-A nomeação à autoria é utilizada para a correção da legitimidade passiva, após manifestação do réu, diante da aparência de correta propositura.

-O chamamento ao processo reúne as hipóteses atuais dos institutos da denunciação à lide e do próprio chamamento ao processo.

-É excluída, como figura de intervenção voluntária, a oposição e mantidas a assistência simples e litisconsorcial.

-O incidente de resolução de ações repetitivas passa a obedecer ao seguinte regime jurídico

-O incidente pode ser suscitado pelas partes ou pelo juiz, de ofício.

-O julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas produz coisa julgada em relação aos processos pendentes, sujeitando-se a recurso com efeito suspensivo, mas sem reexame necessário.

-As ações supervenientes (intentadas durante o processamento do incidente) também serão atingidas pela decisão deste.

-O Tribunal poderá deferir a juntada de documentos e de diligências necessárias à elucidação da questão de direito controvertida.

- A suspensão de outras causas apenas ocorrerá após a admissão do incidente pelo Tribunal.
- Um dos requisitos para instauração do incidente é o “potencial para acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, aferido pelo Tribunal.
- Os terceiros são legitimados à interposição dos recursos extraordinários.
- Admitido o incidente no segundo grau de jurisdição, serão suspensos os processos pendentes em primeiro grau de jurisdição em curso nos órgãos vinculados ao Tribunal.
- Se houver recurso extraordinário ou especial do julgamento do incidente, caberá ao STF/STJ suspender recursos pendentes sobre o mesmo tema em todo o território nacional.
- O incidente de resolução de ações repetitivas deverá ser julgado no prazo de 12 (doze) meses, e desfrutará de preferência legal, salvo os processos de habeas corpus.
- O relator do recurso pode suscitar o incidente de resolução de demandas repetitivas.
- A tese jurídica adotada na decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicada tanto aos casos já ajuizados quanto às ações supervenientes.
- Descumprida a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, caberá ajuizamento de reclamação ao Tribunal competente.
- O efeito suspensivo do recurso especial e do recurso extraordinário interpostos no incidente de resolução de demandas repetitivas terá duração de 180 (cento e oitenta) dias, sendo certo que superado este prazo, os processos individuais voltam a correr, resguardados os poderes do STJ e do STF para conceder medidas urgentes.
- Os legitimados mencionados no artigo 103-A da Constituição Federal podem propor a revisão e o cancelamento do entendimento firmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme dispuser o Regimento Interno dos Tribunais.
- O incidente será processado e decidido sem prejuízo do julgamento oportuno das questões remanescentes nos processos individuais.
- O ministério público intervirá obrigatoriamente no incidente, na qualidade de fiscal da lei, assumindo a titularidade do incidente em casos de desistência ou abandono.
- Da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas será cientificado imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão em cadastro nacional.
- Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu da ação que deu origem ao incidente, pelo prazo improrrogável de trinta minutos para cada um, a fim de sustentar as suas razões.
- O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, no prazo comum de 15 (quinze) dias e, em seguida, o ministério

público em igual prazo, os quais poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida.

-No âmbito do incidente de resolução de ações repetitivas uma vez interpostos os recursos extraordinários ou especiais, os autos subirão independentemente da realização de juízo de admissibilidade no Tribunal de origem.

-Os poderes do juiz foram ampliados para, dentre outras providências adequarem às fases e atos processuais às peculiaridades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

-É admitida a alteração do pedido e da causa de pedir até o julgamento da causa, assegurada, sempre, a ampla defesa.

-As ações passam a ser dúplices, exigida a conexão com o fundamento da ação ou da defesa, extinguindo-se o instituto da reconvenção.

-A exigibilidade das “astreintes” fixadas judicialmente em liminar ou sentença vigora desde o dia em que for configurado o descumprimento. E devem ser depositadas em juízo para liberação na forma prevista no código.

-Nas ações que tenham por objeto pagamento de condenação de quantia em dinheiro, o juiz, sempre que possível, poderá prever, além de imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas ou sub-rogoratórias.

-As matérias cognoscíveis de ofício pelo magistrado, sempre serão submetidas ao crivo do contraditório antes de decididas.

-As matérias suscetíveis através de incidentes processuais que dão ensejo a processos incidentes, como v.g: as exceções de incompetência, impugnação ao valor da causa, etc., serão alegadas como preliminares da contestação.

-O impedimento e a suspeição são alegáveis mediante simples petição.

-O magistrado deverá apreciar prioritariamente as matérias inerentes ao impedimento e suspeição.

-O procedimento padrão, a critério do juiz ou mediante manifestação das partes inicia-se, em regra, pela audiência de conciliação.

-A regra é o comparecimento espontâneo da testemunha por obra do interessado, sob pena de perda da prova, restando à intimação por AR, para casos devidamente fundamentados.

-A inversão do ônus da prova em processo cuja parte seja beneficiária da justiça gratuita imporá ao Estado arcar com as despesas correspectivas.

-A eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no atual artigo 474 do CPC, não incluirá as causas de pedir.

-A multa prevista no atual artigo 475-J incidirá novamente, nas hipóteses de sucumbência na impugnação ao cumprimento de sentença e nos embargos à execução.

-A conexão somente imporá ao magistrado ordenar a reunião de ações conexas propostas em separado, nos casos de risco de decisões contraditórias (atual artigo 105).

-A prevenção da competência observará o critério único do despacho ordinatório da citação.

-É obrigatória a suscitação do conflito negativo pelo magistrado que receber o processo e não acolher a declinação de competência.

-O se juiz puder julgar o mérito a favor de quem aproveitaria o acolhimento da preliminar, se absterá de pronunciá-las.

-A ausência de advogado na audiência não impedirá a realização da conciliação, a critério do juízo.

-Havendo audiência de conciliação, o prazo para apresentar contestação será contado a partir dela.

-O revel, a partir do momento em que ingressar nos autos, deverá ser intimado.

-São recorríveis por agravo de instrumento, com sustentação oral, as decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da causa e as de antecipação de tutela.

-São recorríveis por agravo de instrumento sem sustentação oral as tutelas liminares cautelares e as decisões proferidas na fase do cumprimento da sentença e no processo de execução extrajudicial.

-O juiz pode de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

-Será criada uma subseção II “da força probante dos documentos eletrônicos” à Seção IV (Da Prova Documental).

-As provas orais serão produzidas na audiência, conforme a ordem determinada pelo juiz, obedecidos o contraditório e o devido processo legal.

-A extinção do processo por ilegitimidade de parte impedirá nova propositura da ação, sem que haja modificação do quadro fático.

-Nas obrigações de fazer contra a Fazenda Pública, havendo inadimplemento, o juiz poderá impor multas até o limite correspondente ao valor da obrigação principal, o qual poderá ser sequestrado (art. 461, §13 do Anteprojeto). O excesso da multa poderá ser revertido para a parte quando o descumprimento for da Fazenda Pública.

-O cumprimento da sentença por quantia certa dependerá da intimação do executado após o trânsito em julgado e decorrido o prazo referido no artigo 475-J, incidindo os consectários referidos.

-A impugnação à execução de sentença que reconhece a existência de obrigação de pagar quantia em dinheiro não impede o prosseguimento da execução e deve ser formulada por simples petição.

-Os honorários advocatícios incidem na fase inicial de cumprimento de sentenças.

- É necessária a intimação pessoal do réu, por via postal, para incidir a multa prevista no artigo 475-J, na fase de cumprimento de sentença.

- A multa do artigo 475-J incide na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, podendo ser levantada, quando do trânsito em julgado da decisão desfavorável ao executado ou quando pendente agravo contra denegação de recurso especial ou recurso extraordinário.

-A impugnação do réu referida no atual parágrafo 2º do artigo 475-J, quando rejeitada, importará a incidência da multa prevista no caput, retroativamente.

-A arguição feita pelo réu dos fundamentos previstos nos incisos II e III do parágrafo segundo não impede o prosseguimento dos atos executivos.

-Ultrapassado o prazo para cumprimento espontâneo da sentença, incidirão honorários advocatícios de 10% sobre o valor da execução. Findo o procedimento executivo, o valor dos honorários poderá ser aumentado para até 20%, observado, no que couber, o disposto no artigo 20.

-A multa fixada por decisão liminar ou na sentença será depositada em juízo e poderá ser levantada nas mesmas hipóteses previstas na execução provisória.

-O valor da multa que corresponder ao da obrigação principal será devido ao autor, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo perante o qual tramita o processo.

-Os honorários serão fixados entre 10% e 20% do valor da condenação ou do proveito, benefício ou vantagem econômica obtida.

-Nas causas que envolvam a Fazenda Pública, os honorários ficarão entre 5% e 10% sobre o valor da condenação ou do da vantagem econômica obtida.

-A verba de honorários advocatícios passa a ostentar, textualmente, natureza alimentar, direito próprio do advogado e conseqüentemente não é compensável em sucumbência recíproca.

-São direitos próprios do advogado os honorários, na proporção do êxito obtido na causa, vedando-se a compensação.

-As multas (*astreintes*) podem incidir cumulativamente, sendo certo que até o valor correspondente ao da obrigação que é objeto da ação, será devida ao autor da ação e o que exceder a este montante será devido ao Estado.

-A penhora *on line* (isto é, do bloqueio à efetiva penhora) adstringe-se ao valor do crédito exequendo, impondo-se à instituição financeira informar o juízo da efetivação proporcional da constrição, sob as penas da lei.

-A ordem de bens penhoráveis, não é absoluta, devendo ser ponderada pelo juiz à luz dos princípios da utilidade da execução em confronto com o princípio da menor onerosidade.

-O direito à adjudicação pelo exequente e pelos demais interessados pode ser exercido após a tentativa frustrada da primeira arrematação.

-É eliminada a distinção entre praça e leilão.

-Os atos de alienação (arrematação) serão realizados por leilão eletrônico, salvo se as condições da comarca não permitirem a observância do referido procedimento.

-É eliminada a necessidade, hoje prevista no Código de Processo Civil, de duas hastas públicas (a primeira pelo valor da avaliação e a segunda por valor que não seja considerado vil), permitindo-se que, desde a primeira hasta pública, o bem seja alienado por valor inferior ao da avaliação, contanto que não seja considerado preço vil.

-Os embargos à arrematação são eliminados, facultando-se à parte uma ação com o intuito de rescindir a mesma, nos moldes do atual artigo 486 do Código de Processo Civil.

-Os atos de averbação da execução art. 615-A (averbação da execução), bem como os demais de comunicação a terceiros, devem ser realizados por iniciativa do próprio exequente.

-É regulada a prescrição intercorrente na execução.

-A multa do artigo 475-J incide na execução por quantia referente à execução de sentença que condena ao pagamento de pensão alimentícia.

-É vedada a indisponibilidade integral do capital do executado pessoa física ou jurídica.

-É extinta a ação monitória.

-Serão mantidos os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, desjudicializando os procedimentos meramente escriturais.

-Serão excluídos os seguintes procedimentos especiais: ação de depósito, ações de anulação de substituição de títulos ao portador, ação de nunciação de obra nova, ação de usucapião e ação de oferecer contas, compreendidos no processo de conhecimento.

-É criado um procedimento Edital, adequado aos procedimentos de usucapião de substituição ou anulação de títulos ao portados e genericamente, a quaisquer outros que, por regra de direito material, exijam a citação de interessados incertos.

-O imóvel quando geo-referenciado, na forma da lei, com averbação no registro de imóveis, dispensa o juiz de determinar os trabalhos de campo na ação demarcatória e demais que incluam essa etapa procedimental.

-A posse em nome do nascituro e a homologação de penhor legal serão incluídas no Livro dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa.

-O ministério público somente intervirá nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, nos termos do artigo 82 do CPC.

-A modulação dos efeitos da decisão dos tribunais obedecerá ao princípio da segurança jurídica e os parâmetros do controle da constitucionalidade das leis.

-As ações autônomas de impugnação serão incluídas no Livro dos Processos nos Tribunais.

-Os prazos recursais são unificados em 15 (quinze) dias úteis, salvo os embargos de declaração e demais casos previstos em leis esparsas.

-É instituída a sucumbência recursal nas hipóteses de recursos manifestamente infundados, como os que contrariam teses firmadas em súmulas dos Tribunais Superiores, teses fixadas em decisão de mérito de recursos com repercussão geral, recursos repetitivos ou incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, ainda não sumuladas.

-É extinto o agravo retido e a preclusão no primeiro grau de jurisdição, ressalvada a manutenção do agravo de instrumento para as decisões de urgência satisfativas, decisões interlocutórias de mérito e decisões proferidas no cumprimento da sentença, no processo de execução e demais casos previstos em lei; instituindo um único recurso (apelação), no qual é lícito ao vencido manifestar todas as suas irrisignações quanto às interlocutórias proferidas no curso do processo.

-O recurso de apelação continua sendo interposto no 1º grau de jurisdição, admitido o juízo de retratação em consonância com Súmulas dos Tribunais Superiores ou nos termos do atual artigo 543, relegando-se o juízo de admissibilidade formal para o 2º grau de jurisdição.

-Os embargos infringentes são extintos.

-Os recursos têm como regra, apenas o efeito devolutivo, podendo o relator, nos casos legais, conceder, a requerimento das partes, efeito suspensivo.

-A tese adotada no recurso repetitivo (artigos 543-B e 543-C) será de obediência obrigatória para os Tribunais locais.

-Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal entenda que a questão versada no recurso extraordinário é de ordem infraconstitucional impõe-se seja o mesmo remetido ao Superior Tribunal de Justiça, por decisão irrecorrível, aproveitando-se a impugnação interposta. Por outro lado, nos casos em que o Superior Tribunal de Justiça entenda que a questão versada no recurso especial é de ordem constitucional, impõe-se a remessa ao Supremo Tribunal Federal que se entender pela competência da primeira Corte, pode, reenviar o recurso ao STJ, também, por decisão irrecorrível.

-O recurso extraordinário e o recurso especial, decididos (acolhidos) com base em uma das causas de pedir ou em uma das razões de defesa permitirão ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal o julgamento das demais matérias, ainda que com relação a elas não tenha havido prequestionamento, *ex officio* ou a requerimento da parte.

-Revelando-se necessária a produção de provas, o processo será remetido ao 2º grau de jurisdição, para a realização da diligência indispensável.

-O acórdão que examine apenas um dos fundamentos da apelação ou da resposta e desde que interpostos embargos de declaração, permitirá sejam considerados todos os temas debatidos em eventual recurso especial ou extraordinário.

-Nos casos dos atuais artigos 543-B e 543-C, remanescerá a competência do Tribunal *a quo* para julgar as demais questões que não foram decididas pelo Tribunal Superior, podendo caber quanto às mesmas, novo recurso, submetido ou não, ao regime dos repetitivos.

-A reiteração de embargos considerados originariamente protelatórios poderá implicar a cumulação de multas progressivas.

-É extinto o instituto da uniformização de jurisprudência.

-A conclusão dos autos ao revisor deve ser feita por via eletrônica, onde houver e, em seguida, apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, mandando publicar, em todos os recursos, a pauta no órgão oficial.

-O recurso contra a decisão de indeferimento liminar da petição inicial não terá revisor, ressalvados os casos previstos em leis especiais.

-Será permitida sustentação oral em agravo de instrumento contra decisões interlocutórias de mérito e de urgência, proferidas em primeiro grau de jurisdição.

-O prazo para a sustentação oral em agravo de instrumento será de dez minutos.

-No julgamento de apelação, não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo apresentá-lo na sessão seguinte, prosseguindo-se o julgamento, dispensada nova publicação em pauta.

-Haverá prazo para a publicação do acórdão, sob pena de ser substituído pela conclusão aferida das notas taquigráficas, independentemente de revisão.

-O relator negará seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que afrontar súmula do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, decisão representativa de controvérsia adotada conforme o regime jurídico dos artigos 543 B ou C ou de incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como jurisprudência dominante nos tribunais superiores ainda não sumuladas.

-O relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida afrontar súmula do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, ou decisão representativa de controvérsia tomada com base no regime dos arts. 543 B ou C, ou de incidente de resolução de demandas repetitivas, ou jurisprudência dominante ainda não sumulada.

-O STF e o STJ poderão modular os efeitos da decisão que alterar sua jurisprudência predominante, de modo que possa atribuir eficácia apenas para o futuro.

-O cabimento da apelação impedirá a execução da decisão impugnada, até que o Tribunal se manifeste a respeito do juízo de admissibilidade, ocasião em que poderá conceder o efeito suspensivo eventualmente requerido pelo recorrente.

-A possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos recursos fica submetida à demonstração de probabilidade de provimento.

-A desistência do recurso representativo da controvérsia não obstará o julgamento da questão jurídica nele versada.

-Será excluída a exigência de recolhimento de caução para interposição de apelação.

-Quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão, a instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos parágrafos 2º e 3º do atual art. 20.

-A relevação da deserção é da competência do relator do recurso.

-Haverá reexame necessário para causas em que for parte a Fazenda Pública e de valor superior a mil salários mínimos.

-A sentença ou a decisão consoantes a jurisprudência firmada em recurso representativo da controvérsia e em incidente de resolução de ações repetitivas não se submeterão ao reexame necessário.

-O reexame necessário, nos casos de sentença ilíquida, terá lugar apenas na fase de liquidação.

-O prazo de interposição dos embargos de declaração será de cinco dias úteis.

-Quando os recursos extraordinários ou especiais tempestivos forem inadmissíveis por defeito formal, poderão o STJ e o STF desconsiderá-los, nos casos dos artigos 543-B, 543-C e em outros casos em que a resolução da questão de mérito contribua para o desenvolvimento do direito.

-No julgamento de repercussão geral (artigo 543-B), ficarão suspensos os processos que estiverem em primeiro grau de jurisdição, nos quais se discuta idêntica controvérsia, por um período que não deverá exceder doze meses. Sobrevindo, durante a suspensão, decisão do Supremo Tribunal Federal, a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença aplicando a tese firmada.

-Uma vez decidido o recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados no mérito pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, que aplicarão a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

-No julgamento de recursos repetitivos (artigo 543-C), ficarão suspensos os processos que estiverem em primeiro grau de jurisdição nos quais se discuta idêntica controvérsia, por um período que não deverá exceder doze meses. Sobrevindo, durante a suspensão, decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença aplicando a tese firmada.

- As teses firmadas nos recursos repetitivos deverão ser observadas sob pena de reclamação.
- Caberá ação rescisória quando houver manifesta violação à norma jurídica.
- A petição de agravo de instrumento deverá ser instruída (inciso I do caput do artigo 525 atual) obrigatoriamente com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, do mandado de intimação ou de outro documento oficial que comprove a tempestividade da interposição, bem como das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.
- É embargável, em âmbito de recurso especial, a decisão que divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo a decisão de mérito ou de suposta inadmissibilidade que aprecia o mérito do recurso.
- Será também embargável a decisão da turma quando, em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário, sendo a decisão de mérito ou de aparente inadmissibilidade que aprecia o mérito do recurso.
- São cabíveis embargos de divergência nas causas e incidentes da competência originária dos Tribunais Superiores.
- Os honorários advocatícios quando não previstos os critérios fixados em lei serão arbitrados pelo juiz, obedecendo aos parâmetros do artigo que disciplina o tema.
- O juízo de admissibilidade dos recursos para os Tribunais Superiores sujeitar-se-á ao regime vigente, sem qualquer alteração.
- O código deverá conter uma seção destinada à regular as sanções processuais inseridas na Parte Geral.
- O instituto do *amicus curiae* deve ser inserido no capítulo da “intervenção de terceiros”.
- A parte geral contemplará o princípio de que todos os julgamentos serão públicos e as decisões judiciais serão fundamentadas nos termos do artigo 93 da Constituição Federal.
- O réu terá vista dos memoriais anexados pelo autor nos casos de substituição das alegações orais.
- Os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa não conterão na sua regulação a reprodução das normas previstas no direito material e os procedimentos de jurisdição voluntária serão encartados no capítulo dos atos processuais, na Parte Geral, com a denominação “Atos judiciais não contenciosos”.
- O réu poderá (artigo 354) arguir no juízo do seu domicílio, por simples petição com efeito suspensivo, a incompetência de foro, quando a demanda tramitar fora do mesmo.
- Os prazos correspondentes a 30 (trinta) dias ou mais serão referidos por meses e anos, visando evitar que corram somente em dias úteis.

-Os dias úteis, serão assim considerados, os dias de expediente forense, de segunda-feira á sexta-feira (artigo 172).

-O juiz disporá dos seguintes prazos (art. 189): cinco dias úteis para despachos, dez dias úteis para decisões e 30 (trinta) dias úteis para sentença.

-Os autos (artigo 1075, parágrafo único) ficam exonerados das custas e dos honorários advocatícios, caso ele desista da ação antes de oferecida a contestação.

-A intimação eletrônica somente terá validade nos termos da lei específica.

-Ocorrendo reforma no todo ou parte da sentença de mérito em acórdão não unânime proferido em apelação, o julgamento prosseguirá para coleta de votos de mais dois membros do tribunal, conforme dispuser o seu regimento, sendo obrigatória a inclusão do processo na seção seguinte.

-O acolhimento da impugnação consistente na alegação de “sentença inconstitucional” prevista no código em vigor (artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único) deverá submeter-se a uma modulação dos efeitos da decisão.

-A Parte Geral conterà capítulo próprio de cooperação jurisdicional internacional.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. *In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 65, 1992.

ARMELIN, Roberto. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela em segundo grau de jurisdição. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. V. 48, t. 2, 1921. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1086>. Acesso em: 14 fev. 2010.

BARROS, Humberto Gomes de. Prestação Jurisdicional (Por um Novo Conceito). *In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC.* São Paulo: Atlas, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 05 jan. 2009.

\_\_\_\_\_.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988).* *In: Códigos Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. In: Códigos Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/>. Acesso em: 14 maio 2010.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=102558&codAplicativo=2>. Acesso em: 01 de jun de 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BÜLOW, Oskar Von. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. 2ª ed. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARAM JUNIOR, Moacyr. *Processo de execução: as excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade humana*. Campinas: Millennium Editora, 2009.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. A concepção da urgência no processo civil brasileiro. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Liebman e a Cultura Processual Brasileira. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional. *In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Prova ilícita frente à dignidade da pessoa humana. *In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Coords.). Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois.* Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tutela de segurança e tutela da evidência.* São Paulo: Saraiva, 1996.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIANNICO, Ana Paula Chiovitti; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Tutela antecipada e título executivo. *In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva.* São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil.* 2ª ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

GÖTTEMS, Claudinei J. A Justicialidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. *In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). Direitos fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira.* Birigui: Boreal, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Execução forçada: controle e admissibilidade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria Processual da Constituição.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.* Porto Alegre: Fabris, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth Castro. Reflexões sobre o devido processo legal e a execução civil. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. Princípio constitucional da duração razoável do processo. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas de urgência na execução civil. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coords.). *Execução Civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1987.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: *Temas de direito processual*, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do processo civil e direitos fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. (Coleção Univem).

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Mateus Costa. Algumas ilações a partir do inciso LXXVIII do artigo 5º da constituição federal: substrato a discussões. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil: pagamento de quantia*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2009.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Nelson Finotti. O processo civil como instrumento dos direitos fundamentais – coisa julgada e o substituto processual na tutela individual. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Coords.). *Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 5ª ed. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. 3ª ed. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Tutela urgente na execução. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Efetividade do processo: a execução em momentos distintos da reforma do CPC. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coords.). *Execução Civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005.

VIANA, Rodolfo Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Gramática dos direitos fundamentais. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Coords.). *Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009.

VITÓRIA PÍRRICA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2010. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Vit%C3%B3ria\\_p%C3%ADrrica&oldid=20605752](http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Vit%C3%B3ria_p%C3%ADrrica&oldid=20605752) Acesso em: 14 maio 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.