



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ADRIANA APARECIDA GIOSA LIGERO

**OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA
JURISDICIONAL DE URGÊNCIA NO DIREITO INDIVIDUAL**

Londrina
2006

ADRIANA APARECIDA GIOSA LIGERO

**OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA
JURISDICIONAL DE URGÊNCIA NO DIREITO INDIVIDUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Belinetti.

Londrina
2006

S121d Ligerio, Adriana Aparecida Giosa.
Os Mecanismos de efetivação da tutela jurisdicional de urgência no direito individual / Adriana Aparecida Giosa Ligerio. - Londrina, PR : [s.n], 2006.
86f.

Orientador: Dr. Luiz Fernando Belinetti.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Londrina.
Bibliografia: f.

1. Direito Processual Civil. 2. Tutela Jurisdicional. 3. Efetivação da tutela jurisdicional de urgência. I. Belinetti, Luiz Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina.

CDU 576.72: 578

ADRIANA APARECIDA GIOSA LIGERO

**OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA
JURISDICIONAL DE URGÊNCIA NO DIREITO INDIVIDUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Fernando Belinetti
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. João Batista Lopes

Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski

Londrina, 11 de dezembro de 2006.

A Deus, fonte de vida, fé e esperança todos os dias.

Ao meu querido Gilberto, pelo amor irrestrito.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Luiz Fernando Belinetti, pelas palavras sempre coerentes e objetivas, no direcionamento da presente pesquisa.

Ao meu marido, Gilberto, pelo constante encorajamento imprescindível para alcançar os objetivos propostos.

Aos meus pais, Antonio e Doralice, que não pouparam esforços para minha formação média e superior.

Aos queridos, Maria Odete, pelas palavras de conforto e orações, e Wilibaldo pelo companheirismo e disposição em cada viagem, além da agradável companhia.

As advogadas Juliana e Cristiane pela compreensão e apoio no escritório.

Aos professores e colegas de Curso, pelo prazer da convivência, com carinho singular a Ana Célia, Maria Isabel e Mauro, pela alegria da fiel amizade.

Ao secretário do curso Francisco, que, com cordialidade e extrema atenção, sempre ofereceu apoio a cada etapa desse trabalho.

Aos queridos Andréa e Cristiano Aurélio pelo constante incentivo e acolhida em Londrina.

Quem um dia irá dizer
Que existe razão
Nas coisas feitas pelo coração?
E quem irá dizer
Que não existe razão?
(Renato Russo)

LIGERO, Adriana Aparecida Giosa. **Os mecanismos de efetivação da tutela jurisdicional de urgência no direito individual.** 2006. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

RESUMO

Estuda e analisa, no processo civil brasileiro, os mecanismos de efetivação da tutela jurisdicional urgente no direito individual. Traçando um panorama do processo civil moderno, enfoca, especialmente, as recentes alterações processuais que tendem a alcançar uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Reconhece a mudança de paradigma, e estudando a natureza constitucional, princípios informativos, cognição e características da tutela urgente, passa a observar e a avaliar os instrumentos legais para a efetivação das tutelas urgentes, concluindo que a prática exige uma mudança de mentalidade para o alcance de um processo mais efetivo.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional. Tutela urgente. Efetivação. Alterações processuais. Características. Instrumentos legais.

LIGERO, Adriana Aparecida Giosa. **The jurisdictional guardianship urgent effectivation mechanisms in the individual right.** 2006. 231p. Dissertation (Master`s degree in Transational Right) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

ABSTRACT

Studies and analyzes, in brazilian civil action, the jurisdictional guardianship urgent effectivation mechanisms in the individual right. Tracing a panorama of the modern civil action; focuses, especially, the recent procedural alterations that tend to reach a bigger effectiveness in the installment of the jurisdictional guardianship. Recognizes the paradigm change, studying the constitutional nature, informative principles, cognition and the urgent guardianship characteristics, starts to observe and evaluate the legal instruments of guardianships urgent effectivation, concluding that practical demands a mentality change to reach a more effective process.

Keywords: Jurisdictional guardianship. Guardianship urgent effectivation. Procedural alterations. Characteristics. Legal instruments.

LIGERO, Adriana Aparecida Giosa. **I meccanismi de effettività della tutela giurisdizionale urgente nel diritto individuale.** 2006. 231p. Dissertazione (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

RIASSUNTO

Studia e fa un'analisi nel processo civile brasiliano, i meccanismi de effettività della tutela giurisdizionale urgente nel diritto individuale. Tracciando um panorama del processo civile moderno, infoca, specialmente, le recenti alterazioni processuali che tendono ad arrivare ad una maggiore effettività nella prestazione della tutela giurisdizionale. Riconosce il cambiamento di paradigma e, studiando la natura costituzionale, principi informativi, cognizione e caratteristiche della tutela urgente, passa ad osservare ed a valutare gli strumenti legali per la effettività delle tutele urgenti, concludendo cha la pratica esige um cambiamento di mentalità per la portata di un processo piu effettivo.

Parole-chiavi: Tutela giurisdizionale. Effetività. Alterazione processuali. Caratteristiche. Strumenti legali.

LISTA DE ABREVIATURAS

a.C.	antes de Cristo
BACEN JUD	Sistema para envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional via Internet.
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
FADISP	Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo
IBDP	Instituto Brasileiro de Direito Processual
ORD. FILIPINAS	Ordenações Filipinas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 PANORANAMA ATUAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	16
2 PREMISSAS ONTOGNOSIOLÓGICAS FUNDAMENTAIS	35
2.1 CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS	35
2.2 DIREITO E PROCESSO	50
2.3 SEGURANÇA JURÍDICA E CELERIDADE PROCESSUAL.....	62
3 A TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA	75
3.1 HISTÓRICO	80
3.1.1 Direito romano.....	80
3.1.2 Direito canônico.....	83
3.1.3 Direito português.....	85
3.1.4 Direito brasileiro	87
3.2 NATUREZA CONSTITUCIONAL	92
3.3 PRINCÍPIOS.....	94
3.3.1 Princípios informativos	95
3.3.2 Princípios constitucionais	96
3.3.3 Princípios do processo civil	104
3.4 CLASSIFICAÇÃO	110
3.5 COGNIÇÃO E TUTELAS DE URGÊNCIA.....	131
3.6 CARACTERÍSTICAS	139
4 AS LIMINARES E AS TUTELAS DE URGÊNCIA	144
4.1 CARACTERÍSTICAS	147
4.2 NATUREZA.....	150
5 OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	153
5.1 DIFERENÇA ENTRE EFETIVAÇÃO E EXECUÇÃO	170
5.2 EFETIVAÇÃO E MEIOS SUB-ROGATÓRIOS.....	173
5.3 EFETIVAÇÃO E MEIOS COERCITIVOS	178

5.4 Os MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO E O RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE.....	191
6 APTIDÃO DOS MEIOS DE EFETIVAÇÃO	197
6.1 MOTIVOS DA INAPTIDÃO DOS MEIOS DE EFETIVAÇÃO	199
CONCLUSÕES	204
REFERÊNCIAS.....	210
ANEXO DE JURISPRUDÊNCIA.....	220

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva investigar os mecanismos de efetivação da tutela jurisdicional urgente, existentes no ordenamento jurídico pátrio. Essa preocupação decorre da necessidade sentida pela sociedade de que a justiça se apresente de modo mais efetivo.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em razão do texto constante do artigo 5º, inciso XXXV, o direito à tutela jurisdicional passou a ser interpretado como direito fundamental, o que autorizou a comunidade jurídica a afirmar que, a partir da Carta Magna, a sociedade poderia exigir uma tutela jurisdicional efetiva.

A afirmação retro igualmente pode se estendida às tutelas jurisdicionais urgentes.

Diante dessa realidade, a comunidade jurídica necessita resgatar sua credibilidade e isso implica a possibilidade de entregar ao jurisdicionado o bem da vida pretendido, nos termos da lição de Chiovenda¹.

A pesquisa revela interesse prático pela exigência de que a tutela urgente se apresente mais efetiva, carecendo de mecanismos aptos a propiciarem o alcance da pretendida efetividade.

Por conseguinte, o tema se mostra atual e polêmico. A atualidade está no reconhecimento de soluções apresentadas pelo sistema, quando o acesso à justiça pode apresentar-se de modo instrumental, tornando possível o alcance de um processo de resultados. A polêmica reside especialmente no critério classificatório das sentenças, que, por reflexo, atinge as classificações do processo e da tutela jurisdicional urgente.

Por outro lado, a escolha do tema se justifica, tendo em vista que uma das áreas de concentração do programa do Mestrado é o Direito Processual Civil e uma das linhas de pesquisa é o “Acesso à justiça – solução de conflitos atinentes a direitos individuais e transindividuais”.

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

O estudo será desenvolvido, utilizando-se do método dedutivo, com apoio em pesquisa bibliográfica, com maior concentração em autores pátrios, e pesquisa jurisprudencial.

A metodologia implica em uma apresentação panorâmica do Processo Civil brasileiro, enfocando, de modo especial, as sucessivas minireformas verificadas no Direito Processual Civil até hoje. Implica, também, no espírito que as norteou, bem como no estabelecimento de premissas ontognosiológicas fundamentais, para apresentar a base do raciocínio que se pretende desenvolver nessa pesquisa.

O estudo do reconhecimento dos mecanismos de efetivação existentes no sistema processual pátrio exige a adoção de uma filosofia diferente da tradicional, chamada de perspectivista ou teoria do ponto de vista, defendida por José Ortega y Gasset², em que a razão científica cede espaço a uma razão vital.

Todavia, para se alcançar a teoria apresentada por José Ortega y Gasset, foi importante analisar-se a evolução filosófica do homem e sua influência no Direito, traduzindo a evolução do pensamento do Estado e, por conseguinte, do Direito.

Essas premissas ontognosiológicas são apresentadas, no intuito de deixar clara e objetiva a estrutura do raciocínio lógico desenvolvido, enfrentando as difíceis questões, como, por exemplo, as anunciadas no binômio segurança jurídica x celeridade processual, aparentemente inconciliáveis.

Ademais, a relação existente entre direito e processo, assim como os institutos fundamentais para o Direito Processual Civil, inclusive a questão da difícil harmonização do binômio segurança jurídica x celeridade processual são analisados, ainda, no capítulo pertencente às premissas ontognosiológicas, objetivando, com coerência, dar sustentação às idéias que servem como substrato da pesquisa.

Afirma-se que, para a construção de uma sociedade, direito e processo são elementos fundamentais. Todavia, em sua essência, apresentam-se neutros e refletem o conteúdo e a utilização que a sociedade lhes impinge.

² ORTEGA Y GASSET, José. **História como sistema mirabeau ou o político**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.982.

A necessidade de um processo mais efetivo, após o surgimento do processo cautelar, trouxe a tutela diferenciada (Lei 8.952/94 – introduziu, no sistema, a tutela antecipada e a tutela específica), que permite ter-se esperança de um processo mais efetivo, uma vez que é preciso encontrarem-se alternativas para um judiciário em crise.

Um histórico sobre a tutela urgente, de igual forma, objetiva alicerçar esta pesquisa, revelando suas origens e, ainda, permitindo um cotejo da mudança de paradigma verificada ao longo do estudo desse tema.

A investigação da tutela jurisdicional urgente tangencia sua natureza constitucional, princípios, classificação, cognição e características, permitindo um envolvimento com o tema.

A análise das liminares objetiva um confronto entre essas e as tutelas urgentes, permitindo encontrarem-se pontos coincidentes e díspares entre esses institutos.

O estudo investigará a diferença conceitual existente entre as expressões efetivação e execução, avaliando os meios sub-rogatórios e coercitivos no presente momento, especialmente sua vocação para alcançar efetivação, sobretudo quando se trata de tutela urgente.

As técnicas de sub-rogação e coerção serão analisadas, na intenção de aferir-se sua importância prática e os resultados obtidos, até o momento, com a aplicação dessas.

A ponderação, quanto à força que os mecanismos de efetivação (sub-rogatórios e coercitivos) apresentam no sistema vigente, será realizada, inclusive quando se alcança o resultado prático equivalente, ao invés da tutela jurisdicional pretendida na tutela urgente.

Pretende-se, outrossim, apurar os motivos de aptidão e de inaptidão dos mecanismos de efetivação presentes no Sistema Processual brasileiro.

A pesquisa se desenvolverá com o intuito de responder-se a alguns questionamentos, a saber:

- Quais instrumentos podem ser considerados como precedentes à espécie tutela urgente?
- As liminares sempre estão inseridas entre as tutelas de urgência?
- Persiste o problema da efetivação das tutelas de urgência deferidas nos dias atuais?

- Eventual obstáculo para uma não efetivação de uma tutela urgente deferida, está inserto no sistema processual?

- Quais os mecanismos existentes no sistema processual para efetivação de tutelas urgentes deferidas?

- Os mecanismos existentes no sistema processual podem ser considerados ideais, suficientes ou não?

- Qual o limite dos poderes do juiz na aplicação dos meios que podem proporcionar efetivação de uma tutela urgente?

As respostas às questões retrocitadas e outras que possam surgir no curso da investigação colaborarão para maior compreensão desses mecanismos de efetivação, analisando, inclusive, se guardam aptidão para produzir os resultados hoje desejados pelos jurisdicionados.

A colação de alguns julgados pertinentes ao tema (anexo de jurisprudência) igualmente poderá colaborar, para se compreender e avaliar a aptidão dos meios de efetivação presentes no Sistema Processual brasileiro, bem como a atual visão dos Tribunais pátrios sobre o tema.

Por fim, a conclusão da pesquisa pretende avaliar cada degrau perseguido, talvez não respondendo a todas as questões, mas incentivando a novas pesquisas, pois existe a consciência de que não é tarefa fácil atingir-se a atual aspiração social. O mundo deseja uma justiça urgente, porém inúmeros obstáculos dificultam o alcance desse desejo, pois a justiça urgente se encontra em confronto com a justiça ordinária e ritual.

1 PANORAMA ATUAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A pesquisa científica exige a construção de meio ambiente favorável ao seu desenvolvimento, visando ao alcance de melhores resultados à luz do objeto pesquisado. Esse, *in casu*, se restringe ao estudo dos meios, mecanismos ou técnicas de efetivação da tutela jurisdicional de urgência no direito individual.

Com o intento de atingir esse objetivo, este primeiro capítulo pretende apresentar uma “visão” atual do Processo Civil brasileiro.

Nessa exposição, momentos distintos de cunho político-econômico-social serão lembrados e, no decorrer da pesquisa, apontados em seu tempo histórico, quando tangenciarem regras, facilitando a compreensão da influência do contexto ideológico, da regra adotada e de sua real pretensão nesse momento.

No Brasil, vige o Código de Processo Civil, Lei Federal nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1.973, que convive com um movimento reformista que teve início ainda com sua *vacatio legis* e persiste até nossos dias. Cândido Rangel Dinamarco³ aponta diversas leis que, direta ou indiretamente, influíram na reforma processual civil brasileira.

A leitura de algumas obras⁴ permite admitir-se que, para um programa de reforma, ser considerado bem sucedido, imprescindível a mudança de mentalidade.

³ “[...] lei n. 5.925/73; lei n. 6.014/73 – lei de Falências; lei n. 6.071/74 – lei de Registros Públicos; lei n. 6.458/77; lei n. 6.515/77 – lei do Divórcio; lei complementar n. 35/79 – lei Orgânica da Magistratura Nacional; lei n. 6.825/80; lei n. 6.830/80; lei n. 6.899/81 – Lei da Correção Monetária; lei n. 7.244/84 – lei das Pequenas Causas; lei n. 7.347/85 – lei da Ação Civil Pública; lei 8.009/90 – impenhorabilidade do imóvel residencial do executado; lei n. 8.038/90; lei n. 8.069/90; lei n. 8.078/90; lei n. 8.455/92; lei n. 8.637/93 – alterou o art. 132 do Código de Processo Civil; lei n. 8.710/93 – citação e a intimação; lei n. 8.718/93 – que deu nova redação ao art. 294 do Código de Processo Civil (estabilização do Processo); lei n. 8.898/94 – (eliminando a liquidação por cálculo ao contador); lei n. 8.950/94 – alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e acréscimos de outros, em matéria de recursos; lei n. 8.951/94 – ação de consignação em pagamento e ação de usucapião; lei n. 8.952/94; lei n. 8.953/94 – alterou dispositivos referentes ao processo de execução; lei n. 9.079/95 - processo monitorio; lei n. 9.139/95 – recurso de agravo; lei n. 9.245/95 – alterações no procedimento sumário; lei n. 9.307/96 – lei da Arbitragem; lei n. 9.469/97 – dispondo sobre a intervenção da União em causas em que uma entidade paraestatal federal for parte; lei n. 9.494/97 – sobre tutela antecipada contra a Fazenda Pública e coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão prolator (ações civis públicas); lei n. 9.507/97 – sobre o *habeas data*; lei n. 9.756/98 – com disposições sobre o sistema recursal; lei n. 9.800/99 – dispondo sobre petições apresentadas por meios eletrônicos (*fax*); lei n. 9.868/99 - disciplina as ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade; lei n. 9.882/99; lei n. 10.173/01- lei dos Idosos - (arts. de 1.211A até 1.211C). (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 25).

⁴ Dinamarco, op. cit., p. 36 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1/39.

A necessidade da reforma na primeira década de vigência do diploma processual encontrou obstáculo nos muros da burocracia e na dificuldade dos operadores do Direito em transporem a legislação anterior, adotando nova postura.

A partir de 1.992, sob a égide da Constituição Federal de 1988, as reformas tomaram um novo impulso, sendo que uma comissão presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira⁵, retomou os ideais de uma proposta reformista nascida em 1985.

É notório que a dinâmica das reformas parece não terem data, para cessar, e persegue os princípios programáticos novos, como os denomina Olavo de Oliveira Neto⁶, quais sejam: efetividade, instrumentalidade e acesso à justiça, pensando-se em processo de resultados, abandonando-se a idéia tecnicista.

A primeira fase da reforma teve seu ápice em 1.994, principalmente com a edição das leis: 8.455/92 (prova pericial); 8.637/93 (altera o artigo 132 do CPC – princípio da identidade física do juiz); 8.710/93 (simplificação das comunicações processuais); 8.718/93 (altera o artigo 294 do CPC – aditamento da petição inicial); 8.898/94 (altera dispositivos do CPC referentes à liquidação de sentença – eliminando a liquidação por cálculos do contador); 8.950/94 (altera dispositivos do CPC e lhe acrescenta outros, em matéria de recursos); 8.951/94 (altera dispositivos do CPC referentes à ação de consignação em pagamento e ação de usucapião); 8.952/94 (altera dispositivos do CPC referentes à parte geral – tutela jurisdicional antecipada, conciliação, atos processuais, processo cautelar etc.); 8.953/94 (altera dispositivos do CPC referentes ao processo de execução); 9.079/95 (incluiu, no CPC, no livro que trata dos procedimentos especiais, o processo

⁵ [...] cujos aspectos mais importantes foram assim por ele sintetizados: “a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) adotar uma postura pragmática, sem prejuízo do rigor científico, deixando, de lado, divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, valendo-se, para tanto, inclusive, de experiências anteriores; c) encaminhar as sugestões não em um único projeto, mas por meio de vários setoriais, inclusive para facilitar a tramitação e viabilizar a sua aprovação no Congresso Nacional, sendo de recordar-se que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho e que os procedimentos, no Parlamento, muitas vezes, também variam conforme a natureza e relevância da matéria; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos, se necessário, mas sem alterar a fisionomia dos Códigos; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público ” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 05).

⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de. Ao ministrar aula, em 05/09/2003, no mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL), ocupava-se do tema: Tutela Jurisdicional e Competência.

monitório); 9.139/95 (introduziu profundas inovações do recurso de agravo); 9.245/95 (passou a denominar o procedimento sumaríssimo de sumário); 9.469/97 (dispôs sobre a intervenção da União nas causas em que a entidade paraestatal seja parte); 9.756/98 (com disposições sobre o sistema recursal); 9.800/99 (dispôs sobre petições apresentadas por meios eletrônicos – *fax*); e 10.173/01 (trouxe a prioridade de julgamento às causas de interesse de pessoas com idade a partir de sessenta e cinco anos – artigos de 1.211–A até 1.211–C).

É notório que as reformas seguem na intenção de desburocratizar ou simplificar. Ao revisitar o Código de Processo Civil, segundo uma visão instrumentalista, possibilita-se a adoção de uma postura prática sem prejuízo do rigor científico. Considera-se que essa nova ótica contribui para a efetividade do processo na obtenção de mecanismos aptos a assegurarem o direito afirmado. Portanto, as alterações antes apontadas, em sua maioria, perseguem esse espírito reformador.

Cândido Rangel Dinamarco⁷ registra que o processo civil brasileiro se tem apresentado receptivo às novas tendências sob três premissas fundamentais: “a abertura do processo aos influxos meta-jurídicos; a transmigração do individual para o coletivo e a necessidade de operacionalizar-se o sistema”.

A segunda fase da reforma pode ser apontada com a edição das leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02.

O mesmo espírito idealizador que busca a realização dos princípios programáticos novos, antes mencionados, ou um processo de resultado, permanece como mola propulsora nessa fase da reforma.

Para Luiz Rodrigues Wambier, “o primeiro objetivo dessa fase da reforma é introduzir novidades no sistema processual brasileiro, e outro corrigir imperfeições da 1ª fase da reforma”⁸.

O trabalho da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, da Escola Nacional da Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, com esmero e gana, atendendo a intensa solicitação da comunidade e operadores do Direito pela modernização do sistema processual, continuamente apresenta anteprojetos ao Ministério da Justiça.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1.995. p. 20.

Persiste a busca pelo mesmo objetivo, qual seja alcançar um processo de resultados.

Nessa segunda fase da reforma do Código de Processo Civil brasileiro, viram-se, por meio das leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, tendências se confirmando, como a inclusão de sentenças dirigindo “ordem” e processos denominados por certa parte da doutrina como “sincrético” (uma justaposição de um processo declaratório e um processo de execução), no sistema processual.

Para Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, o fato de essas sentenças ganharem espaço

[...] se deve a uma atitude compatível com a época em que vivemos, em que se busca efetividade do ordenamento jurídico, de tal modo que direitos que eram apenas retoricamente proclamados pelo legislador passem a ser uma realidade⁹.

As novas previsões legislativas trazidas ao Código de Processo Civil proferindo decisões que determinam “ordem” (revelando um poder *de imperium* do juiz) ou que anunciam o processo “único” (justaposição de processo declaratório e processo de execução) rompem com o sistema, disciplinando, de maneira diversa, a efetivação de provimentos jurisdicionais.

A novidade do artigo 461–A, por exemplo, separou o tratamento da atuação das obrigações contidas em título judicial daquelas outras encaminhadas por títulos extrajudiciais.

Sergio Cruz Arenhart registra:

[...] Se, portanto, no sistema tradicional do Código de Processo Civil a regra era o provimento condenatório, destituído de qualquer poder *de imperium* para o magistrado, agora passa a assumir a condição de normalidade a tutela que contém ordem (mandamental ou executiva), ampliando-se o poder do magistrado e outorgando-lhe confiança que anteriormente lhe fora tolhida.¹⁰

⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 11.

⁹ WAMBIER, op. cit., p. 28.

¹⁰ ARENHART, Sergio Cruz. Tutela específica da obrigação de entrega de coisa. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR. , Fredie. (Coords). **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 137.

Essa mudança legislativa aponta a alteração da natureza da sentença, que, na opinião do autor antes citado, passou de condenatória para mandamental ou executiva *lato sensu*, ao lado do aumento de confiança no magistrado.

Ressalte-se que a análise da função jurisdicional, no presente momento, é algo bastante complexo, pois essa pode ser observada por uma multiplicidade de perspectivas.

Considerando-se que a presente pesquisa objetiva estudar os mecanismos de efetivação na tutela jurisdicional urgente, a tutela jurisdicional será considerada na perspectiva de proteção de direitos subjetivos.

Nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88¹¹, essa proteção é expressamente registrada e interpretada como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Como leciona Marcelo Lima Guerra,

“[...] As diferentes necessidades de proteção reveladas pelos direitos subjetivos podem ser reduzidas a três modalidades: a) necessidade de eliminar incerteza jurídica acerca da existência ou inexistência de um direito; b) necessidade de alterar a situação jurídica entre dois ou mais sujeitos de direito, de modo a construir, modificar ou extinguir um direito subjetivo; c) necessidade de realização concreta ou material de um direito subjetivo. A cada uma dessas diferentes modalidades de proteção do direito subjetivo, corresponde, como não poderia deixar de ser, uma intervenção diferenciada do órgão jurisdicional, dando lugar a modalidades distintas de tutela jurisdicional. [...] Verifica-se, assim, que segundo o critério da necessidade de proteção manifestada pelo direito subjetivo, são três, e apenas três, as modalidades diferentes de tutela jurisdicional, a saber, tutela declaratória, tutela constitutiva e tutela executiva”¹².

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

¹² Cumpre esclarecer-se, desde logo, que qualquer outra modalidade de tutela jurisdicional a ser posta ao lado das identificadas acima há de corresponder a outras necessidades de proteção do direito subjetivo, diversas das três já identificadas. É que, sendo este o critério de classificação utilizado na construção das três mencionadas modalidades de tutela jurisdicional – o critério da necessidade de proteção manifestada pelo direito subjetivo, insta-se – comete um erro lógico e metodológico elementar quem reivindicar a existência de outra modalidade de tutela jurisdicional a ser acrescentada à lista das tutelas declaratórias, constitutiva e executiva, sem que esta outra modalidade não corresponda a uma necessidade específica de proteção do direito subjetivo, pois estará utilizando um critério diverso de classificação. (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 18/19).

Por isso, importa observar-se que a questão “classificação”, seja de sentença ou de tutela jurisdicional, é tema bastante polêmico entre os operadores do Direito, que se intensificou com as seqüenciais minirreformas ocorridas no Direito Processual Civil.

Nesse ponto, alerta-se para a dificuldade de compreensão e aceitação da classificação quinária das sentenças, defendida por Pontes de Miranda. E esclarece-se que a defesa da classificação ternária das sentenças ou classificação clássica é imposta pelo presente estudo como orientação para o desenvolvimento dessa pesquisa.

Retoma-se a análise panorâmica do processo civil brasileiro, ainda em sua segunda fase de reforma. Nesse contexto, em busca de maior efetividade, viu-se, como importante alteração, a do artigo 273, §§ 3º, 6º e 7º, do CPC¹³, com relação à comunicação dos sistemas para a efetivação da tutela antecipada, a antecipação da parte incontroversa e a fungibilidade das medidas, bem como a efetivação da tutela específica no art. 461¹⁴ e a unificação dos regimes de efetivação no art. 461-A, § 3º, ambos do CPC¹⁵.

Ademais, a introdução do § 3º no artigo 515 do CPC¹⁶, com a possibilidade de julgamento pelo Tribunal, ou a introdução do inciso VII do art. 520¹⁷, afastando o efeito suspensivo da sentença ou, ainda, a alteração trazida pelos §§ 2º

¹³ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

§ 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.

§ 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.

¹⁴ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

¹⁵ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega da coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

¹⁶ Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

¹⁷ Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

e 4º, respectivamente, do art. 523, do CPC¹⁸ apontam, como preferível, o agravo retido, explicitando suas possíveis exceções; também as alterações em embargos infringentes, no agravo de instrumento, relativas aos poderes do relator – art. 527 do CPC¹⁹ - ou alterações relativas aos recursos especial e extraordinário. E, mais, no processo executivo, o novo regime da execução provisória – art. 588 do CPC²⁰; no art. 604 – memória de cálculo²¹; ou nas obrigações para entrega de coisa e, dentre outras, a tímida alteração do *caput* do art. 14 e acréscimo do inciso V, do CPC, bem como de seu parágrafo único²², que é criticada pela professora Ada Pellegrini Grinover²³, no sentido de que é lamentável o registro do “privilégio” dos maiores responsáveis pela criação de embaraços à efetivação dos provimentos judiciais (os advogados), culminando com a redação final do artigo 14 do CPC, um nascimento do *contempt of court* brasileiro, praticamente seguido de morte, marcam a busca da efetividade no processo civil brasileiro.

No curso dessa revolução reformista, notam-se seqüenciais minirreformas, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, após a segunda fase da reforma, ao realizar contatos com o Ministério da Justiça, recebeu a notícia de que o Governo Federal pretendia promover ampla reforma na legislação processual infraconstitucional, em parceria com o Supremo Tribunal Federal e as associações de magistrados.

Levando-se em conta que as anunciadas reformas (mini-reformas pontuais) se vêm destinando a garantir a efetividade da tutela jurisdicional e que as

¹⁸ Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o Tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 2º Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar sua decisão.

§ 4º (Revogado pela Lei 11.187, de 19-10-2005).

¹⁹ Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

I – Negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557.

²⁰ Art. 588 (Revogado pela Lei n. 11.232, de 22-12-2005).

²¹ Art. 604 (Revogado pela Lei n. 11.232, de 22-12-2005).

²² Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, à violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo de sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do *contempt of court* brasileiro. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005. p. 158-166.

essas têm obtido êxito, conforme mensagem enviada ao Congresso Nacional²⁴, alcança-se a terceira fase da reforma.

A terceira fase da reforma foi inaugurada com a publicação da lei 11.187, de 19 de outubro de 2005, em vigor desde 18/01/06, que trouxe o agravo retido como regra das decisões interlocutórias (art. 522, *caput*²⁵) e agravo retido oral das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, nos termos do novo artigo 523, parágrafo 3º, do CPC²⁶; e, ainda, alterações no artigo 527, inciso II, do CPC²⁷, determinando que o relator converta o agravo de instrumento em retido, não se tratando de tutela urgente.

É notório que a escolha da espécie de agravo cabe ao agravante, hoje de modo bastante limitado, porquanto o critério para tal opção resulta da análise da natureza da tutela pretendida.

A referida lei objetiva a diminuição do fluxo de recursos decorrentes de decisão interlocutória nos tribunais, bem como economia e celeridade processual, que, como conseqüência, corroboram, muitas vezes, com a efetividade processual.

A Lei 11.187/05, ao tramitar pela Câmara dos Deputados, foi identificada como PL 4.727/04; e, no Senado Federal, PLC 72/05, de autoria do Poder Executivo, que fez parte do “pacote republicano” apresentado pelo Presidente

²⁴ “Entre os pontos mais relevantes, foram limitados os casos de reexame necessário, permitida a fungibilidade entre as providências antecipatórias e as medidas cautelares incidentais, reforçada a execução provisória com a permissão de alienação de bens sob caução adequada, atribuída força executiva *lato sensu* à sentença condenatória a entrega de bens, permitido que o relator proceda à conversão do agravo de instrumento em agravo retido, limitados os casos de cabimento do recurso de embargos infringentes, melhor disciplina a audiência preliminar, instituída multa ao responsável (pessoa física) pelo descumprimento de decisões judiciais etc. É tempo, já agora de passarmos ao pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece ‘o calcanhar de Aquiles’ do processo. Nada mais difícil, com freqüência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito.” (CALMON FILHO, Petrónio (org.). Projeto de Lei 4497/04 Processo de Execução de Título Extrajudicial. **Cadernos do IBDP série propostas legislativas**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, V. 4º. p. 68/69, set. 2005).

²⁵ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

²⁶ Art. 523 [...]

§ 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 475), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

²⁷ Art. 527 [...]

II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa.

da República no dia 15 de dezembro de 2004, em decorrência do trabalho que vem sendo feito pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça²⁸.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual participou da elaboração do projeto, cujo texto foi modificado, posteriormente, pelo Governo.

O autor do projeto justificou a alteração do sistema processual, sob o argumento de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, respeitando o contraditório e a ampla defesa.

Outra interessante alteração incluída na terceira fase da reforma é notada com a publicação da lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que estabelece fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, revogando dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, que entrou em vigor em 23/06/06.

Araken de Assis²⁹, tratando do tema cumprimento de sentença, tece duras críticas à estrutura legislativa atual, decorrente das seqüenciais mini-reformas. Frisa que, em razão da ausência de uma parte geral no pátrio estatuto processual, se depara com desequilíbrio estrutural do CPC.

Anuncia, ainda, o mesmo autor que o reconhecimento das eficácias mandamental e executiva da sentença,

[...] desembaralhadas das funções jurisdicionais e a aparente simplicidade do seu cumprimento (execução “forçada”), induziram o legislador a reformas parciais do processo civil brasileiro, a eliminar a necessidade de um novo processo – o processo de execução previsto no Livro II do CPC – para o efeito de executá-las³⁰.

Registra, outrossim, que a função jurisdicional executiva passa por profunda e universal crise. Como já anunciado, há problemas de técnica legislativa; na execução, o trabalho judiciário visa a obter transformações materiais que satisfaçam o vitorioso. Ocorre que as disposições legislativas não conseguem vencer os obstáculos opostos pela realidade econômica.

²⁸ Ibid., p. 121/131.

²⁹ [...] E, de fato, reformas parciais transformam a lei em caleidoscópio com as mais diferentes e contraditórias orientações. (ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 03).

³⁰ ASSIS, op. cit. p. 11.

Assim, o devedor responde pelo cumprimento da obrigação, art. 391 do CC³¹, porém isso não implica, necessariamente, em efetiva satisfação do credor.

Nota-se que a lei 11.232/05 trouxe novo conceito de sentença. E, ainda, quebra a tradicional visão de ordem processual, estabelecendo, primeiro, um processo de cognição e, somente após, processo de execução, adotando um processo sincrético.

Outra alteração encampada pela Lei 11.232/05 alcançou a liquidação de sentença que deixou de ser ação incidental e passou a ser caracterizada como procedimento incidental³², especialmente porque a decisão que fixa o *quantum debeatur* passou a ser impugnável por meio de agravo de instrumento.

Os embargos do executado, na etapa do cumprimento de sentença, desaparecem, quando as objeções são veiculadas por meio de incidente de impugnação, que desafia agravo de instrumento.

O Livro II do CPC passa a reger somente as execuções por título extrajudicial, aplicando-se, subsidiariamente, ao procedimento do cumprimento de sentença, salvo as hipóteses de: sentença penal condenatória (art. 475-N, inciso II); sentença arbitral (art. 475-N, inciso IV); e sentença estrangeira, homologada pelo STJ (art. 475-N, inciso VI)³³.

Nesse instante da pesquisa, é possível afirmar-se que o procedimento ordinário já não atende aos anseios dos jurisdicionados, a visão de

³¹ Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

³² Processo incidente é uma relação jurídica processual nova, assentada sobre um procedimento novo. Diz-se *incidente* esse processo porque instaurado sempre de modo relacionado com algum processo pendente e porque visa a um provimento jurisdicional que de algum modo influirá sobre este ou seu objeto. É o que se dá, *v.g.*, no processo dos embargos do executado, no qual se produzirá sentença destinada a atuar sobre o processo executivo ou sobre a própria pretensão exeqüenda. É o que se dá também na oposição autônoma, que dá origem a um processo novo e esse processo novo produzirá sentença sobre matéria prejudicial ao objeto do processo pendente. **Incidente do processo é ato ou série de ato ou série de atos realizados no curso de um processo.** É um procedimento menor, inserido no procedimento desse processo, sem que surja nova relação jurídica processual. Por isso, tem-se mero *incidente do processo* quando se deduz a oposição antes de iniciada audiência (CPC, art. 59). Não é um processo novo que se forma, mas o mesmo e único processo, cujo objeto se alarga e cuja conformação subjetiva passa a abrigar um personagem a mais. Não fora assim, não seria legítimo falar em *intervenção* de terceiro sequer nesse caso. *Inter-vir* é entrar no meio, é ingressar em processo pendente entre outros. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 94). O grifo não pertence ao original.

³³ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

IV – a sentença arbitral;

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

processo único (com a mescla de atos do conhecimento e atos de execução) passa a ser uma realidade.

Portanto, as alterações trazidas pela lei 11.232/05 têm o fito de apresentar uma sistemática mais célere, menos onerosa e mais eficiente às execuções de sentença que condena ao pagamento de quantia certa.

Em nome da instrumentalidade que pretende o alcance da efetividade, nos dias atuais, preferem-se processos de curta duração, procedimentos simplificados, com adoção de técnicas de sumarização, quando isso é possível, ou seja, não prejudicando a qualidade da tutela jurisdicional entregue.

Por fim, a Lei 11.232/05, enquanto projeto, ao tramitar pela Câmara dos Deputados, foi identificada como PL 3.253/04; e, no Senado Federal, como PLC 52/04, de autoria do Poder Executivo, elaborada pelo IBDP³⁴.

O mencionado projeto apresentou, como objeto, o cumprimento da sentença que condena ao pagamento de quantia certa, para possibilitar que a execução da sentença ocorra na mesma relação processual cognitiva.

Ainda, na terceira fase da reforma, com a mesma motivação, visualizando o processo civil como instrumental, a lei 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, em vigor a partir de 08/05/06, trouxe alterações relativas à forma de interposição de recursos (arts. 504³⁵; 506, III, e parágrafo único³⁶); ao saneamento de nulidades processuais (art. 515, parágrafo 4º³⁷); e ao recebimento de recursos (art. 518, parágrafos 1º e 2º³⁸).

A Lei 11.276/06, ao tramitar pela Câmara dos Deputados, foi identificada como PL 4.724/04; e, no Senado Federal, como PLC 90/05. Trata-se de

³⁴ CALMON FILHO, op. cit., p. 17/42.

³⁵ Art. 504. Dos despachos não cabe recurso.

³⁶ Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data:

III – da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial.

Parágrafo único. No prazo para interposição do recurso, a petição será protocolada em cartório ou segundo a norma de organização judiciária, ressalvado o disposto no § 2º do art. 525 desta Lei.

³⁷ Art. 515. [...]

§ 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

³⁸ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

Projeto de autoria do Poder Executivo, que fez parte do “pacote republicano”, apresentado pelo Presidente da República no dia 15 de dezembro de 2004, em decorrência do trabalho que vem sendo feito pela Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça³⁹.

O IBDP colaborou com a redação do projeto, mas algumas de suas sugestões não foram aproveitadas.

Como justificativa, permaneceu o escopo de conferir-se racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem ferir-se o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O parecer do relator, ao analisar o projeto, apontou que o mesmo é compatível com o artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88⁴⁰, acrescentado pela emenda 45.

Acrescentou, ainda, que o novo parágrafo 4º do artigo 515 contribui com a economia processual, seguindo a mesma linha do parágrafo 3º do art. 515, introduzido pela Lei 10.352/01.

O parágrafo 1º do artigo 518 segue em harmonia com o artigo 103A da CF/88⁴¹, acrescentado pela emenda 45/04 e ainda compatível, igualmente, com o teor do artigo 557 do CPC⁴².

Por seu turno, a lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, também em vigor a partir de 08/05/06, acrescenta ao CPC (Lei 5.869, de 11 de janeiro 1973) o artigo 285-A⁴³, que apresenta ao juízo, nas hipóteses elencadas no referido artigo, a faculdade de ser dispensada citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

³⁹ Ibid., p. 87/95.

⁴⁰ Art. 5º [...]

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

⁴¹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁴² Artigo 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

⁴³ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Na hipótese de apelação, o juiz, em 05 (cinco) dias, decide manter a sentença ou determinar o prosseguimento da ação (art. 285-A, § 1º⁴⁴). Na primeira hipótese, é ordenada a citação do réu, para responder ao recurso (art. 285-A, § 2º⁴⁵).

O objetivo da referida reforma é repetido como justificativa da celeridade, sem ferir os princípios constitucionais da garantia do contraditório e da ampla defesa. Em síntese, a apontada reforma tratou da racionalização do julgamento de processos repetitivos.

Acrescente-se que o artigo 285-A, enquanto projeto tramitando pela Câmara dos Deputados, levou o n. PL 4.728/04, tendo, como autor, o Poder Executivo. Esse Projeto fez parte do “pacote republicano”, apresentado pelo Presidente da República no dia 15 de dezembro de 2004, em decorrência do trabalho desenvolvido pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça⁴⁶.

O IBDP não participou da elaboração do projeto. Acrescente-se que o deputado Darci Coelho, em voto separado, apontou que o mesmo “padece de insanáveis vícios quanto aos aspectos de constitucionalidade e juridicidade”, objetivando a rejeição do mesmo, porém sem êxito.

Publicada a Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que entrou em vigor a partir de 17/05/06, verificaram-se alterações concernentes à incompetência relativa (arts. 112, parágrafo único⁴⁷, e 114⁴⁸); meios eletrônicos (art. 154, parágrafo único⁴⁹); prescrição (art. 219, parágrafo 5º⁵⁰); distribuição por dependência (art. 253,

⁴⁴ Art. 285-A [...]

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

⁴⁵ Art. 285-A [...]

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

⁴⁶ CALMON FILHO, op. cit., p. 133/141.

⁴⁷ Art. 112. Argúi-se por meio de exceção, a incompetência relativa.

Parágrafo único. A nulidade de cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.

⁴⁸ Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatoria nos casos e prazos legais.

⁴⁹ Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil.

⁵⁰ Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz em litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda, quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

II, e III⁵¹); exceção de incompetência (art. 305, parágrafo único⁵²); revelia (art. 322 e parágrafo único⁵³); carta precatória e rogatória (art. 338⁵⁴); ação rescisória (art. 489⁵⁵); vista dos autos (art. 555, parágrafos 2º e 3º⁵⁶); e revogou o art. 194 da Lei 10.406/02 do CC⁵⁷.

A Lei 11.280/06, enquanto projeto, tal como as alterações retro anunciadas, ao tramitar na Câmara dos Deputados, foi identificada como PL 4.726/04, de autoria do Poder Executivo; e igualmente fez parte do “pacote republicano”, apresentado pelo Presidente da República no dia 15 de dezembro de 2004, em decorrência do trabalho que vem sendo feito pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça⁵⁸.

O IBDP participou da elaboração do projeto cujo texto foi modificado, posteriormente, pelo Governo.

O aludido projeto apresentou exposição de motivos similares aos anteriores. Cada alteração por ele proposta, sob a ótica do Ministro da Justiça, apresenta-se adequada aos princípios que balizam a política legislativa do Governo,

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

⁵¹ Art. 253. Distribuir-se-á por dependência as causas de qualquer natureza:

II – quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;
III – quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento.

⁵² Art. 305. Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição.

Parágrafo único. Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação.

⁵³ Art. 322. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

⁵⁴ Art. 338. A carta precatória e a carta rogatória suspenderão o processo, no caso previsto na alínea b do inciso IV do art. 265 desta Lei, quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova nelas solicitada apresentar-se imprescindível.

⁵⁵ Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

⁵⁶ Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.

⁵⁷ Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz. (revogado).

referente à reforma processual, ou seja, presente o intuito do alcance da maior efetividade com economia processual e simplificação.

Em 07 de agosto de 2006, ao entrar em vigor a Lei 11.341, que alterou o parágrafo único do art. 541 do CPC⁵⁹, passou-se a admitir a utilização de decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial.

Por fim, até a presente data, são essas as inovações trazidas ao CPC, concernentes à terceira fase da reforma processual brasileira.

Traçado esse panorama reformista, verifica-se uma mudança de paradigma imposta com a entrada, em vigor, da nova Carta Constitucional, que atingiu, também, o Processo Civil Brasileiro, fato percebido na análise das seqüenciais minirreformas responsáveis pela transformação do estatuto processual.

A Carta Constitucional apresentou princípios e regras tendentes a refletir anseios presentes no contexto social, político e econômico, do momento histórico vivido pela Nação, pretendendo a transmutação de um processo de modelo liberal-individualista para um processo social.

A partir daí, estudos proclamando a instrumentalidade do processo, bem como a relativização do binômio “direito e processo” se intensificaram, ascendendo a esperança no sentido do alcance desse processo de resultados.

Como ensina José Roberto dos Santos Bedaque,

“[...] As regras de direito processual destinam-se, pois, à regulamentação de todos os aspectos inerentes à eliminação das crises surgidas com o descumprimento das normas de comportamento previstas no plano material”⁶⁰.

⁵⁸ Ibid., p. 109/119.

⁵⁹ Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 12.

Dessa forma, é notório que o Processo Civil é instrumento a serviço do Direito substancial. Nesse ponto, é interessante notar-se que o Direito Processual se arma de mecanismos, para assegurar a atuação das regras materiais.

O Direito Processual moderno vai muito além da simples entrega da prestação jurisdicional, mas objetiva entregar a verdadeira tutela jurisdicional⁶¹.

Ademais, a efetividade do processo depende, fundamentalmente, da existência de meios adequados à solução dos inúmeros problemas surgidos no plano do Direito substancial.

Após a garantia ofertada pela Constituição Federal de 1.988 em seu artigo 5º, inciso XXXV, os processualistas modernos passaram a refletir sobre o sentido dessas disposições⁶².

Essas reflexões levaram os operadores do Direito a compreender que a garantia abstrata não era mais suficiente diante da Carta Magna em vigor. Viu-se acentuado o desejo do alcance de uma efetiva justiça ou entrega de verdadeira tutela jurisdicional.

Isso significa que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual, contando com instrumentos adequados, para alcançar esse objetivo.

A Constituição procurou estabelecer processo justo e compatível com os valores dominantes. As reformas do Processo Civil perseguiram os valores

⁶¹ “Urge não confundir tutela com prestação jurisdicional; uma vez que se tem como abstrato o direito de ação, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do direito à composição do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste a prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a defesa do direito subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbe à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada (salvo excepcionais exceções) pelo sistema de direito objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda in concreto o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência medidas cautelares e antecipatórias**. 2ª edição. Rio de Janeiro: América jurídica, 2001. p. 02).

⁶² [...] O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo 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. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25).

superiormente proclamados, pois a Carta Magna anunciou um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁶³.

Conforme a exposição de motivos do Código de Processo Civil em vigor, o mesmo objetivou pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais. Era preciso observar-se a correlação entre a função do processo civil (dar razão a quem efetivamente a tem) e a estrutura orgânica do Poder Judiciário.

Os operadores do Direito, refletindo sobre o que apresentava o Código de Processo Civil de 1.939, quando se visualizavam quatro partes fundamentais, que eram processo de conhecimento (arts. 1º a 297); procedimentos especiais (arts. de 298 a 781); recursos e processos de competência originária dos tribunais (arts. de 782 a 881); e processo de execução (arts. de 882 a 1.030); e, também, almejando plena efetivação dos provimentos alcançados, cogitaram sobre um novo Código de Processo Civil, mais adequado, tecnicamente, ao momento político social existente⁶⁴.

O Código de Processo Civil de 1973 se preocupou com um rigor técnico e sistemático, introduziu o julgamento conforme o estado do processo e tentou simplificar o sistema de recursos.

⁶³ [...] O processualista que não perceber esse aspecto, que não se inserir no contexto político, econômico, cultural e social de seu tempo, continuando a ver as questões de acesso à justiça apenas como problemas a serem resolvidos através da criação de novos instrumentos técnico-processuais ou da correção dos existentes, estará auxiliando na manutenção do *status quo*. É preciso que o sistema processual seja visto não somente como um instrumento de solução de conflitos intersubjetivos (aspecto inegavelmente importante) ou mesmo difusos, coletivos ou individuais homogêneos, mas também e fundamentalmente como instrumento político de realização da justiça social, escopo maior do Estado contemporâneo. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 64).

⁶⁴ As linhas fundamentais do Projeto de Código de Processo Civil [...]: "Na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se, por isso, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito. Cogita-se, pois, de racionalizar o procedimento, assim na ordem civil como na penal, simplificando-lhe os termos de tal sorte que os trâmites processuais levem à prestação da sentença com economia de tempo e despesas para os litigantes. Evitar-se-á, assim, o retardamento da decisão das causas ou na execução dos direitos já reconhecidos em juízo. No tutelar-se por essa forma o interesse das partes e a dignidade da justiça, seguir-se-á, aliás, o caminho facultado pela Constituição vigente, quando no art. 112, parágrafo único, dispõe: 'Para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processos e julgamentos de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes'". (BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do código de processo civil**. 6ª ed. São Paulo : RT, 2004. p. 580/581)

A doutrina é unânime em frisar que o Código de Processo Civil de 1973 não realizou tudo que podia na época, em prol da desburocratização e conseqüente agilização do sistema, para que a justiça atingisse seus objetivos⁶⁵.

Os vários autores que discutiram o Código de 1973 apontaram que os institutos fundamentais (jurisdição, ação, processo, defesa) permaneceram com os mesmos critérios adotados pelo Código de 1.939: manutenção de procedimentos especiais em excesso; ampliação do âmbito de recursos.

Entretantes, o movimento reformista do código de 1973 apresenta um novo estatuto processual. A preocupação com processo de resultados, efetividade, instrumentalidade e acesso à justiça são uma constante.

Com olhos voltados para esse processo civil moderno, o presente trabalho objetiva analisar os mecanismos de efetivação na tutela urgente individual e refletir sobre eles, a aptidão dos meios atualmente postos à disposição dos operadores do direito e jurisdicionados, bem como a inaptidão dos mesmos.

Aqui, as palavras de José Carlos Barbosa Moreira, na conferência realizada em 1º de maio de 2003, ensinam que a moderna ciência processual nasceu e engatinhou em atmosfera impregnada de individualismo. Todavia a nova doutrina cuidou de romper com o passado, onde a disciplina, autônoma e gradativamente, intensificou o poder dos juízes⁶⁶.

O jurista retromencionado ainda destaca a importância do processo e das partes, mas nota a força dos julgados, comparando a extensão do exercício da judicatura ao menino que atira uma pedrinha ao lago e é incapaz de adivinhar até onde chegarão os círculos concêntricos que seu gesto simples desenha na superfície da água. E, nesse ponto, observa que todo e qualquer processo afetará a malha social direta ou indiretamente⁶⁷.

Ressalta, ainda, o autor antes citado, que a norma jurídica, em si mesma, não tem a virtude de modificar a realidade. Frisa, inclusive, que pouco

⁶⁵ “Segundo conhecida e prestigiosa lição de Chiovenda, o que distingue substancialmente um ordenamento de outro, no tempo e no espaço, são os *princípios* que um adote e o outro não ou o modo diferenciado como cada um deles acolha certos princípios fundamentais ou rejeite outros. Os princípios e linhas fundamentais residentes no atual Código de Processo Civil, segundo sua versão original, são os mesmos que já residiam no Código de 1939. Reconfirma-se, pois: a reforma de 1973 não alterou substancialmente o modelo processual que antes tínhamos. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed. Malheiros Editores, 2002. p. 171).

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. **Revista de processo**, São Paulo, v. 125, p. 279-288, jul. 2005. p. 283.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 281.

adiantará outorgar ao juiz maior soma de poderes, se o respectivo exercício for inábil ou insuficiente⁶⁸. A realidade cotidiana leva à frustração. Para alguns operadores do Direito, a solução estaria em rumar caminho inverso, ou seja, pensar na desjudicialização⁶⁹.

Ao concluir, ressalta:

Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não se deve valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina a servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade⁷⁰.

Comunga-se do posicionamento esposado pelo jurista, acredita-se no acerto do caminho objetivado pelas reformas, mantendo reavivada a esperança de que, em futuro próximo, a prestação da tutela jurisdicional se apresente mais efetiva.

⁶⁸ Ibid., p. 286.

⁶⁹ O termo desjudicialização deve ser entendido como a menor intervenção do juiz nos atos processuais. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 7).

⁷⁰ MOREIRA, op. cit., p. 288.

2 PREMISSAS ONTOGNOSIOLÓGICAS FUNDAMENTAIS

2.1 CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS

Para dar seqüência à presente pesquisa, é interessante esclarecer-se, dentre outros aspectos, o ramo do pensamento filosófico a ser seguido, pois a base da filosofia adotada influenciará no desenvolvimento do trabalho e, necessariamente, em seus resultados.

A reflexão é um exercício inerente à filosofia e pode ser traduzida como “volta da consciência, do espírito sobre si mesmo, para examinar o seu próprio conteúdo por meio do entendimento, da razão”⁷¹.

A filosofia é a ciência geral do conhecimento das coisas por suas causas ou primeiros princípios⁷².

Dessa feita, um pesquisador que se define por uma filosofia racionalista opta pela aplicação de princípios universais e imutáveis, como método, e buscando resultados identificados com tal posicionamento.

Por outro lado, um pesquisador perspectivista⁷³ enfrenta a relatividade do conhecimento, considerada conforme as necessidades vitais do homem, além de atentar para a posição social e histórica do mesmo, numa filosofia de “pontos de vista”.

A fixação de premissas filosóficas auxilia o autor num desenvolvimento coerente do pensamento no decorrer do trabalho. Ademais, essa opção influi, diretamente, na definição de Direito adotada, bem como na idéia que o mesmo capta do ordenamento jurídico.

⁷¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1.999. p. 1727.

⁷² Estudo que se caracteriza pela intenção de ampliar, incessantemente, a compreensão da realidade, no sentido de apreendê-la na sua totalidade, quer pela busca da realidade capaz de abranger todas as outras, o Ser (ora, ‘realidade suprema’, ora ‘causa primeira’, ora ‘fim último’, ora ‘absoluto’, ‘espírito’, ‘matéria’, etc), quer pela definição do instrumento capaz de apreender a realidade, o pensamento (as respostas às perguntas: que é a razão? o conhecimento? a consciência? a reflexão? que é explicar? provar? que é uma causa? um fundamento? uma lei? um princípio? etc.), tornando-se o homem tema inevitável de consideração. (FERREIRA, op. cit. p. 905).

⁷³ Trata-se de corrente filosófica sistematizada por José Ortega y Gasset, conhecida, também, como teoria do ponto de vista.

Os mecanismos de efetivação na tutela jurisdicional de urgência exigem a fixação dessas premissas, pois, para a atuação desses, faz necessária uma “mudança de mentalidade”, com o reconhecimento e aceitação do paradigma proposto, assim como a compreensão dos paradigmas anteriores que revelaram ausência de preocupação com qualquer efetivação do direito.

Adotando-se uma filosofia de sistemas abertos, onde o humanismo se faz presente, almejando uma proteção que compreenda *o homem como ser digno*, objetivando transformações no mundo fático, uma mudança de mentalidade é ideal, para que essa proteção possa ser alcançada. Mas, se adotada uma filosofia reducionista e conservadora, essa pretensão de reconhecimento e compreensão desse novo direito, decorrente do atual paradigma posto, que implica em necessária mudança de mentalidade, será algo inacessível ou utópico.

Pretende-se esclarecer que o ordenamento processual civil possui instrumentos ou meios legais, capazes de tornar efetivas as tutelas urgentes individuais. Procurar-se-á adotar um posicionamento filosófico não reducionista e de sistemas abertos, capazes de trazer novos e adequados contornos para a tratada área do conhecimento.

A filosofia que se adota está baseada no pensamento do filósofo espanhol José Ortega y Gasset. Estudioso e defensor de um pensamento perspectivista⁷⁴, que se encaixa no perfil que se pretende definir como referencial no curso da pesquisa, especialmente porque é humanista, desenvolve preocupação com o homem, sua realidade, seu destino e que espaço ocupa num contexto mundial.

⁷⁴O conhecimento – e aludo a ele agora apenas de soslaio – é perspectiva, portanto, nem propriamente um ingresso da coisa na mente como acreditavam os antigos, nem um estar a “própria coisa” na mente *per modum cognoscentis*, como queria a escolástica, nem uma cópia da coisa como [falta o final da oração], nem uma construção da coisa supuseram Kant, os positivistas e a escola de Marburgo – porquanto é uma “interpretação” da própria coisa submetendo-a a uma tradução, como se faz de uma linguagem a outra, diríamos da linguagem do ser, que é muda, à linguagem falante do conhecer. Esta linguagem ao que é traduzido o ser é, nem mais nem menos, a linguagem, o *logos*. *Conhecer*, em sua derradeira e fundamental concreção dialética – *dialégein* – *ir falando precisamente das coisas*. *A palavra enuncia as vistas em que nos são patentes os aspectos da realidade*. (ORTEGA Y GASSET, José. **Origem e epílogo da filosofia**. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1.963. p. 187/188).

Para José Ortega y Gasset, a realidade é a coexistência do eu e do mundo. Ou seja, “a realidade não é nem o mundo nem o eu, mas a relação de um com o outro”⁷⁵.

Ortega y Gasset ficou conhecido como o filósofo da circunstância e da razão vital, voltado para o seu momento e para a análise de sua circunstância. Mas, para alcançar esse amadurecimento, compreendeu e superou o pensamento kantiano; e, transcendendo o idealismo, desviando-se de um realismo ingênuo, concluiu pela razão vital e o perspectivismo⁷⁶.

Em uma de suas obras, Ortega y Gasset defendeu a tese de que o homem que conhece seu passado se conhece. Essa tese, exposta na obra *História como Sistema*, esclarece a visão perspectivista do autor e traduz a crença de que a humanidade é o que acredita ser em determinado momento histórico⁷⁷.

Isso explica os diferentes paradigmas que construíram a história da humanidade como aleatoriamente se pode lembrar: teocentrismo, geocentrismo ou o heliocentrismo, justificando as circunstâncias de cada momento.

Ortega y Gasset, ao tratar da crença, ainda distingue a fé viva da fé inerte⁷⁸, explicitando que a fé viva basta para se viver, e a fé inerte não atua eficazmente na vida humana. Essas circunstâncias, no desenrolar da vida, levarão o ser humano à revelação. Essa revelação se traduzirá, ao longo do tempo, em mudanças de paradigmas.

Na doutrina de Ortega y Gasset, a evolução dessa crença pode alcançar o status de “dogma social”, quando a coletividade passa a acreditar nessa verdade revelada.

Imerso nesse pensamento filosófico, passa-se a analisar o direito, como consequência, o pensar no homem inserido numa sociedade, justificando-se que, da necessidade de convivência harmônica e pacificada, se desenvolveram regras que, através dos tempos, acompanham o homem socializado, possibilitando-lhe tal convivência.

⁷⁵ ORTEGA Y GASSET, José. **História como sistema mirabeau ou o político**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.982. p. 19.

⁷⁶ “O perspectivismo, para Ortega, não conduz ao cepticismo, mas a um realismo crítico. A perspectiva não é ilusória, é a própria realidade. A partir da perspectiva própria de cada homem, na sua vida e dentro de sua circunstância, o perspectivismo lhe proporciona seu correto relacionamento com o mundo”. (ORTEGA Y GASSET, op. cit. p. 11).

⁷⁷ A crença não é, sem mais nem menos, a idéia que se pensa, mas aquela em que, além disso, se acredita (ORTEGA Y GASSET, op. cit. p. 28).

⁷⁸ ORTEGA Y GASSET, op. cit. p. 32.

Ocorre que o desenvolvimento do homem numa sociedade se deu em concomitante desenvolvimento com as diversas ciências, trazendo uma nova visão da realidade e as conseqüências dessa transformação cultural⁷⁹.

Os primeiros homens que se dedicaram à reflexão, conhecidos como pensadores ou filósofos, acreditavam que, por meio da ciência, se alcançaria a sabedoria e que esta seria o caminho para a felicidade⁸⁰.

A história da filosofia, que sempre tangencia ou influi no Direito, pode ser reconhecida em três períodos (filosofia antiga – que alcança os primeiros séculos da era cristã e se subdivide em: pré-socráticos, socráticos e pós-socráticos; filosofia da idade média – do século VI da era cristã até a renascença – séculos XV e XVI; e filosofia moderna – do fim do século XVI e início do XVII, com Bacon e Descartes⁸¹), que traduzem a evolução do pensamento, do Estado e, como conseqüência, do Direito.

Desse modo, é possível pensar-se que o mundo foi criado, porém era desconhecido. No mundo primitivo, os mitos normalmente justificavam os fatos não compreendidos ou inexplicáveis; ou o teocentrismo, inspirado na fé. Os fenômenos naturais eram interpretados como recompensa ou punição dos deuses pelos atos humanos.

O homem, gradativamente, deixou de crer em mitos e passou a refletir sobre o desconhecido ou sobre tudo aquilo que o intrigava. Com efeito, como animal racional, intervindo na natureza, foi transformando seu ambiente e as sociedades foram-se tornando mais complexas e desenvolvendo novas formas de conhecimento.

A filosofia nasceu por volta do século VI ou VII a.C., promovendo a passagem do saber mítico para o saber racional. Era a busca da sabedoria. No período denominado pré-socrático, no vasto Estado Grego, caracterizado pela *polis*, a filosofia teve, como berço, Mileto, situada na Jônia, litoral ocidental da Ásia Menor⁸².

⁷⁹ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. Cultrix, 2002, p. 14.

⁸⁰ CHALLAYE, Félicien. **Pequenas histórias das grandes filosofias**. Tradução de Luiz Damasco Penna e J. B. Damasco Penna. São Paulo: Ed. Nacional, 1978. p. 02.

⁸¹ CHALLAYE, op. cit., p. 13.

⁸² COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia: história e grandes temas**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 77.

Os pré-socráticos se preocupavam com buscar a verdade una e imutável, capaz de desvendar a compreensão do cosmo. Assim, é possível lembrar-se de Tales, Anaximandro ou Demócrito, que se preocuparam com a cosmologia ou uma explicação racional das características do universo, a *arché*⁸³.

Os filósofos conhecidos como socráticos inauguraram uma nova fase da filosofia antiga, sendo certo que o filósofo Sócrates não deixou qualquer escrito, porquanto tudo que dele se conhece é devido a seus discípulos⁸⁴.

Como principal e primeiro discípulo de Sócrates, a história apresenta Platão. Aristocrata de Atenas, Platão apresentava-se o grande filósofo moralista que, na busca da verdade, levava os indivíduos a tomarem conhecimento de sua ignorância por meio de seqüenciais diálogos.

Do período Clássico ao Greco-romano, desenvolveu-se a arte da argumentação.

Outro importante filósofo que apresentou ao mundo o pensamento de Sócrates foi Aristóteles. Discípulo de Platão, escreveu sobre todas as ciências conhecidas no seu tempo, compôs grande número de obras. Inventor da lógica formal, construiu a teoria do silogismo e ainda se opôs ao pensamento do mestre, recusando-se a separar o mundo sensível do mundo inteligível, Aristóteles propõe novo ponto de vista, onde cumpre considerar o mundo sensível, para torná-lo inteligível.

Aristóteles escreveu sobre a moral e a política. Criticou Platão quanto a seu pensamento de que o Estado deva ser unitário e comunista. Frisou que o Estado não é uma unidade, mas uma coleção; a felicidade do Estado está na felicidade dos homens que o compõem, pois *o homem é, por natureza, um animal político*⁸⁵.

A terceira e última fase da filosofia antiga foi vivida pelos pós-socráticos. Vivia-se um período crítico⁸⁶, quando os filósofos deixavam de se

⁸³“Os primeiros filósofos queriam descobrir com base na razão e não na mitologia o princípio substancial, a *arché*, em grego, existente em todos os seres materiais; a matéria-prima de que são feitas todas as coisas” (COTRIM, op. cit. p. 78).

⁸⁴ CHALLAYE, op. cit., p. 29.

⁸⁵ CHALLAYE, op. cit., p. 47-56 passim.

⁸⁶Depois da morte de Alexandre (323 a.C), quarenta anos de guerras civis arruinaram o império macedônio. A inaniidade da imensa vitória militar patenteia-se claramente a todos. Formidável subversão sacode as cidades gregas. Os atenienses perdem toda liberdade política. Os tumultos, as repressões, os assédios se sucedem. Cresce o desemprego. Espalha-se a imoralidade. Diviniza-se o tirano, elevam-se templos a suas amantes. (CHALLAYE, op. cit., p. 61).

interessar por especulações puras (metafísica e arte), preocupando-se com as coisas humanas, com definir o bem supremo e as condições da felicidade.

Nesse contexto é que se desenvolveu o pensamento céptico de Pirro, que, nessa doutrina, considerava o homem incapaz de atingir a verdade. Esse cepticismo colaborou, mais tarde, com o desenvolvimento do empirismo. Igualmente se desenvolveu o epicurismo, que identificava a virtude como uma vida onde o prazer dominava, destacando-se Epicuro⁸⁷, Demócrito e Lucrecio, entre outros.

O estoicismo também desabrochou nessa época e descobriu o valor moral da intenção reta, deu ao mundo a fórmula onde condensava toda a filosofia prática da humanidade.

Por fim, Filo, o judeu, demonstrava a existência de Deus, sustentando que o mundo precisava de uma causa. Esse filósofo iniciou o reino da escolástica e tentou, pelo raciocínio, provar um Deus conhecido pelo êxtase⁸⁸.

A filosofia antiga chegou ao fim, com os filósofos tidos por pagãos perseguidos pela igreja cristã, pois a sua doutrina era a única verdadeira revelada por Deus, não se permitindo a procura de dogmas fora dessa doutrina. Portanto, o que marcou a filosofia da Grécia antiga foi a inteira liberdade de espírito mediante a qual o filósofo, sem qualquer preconceito, buscou a verdade.

Na filosofia da idade média, o pensamento foi dominado pela religião triunfante, onde o cristianismo era instrumento de manipulação do imperador. Nesse período, desenvolveram-se: patrística, escolástica, destacando-se, como filósofos, Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino, inclusive ocorrendo uma retomada do misticismo.

Conclui Félicien Challaye que

[...] toda a história da filosofia medieval é a de um movimento racionalista, desenvolvido, lenta mas continuamente, em meio a obstáculo e resistências de toda ordem que o ambiente social lhe impunha⁸⁹.

Ao longo do século V d.C., o império romano sofreu ataques constantes dos povos bárbaros. A Igreja católica conseguiu manter-se como

⁸⁷ Nunca seremos verdadeiramente pobres, se vivermos segundo a natureza; nunca seremos suficientemente ricos, se vivermos segundo a opinião. (CHALLAYE, op. cit., p. 67).

⁸⁸ CHALLAYE, op. cit. p. 61-76 passim.

instituição social. Em crescente expansão, ela passou a exercer importante papel político nessa sociedade e ainda conquistou vasta riqueza material.

O cristianismo marcou o Estado Medieval, as invasões bárbaras e o feudalismo. Verificava-se a quebra da rígida e bem definida organização romana, revelando novas possibilidades.

Esse quadro instável e fragilizado, surgido no Estado Medieval, aspirava à unidade. As formações políticas apontavam um intenso fracionamento do poder (os feudos) e uma nebulosa noção de autoridade, podendo-se afirmar que quanto maior fosse a fraqueza apresentada, mais acentuado o desejo da unidade e de força, pretendendo-se caminhar para uma grande unidade política, que tivesse um poder eficaz, como o de Roma, mas fosse livre da influência de fatores tradicionais, aceitando o indivíduo como um valor em si mesmo ⁹⁰.

Nesse contexto, na filosofia, reflexões objetivando conhecer a fé e a razão se intensificaram. A verdade foi imposta como dogma da igreja; sempre revelada por Deus, dispensava reflexões. Aos filósofos restava demonstrar, racionalmente, as verdades da fé.

Esse paradoxo entre a filosofia clássica grega, considerada por muitos como pagã, e a fé cristã colaborava para convencer os descrentes, tanto quanto possível, pela razão, levando-os a aceitarem a imensidão dos mistérios divinos, somente acessíveis à fé.

No período denominado patrística (quando o cristianismo necessitou explicar às autoridades romanas e ao povo em geral seus preceitos), Santo Agostinho, que se converteu ao cristianismo e foi padre, deixou registros anunciando a necessária conquista espiritual, que não podia simplesmente ser imposta pela força ⁹¹.

Os primeiros padres se empenharam na elaboração de inúmeros textos sobre a fé e a revelação cristãs. Uma das principais correntes da filosofia patrística, inspirada na filosofia greco-romana, tentou munir a fé de argumentos racionais.

⁸⁹ CHALLAYE, op. cit., p. 89.

⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66.

⁹¹ “[...] (de meados do século IV ao século VIII) no qual se busca uma conciliação entre a razão e a fé [...]”.(COTRIM, op. cit., p. 118).

A escolástica foi, também, um período importante para a filosofia cristã. Santo Tomás de Aquino teve destaque numa fase desse período, quando se considerava que a harmonização entre a fé e a razão poderia ser parcialmente obtida. Numa fase posterior da escolástica, ocorreu a afirmação das diferenças fundamentais entre a fé e a razão, bem como a conseqüente decadência desta ⁹².

A idade média, considerada como período de escuridão, permitiu a renascença ⁹³. A cultura se descentralizava e a libertação das almas ocorria mediante sacrifícios heróicos (tribunal da inquisição). Era a reconstrução da cosmovisão.

No século XVII, foi possível notarem-se certas características da idade moderna, como procurar a verdade com toda independência.

A teoria do conhecimento se impunha. Filósofos, como o empirista Francis Bacon (apresentou o método indutivo para a pesquisa científica), Thomas Hobbes (que trouxe a base filosófica da teoria dos regimes autoritários), John Locke, (que concluiu que todo conhecimento se adquire pela experiência, por meio dos sentidos), marcaram os primeiros passos dessa nova crença.

Nesse século, os filósofos, incomodados com a lógica aristotélica e a escolástica, pretenderam a substituição desta por uma filosofia da experiência. Dessa forma, todo homem que usou, livremente, a razão, para buscar a verdade, pôde ser considerado um discípulo do genial apóstolo do pensamento livre – Descartes, o racionalista.

A ciência total estudada pela filosofia na antiguidade aqui se destacou em ciências particulares, a partir do século XVI, até meados do século XIX. Tanto na antiguidade como nos tempos modernos, os filósofos têm buscado, livremente, a verdade.

O filósofo Blaise Pascal (1623/1662) se posicionou como um adversário do racionalismo cartesiano. Escreveu contra os que aprofundavam, muito, a ciência. Estudou a atividade científica e a paixão amorosa. Concluiu que o

⁹² “[...] (do século IX a XVI, quando se buscou uma sistematização da filosofia cristã), foram fundadas escolas ligadas às instituições católicas, tendo a educação romana como modelo, onde começaram a ser ensinadas diversas matérias, sempre submetidas à teologia”. (COTRIM, op. cit. p. 122).

⁹³ A terra, a humanidade, o Deus judeu-cristão estão no centro do mundo. Os astros, as plantas, os animais foram criados para o homem. Depois da criação, os acontecimentos mundiais foram a queda de Adão e Eva, a preparação da vinda do Salvador, a encarnação e o sacrifício do Deus feito homem, a propagação da fé salvadora. Nos séculos XV e XVI, esse universo geocêntrico, antropocêntrico e teocêntrico, estala por todos os lados. O mundo se alarga, assim no tempo como no espaço. (CHALLAYE, op. cit., p. 91).

homem é feito para a infinidade, o que explica a ânsia eterna do saber mais. E, ainda, que essa necessidade de infinito não pode ser satisfeita, nem pela ciência, nem pelo amor.

No curso do século XVIII, razões de ordem econômica e sentimental, especialmente na Europa, desenvolveram repulsa à desigualdade social, injustiça e opressão, que se intensificava.

O espírito crítico necessitou ser estendido, também, às questões políticas e religiosas. Portanto, até o século XVII, filosofia e ciência estavam muito interligadas. Mas, a partir da revolução científica iniciada por Galileu Galilei, a ciência se tornou autônoma e independente.

A busca metafísica do conhecimento de encontrar os princípios últimos de todas as coisas foi substituída pela matematização, uma linguagem mais segura.

No Estado Moderno, ocorreu a construção de uma nova imagem do homem e do mundo. Não era possível ignorar-se a passagem do feudalismo para o capitalismo⁹⁴.

A teoria geocêntrica, que defendia a terra como centro do universo, foi combatida pela teoria heliocêntrica, de Nicolau Copérnico, que mostrou a terra girando em torno do sol, sendo este o centro do sistema planetário.

A mudança de paradigma se impôs. O teocentrismo foi substituído pelo antropocentrismo. Na idade moderna, muitas conquistas podiam ser lembradas. Pesquisadores, como Johannes Kepler, Galileu Galilei, Isaac Newton ou René Descartes, todos filósofos, buscando a verdade que se revelou influenciada pela personalidade de cada pensador e pelo momento vivido por cada um.

A destruição do cosmo (destruição de uma idéia, de um mundo de estrutura finita) parecia a revolução mais profunda realizada ou sofrida pelo espírito humano desde a invenção do cosmo pelos gregos. O aspecto contemplativo é substituído pelo operativo (para intervir na natureza e dominá-la).

Nesse ritmo, a filosofia avançou na idade moderna, influenciada pelo empirismo e iluminismo. Foram questionados os critérios e métodos para a aquisição

⁹⁴ “ [...] a passagem do feudalismo para o capitalismo, com a ascensão da burguesia; o surgimento de questões político-econômicas, como a formação de novos Estados nacionais; discussão sobre a forma do poder; quebra da unidade religiosa; desenvolvimento da ciência natural e a criação de novos métodos científicos; invenção da imprensa; a passagem do teocentrismo para o antropocentrismo; ou seja, o renascimento”. (COTRIM, op. cit., p. 136).

do conhecimento. Desse modo, várias teorias do conhecimento foram formuladas, destacando-se, como de especial importância, a racionalista e a empirista.

A filosofia contemporânea afirma: mais que interpretar o mundo, é preciso transformá-lo. A partir do século XVIII, deparou-se com avanços técnicos, industrialização e conflitos sociais.

Os complexos caminhos das sociedades contemporâneas colocaram o ser humano diante de grandes questões, como manipulações de pessoas, desigualdades e exclusões sociais, devastação do meio ambiente etc.

Essas questões complexas foram examinadas como objeto de reflexão de estudiosos, como Karl Marx⁹⁵, Augusto Comte⁹⁶, Wilhelm Friedrich Hegel⁹⁷, entre outros.

Esses pensadores, ora apoiados, ora criticados uns pelos outros, não encontraram respostas perfeitas, capazes de dar plena solução às questões. Por outro lado, passaram a ter consciência de que o conhecimento científico não é inquestionavelmente certo, coerente ou infalível para todo o sempre.

Surgiu uma reflexão motivada pela análise da lógica da linguagem, onde se procurou esclarecer o sentido das expressões e seu uso no discurso lingüístico. Concluiu-se que muitos problemas filosóficos se reduzem a equívocos e mal-entendidos originados do uso ambíguo da linguagem.

Nessa filosofia, podem ser citados como destaque Bertrand Russell (1872-1970)⁹⁸, Ludwig Wittgenstein (1889/1951)⁹⁹, entre outros.

⁹⁵ "Marx apresentou um visão materialista da história. Os homens não podem ser pensados de forma abstrata nem de forma isolada, pois não existe indivíduo fora das relações sociais. Isso é reflexo da forma de produção". (COTRIM, op. cit. p. 200/201).

⁹⁶ "Comte propunha uma reforma na sociedade baseada no desenvolvimento científico. Sua diretriz filosófica foi marcada pelo culto da ciência e pela sacralização do método científico. O positivismo inspira confiança, vê com otimismo, o progresso capitalista, guiado pela técnica e pela ciência. Desse contexto, decorre o lema: 'o amor por princípio, a ordem por base e o progresso por fim'". (COTRIM, op. cit. p. 188/189).

⁹⁷ "Hegel destaque do idealismo alemão, tentou conciliar a filosofia com a realidade. Objetivou fazer do pensamento o refúgio da razão e da liberdade. Isso significa pensar a realidade como processo, como movimento, e não somente como coisa (substância). Nesse contexto o autor enxerga esse movimento como circular numa seqüência de tese, antítese e síntese". (COTRIM, op. cit., p. 192/193).

⁹⁸ "Desenvolveu a análise da linguagem, chegando a teoria do atomismo lógico. De acordo com essa teoria, a cada proposição atômica, corresponde um fato simples, que ele chama de proposição atômica. O Problema reside em aceitar-mos as proposições em seu conjunto, como um todo, e não as analisa-las em suas partes. Isso pode levar a equívocos que conduzem a falsas questões recolhidas pela filosofia. Concluiu que ou a lógica formal não consegue captar a riqueza da linguagem comum, ou a linguagem comum introduz noções confusas – como causalidade, finalidade, etc.- que criam problemas filosóficos". (COTRIM, op. cit., p. 221).

⁹⁹ "Buscou uma estrutura lógica que pudesse dar conta do funcionamento da linguagem. A estrutura da linguagem deveria corresponder à realidade dos fatos 'um estado de coisas é pensável, quer dizer: podemos fazer figura dele. A totalidade dos pensamentos verdadeiros é uma figura do mundo'.

A escola de Frankfurt concentrou seus interesses na análise da sociedade de massa, construindo uma teoria crítica contra a situação social existente, que foi fundada na década de 1920.

Estudiosos, como Theodor Adorno (1906-1969), Max Horkheimer (1895-1973), Walter Benjamin (1892-1940), Herbert Marcuse (1898-1979), Erich Fromm e Jurgen Habermas (1929-), embora com enfoques diversos, discutiram variados aspectos da vida social, construindo uma teoria crítica da sociedade como um todo.

A análise do avanço tecnológico a serviço da reprodução da lógica capitalista, enfatizando consumo e produção como formas de garantir o apaziguamento e diluição dos problemas sociais, resultou na narcotização das consciências.

Max Horkheimer e Theodor Adorno denunciaram a morte da razão crítica¹⁰⁰, asfixiada pela produção capitalista, que se fortaleceu após a degeneração das experiências socialistas. Esses filósofos, da Escola de Frankfurt, são marcados por uma desesperança em relação à possibilidade de transformação dessa realidade social. Uma indústria cultural promove alienação das consciências, homogeneizando os comportamentos, massificando as pessoas.

Walter Benjamin¹⁰¹, mais otimista, acredita que a arte, a partir do desenvolvimento das técnicas de reprodução, se torne acessível a todos, combatendo a indústria cultural, servindo como instrumento de politização.

Herbert Marcuse, influenciado pelas obras de Marx e Freud, aponta a necessidade da repressão dos instintos para a manutenção e desenvolvimento da civilização. Esclarece que as imposições repressivas são produtos de uma organização histórico-social específica. E acredita na possibilidade de uma civilização menos repressiva surgir do próprio desenvolvimento tecnológico, que criaria condições para a libertação em relação à obrigação do trabalho e à

Mais maduro passou a afirmar a impossibilidade de redução legítima entre um conceito lógico (da linguagem) e um conceito empírico (da realidade). Concluiu que a linguagem não é a captura conceitual da realidade, não é a reprodução do objeto, mas sim uma atividade, um jogo. E os jogos de linguagem adquirem o seu significado no uso social, nos diferentes modos de ser e de viver no qual a fala está inserida. Assim, o termo lingüístico não poderia mais ser explicado por meio de uma análise lógica, mas apenas a partir de seu uso social". (COTRIM, po. cit. p. 222).

¹⁰⁰ COTRIM, op. cit., p. 223.

¹⁰¹ COTRIM, op. cit., p. 224.

conseqüente ampliação do tempo livre. Cabe à filosofia anunciar essa possibilidade¹⁰².

Nesse contexto, José Ortega y Gasset (1883 – 1955) apresentou a vida e obra marcadas pelo seu compromisso com a Espanha e com o universalismo da cultura européia. Diante desse duplo compromisso, em alguns momentos de sua vida, aparece como militante político; em outros, como educador de seu povo, convicto de que “importa, antes de tudo, compreender, lucidamente, o mundo, para nele operar”¹⁰³.

José Ortega y Gasset foi bastante influenciado pela cultura alemã, superando as barreiras do idealismo; sem recair no realismo ingênuo, alcançou as concepções da razão vital e do perspectivismo.

Esse pensador se consagrou como o mais importante filósofo espanhol e um dos mais importantes contemporâneos. O perspectivismo difundido por Ortega y Gasset constituiu uma característica essencial da cultura moderna, “na descontinuidade e segmentariedade de todas as atuais visões do mundo”¹⁰⁴.

Para José Ortega y Gasset,

A razão vital é a razão que dá razão à vida, de como se pode e deve vivê-la vida nobre ou vida vulgar, vida dotada de projeto e comandada pelo ímpeto da transcendência, no amor e no servir, ou vida passiva, intransitiva, reduzida à própria fisiologia.¹⁰⁵

Dessa feita, o autor retromencionado considera, reciprocamente, o relacionamento homem-mundo, ao visualizar a vida, criando a circunstância e frisando “Eu sou eu e minha circunstância”¹⁰⁶. Assim, todas as coisas são meras interpretações mediante as quais o homem se esforça para dar ao que encontra.

Essa forma de interpretar a vida conduz a um realismo crítico, permitindo que o ser humano conheça a própria realidade, despida de qualquer ilusão.

Jurgen Habermas propõe um novo conceito de razão, razão comunicativa, como forma de retomar o projeto emancipatório da humanidade em

¹⁰² COTRIM, op. cit., p. 225.

¹⁰³ ORTEGA Y GASSET, op. cit., p. 5.

¹⁰⁴ ORTEGA Y GASSET, op. cit., p. 7.

¹⁰⁵ ORTEGA Y GASSET, op. cit. p. 8.

¹⁰⁶ ORTEGA Y GASSET, op. cit. p. 9.

novas bases. É o que o filósofo denominou razão dialógica, que brota do diálogo e da argumentação entre os agentes interessados numa determinada situação. Esse diálogo resulta da ação comunicativa e pode ser traduzido como o uso da linguagem, para conseguir o consenso¹⁰⁷.

Porém, para se alcançar esse estágio, é necessária uma ação social, que fortaleça as estruturas capazes de promover as condições de liberdade e de não constrangimento, imprescindíveis ao diálogo.

Nesse ambiente de raciocínio, Habermas também compreende o conceito de verdade sob novo ângulo, pois deixa de ser encarado como uma adequação do pensamento à realidade e passa a ser enfrentado como resultado da ação comunicativa, como verdade intersubjetiva, onde se aplicam algumas regras, como não contradição, clareza de argumentação e falta de constrangimentos de ordem social¹⁰⁸. Então, razão e verdade deixam de apresentar valores absolutos e passam a ser definidas consensualmente.

Quanto melhor o diálogo, a validade desses conceitos (razão e verdade) será mais perfeita. Esse diálogo se faz possível com o aperfeiçoamento da democracia.

Nesse momento da pesquisa, é possível afirmar-se que, se o mundo contemporâneo é regido pela razão instrumental, conforme concluíram os filósofos que o antecederam na Escola de Frankfurt, cabe à razão comunicativa o papel de reorientar essa razão instrumental.

Os filósofos pós-modernos desenvolveram uma visão fragmentada da vida cotidiana e dos indivíduos. Como consequência, ocorreu uma valorização das pluralidades culturais, considerando o respeito às diferenças individuais.

Devido ao ceticismo teórico e prático que marca a filosofia pós-moderna, esses estudiosos apresentam uma visão pessimista e desesperançada, enquanto o mundo permanece aguardando respostas. Na pós-modernidade, tiveram destaque Michel Foucault¹⁰⁹ (1926-1984), Jean Baudrillard¹¹⁰ (1929-) e Jacques Derrida¹¹¹, entre outros.

¹⁰⁷ COTRIM, op. cit., p. 226.

¹⁰⁸ COTRIM, op. cit., p. 226.

¹⁰⁹ "O autor alerta que as sociedades modernas apresentam uma nova organização do poder desenvolvida a partir do século XVIII. O poder está disseminado pelos vários âmbitos da vida social, fragmentado em micropoderes se tornou muito mais eficaz. O poder está em toda parte, não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares". (COTRIM, op. cit., p. 228).

Michel Foucault concebe seu raciocínio como os valores consagrados historicamente, em função dos interesses relativos ao poder dentro da sociedade.

A filosofia da ciência passou a questionar o método científico. Essa reflexão se deu especialmente no Círculo de Viena (um grupo de estudos formado, na década de 1920, por cientistas de diversas áreas), que pretendeu formar uma concepção científica do mundo, opondo-se às especulações. A teoria, para ser aceita, deveria passar pelo crivo da verificação empírica. Demonstrada a falsidade, cai a teoria.

Destacou-se, no Círculo de Viena, o pensamento de Gaston Bachelard (1884-1962), que afirmava que a ciência progride por rupturas epistemológicas, causadas por obstáculos epistemológicos. Como exemplo de obstáculo, pode-se apresentar a dogmatização de teorias que freiam o desenvolvimento da ciência. A imaginação e a criatividade foram listadas pelo autor como elementos imprescindíveis à prática científica.

Thomas Kuhn (1922-1996) desenvolveu uma teoria que compreendia a ciência como uma sucessão de paradigmas, que se confrontavam entre si. Quando a ciência se desenvolve e é aceita pela comunidade científica, tem-se um paradigma.

Nas quebras de paradigmas, reconhece-se uma revolução que abre caminho para um novo tipo de desenvolvimento científico. Uma nova reorientação da visão global a respeito, quando os mesmos dados são inseridos em novas relações.

É nesse contexto que Fritjof Capra, ao escrever a obra *Conexões Ocultas*¹¹², sustenta que a vida se organiza em padrões de rede. É preciso compreender-se isso de forma sistêmica e unificada, considerando-se as dimensões biológica, cognitiva e social ou a vida em todos os níveis.

¹¹⁰ “Para o autor o consumismo e a indústria cultural promovem a massificação social. Nesse processo de massificação os indivíduos aderem à banalização da vida cotidiana. A sociedade contemporânea é a sociedade do espetáculo, da vida virtual veiculada pelos meios de comunicação”. (COTRIM, op. cit. p. 231).

¹¹¹ “O autor anuncia que a filosofia ocidental parte de logocentrismo (Deus-diabo; homem mulher; verdade-mentira) com idéia de dualidade (antítese). Pretende a desconstrução desses centros da filosofia ocidental a partir análise da linguagem, que para ele é a estrutura essencial da cultura”. (COTRIM, op. cit. p. 230).

¹¹² CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. Cultrix, 2002.

O futuro para a humanidade necessita ser possível. Para Fritjof Capra, o paradoxo entre a ascensão do capitalismo global e a criação de comunidades sustentáveis (alfabetização ecológica e prática do projeto ecológico) trazem uma esperança da sustentabilidade da teia da vida. O desafio é promover a mudança de mentalidade, com a adoção de novos valores para a determinação da economia global, num equilíbrio possibilitando vida digna e sustentável.

Ao lado dessa evolução científica e filosófica, o Estado também passou por transformações: Estado Absolutista; Estado Liberal, sendo marcado pelo Estado Constitucional, surgido, no século XVIII, como decorrência da “afirmação da supremacia do indivíduo; a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder¹¹³”.

O direito no Estado liberal clássico, como registra Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁴, “[...] além de eminentemente patrimonialista, era marcado pela preocupação fundamental de delimitar rigidamente os poderes de interferência do Estado na esfera jurídica dos particulares”.

A igualdade formal foi adotada no Estado Liberal, que não tinha por objetivo alterar o mundo dos fatos ou efetivar direitos; ou, então, não se propunha a essa prática. A doutrina do processo civil, que o pensou como ciência autônoma, também o pensou isolado da realidade social, o que explica a inaptidão das normas existentes no processo, para alcançar a efetivação pretendida, hoje, pelos operadores do Direito.

Apesar de existir uma preocupação com a construção de novos paradigmas, no mundo ocidental, prevalece a trilogia: linguagem matemática (Galileu), método (Descartes), experiência (Bacon), como cosmovisão preponderante e estabelecida.

A evolução científica, filosófica e do Estado influenciam, diretamente, no conhecimento jurídico, porque este se apresenta como característica de uma teoria fundamental, para determinar a natureza da realidade jurídica.

¹¹³ DALLARI, op. cit. p. 198.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutelas dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 70.

Nesse contexto, onde o prespectivismo considera tudo sobre determinado ponto de vista, um trabalho científico igualmente é um ponto de vista sobre o objeto estudado.

Ressalte-se que o presente trabalho objetiva apresentar um conjunto de idéias construído em determinada circunstância, que, inclusive, poderá incitar outros pesquisadores na busca de novas respostas.

2.2 DIREITO E PROCESSO

Nesse momento, importa definir e conceituar-se Direito, processo e ordenamento jurídico e, a partir dessas fixações, desenvolver-se a presente pesquisa.

As premissas adotadas são aquelas desenvolvidas por Luiz Fernando Belinetti¹¹⁵:

Defino direito como “o ordenamento que visa regular conduta humana de forma bilateral, externa e coercível”¹¹⁶.

Continuo acreditando que o direito tem uma estrutura tridimensional, composta por três perspectivas fundamentais, que denomino de *direito vigente*, *direito eficaz* e *direito intrinsecamente válido*. Os dois primeiros vinculados ao positivismo jurídico, e o terceiro ao jusnaturalismo¹¹⁷.

Creio que o processo pode ser definido como o instrumento pelo qual o ordenamento jurídico é construído, modificado e aplicado¹¹⁸.

[...] O ordenamento jurídico como uma ordem tridimensional. [...] Nesta concepção o ordenamento é visto como o complexo de normas legais (juspositivismo clássico), eficazes (jusrealismo) e naturais (jusnaturalismo) que em determinada sociedade reúnam os atributos da bilateralidade, exterioridade e coercibilidade, ou seja, de algum modo reúnam tais características e conseqüentemente tenham aptidão para regular a conduta das pessoas¹¹⁹.

¹¹⁵ BELINETTI, Luiz Fernando. Direito e processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006. p. 816-826.

¹¹⁶ O autor aponta a distinção entre definição e conceito, explicitando que ambos importam, para permitir uma visão clara da perspectiva de direito de quem as formulou. (BELINETTI, op. cit. p. 816).

¹¹⁷ O autor identifica o direito vigente com o sistema normativo-legal (em sentido lato). O direito eficaz, com regras efetivamente observadas pela sociedade, ou o conjunto de regras que efetivamente, em determinado momento, regulam a conduta de determinada sociedade, derivadas dos pronunciamentos dos aplicadores do ordenamento, bem como do próprio comportamento da população, ao sentir-se vinculada por tais regras. E direito intrinsecamente válido identificado com o direito natural. (BELINETTI, op. cit. p. 818).

¹¹⁸ BELINETTI, op. cit. p. 825.

¹¹⁹ BELINETTI, op. cit. p. 821.

Essas premissas levam à conclusão exarada, no próprio artigo, pelo autor:

Como epílogo, deve remanescer a idéia de que o direito e processo são elementos fundamentais na construção da sociedade, ontologicamente neutros, e que dependem fundamentalmente do conteúdo e da utilização que lhes damos¹²⁰.

Essa conclusão, realista e otimista, traz a esperança de que a evolução do direito certamente apresentará dias melhores. O direito ético e justo, proclamado constitucionalmente e buscado, incessantemente, por muitos de seus operadores, pode ser considerado algo alcançável.

Por outro lado, é preciso reconhecer-se que o Poder Judiciário, que, na opinião da maioria dos operadores do Direito e dos cidadãos, necessita melhorar, para atender aos interesses da sociedade atual, se apresenta como é conhecido, em razão de uma ideologia prevalente.

Como registra Luiz Guilherme Marinoni,

Na verdade, nenhuma “justiça” é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da “forma” que os detentores do poder a desejarem e, portanto, para alguns sempre “boa” e “efetiva”¹²¹.

O mito que sustenta a preferência por um procedimento ordinário, um juiz como *bouche de la loi* e um processo onde impera a “busca da verdade”, preponderando a denominada segurança jurídica sobre outros valores juridicamente considerados, é o da *neutralidade*¹²².

Enquanto imperou a ideologia do Estado Liberal, assistiu-se a uma administração da justiça como função neutra, protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes¹²³.

¹²⁰ BELINETTI, op. cit. p. 826.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela urgente**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 02.

¹²² MARINONI, op. cit. p. 03.

¹²³ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985.

Relembrando Ortega y Gasset, a sociedade é influenciada por uma crença coletiva, que, em resumo, não passa de um conjunto de idéias, que, num determinado momento, justifica a vida e os demais fenômenos ocorrentes.

Como apresentado no tópico anterior, essa crença pode ser considerada aquela “verdade” buscada pelos filósofos desde a antiguidade, até os dias de hoje, justificando a vida e os acontecimentos de cada momento, a princípio, numa visão global; após numa visão fragmentada; ou numa visão mais humanista, preocupada com um futuro sustentável, como propõe Fritjof Capra.

Anote-se que a “verdade” buscada pelos gregos, embora realista, apresentava a pretensão de ser possível o acesso ao absoluto, denunciando um sistema fechado, bem como a visão fragmentada de Descartes, ambas servindo como substrato do positivismo pensado por Augusto Comte.

Posteriormente, estudiosos passaram a conceber a realidade numa perspectiva sistêmica¹²⁴ e unificada, visualizando o desenvolvimento de sistemas abertos.

Se a justificativa da vida e dos demais fenômenos ocorrentes se explicam por meio do racionalismo ou exclusivamente pela fé ou, ainda, diante de um misto entre a fé e a razão, o direito, presente nas relações sociais, estabelece regras de convivência, colaborando para a manutenção da vida social a partir de determinada crença.

O direito é uma forma de controle social (ordenamento que visa a regular a conduta humana), tradicionalmente interpretado como um conjunto de regras e princípios necessários (de forma bilateral, externa e coercível), que sofre a influência do paradigma escolhido pela sociedade.

O poder político é organizador da coerção e assegura a efetividade da ordem social, com o apoio do poder econômico e ideológico. O direito, como instrumento, vigia as possíveis infringências individuais ou sociais do modelo institucionalizado¹²⁵.

¹²⁴ [...] sistema não é apenas a reunião de elementos, mas também as relações que, entre eles, se estabelecem, ou seja, a *interação*. É necessário, pois, saber a função, o papel que cada elemento deve desempenhar no conjunto. [...] Daí se conclui que as leis, como elementos do sistema jurídico, não podem ser interpretadas isoladamente, mas no conjunto a que pertencem, isto é, sistematicamente. O sistema não é um corpo físico, uma coisa, mas um esquema mental, um conjunto de idéias que se relacionam, formando uma unidade harmônica. (LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2005. p. 03).

¹²⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 41-52.

A produção do direito nas perspectivas do direito vigente, direito eficaz e direito intrinsecamente válido, que, sob o prisma do ser (norma), podem ser contraditórias, do ponto de vista do processo (relação), são absolutamente necessárias; em razão do caráter limitado da perspectiva, sempre mutáveis, alimentam a dinâmica do mundo jurídico. Essa diversidade permite a evolução do direito e do pensamento jurídico¹²⁶.

Dessa feita, é fato que inúmeros acontecimentos ocorrem no mundo diariamente. Alguns desses “acontecimentos” tocam o palco do direito ou são importantes para o direito. Isso se verifica no âmbito das diversas relações denominadas relações sociais; e, quando importa para o direito, passam a ser nomeadas relações jurídicas.

Hodiernamente, tem-se consciência de que, apesar das inúmeras reflexões, das muitas pesquisas, perspectivas inovadoras, prevalece, no pátrio ordenamento jurídico, a concepção tradicional, que compreende o direito como conjunto de regras positivas.

A título de ilustração, apresenta-se a concepção de Silvio Rodrigues:

O direito, ciência social que é, só pode ser imaginado em função do homem vivendo em sociedade. Por outro lado, não se pode conceber a vida social sem se pressupor a existência de um certo número de normas reguladoras das relações entre os homens, por estes mesmos julgadas obrigatórias. Tais normas determinam, de um modo mais ou menos intenso, o comportamento do homem no grupo social¹²⁷.

Essa visão tradicionalista pode ser encontrada na maioria dos autores que destacam o direito como um conjunto de normas ditadas pelo poder estatal, normalmente não admitindo contradições no sistema, aceitando as concepções dogmáticas trazidas pelo desenvolvimento do direito positivo. A título de exemplo, lembra-se o posicionamento de Maria Helena Diniz¹²⁸ e José da Silva Pacheco¹²⁹.

¹²⁶ BELINETTI, op. cit., p. 822.

¹²⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 01.

¹²⁸ [...] o direito é um conjunto de normas estabelecidas pelo poder político, que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 07).

¹²⁹ Todo Estado tem um ordenamento jurídico constituído de leis em sentido amplo, capaz de servir-lhe de arcabouço estrutural e de garantir a paz social com justiça, segurança e desenvolvimento.

A visão tradicionalista é simplesmente reducionista. Traduz o direito visto numa perspectiva onde predomina linguagem matemática, método e experiência.

Como anunciado no princípio deste título, pretende-se adotar uma visão mais aberta, não reducionista, que admita o direito alterando a vida das pessoas, na medida do possível, fazendo valer o bem de todos, garantido constitucionalmente.

A definição de Eduardo García Máynez desperta atenção:

*Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas – integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible – son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.*¹³⁰

Essa definição se harmoniza com aquela citada no início deste título, de Luiz Fernando Belinetti.

A definição de direito deve afastar-se do pensamento tradicional, reducionista, que concebe o direito apenas como “leis” ditadas pelo poder estatal, mas, diferente, deve conceber um direito que alcance resultados substanciais, realizando os valores éticos consagrados na Lei Maior do Estado.

Para a compreensão de como se alcançou essa definição de direito, necessária a percepção do momento político-econômico-social, responsável, entre outros, pela eclosão desse novo direito.

No momento político, conhecido como Estado Liberal (que prevaleceu, inclusive após a segunda guerra mundial), onde não se via a intervenção do Estado na esfera dos particulares e reinava uma igualdade formal,

Pode ser próprio ou adotado, como ocorreu no Brasil, após a independência. Quem o edita é o Estado que tem poder legislativo exercido predominantemente pelo Congresso, sem excluir as normas da competência de outros órgãos, como, por exemplo, os estaduais, municipais etc., integrativos de sua constituição. Ao dever do Estado de prover a sociedade, em que atua, de um ordenamento jurídico, poder-se-ia chamar de tutela jurídica, e a essa atividade, não importa o órgão de que emana, de tutela jurídica. É assunto que está fora do direito processual. (PACHECO, José da Silva. **Direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 8-9).

¹³⁰ Tradução livre: Direito é uma ordem concreta, instituído pelo homem para a realização de valores coletivos, cujas normas - integrantes de um sistema que regula a conduta de maneira bilateral, externa e coercível, são normalmente cumpridas pelos particulares e, em caso de inobservância, aplicadas ou impostas pelos órgãos do poder público. (MÁYNEZ, Eduardo García. *Filosofia del derecho*, 7ª ed., Editorial Porrúa, S.A.: México, 1994, p. 135).

acreditou-se que o direito material poderia ser pensado em uma dimensão autônoma, em relação ao processo.

Do mesmo modo, o processo, como mero instrumento, não deveria preocupar-se com o direito material, buscando este “autonomia”. Nesse contexto, o processo e o direito material se distanciaram, vivenciando a fase tecnicista do processo.

Boaventura de Souza Santos registrou passagem desse momento histórico:

[...] Cabe agora referir brevemente as condições sociais que, juntamente com as condições teóricas, possibilitaram a orientação do interesse sociológico para as dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito. Distingo duas condições principais. A primeira diz respeito às lutas sociais protagonizadas por grupos sociais até então sem tradição histórica de ação coletiva de confrontação, os negros, os estudantes, amplos setores da pequena burguesia em luta por novos direitos sociais no domínio da segurança social, habitação, educação, transportes, meio ambiente e qualidade de vida, etc., movimentos sociais que em conjunção (por vezes difícil) com o movimento operário procuraram aprofundar o conteúdo democrático dos regimes saídos do pós-guerra. Foi nesse contexto que as desigualdades sociais foram sendo recodificadas no imaginário social e político e passaram a constituir uma ameaça à legitimidade dos regimes políticos assentes na igualdade de direitos. A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais¹³¹.

O autor retromencionado ainda esclarece que as lutas sociais aceleraram a passagem do Estado liberal para o estado assistencial. Em decorrência desse quadro (mudanças sociais, políticas e econômicas), na década de 60 (sessenta), eclodiu a crise da administração da justiça¹³².

A consolidação do Estado-providência significou a expansão de direitos sociais e, por meio deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo, que implicou no surgimento de conflitos emergentes novos

¹³¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985.

¹³² SANTOS, op. cit. p. 124.

(litígio sobre relação de trabalho, segurança social, habitação, bens de consumo duradouro etc.).

Essa mudança de comportamento entre cônjuges, pais e filhos e transformação da economia de base familiar para a industrial justificou o aumento dos litígios judiciais¹³³.

Como consequência, novo momento político se fez presente, a sociedade passou a exigir os direitos reconhecidos pelo Estado, onde a reaproximação entre Direito e processo se implantou como ideal. Instalou-se a necessidade de uma visão instrumentalista do processo, que, além de instrumento, necessitava ser trabalhado como instrumento ético, como esclarece Ada Pellegrini Grinover¹³⁴.

Esse novo paradigma se apresentou com a adoção da nova carta constitucional, onde o Estado Democrático de Direito se impôs, erigindo muitos princípios processuais à categoria de constitucionais.

Valores éticos foram expressos na Carta Magna de 1988, assim como inúmeros direitos, considerando-se, como inspiração, “a dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III¹³⁵”.

Num processo, a atividade das partes objetiva alcançar a vitória, porém numa dimensão de cooperação com o órgão judiciário, onde a conduta das mesmas seja capaz de gerar um provimento jurisdicional o mais próximo possível da verdade, aproximando-se, ao máximo, da certeza, adquirindo um alto grau de probabilidade.

¹³³ [...] Acresce que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão que se prolonga até hoje e que, por sua pertinácia, assume um caráter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares da década anterior. Uma situação que dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestando nas mais diversas áreas da atividade estatal e que, por isso, se repercutiu, também, na incapacidade do Estado, para expandir os serviços de administração da justiça, de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada. (SANTOS, op. cit. p. 124).

¹³⁴ [...] registra que o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: *o contempt of court*. **Revista de processo**, São Paulo, v. 102, p. 219-227, abr./jun. 2001).

¹³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.

Isso justifica a adoção pelo Código de Processo Civil brasileiro de normas que objetivam inibir ou sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e seus procuradores.

Importa a adoção de diversas normas que consigam alterar o enfoque de normas adotadas sob a égide de um estado liberal clássico para um Estado Democrático de Direito, que interfere na esfera dos particulares, observando uma igualdade substancial e implementando políticas públicas, no sentido de realizar o Estado Democrático de Direito ou o bem comum.

O Estado apresentado pela CF/88 exige uma estruturação capaz de garantir, de forma adequada e efetiva, a inviolabilidade de direitos materiais e imateriais.

O novo Estado de Direito compreendeu que direito material e processo se encontram numa relação de integração. As necessidades do direito material ou os resultados jurídicos substanciais equivalem a tutelas de direitos.

Conforme o artigo 5º, parágrafo 1º, da CF/88¹³⁶, brasileiros e estrangeiros residentes no país têm direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Isso vincula, imediatamente, o Poder Público ou o legislador, que passa a ser obrigado a traçar técnicas processuais adequadas às tutelas de direitos; ou o juiz, que passa a ter o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva.

Necessariamente, essa mudança de paradigma exige mudança de mentalidade. Por isso, é que, neste trabalho, se propõe a revisitar os conceitos e definições concernentes a Direito, processo e ordenamento jurídico.

Como mencionado antes, Luiz Fernando Belinetti assevera que o ordenamento jurídico deve ser visto como ordem concreta¹³⁷. E ainda acrescenta que, em sua concepção, o ordenamento estaria sempre aberto, num incessante processo de renovação

¹³⁶ Art. 5º. [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹³⁷ O autor concebe ordem concreta, desenvolvendo as noções de direito vigente, direito eficaz e direito intrinsecamente válido. E ainda alerta: [...] concebo estas três categorias se relacionando sempre buscando uma convergência, com seu vetor direcionado para o direito natural, ou seja, com o direito vigente e o direito eficaz buscando identificar-se com o direito natural. Em face da concepção de direito natural apontada, teríamos que o ordenamento estaria sempre aberto, num incessante processo de renovação, em busca da convergência. (BELINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: RT, 1994. p. 53 e 60).

O objetivo não é mais a pura aplicação do direito positivo, mas sim o oferecimento de soluções justas às questões que lhe são postas (em face da aludida convergência que se deve buscar na aplicação do ordenamento). Para obtenção de tais soluções, naturalmente deveria em primeiro lugar procurar apoio no direito positivo (concordo que ele traz ínsita a presunção – relativa – de que concretiza justiça); todavia (e aqui o ponto radical na mudança), se ele não apresentasse uma solução justa, seria o caso de utilizar-se do direito intrinsecamente válido, a fim de adequar a decisão à evolução social e aos parâmetros de justiça então reinantes na sociedade.¹³⁸

O ordenamento jurídico não pode ser concebido simplesmente como um conjunto de normas, mas numa visão tridimensional, capaz de alcançar a ordem jurídico-concreta.

Essa nova visão do direito rompe com o tradicionalismo, fugindo do paradigma imposto, balizado na linguagem matemática – método cartesiano – experiência baconiana.

Por essas considerações, adota-se, como premissa, que o direito é uma ordem concreta, que regula as condutas dos sujeitos que compõem determinada sociedade, de forma externa, bilateral e coercitiva, objetivando o bem de todos.

O direito não pode ser apenas o produto ou reflexo do social (visão reducionista), mas o ordenamento é, ao mesmo tempo, tríplice: direito vigente, direito eficaz e direito intrinsecamente válido.

Resultando muito mais que normas (normativismo – sistema fechado), a relação dialética desenvolvida entre a sociedade e esse direito acima apresentado pode alcançar uma linguagem que visa a dirigir a humanidade para um desenvolvimento sustentável.

Desse modo, entre a sociedade e o direito ou entre os sistemas social e jurídico, existe uma ligação umbilical, apesar de se desenvolverem, concomitantemente, de modo independente.

O controle social exercido pelo Estado (jurisdição) impõe regra geral cuja sanção é acarretada pelo desrespeito a uma norma criada pelo Estado e varia na severidade, conforme a natureza da norma violada e o bem da vida tutelado.

¹³⁸ BELINETTI, op. cit., p. 60.

Esse sistema normativo de valoração de condutas, que, segundo as forças sociais dominantes, são consideradas importantes para o modo de estabilidade de uma organização social, é denominado direito substancial¹³⁹.

O direito substancial, também denominado direito material, disciplina as relações jurídicas:

O corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista, etc.).¹⁴⁰

Em princípio, as condutas são criadas pela própria sociedade e são obrigatórias por exigência dela.

O Estado, que figura como titular para o exercício da jurisdição, responsável pelo controle social, observa o direito substancial, bem como o direito processual para o desenvolvimento dessa tarefa. Diante do conflito, o direito se impõe, pois a paz social se mostra ameaçada.

Como antes mencionado, os fins a serem alcançados pelas funções do Estado dependem dos interesses e da ideologia do grupo que está no poder.

Considerando as concepções adotadas de direito, processo e ordenamento jurídico, o direito processual é visto como um sistema aberto onde princípios e regras disciplinam a jurisdição civil e o processo.¹⁴¹

Dessa forma, o direito processual existe independente do direito material, porém sua função última é a realização deste, funcionando como instrumento do mesmo.

É sabido que o direito processual civil é ramo do direito que vem sofrendo intensa pesquisa científica, desde meados do século XIX, quando alcançou a categoria de ciência processual.

O referido estudo revela, na análise de institutos fundamentais que compõem a ciência processual civil (jurisdição, ação e processo), que, revisitados,

¹³⁹ Assim, em princípio, o direito escolhe dentre as condutas sociais possíveis, e segundo o sistema de valores dominantes, as mais convenientes à permanência da sociedade, garantindo sua observância, inclusive com o uso da força física, já que há riscos das condutas desviantes. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33).

¹⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 42.

¹⁴¹ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2005. p. 09.

se coadunam com o que objetiva um processo civil moderno (o alcance de um processo de resultados).

Não é possível analisar-se a evolução do processo civil brasileiro, sem lembrar a polêmica travada entre os juristas alemães Windscheid e Müther sobre a *actio* romana e sua natureza jurídica, momento em que o direito processual passou a ser considerado como ramo autônomo do direito, ganhando vida própria.

Embora a polêmica se encontre ultrapassada, influenciou os processualistas no sentido de repensar o processo, não mais como um simples procedimento.

Atualmente, os processualistas ainda se dedicam ao estudo científico do processo, porém não mais para provar sua autonomia e independência (sincretismo jurídico), mas, sim, para estabelecer, levando-se em conta a instrumentalidade, a efetividade e o surgimento do direito processual constitucional, novas metas para os institutos processuais que, há muito tempo, se encontram no ordenamento jurídico.

A tendência aqui anotada pode ser encontrada no pensamento dos processualistas pátrios, tais como Cândido Rangel Dinamarco¹⁴², José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴³ e, também, nos estrangeiros, como Mauro Cappelletti e Luigi Paolo Comoglio¹⁴⁴.

¹⁴² “A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 7. Ed. São Paulo: Malheiros. 1.999, páginas 270-271).

¹⁴³ “A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como *instrumentalista*. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados. [...] Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo.** 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15/16).

¹⁴⁴ “Il processo non è invero un'entità astratta sempre uguale a se stessa, ma il risultato di politica del diritto, di una complessa evoluzione storica e di normative complesse e variabili. Diventa allora estremamente importante il problema di quali forme e tecniche di tutela giurisdizionale possono essere impiegate, della loro configurazione processuale e della loro efficacia in relazione alle diverse situazioni sostanziali che si tratta di tutelare”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. et al. **Lezioni sul processo civile.** 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 1.998. p. 29). Tradução livre: O processo não é verdadeiramente uma entidade abstrata sempre igual em si mesma, mas resultado de política do direito, de uma complexa evolução histórica e de normatizações complexas e variáveis. Torna-se então extremamente importante o problema de quais formas e técnicas de tutelas jurisdicionais podem ser empregadas, da sua configuração processual e da sua em relação as diversas situações substanciais que se procura tutelar.

É necessário frisar-se que esses estudos científicos são de duas espécies: a) visam à criação de novos remédios e mecanismos para o melhor desempenho das funções do direito processual perante a sociedade; e b) a revisitação, no sentido de reformulação ou revisão de velhos institutos do processo civil, que, diante das mudanças no mundo contemporâneo, se encontram desvirtuados dos fenômenos impulsionadores do direito processual atual.

Ao analisar o binômio direito x processo, o direito de ação revela um novo sentido, como garantia constitucional, é mais que mero direito subjetivo.

Autores nacionais, como José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴⁵, Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁶ defendem a idéia da ação como garantia constitucional, em razão da importância que o legislador pátrio deu ao direito processual, elevando-o ao *status* de matéria constitucional, no intuito de concretizar, ainda mais, a idéia de que o processo deve ser não só um meio de dirimir litígios mas também um instrumento de resultados, que facilite o acesso à ordem jurídica.

Nelson Nery Júnior¹⁴⁷ menciona que o direito de ação, garantido constitucionalmente, não significa direito absoluto.

Outro instituto fundamental do processo civil pode ser mencionado com olhos renovados, a jurisdição.

A jurisdição, que pôde ser traduzida como o poder de dizer o direito, foi considerada monopólio do Estado e *longa manus* da legislação, no sentido de assegurar a prevalência do direito positivo no país; passou a significar “dizer o direito, não apenas no sentido de declará-lo ou proclamá-lo mas também no de fazê-lo atuar concretamente, para pacificação dos conflitos”.¹⁴⁸

Essa nova concepção de jurisdição se harmoniza com a concepção de direito trazida acima, bem como com as premissas de um Estado Democrático de Direito constitucionalmente garantido.

¹⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, tentativa de sistematização**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

¹⁴⁷ [...] Esse direito de ação, garantido constitucionalmente, não significa direito absoluto, pois a lei processual determina quais os requisitos para que alguém possa fazer valer o comando que emerge do texto constitucional referido. (NERY JR., Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 64, ano 16, out/dez. 1991. p. 34).

¹⁴⁸ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2005. p. 67.

A jurisdição revisitada ganha novos delineamentos, para melhor atender seus fins e inclusive a doutrina passa a se inclinar, para considerar a jurisdição voluntária verdadeira jurisdição, atentando para o preceituado no artigo 1º do CPC vigente¹⁴⁹.

O Processo Civil atualmente se encontra numa fase pós-moderna, em que, para atender os anseios da sociedade, se busca um processo único, justo e constitucional.

Assim como ensina Cândido Rangel Dinamarco¹⁵⁰, as lições de Liebman permanecem arraigadas no Processo Civil Brasileiro. Apesar das discussões quanto a pontos periféricos ou setoriais, a estrutura do pensamento processual brasileiro é uma só e tem se mantido constante.

A investigação sobre os mecanismos de efetivação da tutela jurisdicional urgente implicará na avaliação do pensamento processual brasileiro, assim como na análise da adequação desse Código nos dias atuais.

2.3 SEGURANÇA JURÍDICA E CELERIDADE PROCESSUAL

A segurança jurídica é expressão que não aparece discriminada como regra explícita nos ordenamentos jurídicos.

No texto constitucional brasileiro, a expressão segurança jurídica se faz presente no preâmbulo da Carta, bem como no artigo 5º, *caput*, e é tangenciada no inciso XXXVI do mesmo art. 5º¹⁵¹.

¹⁴⁹ Art. 1º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercitada pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

¹⁵⁰ Em síntese, prepondera no Brasil um modelo doutrinário (a) que privilegia o instituto da ação e sua garantia constitucional, em confronto com os demais institutos fundamentais do processo civil; b) que dá as condições da ação a dignidade de categoria autônoma, distinta dos pressupostos processuais; c) que enfatiza os elementos identificadores da ação, como ponto de apoio para uma série de desdobramentos (limites do provimento admissível, litispendência, coisa julgada); d) que separa nitidamente os processos cognitivo e executivo, embora seja crescente o número dos que propugnam pela mitigação dessa separação (sentenças mandamentais e executivas *latu sensu*); e) que não fala em distribuição de jurisdição, mas sempre de competência; f) que em parte muito significativa se empenha nos estudos de direito processual constitucional com ênfase aos pressupostos ideológicos do processo civil; g) que desenvolve temas ligados à tutela coletiva, etc. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed. 1º Vol. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 177).

¹⁵¹ Art. 5º [...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A segurança jurídica é uma garantia estendida ao cidadão que envolve a certeza e a imutabilidade daquilo que deve, juridicamente, ser mantido¹⁵².

O princípio da segurança jurídica, ao lado do princípio da proteção da confiança, são considerados elementos que constituem o Estado de direito. Tais princípios são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial¹⁵³.

J.J. Gomes Canotilho traduz o sentido amplo do princípio geral da segurança jurídica, registrando:

[...] o indivíduo têm o direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.¹⁵⁴

É possível afirmar-se que o processualista moderno tem consciência de que o processo deve refletir as bases do regime democrático, compreendendo e possibilitando o alcance do Estado de Direito.

Isso revela que os valores cultuados pela constituição vigente (individuais e coletivos) influenciados pelas variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço alcançam interpretações e extensão compatíveis com os valores postos.

Ressalta J.J. Gomes Canotilho que a segurança jurídica, além de se relacionar com o princípio da proteção e da confiança, se desenvolve em torno de dois aspectos essenciais:

(1º) a estabilidade *ou* eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adotadas na forma e modo regulares, as decisões estatais não podem ser arbitrariamente modificadas, sendo razoável sua alteração apenas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2º) a previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos¹⁵⁵.

¹⁵² ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 171.

¹⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257.

¹⁵⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 257.

¹⁵⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 264.

Assim, o modo de agir, segundo o ordenamento, garante, pelo menos formalmente, o alcance do Estado de Direito.

O estudo do princípio da segurança jurídica, inevitavelmente, conduz à idéia da intangibilidade do caso julgado.

É sabido que os cidadãos necessitam dessa estabilidade, haja vista não se compreender a possibilidade de litígios eternos. Porém o escopo do processo ao lado do Estado de Direito, aponta para a pretensão do bem comum e da justiça, não permitindo a relativização do valor segurança diante de valores que, no contexto atual, se apresentem mais relevantes.

Os princípios, como o da constitucionalidade, legalidade, certeza e segurança, foram concebidos no liberalismo do século XIX, com o objetivo de limitar o poder estatal. Funcionavam como mecanismos de defesa contra o arbítrio dos governantes ¹⁵⁶.

A gradativa transformação da sociedade, em razão da maturidade sócio-econômica alcançada, não permitiu que o Direito Processual ignorasse o rumo tomado pelos conflitos que eclodiam nem, muito menos, que ignorasse os valores considerados, no momento, por essa mesma sociedade.

No curso dessa transformação, é possível acreditar-se que não apenas o Estado transformou suas feições mas que também esse “fato” acabou por esvaziar a operacionalidade desses princípios. Isso não significa depreciação da segurança jurídica, mas apenas uma interpretação com novas dimensões, numa nova perspectiva do princípio da segurança ¹⁵⁷.

Conforme ementa abaixo, o Ministro Celso de Mello recorda a evolução dos direitos durante o processo de evolução da sociedade e do Estado:

¹⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005. p. 62.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.”¹⁵⁸

Da passagem da primeira para segunda geração de direitos, percebe-se um enriquecimento da noção de segurança como valor fundamental. De uma segurança jurídico-formal, buscou-se uma segurança jurídica material. Num novo momento, avança-se para o alcance de uma segurança social. Nenhuma delas se exclui, apenas se complementam, levando à compreensão de que a segurança jurídica mantém seu valor fundamental para o Estado de Direito¹⁵⁹.

Norberto Bobbio, ao analisar as Declarações de Direitos, observa que essas objetivaram inverter a imagem que submetia o indivíduo ao poder do soberano, admitindo, ao final, que a liberdade precedesse o poder, sendo essa transformação gradativa imprescindível para a construção do valor segurança¹⁶⁰.

¹⁵⁷ TALAMINI, op. cit. p. 62-64.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Artigo 5º, *caput*. Mandado de Segurança 22.164. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 de novembro de 1995. Site: www.stf.gov.br.

¹⁵⁹ TALAMINI, op. cit. p. 65.

¹⁶⁰ Decerto, o ponto de vista no qual se situa a Declaração para dar uma solução ao eterno problema das relações entre governantes e governados é o do indivíduo, do indivíduo singular, considerado como titular do poder soberano, na medida em que, no hipotético estado de natureza pré-social, ainda não existe nenhum poder acima dele. O poder político, ou o poder dos indivíduos associados, vem depois. É um poder que nasce de uma convenção; é o produto de uma invenção humana, como uma máquina, mas se trata, conforme a definição de Hobbes (cuja reconstrução racional do Estado parte, com absoluto rigor, dos indivíduos considerados singularmente), da mais engenhosa e também mais benéfica das máquinas, a *machina machinarum*. Esse ponto de vista representa a inversão radical do ponto de vista tradicional do pensamento político, seja do pensamento clássico, no qual as duas metáforas predominantes para representar o poder são a do pastor (e o povo é o rebanho) e a do timoneiro, *do gubernator* (e o povo é a chusma), seja do pensamento medieval (*omnis potestas nisi a Deo*). Dessa inversão nasce o Estado moderno: primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinção de classe, reivindicam — além dos direitos de liberdade — também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses, nem os cidadãos de que fala Aristóteles no início do Livro III da *Política*, definidos como aqueles que podem ter acesso aos cargos públicos [...]. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 100).

Com a transformação da sociedade e, conseqüentemente, do Estado, o processo deixou de ser luta entre as partes, sob os olhos do tribunal (ideologia liberal), transformando-se em *uma comunidade de trabalho* entre o tribunal e as partes, com o fito de possibilitar ao juízo a decisão justa e verdadeira, restabelecendo a paz jurídica, defendendo os interesses maiores da sociedade ¹⁶¹.

Essa nova concepção de processo coincide com o escopo político pretendido pela sociedade e pelo Estado. A segurança jurídica, vista por esse ângulo, coincide com os valores vigentes no momento ¹⁶².

O Direito Processual, para repercutir no meio social, necessita estar em sintonia com a base cultural, quando vier a ser aplicado ¹⁶³. É a observação de Cândido Rangel Dinamarco:

[...] O pensamento moderno caminhou para a afirmação de um intenso coeficiente ético e deontológico no sistema processual, especialmente endereçado ao espírito do juiz, de quem hoje todos esperam um solene compromisso de realizar processos *justos e equos* e terminar o processo com a oferta de uma efetiva justiça substancial aos litigantes.

Ressalte-se que, num relevo estritamente *lógico-jurídico* de que também se reveste a segurança ou independente do direito positivo, das condições socioeconômicas, do regime político, apartado de todas as condições que implicam variações jurídico-positivas ou axiológicas, a segurança é elemento fundamental para a própria configuração do fenômeno jurídico ¹⁶⁴.

O Direito acaba expressando outros valores até mais importantes, como a justiça e o bem comum. Não ocorreu um esvaziamento dos princípios clássicos do Estado liberal. Porém é de se concluir que a segurança está inserida nesse quadro: coexiste com outros valores, eventualmente antagônicos, sem que

¹⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72.

¹⁶² [...] A estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. (OLIVEIRA, op. cit. p. 74). Também DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 223: [...] sua interpretação evolutiva, associada à abertura do leque dos escopos do processo na área social e na política, são fatores capazes de contribuir eficazmente para a correção desses rumos e correta teorização das novas tendências.

¹⁶³ OLIVEIRA, op. cit. p. 76.

¹⁶⁴ TALAMINI, op. cit. p. 65/66.

seja possível estabelecer-lhe uma exata classificação hierárquica, de modo prévio e abstrato ¹⁶⁵.

Nesse contexto, o que se faz é retornar à dogmática processual, ciente dos objetivos pretendidos pelo processo civil moderno, com o espírito esclarecido pela visão dos objetivos a conquistar ¹⁶⁶.

É sabido que o princípio da segurança jurídica mantém íntima relação com o instituto da coisa julgada, mas a ponderação se faz presente, quando a segurança jurídica funciona como instrumento da coisa julgada para a preservação de sentenças inconstitucionais, que não foram revistas pelos meios processuais destinados a esse fim, quando outros princípios, também constitucionais, podem justificar solução diversa ¹⁶⁷.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade colaboram, para definir, diante do caso concreto, quais valores devem prevalecer sobre o da segurança jurídica ou do pronunciamento inconstitucional. Quando a concreta ponderação de bens conduz à prevalência de outros valores em face da segurança jurídica, esse princípio cederá, parcialmente, espaço, permitindo ser relativizado ¹⁶⁸.

Desse modo, fica claro que a ordem jurídica opta pela segurança dentro de certas condições e pressupostos de razoabilidade, consciente de que a teratologia evidenciada diante da escancarada injustiça não pode permanecer no sistema.

Esse raciocínio se aclara nas palavras de Canelutti: “Il valore giuridico del giudicato è un rimedio contro la deficienza del suo valore lógico.” ¹⁶⁹

Após traçar alguns aspectos pertinentes ao desenvolvimento do presente estudo, quanto ao valor segurança, dando continuidade, o mesmo se deve apontar quanto à celeridade processual.

O predicado “celeridade”, no contexto apresentado, pertence ao processo. Na Constituição/88, o artigo 5º, inciso LIV¹⁷⁰, traz a regra do devido processo legal.

¹⁶⁵ TALAMINI, op. cit. p. 67.

¹⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 13.

¹⁶⁷ TALAMINI, op. cit. p. 562.

¹⁶⁸ TALAMINI, op. cit. p. 577.

¹⁶⁹ Tradução livre: “O valor jurídico do julgado é um remédio contra a deficiência do seu valor lógico.” (CARNELUTTI, *apud* TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005. p. 585).

¹⁷⁰ Art. 5º [...] - LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O devido processo legal é princípio que se impõe como conseqüência dos valores preponderantes no texto constitucional que objetiva a pretensão de um processo justo num tempo razoável.

Nelson Nery Jr., ao realizar estudos sobre os princípios constitucionais, registra que o devido processo legal encampa todos os demais princípios constitucionais, anunciando que o registro individual de outros princípios, como igualdade, contraditório, ampla defesa, isonomia, entre outros, seria, na realidade, desnecessário, porquanto o *devido processo legal* traduz o sentido de todos esses princípios ¹⁷¹.

O artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, que admite o acesso à justiça, no contexto moderno, também consagra direito a uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

O tempo do processo é obstáculo que incomoda a sociedade e os estudiosos do direito há muito. Pode-se reconhecer, nesse ponto *celeridade*, um carma talvez minimizado, mas ainda longe de ser vencido no processo. E, ainda, essa dificuldade não é um privilégio do processo brasileiro.

O peso da preocupação é necessária responsabilidade advinda do compromisso que o Estado assumiu, ao tomar o monopólio da jurisdição, na edição da Emenda 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal.

A referida emenda tornou explícito que é assegurado aos jurisdicionados a razoável duração do processo, mais uma vez reforçando os fins de um Estado no alcance do bem comum, apresentando decisões justas. ¹⁷²

A ementa abaixo traduz o que se deve compreender como razoável duração do processo:

¹⁷¹ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 32.

“O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.”¹⁷³

Esse valor se define, pois um processo moroso produz um enorme prejuízo, material e moral, aos atores do combate judiciário. A intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza, compromete a segurança jurídica e chega, até, a influir na eficiência da economia¹⁷⁴.

Ao se focar o tema celeridade, notadamente está sob análise o tempo do processo, que é um tempo inteiramente ordenado, que permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica¹⁷⁵.

Na necessidade de harmonizar a justiça, economia, segurança e rapidez, o legislador optou pela imposição de prazos para a realização dos atos dentro do processo.

A atenção aos prazos, as regras impostas pela legislação vigente e a interpretação doutrinária permitem que o processo caminhe para a frente, posto que a formalidade inerente ao procedimento se harmoniza com a segurança consagrada constitucionalmente.

Fatores externos e internos sempre tangenciam o processo, influenciando na lentidão que o caracteriza.

Mauro Cappelletti, ao proferir conferência em 1991, em Curitiba, na sessão inaugural do Congresso de Direito Processual, ao falar da *crise do processo brasileiro*, registrou:

¹⁷² Art. 5º [...], LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁷³ HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/04/05. Decisão encontrada no site: www.stf.gov.br.

¹⁷⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1998. p. 12.

¹⁷⁵ TUCCI, op. cit., p. 26.

[...] caracterizada pela “morosidade na distribuição da justiça”, por causa da “inadequada organização judiciária” (inclusive o excesso de recursos), a demora insuportável dos processos, a deficiência dos serviços de assistência judiciária, a “insuficiente atuação da oralidade”, etc.¹⁷⁶

Dessa feita, é unânime a posição de que o tempo do processo é imprescindível, para se admitir justiça, uma vez que, se almeja um equilíbrio entre o tempo do processo e o tempo de espera.

Para driblar essa dificuldade, operadores do direito e legisladores com reflexão e análise da realidade optaram pela adoção de tutelas diferenciadas, na intenção de alcançar uma racional distribuição do tempo do processo, por conseqüente efetividade.

Essa opção é notada, ao se observarem as inúmeras mini-reformas que vem sofrendo o CPC vigente, já apontadas no primeiro capítulo deste estudo.

Nos dias atuais, existe a consciência de que a ausência da celeridade acaba por comprometer o processo nos tribunais pátrios, causando um sentimento de decepção entre os jurisdicionados e os operadores do direito. Não basta verbalizar que processo lento é sinônimo de injustiça.

Outra realidade é igualmente a consciência de que o procedimento ordinário não é apto a atender as exigências dos dias atuais, e que a invasão de tutelas diferenciadas no sistema processual traz a esperança do equilíbrio entre o tempo do processo e o tempo de espera; ou de um processo mais efetivo, entregando aos jurisdicionados verdadeira tutela jurisdicional.

Ao lado das tutelas diferenciadas, novas regras inseridas na legislação infraconstitucional, intensificando os poderes dos magistrados, tendem a permitir a repressão de condutas não desejadas pelas partes, com a aplicação dos artigos 14 e 18 do CPC, com maior rigor.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de processo**, São Paulo, n. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

O processo, hoje, deve-se desenvolver num espírito de colaboração recíproca, para a rápida solução da causa, com a intensa participação das partes e, também, do juízo.¹⁷⁷

Essa vontade de se alcançar uma justiça melhor marca as palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao proferir conferência em 16/11/1991, em Belo Horizonte, na sessão de encerramento do XII Congresso Brasileiro dos Magistrados:

[...] Aí está o texto de 1988, analítico, demagógico, incoerente e infeliz em muitos pontos, mas a refletir o estágio atual que vivemos neste país de tantas belezas e riquezas, via de regra tão mal administrado.

É forçoso reconhecer, no entanto, que nenhum texto constitucional valorizou tanto a “Justiça”, tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de “vontade” constante e perpétua de dar a cada um o que é seu, mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social.

[...]

Não se esqueceu o constituinte, outrossim, da imperiosa necessidade de tornar mais célere e simples a entrega da tutela jurisdicional, externando a vontade, através da força normativa da Constituição, de influir no aprimoramento dessa prestação, especialmente através do aperfeiçoamento das vias procedimentais.¹⁷⁸

Como conseqüência, é possível afirmar-se que o antigo incômodo que sempre acompanhou o processo permanece atual, quanto à questão da celeridade, ou sob ângulo inverso, da morosidade.

Na opinião de Paulo Hoffman, a excessiva preocupação com as denominadas tutelas urgentes e o interesse pelas mesmas denunciam o descompasso atual do sistema, pois, numa jurisdição moderna e eficiente, a tutela urgente seria indicada apenas para casos de urgência, e não seria tratada, como se nota hodiernamente, como um dos principais enfoques da doutrina¹⁷⁹.

Essa dificuldade na superação da transformação de um processo tradicionalista para um processo moderno, que almeja processo célere e como conseqüência, efetivo, não perdendo qualidade, talvez se explique como anunciou

¹⁷⁷ Conclui o autor que, *quanto mais distante da ocasião propícia for proferida sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória*. E, ainda, que tempo é sinônimo de justiça. (TUCCI. Op. cit. p. 144).

¹⁷⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como pressuposto de uma justiça melhor. **Revista de processo**, São Paulo, n. 65. p. 162-173, jan./mar. 1992.

Barbosa Moreira¹⁸⁰, porque o processo nasceu e se desenvolveu dentro de um modelo liberal-individualista e, a partir daí, vem mudando, para vestir-se com um figurino de cunho social, no qual ganha relevância a instrumentalidade.

A insatisfação geral com o mecanismo judicial não significa que se perde a esperança. Diferente, a esperança continua fincada no coração de todos os que acreditam no Estado de Direito.

A evolução, que traçou o processo civil até aqui, inclusive no que tange à opção por tutelas diferenciadas, objetivando melhor distribuição do tempo no processo, certamente trouxe um processo melhor que o tradicional.

A celeridade almejada aguarda uma profunda mudança de mentalidade, acompanhada de vontade política, que certamente poderá, ao lado do processo moderno, entregar ao país um processo eficiente.

De fato, como ensina Mauro Cappelletti, no processo, necessita-se ter uma visão tridimensional:

[...] Visão “tridimensional”, porque toma antes de tudo, como ponto de partida; a) a *necessidade ou o problema* social que exige uma resposta no plano jurídico; b) examina tal *resposta*, que naturalmente pode ser de natureza *normativa*, mas o exame do jurista deve sempre estender-se também às *instituições e aos procedimentos* responsáveis pela atuação de tal resposta; e, finalmente, c) preocupa-se em analisar o *impacto* dessa resposta jurídica sobre a necessidade ou o problema social, e portanto lhe pesa a eficácia.¹⁸¹

Essa orientação traz a lembrança do inciso II e parágrafo 6º do art. 273 do CPC. Respectivamente, tratam do *abuso de direito de defesa* ou o *manifesto propósito protelatório do réu e da parte incontroversa da demanda*.

Luiz Guilherme Marinoni anota:

“[...] Essas espécies de técnicas antecipatórias estão relacionadas com o tempo do processo ou, mais precisamente, com a distribuição do ônus do tempo do processo. Não há como negar que o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem. Dessa forma é eliminada a crença na neutralidade do tempo do

¹⁷⁹ HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quatier Latin, 2006. p. 146.

¹⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil. **Revista de processo**, São Paulo, n. 31. p. 199-209, jun./set. 1983.

¹⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de processo**, São Paulo, n. 65. p. 127-143, jan./mar. 1992.

processo. Mas, a partir do momento em que o tempo do processo passa a ser admitido como ônus, surge a conseqüência lógica de que ele não pode ser suportado pelo autor, pois isso seria o mesmo que aceitar que o direito de ação constitui um ônus que recai sobre aquele que procura o Poder Judiciário.”¹⁸²

O autor retrocitado explicita que o tempo do processo deve ser distribuído na medida da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu e, como técnica de implementação para essa efetivação, pensa-se no abuso de direito de defesa e na parte incontroversa da demanda¹⁸³.

Esse raciocínio não encontra amparo apenas na *evidência dos fatos constitutivos do direito do autor* mas também na concomitante *exceção substancial indireta, que se mostra infundada*. Isso, para a hipótese do abuso de direito, pois o juiz, conhecendo apenas os fatos constitutivos, concede uma tutela relativa ao mérito, remetendo, para uma fase processual sucessiva, a cognição das exceções do réu¹⁸⁴.

Com relação ao disposto no parágrafo 6º do art. 273 do CPC, nas hipóteses de não-contestação, reconhecimento jurídico parcial da demanda, ou se um pedido cumulado (ou parte dele) se apresenta evidenciado no curso do procedimento, significa que esse pedido (ou parte dele) se encontra *maduro* para julgamento ou que não requer a produção de outras provas, para ser definido¹⁸⁵.

Em contrapartida, não se poderia deixar de anotar que a edição das Leis: 11.187, de 19 de outubro de 2005, que confirmou a tendência de considerar o agravo retido em regra; 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que estabeleceu a fase do cumprimento de sentenças no processo de conhecimento; 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, que alterou diversos artigos do CPC, referentes à forma de interposição de recursos e ao saneamento de nulidades processuais; 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, que instituiu o art. 285-A no CPC, que trata de processos repetitivos; 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que altera a disposição de diversos artigos do CPC, instituindo a possibilidade de utilização de meios eletrônicos no

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 205.

¹⁸³ MARINONI, op. cit., p. 206.

¹⁸⁴ MARINONI, op. cit., p. 207.

¹⁸⁵ “[...] direito (à tempestividade) é um direito fundamental, de modo que o processo civil deve estar estruturado de forma a possibilitar a sua realização plena e concreta.” (MARINONI, op. cit. p. 208-209).

âmbito da jurisdição, entre outros; e, 11.341, de 07 de agosto de 2006, que alterou o parágrafo único do artigo 541 do CPC, admitindo as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial, necessariamente resultaram como fruto de reflexão, objetivando o alcance de um processo mais efetivo.

Nesse contexto, é possível afirmar-se que o processo célere e eficiente que se pretende pode fluir como reflexo de princípio do devido processo legal. Deve colaborar com essa celeridade a aplicação, de modo mais rigoroso, pelos tribunais pátrios, das sanções previstas em lei, quando ocorrer descumprimento dos deveres do juiz, bem como comportamento inadequado dos litigantes, tudo associado à mudança de mentalidade e vontade política.

3 A TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA

A tutela jurisdicional, no Processo Civil, significa a mais ampla proteção de direitos, tanto durante a tramitação do processo quanto em relação ao resultado do processo, no sentido de corresponder ao cumprimento das decisões judiciais.

Joel Dias Figueira Júnior define tutela de urgência:

[...] são providências multifacetadas, de caráter emergencial, genéricas ou específicas, destinadas a neutralizar, sumariamente, a incidência do *tempo* no processo em face de circunstâncias atinentes a relação de direito material violada ou ameaçada.¹⁸⁶

José Roberto dos Santos Bedaque ensina que as regras de direito processual se destinam à eliminação de crises surgidas em razão do descumprimento de normas de comportamento previstas no plano material¹⁸⁷.

A afirmação antes esposada decorre da compreensão de que direito material e direito processual estão umbilicalmente ligados e, embora independente e autônomo, o processo precisa cumprir seu papel, ou seja, apresentando-se, sempre, como processo de resultados.

José Roberto dos Santos Bedaque registra que, “[...] Da efetividade do processo, depende a atuação das regras substanciais”¹⁸⁸. Concluindo ainda, o Direito Processual é responsável, por apresentar meios adequados para resolver os problemas surgidos no plano material.

José Ignácio Botelho de Mesquita corrobora o mesmo posicionamento:

A ordem nas relações existentes entre os sujeitos de direito, prescrita nas normas jurídicas, é uma ordem que somente pode considerar-se existente na medida em que existam meios de torná-la uma realidade concreta. A existência desses meios constitui, sem dúvida, um pressuposto da própria ordem, pois a possibilidade de ordenar supõe a possibilidade de fazer à realidade em ordem, ou, em outras palavras, *ordenar e pôr em ordem* são termos que se implicam reciprocamente.¹⁸⁹

¹⁸⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: RT, 2005. p. 64.

¹⁸⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, tentativa de sistematização**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 12.

¹⁸⁸ BEDAQUE, op. cit. p. 13.

¹⁸⁹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: RT, 1975. p. 89.

É possível afirmar-se que de um relacionamento harmonioso (com vontade política) entre o direito material e o direito processual é que decorre a tão almejada efetividade do processo.

Portanto, a tutela jurisdicional traz, em sua essência, essa proteção em sentido amplo e genérico; e a tutela jurisdicional urgente é aquela que objetiva dosar, melhor, a distribuição do tempo no processo, amenizando os males decorrentes da injustificável demora na entrega do direito, nas hipóteses em que esse direito necessita ser imediatamente atendido, sob pena de ocorrer seu perecimento.

João Batista Lopes registra:

Se a situação de direito material é de perigo (por exemplo, iminência de desabamento de um prédio), a tutela adequada terá de ser urgente, sob pena de se tornar inútil. E, em razão da urgência, a cognição terá de ser sumária, isto é, não poderá ser completa.¹⁹⁰

Dessa forma, é compreensível que a tutela jurisdicional de urgência seja tão só um dos instrumentos que possibilita o alcance da efetiva tutela de direitos, como resultado do fenômeno denominado socialização do processo civil, como registra Joan Pico i Junoy:

La ideología social, emergente en el presente siglo, lleva consigo en Europa el fenómeno de la “socialización” del proceso civil que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.¹⁹¹

¹⁹⁰ O autor anuncia o posicionamento de Luiz Fernando Belinetti que defende a possibilidade de a tutela urgente ser também satisfativa e definitiva, desde que respeitado o princípio do contraditório nas circunstâncias de cada caso. (LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil – parte geral**. V. I. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23).

¹⁹¹ Tradução livre: A ideologia social, emergente no presente século, traz, consigo, da Europa, o fenômeno da socialização do processo civil, que, com o objetivo de incorporar aos clássicos princípios do liberalismo determinadas exigências do Estado Social de Direito, manifesta distinção entre o objeto do processo e processo como um tratamento idóneo, para obter a efetiva e real tutela

Esses registros permitem a confirmação de que a prestação jurisdicional não se confunde com a tutela jurisdicional, que pretende operar no campo da realidade fática¹⁹².

Assim sendo, a prestação jurisdicional opera no campo da processualidade e a tutela jurisdicional, no campo da realidade.

Jean Carlos Dias observa:

As tutelas devem ser adequadas aos tipos e modalidades de conflitos submetidos à apreciação da atuação jurisdicional, o que significa que o poder político transportado pelo processo, somente corresponde à promessa estatal, firmada no momento da monopolização da solução de conflitos, quando é adequada à demanda protetiva formulada pelas partes, e, assim, representativa do sentido de dignidade, que permeia a existência das partes como pessoas titulares de direitos humanos que lhes são iminentes.¹⁹³

O processo de resultados que se almeja deve possibilitar a transformação da realidade das pessoas, produzindo efeitos práticos na vida de cada uma, à medida que reconhece os seus direitos¹⁹⁴.

Em razão do fenômeno conhecido como monopólio da jurisdição e do surgimento de múltiplos conflitos, ou novos conflitos, decorrentes das mudanças sociais, políticas e econômicas perpetradas através do tempo, o Estado necessita apresentar diversos modos de transportar uma decisão político-jurisdicional, capaz de gerar, em cada caso, resultados práticos e compatíveis com os direitos materiais em jogo¹⁹⁵.

por parte do Estado dos interesses litigiosos. (PICO I JUNOY, Joan. Los principios del nuevo proceso civil español. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 103, ano 26, jul/set. 2001. p. 59. 2001).

¹⁹² Esse raciocínio é apoiado por muitos da comunidade jurídica e Humberto Theodoro assevera: Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda, in concreto, o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência: medidas cautelares e antecipatórias**. 2 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 02).

¹⁹³ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 86.

¹⁹⁴ A conceituação de tutela diferenciada pode dar-se sob dois aspectos distintos. *Um, adotando, como referencial da tutela jurisdicional diferenciada, a própria tutela em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade aí veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no iter procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular.* (ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p. 45-55, jan./mar. 1982. p. 47).

¹⁹⁵ DIAS, op. cit. p. 91.

Dessa feita, as tutelas de urgência objetivam harmonizar o binômio *rapidez e efetividade do processo*, sem perder de vista, dentro do possível, o valor *segurança*, em favor da justa composição do litígio. Essa necessidade vem sendo sentida por todos os sistemas jurídicos, exigindo dos mesmos a previsão de mecanismos de intervenção capazes de neutralizar o prejuízo resultante da duração do processo¹⁹⁶.

Nesse contexto, a doutrina classifica como tutela urgente a cautelar e a antecipatória, ou tutelas diferenciadas, que se ocupam de distribuir o tempo do processo de modo a permitir a conservação ou entrega do direito pretendido, obstando o perecimento do mesmo.

Portanto, a comunidade jurídica pretende manusear um processo capaz de gerar efeitos concretos na vida das pessoas envolvidas num litígio, ou seja, um processo com capacidade de proferir decisão eliminadora de conflito e de produzir transformação no mundo dos fatos.

A necessidade desse processo moderno deve conviver com a advertência expressa por Donaldo Armelin:

Declaração, constituição, condenação, comandos judiciais e atos de satisfação ou de asseguração são resultados da prestação jurisdicional, que não comportam em regra, considerando-se sua abrangência, efeitos parelhos mais diferenciados. A diversidade há de ser buscada em outro plano, ou seja, na qualidade que se empresta a esses efeitos. Mais especificamente na projeção, durabilidade ou perenidade destes no tempo, afetando a temporalidade da atuação jurisdicional ou a permanência e atuação destes no espaço jurídico, com sua imunização frente a prestações idênticas, geradas em instrumento processual decorrente da ação também idêntica.¹⁹⁷

O autor esclarece que, em processo de conhecimento, se alcança uma imutabilidade panprocessual, que permite uma degradação na sua eficácia, considerando-se a necessidade de flexibilização da prestação jurisdicional. Não ocorre essa qualidade em tutelas prestadas em processos de execução, cautelar ou voluntários. Mesmo no processo de conhecimento, essa qualificação pode inexistir

¹⁹⁶ FIGUEIRA JUNIOR, op. cit. p. 64.

¹⁹⁷ ARMELIN, op. cit., p. 46.

nas prestações jurisdicionais incompletas ou consubstanciada em decisões terminativas¹⁹⁸.

A imutabilidade do judicialmente decidido emerge de processos que admitam a ampla oportunidade de defesa ou o contraditório assegurado na Carta Constitucional. Isso não impede a possibilidade de, em situações marcadas pela urgência da prestação jurisdicional, se sacrificar a certeza em favor de sua eficácia¹⁹⁹.

A adoção de tutela diferenciada, além de opção política, implica em alteração da dogmática vigente, no sentido de permitir que procedimentos que apresentem cognição incompleta ou sumária alcancem soluções alteráveis, admitindo o reexame judicial, em processo de cognição plena e exauriente, das questões nele decididas²⁰⁰.

A manutenção de um processo de execução com os mesmos ritos adequados à realização dos comandos decorrentes de prestações jurisdicionais marcadas por cognição plena e exauriente e, portanto, pela coisa julgada material, para aquelas prestações carentes de imutabilidade, significa suprimir, na prática, as razões que, ao teor de uma maior celeridade da atividade jurisdicional, justificaram a eliminação da segurança e da certeza jurídicas emergentes da *res judicata*²⁰¹.

As conquistas, nesse campo, implicam em repercussões nas posições processuais passivas, cujos titulares estão acobertados pela garantia constitucional no exercício de defesa e a abrangência e conteúdo não estão limitados nas medidas consubstanciadoras de tutelas diferenciadas²⁰².

Esse seria o processo moderno, que traz a necessidade do equilíbrio entre exigências conflitantes, consistindo na coordenação de diversos escopos (político, social e jurídico). Exige-se justiça e celeridade ou celeridade e ponderação; com a necessidade de se adotar o processo de meios que permitam atingir-se a pacificação social, no caso concreto, em tempo razoável, sem o prejuízo da qualidade da decisão²⁰³.

¹⁹⁸ ARMELIN, op. cit., p. 46/47.

¹⁹⁹ ARMELIN, op. cit., p. 47.

²⁰⁰ ARMELIN, op. cit., p. 48.

²⁰¹ ARMELIN, op. cit. p. 49.

²⁰² ARMELIN, op. cit., p. 53.

²⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 318.

3.1 HISTÓRICO

Para conhecer-se o momento presente, é interessante buscar-se o passado, uma vez que a história costuma esclarecer e, até, justificar os “fatos” ocorridos no presente²⁰⁴; dessa forma, busca-se compreender a tutela jurisdicional urgente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seu surgimento e expansão, tornando-se razoável checar-se seu passado.

Para resgatar-se um passado que se identifique com a tutela jurisdicional urgente, é preciso pensar-se no resgate de um processo que apresentou cognição não exauriente e em tempo menor para sua conclusão.

Dessa feita, buscaram-se as raízes de uma tutela diferenciada.

3.1.1 Direito romano

No direito romano clássico (período que compreendeu *ordo iudiciorum privatorum* que encampa a *legis actiones* (450 a.C.) e *per formulas* introduzido pela *lex Aebutia* – 149-126 a.C. e *cognitio extra ordinem* introduzido com o principado, em 27 a. C.), ao pretor investido na *iurisdictio* e no poder de *imperium*, em razão do poder de *imperium*, era permitido criar certos procedimentos de natureza sumária ou especial, sempre que houvesse necessidade de proteção jurídica não prevista no *ius civile*²⁰⁵.

José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo registram:

²⁰⁴ “O valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi. Não se pode situar no tempo, na evolução jurídica, cada enunciado do sistema lógico; nem se poderia fixar certos conceitos, se determinariam certas categorias, que têm seus limites marcados pelos fios históricos. Ainda onde o direito mudou muito, muito se há de inquirir do que não mudou. O direito muda muito, onde muito deixou de ser o que era. (NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 73. apud. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 1, apêndice, p. XV).

²⁰⁵ NORONHA, op. cit. p. 60.

Para a generalidade dos romanistas a ordem emitida pelo magistrado, por estar calcada no poder de *imperium*, era de caráter administrativo, ou melhor de política administrativa.

Como o escopo último, em regra, era a tutela do estado atual da coisa litigiosa, entende-se que o interdito possuía natureza cautelar.

[...] longe de se confundir com o processo comum, a tutela interdital tinha coloração e peculiaridades próprias.

Considerado sob o aspecto intrínseco, o procedimento caracterizava-se essencialmente pela sua rapidez e sumariedade (Capogrossi Colognesi). A cognição realizada pelo pretor (*causa cognitio*) era sumária. Examinava-se tão-somente os pressupostos de fato, e, em seguida, concedia (*edere ou editio interdicti*), ou, quando fosse o caso, denegava o interdito postulado (*denegatio interdicti*)²⁰⁶.

Essas providências tomadas pelo pretor significavam construções pretorianas à margem da *actio*, configuravam-se em *exceptiones*, nas *stipulationes praetoriae*, nas *restitutiones in integrum*, nas *missiones in processionem*, nas *actiones utiles* e nos *interdicta*²⁰⁷.

Ressalte-se que a estrutura procedimental dos casos acima mencionados era diversa da *actio*²⁰⁸.

O pretor atuava *extra ordinem*, ainda no estágio temporal do *ordo*, sempre que a impermeabilidade do vetusto *ius quiritium* e as constantes lacunas do *ius civile* deixassem sem tutela ordinária legítimas pretensões dos cidadãos romanos, casos em que o magistrado manifestava seu poder de *imperium* construindo formas novas de procedimento. Assim, o pretor criava formidáveis protótipos de tutela diferenciada, onde as pretensões desassistidas recebiam, sem a

²⁰⁶ TUCCI, Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001. p. 113/114.

²⁰⁷ NORONHA, op. cit., p. 60.

²⁰⁸ O processo interdital iniciava-se com a *postulatio interdicti* perante o pretor – realizada oralmente pelo interessado -, solicitando-se a prolação de um comando imediato. Investigando, sumariamente, os argumentos então expostos (*causa cognitio*), quando entendesse ser infundado o pleito, deveria denegar a ordem (*denegare interdictum*) mediante decreto definitivo. [...] quando tal pretensão estivesse prevista em seu edito, o pretor concedia o comando (*edere interdictum*). Poderia ainda, adaptar a fórmula edital de um interdito a uma situação análoga (*interdictum utile*) e, também, conceder interdito *ad causam*, destinado a tutelar uma nova situação (*interdicta repentina*). Dessa ordem emitida pelo pretor – proibitiva da prática de um ato ou determinante da exibição ou restituição de alguma coisa ou pessoa – decorriam duas diferentes situações: se o comando fosse acatado pelo seu destinatário, estava finda a questão [...]. Em caso contrário, se não houvesse obediência, a parte interessada poderia provocar a instauração de um procedimento formular “ordinário”, denominado *actio ex interdicto* – por derivar de uma precedente tutela interdital -, que tinha por objeto examinar se, efetivamente, o comando pretoriano havia sido desacatado. (TUCCI, Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001. p. 114/115).

observância do *ordo*, por via mais simples e rápida, a proteção jurídica de que careciam²⁰⁹.

No período seguinte da *extraordinária cognitio*, o engenho da *cognitio differentiata ac de plano* continuou a ser empregado pelo magistrado imperial, que substituiu o pretor.

A partir do ano de 527, em razão de reforma legislativa determinada por Justiniano, novidades relativas a vários institutos do direito processual marcaram nova época, que ficou conhecida como processo justinianeu.

José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo anotam:

Diante de tais modificações torna-se possível observar o aspecto mais autêntico da atividade normativa de Justiniano: não busca ela tão só a sistematização de regras mediante a transformação de um *corpus* legal preexistente, e nem se limita a atender as exigências sociais por meio da promulgação de novas leis; na verdade, procura estabelecer uma necessária e complexa ordem de princípios e de técnicas que auxiliassem na busca da unidade político-jurídica do império²¹⁰.

Isso se explica, porque, no século V, o império se estratificou e começou a sofrer as primeiras migrações germânicas.

Dessa feita, apresenta-se o perfil do processo justinianeu: a) Paulatinamente, a *litis denuntiatio* passa a ser substituída por outra forma de citação o *libellus conventionis*; b) É polêmica a questão sobre se existia ou não a obrigatoriedade de o autor declinar, no *libellus conventionis*, o *nomem actiones*. Independente da obrigatoriedade, é fato que o demandante não estaria livre, para modificar a *causa petendi* em que fundamentou a ação; c) Essa legislação facultava ao autor, antes de proferida a sentença, modificar elementos objetivos da demanda. Dispunham as *Institutas de Justiniano*, em 4.6.35: “Quem pede uma coisa por outra está assentado não corra o menor risco; mas, no mesmo processo, conhecida a verdade, lhe permitimos corrigir o seu erro” (...*cognitate veritate errorem suum corrigire ei permitimus*).; d) Essa legislação impunha ao juiz o dever de extinguir o processo, quando o autor tivesse agido *ante tempus* (*pluris petitio tempore*). Nessa hipótese, posto que não se tratava de *res iudicata*, o demandante poderia repropor a

²⁰⁹ NORONHA, op. cit., p. 61.

²¹⁰ TUCCI, AZEVEDO, op. cit., p. 158.

mesma ação, não sendo eficaz eventual *exceptio rei iudicatae*, oposta pelo réu na segunda demanda; e) Existia o compromisso do autor em prestar caução em dinheiro (não superior a 36 áureos), arcando com as despesas do processo na hipótese de sucumbimento. Em casos de dispensa de caução, bastava a caução juratória; f) Citado o réu (*commonitio admonitio*), o mesmo pagava (réu) espórtulas ao oficial, apresentando resposta em 20 dias (*libellus contradictiones*); g) Em audiência pública, eram definidos os termos da controvérsia; h) Seguia-se colheita de provas (*instrumenta*), oitiva de testemunhas e possibilidade de expedição de precatória; i) Sentença proferida em audiência pública; j) A decisão era passível de impugnação (*appellatio* ou *retractatio*)²¹¹.

Nesse processo justinianeu, permaneceu a *summatim cognoscere*, que significa a faculdade concedida ao juiz de proceder, mediante uma investigação superficial, de modo a chegar à decisão por simples verossimilhança. A prova aqui era considerada semiplena e a decisão não gozava de eficácia absoluta e definitiva, podendo o vencido, munido de prova plena, fazer valer, em outra sede, seu direito²¹².

Desse relato, é possível afirmar-se que, no processo clássico ou no imperial romano, se encontram as raízes das tutelas diferenciadas.

3.1.2 Direito Canônico

O processo civil canônico também influenciou no pátrio sistema. E, nesse, igualmente se busca a presença de cognição sumária e processamento simplificado e objetivo.

Foi na época medieval, com a queda do império romano do ocidente, no ano de 476 da era cristã, que o processo canônico se estabeleceu.

José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo advertem:

²¹¹ Interessante observar-se que as decisões proferidas pelo então tribunal eclesiástico, *episcopalis audientia*, desde a época de Constantino, eram inapeláveis. (TUCCI, AZEVEDO, op. cit., p. 160/161).

²¹² NORONHA, op. cit., p. 61.

[...] o direito processual canônico, como instituição voltada à proteção jurídica dos fiéis, assim como as normas de direito material canônico, possui um conteúdo espiritual e sobrenatural, que incide sobre as suas manifestações externas²¹³.

Assim, direito canônico ou *ius canonicum* pode ser definido como

“o conjunto de normas jurídicas, de origem divina e humana (mas sempre de inspiração divina), reconhecidas ou promulgadas, por autoridade da Igreja Católica, que determinam a organização e atuação da própria Igreja e de seus fiéis, em relação aos fins que lhe são próprios”.²¹⁴

O escopo precípua do direito canônico é a salvação das almas, tendo, como princípio fundamental, a difusão do evangelho.

Esse direito optou pelo procedimento ordinário, lento, dilatatório e formalista. Com a fundação da Escola de Bolonha, surgiu o Decreto de Graciano em 1140, marco divisor da canonística entre o período *ius vetus* e *ius novum*, cuja primeira compilação apareceria em 1234, com as Decretais de Gregório IX. Esses processos se desenvolviam em fases estanques (*termini* ou *stadia*), pela forma escrita, por conseqüência, lentos, com o agravamento de número sempre crescente de demandas tramitando pelo pretório²¹⁵.

Com o objetivo de impor ordem social, o papa Clemente V, 1306, expediu a Bula *Clementia Saepe contingit*, que determinava que se procedesse “*simplicitier, breviter, de plano ac sine strepitu ac figura indicii*”. Era criado o processo sumário, onde o procedimento deveria operar-se de plano, com simplicidade e brevidade e com observância de estrita oralidade, em contraste com a prática da escritura de terminada um século antes pelo Papa Inocêncio III²¹⁶.

Desse modo, no direito canônico, igualmente se encontram raízes de um processo sumário, que se contrapõe ao processo ordinário para casos

²¹³ TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de processo civil canônico: (história e direito vigente)**. São Paulo: RT, 2001. p. 13.

²¹⁴ No Brasil, pelo Decreto 119-A, de 7-1-1890, deu-se a separação entre a Igreja e o Estado, além do reconhecimento expresso a todas as igrejas e confissões religiosas, da personalidade jurídica, sendo certo que o art. 1º do mencionado diploma proibiu o poder temporal de legislar sobre matéria eclesiástica. (TUCCI, op. cit., p. 15/16).

²¹⁵ NORONHA, op. cit., p. 62.

²¹⁶ NORONHA, op. cit., p. 62.

específicos, além de outras influências (conciliação, assistência judiciária gratuita, jurisdição, citação, *querella nullitatis*, entre outros).

3.1.3 Direito Português

Em Portugal, o processo optou por adotar o sistema romano-canônico.

A sumarização do procedimento veio com a promulgação das Ordenações Afonsinas, atribuídas a D. Afonso V (1446-1481), aproximadamente entre 1446 e 1447, com o primeiro código oficial português e do continente europeu²¹⁷.

No Código Afonsino, o processo era solene e formal, dominado pelo princípio dispositivo e dividia-se em ordinário e sumário. O processo sumário se apresentava mais célere, à semelhança da forma canônica *Clementina Saepe contingit*, de 1306 ou 1314. Era ordenado em razão do valor (inferior a 5.000 libras) e da matéria (destinava-se a processar causas determinadas na Ordenação, independente do importe econômico)²¹⁸.

Nas ordenações Manuelinas, promulgadas pelo rei D. Manuel (1495-1521), o processo ordinário permanecia o mesmo. O processo sumário ordenava-se em razão da matéria, não havendo pertinência em razão do valor. Continuava apresentando-se mais célere, pois obedecia à simplificação de formalidades, redução de prazos, formulação de todas as exceções dilatórias numa única oportunidade e maior concentração de atos no momento da audiência (Ord. Manuelinas, III, 19)²¹⁹.

Nas ordenações Manuelinas, teve destaque a criação da ação de força nova:

²¹⁷ NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 63.

²¹⁸ NORONHA, op. cit., p. 63.

²¹⁹ NORONHA, op. cit. p. 64.

“antes d’anno e dia, do dia em que a força se disser ser feita, não guardem dos feitos delas ordem, nem figura de Juízo, mas sem delonga, nem outra mais vogaria desembarguem os ditos feitos, não constringendo o autor, que dê sua petição por escrito, ou a diga por palavra perante o julgador, e escreva-a o Tabelião, ou Escrivão no processo, e o réu a conteste negando ou, confessando; e nos ditos feitos poderão os julgadores proceder todos os dias, postos que sejam feriados para colhimento dos pães e vinhos” (Ord. Manuelinas, III, pr.).²²⁰

Era a ação de assinação de dez dias, na qual, citado, deveria o devedor pagar ou devolver a coisa em dez dias.

O Código Sebastião, promulgado pelo Alvará de 14 de fevereiro de 1569, de D. Sebastião (1568-1577), criava a audiência preliminar, quando, com a presença das partes, poderia o juiz conseguir conciliação e alcançar a solução da causa²²¹.

Aqui, o juiz era investido de grande poder discricionário e a audiência preliminar significou grande avanço, porquanto esta permitia a premonição de atos futuros a serem desenvolvidos no processo e grande economia de tempo. Com efeito, na hipótese de inconciliados, o juiz determinava que o autor apresentasse libelo na audiência seguinte e impunha ao réu que formulasse a contrariedade (Lei VII, §§ 1 e 2, Tít. I, Parte 3ª)²²².

Na monarquia portuguesa, em 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas por meio do Decreto de 20/10/1823 da Assembléia Constituinte e Legislativa, convocada pelo Imperador, para elaborar a Constituição do Império do Brasil e leis ordinárias, que vigoram até a edição dos códigos nacionais.

O Livro III das Ordenações Filipinas tratava do processo civil, dividindo-o em procedimento ordinário, procedimento sumário, procedimento sumaríssimo ou verbal e procedimento especial.

O procedimento sumário apresentava valor de alçada, admitindo causas cujo valor não ultrapassasse um mil réis. A petição inicial poderia ser apresentada por escrito ou na forma oral, quando o tabelião ou escrivão transcrevia nos autos. O juiz, tomando conhecimento da petição inicial, sem dar vista à parte

²²⁰ NORONHA, op. cit., p. 64.

²²¹ NORONHA, op. cit. p. 64.

²²² NORONHA, op. cit., p. 64.

contrária, convidava-as a comparecerem em juízo, para debater, oralmente, a causa. Não havendo acerto na discussão oral, o juiz determinava transcrição de tudo (verdade sabida) que era equivalente à verdade formal (Ord. Filipinas, III, 30, 1, 2 e 3)²²³.

O procedimento especial se apresentava em uma forma derivada da ação decendiária, para causas fundadas em escritura pública, quando o juiz assinalava prazo de dez dias ao réu, para pagar o devido ao autor. Não cumprida a ordem judicial, era prolatada a sentença, condenando o réu a pagar todo o devido (Ord. Filipinas, III, 25)²²⁴.

No procedimento sumaríssimo ou verbal, que tinha cabimento para causas que versassem sobre bens móveis, cujo valor não ultrapassasse 400 réis, as partes eram ouvidas, verbalmente, pelo juiz, que recebia ou não as provas, sem autuação de qualquer das peças ou documentos. O tabelião fazia, no protocolo, um assento simples de como o juiz condenara ou absolvera o réu, não havendo recurso de qualquer espécie. Do constante no referido assento, determinava o magistrado que se executasse a sentença mediante expedição de alvará pelo tabelião (Ord. Filipinas, I, 65, 7)²²⁵.

3.1.4 Direito Brasileiro

No Brasil, após a independência, o decreto da Assembléia Constituinte e Legislativa, de 20 de outubro de 1883, proclamou a vigência das Ordenações Filipinas, que restou substituída pela nacional. Na codificação lusa, o processo civil vinha disciplinado no Livro III, como procedimento ordinário, sumário, sumaríssimo ou verbal e especial (Ord. Filipinas, I, 65, 7; 20, 25 e 30)²²⁶.

Dessa feita, após a proclamação da independência, o processo nacional ainda praticava as formas especiais de tutela diferenciada, onde o procedimento sumaríssimo ou verbal apresentava o maior grau de sumarização.

²²³ NORONHA, op. cit. p. 65.

²²⁴ NORONHA, op. cit. p. 65.

²²⁵ NORONHA, op. cit. p. 65.

²²⁶ *Ibid.*, p. 68.

As primeiras normas que passaram a reger o processo nacional vieram com a Disposição Provisória relativa à Administração da Justiça, anexa ao Código do Processo Criminal do Império (Lei de 29/11/1832)²²⁷.

O instituto da conciliação encontrava lugar nessa normalização e era de competência do juiz de paz. A referida conciliação se caracterizava como tutela antecipada satisfativa. E, ainda, o julgamento de ações de procedimento sumaríssimo ou verbal, igualmente, mantinha a competência do juiz de paz (Lei de 15/10/1827)²²⁸.

Em 25/11/1850, foi promulgado o Decreto 737, denominado Regulamento 737, objetivando disciplinar o processo das causas comerciais, abandonando o procedimento sumaríssimo, dividindo o procedimento em ordinário, sumário e especial e mantendo a conciliação prévia, que poderia efetivar-se em procedimentos judiciais ou extrajudiciais²²⁹.

No Regulamento 737, foram consideradas tutelas diferenciadas os procedimentos denominados ações sumárias (arts. de 236 a 244) e ações especiais (arts. de 246 a 307). Este último encampava a ação decendiária (arts. de 246 a 267), com rito de procedimento monitório, que se caracterizava por sumarização, e não por cognição exauriente²³⁰.

Quanto às codificações estaduais, tal qual o Regulamento 737, mantiveram algumas formas de tutela diferenciada.

O Código do Estado do Rio Grande do Sul apresentou sumário especial, que abrangia um extenso número de ações, como as possessórias, nunciação de obra nova, depósito, despejo, inventário, partilha, divisória e demarcatória etc.; ou seja, tipos de cognição sumária não exauriente (arts. de 521 a 747). O mesmo codex adotou o procedimento sumaríssimo geral (arts. de 826 a 830), aplicável a causas com valor não excedente a 500 mil réis, para qualquer pessoa e qualquer objeto, apresentando-se como semi-oral, com atos orais reduzidos a escrito, prazos mínimos, com discussão, instrução e julgamento concentrados em audiência única²³¹.

²²⁷ Ibid., p. 68.

²²⁸ Ibid., p. 69.

²²⁹ Ibid., p. 69.

²³⁰ Ibid., p. 69.

²³¹ NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos**. São Paulo:

Numa fase posterior, deparou-se com a unificação da legislação processual. A codificação pretendeu realizar uma profunda reforma. A pretensão é a de romper-se com a regra do processo escrito; abandona-se a concepção duelística entre as partes, adotando uma concepção publicista do processo como instrumento de atuação da vontade da lei.

Entra em vigor o Código de Processo Civil de 1939, que pretendia trazer um processo mais célere. Adota-se o princípio da oralidade, busca-se a concentração de atos, opta-se pelo princípio da identidade física do juiz, restrita recorribilidade das interlocutórias, objetivando a efetiva realização da ordem jurídico-material. O procedimento foi dividido em ordinário e especial²³².

O procedimento especial é marcado por mais de 500 (quinhentos) artigos, regulando inúmeras ações especiais, encampando jurisdição contenciosa e voluntária (arts. de 298 a 807), iniciando pela ação executiva de títulos extrajudiciais (arts. de 298 a 300). Ademais, essas ações especiais abrangem tutelas diferenciadas, submetidas à cognição sumária, e não exauriente, além das ações cautelares (art. 675 e seguintes)²³³.

A codificação vigente de 1973, suplantando o Código de 1939, valorizando o processo cautelar, abriu, nessa legislação, o livro III, dedicado a esse processo, que é marcado pela cognição sumária, prazos encurtados, objetivando a segurança de um processo futuro, numa visão publicista.

Como já anunciado no primeiro capítulo deste estudo, o CPC vigente dividiu o processo civil em 04 (quatro) livros, conhecidos como livro dedicado ao processo de conhecimento, processo de execução, cautelar e procedimentos especiais.

O procedimento comum se apresenta como ordinário ou sumário, conforme o art. 272 do CPC, sendo que o procedimento sumário é aplicado pelos critérios do valor da causa (art. 275, I, do CPC) e da matéria (art. 275, II, do CPC), onde o procedimento ordinário se apresenta residual.

No procedimento sumário, as demandas não sofrem redução da cognição, mas apenas encurtamento de alguns prazos procedimentais e inexigência

Saraiva, 1995. p. 70. apud. VERGARA, Oswaldo. **Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul anotado**. Porto Alegre: Globo, 1936.

²³² NORONHA, op. cit. p. 71.

²³³ Ibid., p. 71.

de certas formalidades próprias do procedimento ordinário, assim não se confundindo com qualquer tipo de tutela diferenciada²³⁴.

No código em vigor, é possível identificarem-se modelos procedimentais que revelam sumariedade de rito e, ainda, parcial ou incompleto potencial cognitivo acerca do objeto litigioso, alguns com inversão ou retardamento do contraditório. São os denominados procedimentos especiais (arts. de 890 a 1210) e aqueles procedimentos previstos em sede de processo cautelar. A esses é possível atribuir-se a denominação de tutela diferenciada.

Para Ovídio Araújo Baptista da Silva, a disciplina que tratava da tutela cautelar inominada, no revogado CPC de 1939, era melhor que a existente hoje. Durante a vigência do CPC de 1939, raramente os tribunais pátrios foram chamados a aplicar essa espécie de tutela jurisdicional²³⁵.

Essa postura se justifica devido à influência da doutrina do Estado Liberal, tendendo a impor a universalização do procedimento ordinário. Como conseqüência, o desprezo por procedimentos sumários ou por aqueles que evidenciavam técnicas de sumarização, como as tutelas diferenciadas, as quais encampam o processo cautelar.

Como explicitado antes, a necessidade de atender-se aos anseios de uma sociedade moderna e democrática com crescente e acelerado desenvolvimento das comunidades urbanas, concomitante surgimento de sociedade de “massa”, contribuíram para a redescoberta e a expansão das tutelas diferenciadas²³⁶.

As denominadas “cautelares-satisfativas” foram mitigadas com a entrada, em vigor, da “antecipação de tutela”. Essas cautelares reproduzem,

²³⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. I, 5 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 120/125.

²³⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. 3, 3 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 21.

²³⁶ O autor entende que o CPC de 1973 contribuiu para a expansão da tutela de urgência (cautelar ou não) destacando duas causas. [...] *a primeira delas foi desejada pelo legislador e está representada pela importância e dignidade que o Código emprestou ao processo cautelar, destacando-o para formar um livro especial, com cerca de cem artigos, contra os apenas treze existentes no Código anterior*. A segunda decorre de uma premissa ideológica de que o legislador não teve muita consciência, pois, com a adoção do processo de conhecimento com vocação genérica para o processo ordinário, o qual não admitisse qualquer ato executivo, foi possível ordinarizar-se o processo de conhecimento, não admitindo, neste, a possibilidade de quebrar a ordinariedade, com emissão de sentença liminar. Assim, esse juiz, impedido de emitir liminar, “desordinarizando” o emperrado procedimento ordinário, fica reduzido ao emprego de processo cautelar, como via alternativa de sumarização das demandas satisfativas, que exigiam tratamento urgente, incompatível com a ordinariedade. (SILVA, op. cit., p. 22/25).

basicamente, aquelas medidas ditas cautelares-satisfativas, antes utilizadas pela via do processo cautelar²³⁷.

Comunga dessa mesma opinião João Batista Lopes, que, ao estabelecer paralelo entre a tutela antecipada e as liminares do processo civil, registra:

Importa ressaltar, por último e em breve escorso, que o adiantamento de efeitos da sentença final está presente em muitas hipóteses particulares, por vontade do legislador. São, em verdade, casos de tutela antecipada com requisitos diversos dos previstos no art. 273 do CPC.²³⁸

A introdução desse instituto no sistema brasileiro (tutela antecipada – lei 8952/94) não abalou as linhas mestras do mesmo, pois tais medidas foram recebidas como simples interlocutórias, em homenagem à cultura da *ordinariedade*²³⁹.

Em razão da difícil convivência entre a tutela ordinária e a interdital (uma espécie de procedimento especial bastante conhecida, cuja característica genérica está na possibilidade de o juiz poder outorgar ao autor uma decisão liminar que antecipe, em parte, o resultado da futura sentença de procedência da ação), as quais, no sistema pátrio, devido à prevalência da *ordinariedade*, devem ser tratadas como decisões interlocutórias, revela o artificialismo da solução legislativa, introduzida no sistema, sem a necessária proteção que lhe possa assegurar tratamento compatível com sua natureza²⁴⁰.

Assim sendo, hoje, depara-se com a expansão das tutelas consideradas urgentes, portanto marcadas por uma cognição sumária, exigindo um processo mais célere, que consiga ser efetivo ou alcance a realidade fática.

Isso se justifica na medida em que é correto que a sociedade moderna se oriente no sentido de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com o correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena.

²³⁷ SILVA, op. cit., p. 25.

²³⁸ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 136.

²³⁹ SILVA, op. cit. p. 25.

3.2 NATUREZA CONSTITUCIONAL

A natureza constitucional da tutela de urgência, no sistema jurídico vigente no Brasil, a princípio, é reconhecida ou identificada com a redação expressa do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, que assegura proteção jurisdicional não apenas a caso de lesão mas também em caso de *ameaça* a direito.

Porém Teori Albino Zavascki registra que essa justificção não é suficiente, argumentando que, no regime constitucional anterior, a cláusula que garantia a inafastabilidade de acesso ao Judiciário não continha referência à hipótese de *ameaça* (art. 163, § 4º, da Constituição de 1969) e, nem por isso, se poderia duvidar da legitimidade constitucional da tutela cautelar²⁴¹.

Alerta o mesmo autor antes citado que a tutela preventiva assegurada pela Constituição é *definitiva* (formada à base de cognição exauriente e apta a produzir coisa julgada material, ou seja, semelhante à tutela conferida para o caso de direito já lesado), e não *provisória*, como é a tutela cautelar e a antecipatória²⁴².

Portanto, a justificção e apontamento de amparo à natureza constitucional de uma tutela provisória seria a vontade decorrente do sistema constitucional organicamente considerado, sem provir de um dispositivo específico, apresentando-se como mecanismo de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito²⁴³.

O posicionamento antes esposado é coerente e razoável, pois a tutela urgente pode apresentar-se como provisória ou definitiva.

Essa também a posição de Donaldo Armelin:

Haverá lugar aqui para a tutela jurisdicional cautelar na qual não se pretende preparar a lesão, mas prevenir graves danos e as conseqüências irreparáveis destes, ou manter o equilíbrio entre os litigantes?

À evidência deve ser dada à “*lesão*” constante do texto constitucional uma exegese ampliativa de modo a permitir sejam ali albergadas outras formas de tutela jurisdicional, que não pressupõem uma

²⁴⁰ SILVA, op. cit., p. 36/37.

²⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 61.

²⁴² ZAVASCKI, op. cit. p. 62.

²⁴³ ZAVASCKI, op. cit. p. 62.

violação do direito, como sucede com a tutela jurisdicional declaratória *stricto sensu* ou meramente constitutiva. Da mesma forma, está ali engastada a intuição à tutela jurisdicional cautelar. Esta existe precipuamente para assegurar a eficácia à prestação da tutela jurisdicional satisfativa, que, sob pena de sua emasculação, deve ser dotada de meios próprios para garantir a plenitude de seus efeitos. Portanto, ainda que não estivesse subsumida na proteção ensejada pelo prealudido dispositivo constitucional, estaria ela inserida nos poderes implícitos, que, como sói acontecer com outros Poderes da soberania nacional, existem em favor do Judiciário²⁴⁴.

Esse autor também reconhece que dos princípios e valores insculpidos na Constituição Federal decorre a natureza constitucional da tutela urgente, ao discorrer sobre a tutela cautelar, apontando, ainda, a necessidade de aparelhar esse instrumento conhecido como tutela cautelar, que poderá atingir a plenitude de sua eficácia dentro do sistema processual vigente.

Por outro lado, após reconhecer a existência da natureza constitucional da tutela urgente, inevitável intuir-se que, desde 1946, quando o princípio do direito de ação se fez presente naquela Constituição, o ordenamento jurídico passou a conviver com uma nova e relevante garantia no capítulo dos direitos individuais.

O referido princípio, de igual forma, é conhecido como *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*.

O princípio constitucional do direito de ação objetiva difundir a mensagem mediante a qual todo indivíduo, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, instituído por lei, para a defesa de seu patrimônio ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ele²⁴⁵.

Esse direito encampado pelo princípio ora analisado, por ser abstrato e incondicionado, foi relacionado com o fundamento prático do processo, voltado a todos e em qualquer circunstância, visando a um processo de resultados, um processo justo²⁴⁶.

²⁴⁴ ARMELIN, Donald. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 23, p. 11-137, jun. 1985. p. 118.

²⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 174.

²⁴⁶ Dizer o direito, segundo um processo justo, pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 489).

Foi assim que o processo passou a ser considerado como proteção alargada de direitos fundamentais, quer nas dimensões processuais, quer nas dimensões substantivas²⁴⁷.

A invocação da tutela jurisdicional deve efetivar-se pela ação do interessado, que, com o exercício da jurisdição, pode ver realizada sua pretensão do direito subjetivo material violado ou ameaçado de lesão²⁴⁸.

Nesse sentido, registra José Roberto dos Santos Bedaque:

Inafastável, portanto, a necessidade de um provimento jurisdicional destinado a eliminar qualquer risco decorrente da demora na oferta da prestação requerida. Trata-se, sem dúvida, de proteção inerente à garantia constitucional da ação, que não pode ser objeto de restrições por parte do legislador ordinário²⁴⁹.

Assim, a tutela jurisdicional urgente, atendendo a esses preceitos constitucionais, na dimensão do princípio do direito de ação, extrai do sistema o princípio da efetividade, que, num contexto harmônico, objetiva alcançar aquele pretendido processo de resultados.

3.3 PRINCÍPIOS

A expressão princípio traz a idéia de origem, início, começo. No direito, um princípio constitui a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas.

²⁴⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 491.

²⁴⁸ [...] a garantia do acesso aos tribunais pressupõe, também, dimensões de natureza prestacional, na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimentos) e assegurar prestações (apoio judiciário, patrocínio judiciário, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos (CRP, art. 20º). O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades. (CANOTILHO, op. cit., p. 496/497).

²⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82. apud Andolina e Vignera. **Il modello costituzionale**. p. 62.

Os princípios são idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo. No Processo Civil, os princípios desenvolvem a função fundamentadora, orientadora de interpretação e de fonte subsidiária²⁵⁰.

3.3.1 Princípios informativos

Os princípios informativos do processo, em geral, são conhecidos como lógico, jurídico, político e econômico²⁵¹. São princípios que também influem na tutela jurisdicional urgente, pois trazem, em si, conotações éticas, sociais e políticas que sustentam a sua legitimidade.

Dessa feita, passa-se a analisar tais princípios, tendo, como enfoque, a tutela jurisdicional urgente.

a) Princípio informativo lógico – Selecionando meios mais eficazes e rápidos para o descobrimento da verdade e evitando erros, visa à solução de processo urgente satisfativo ou não.

b) Princípio informativo jurídico – Primando pela igualdade no processo e justiça na decisão, analisando o mérito (tutela urgente satisfativa) ou não (cautelar ou interinal), busca uma decisão adequada para o processo urgente.

c) Princípio informativo político – Visa ao máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade e equilibrando, na tutela jurisdicional urgente as situações, de fato, trazidas a juízo, admitindo a utilização de instrumentos de sumarização (concessões de liminares), favorecendo a realização do Estado Democrático de Direito.

d) Princípio informativo econômico – Idealiza um processo acessível a todos, considerando o custo e sua duração; e a tutela jurisdicional urgente implica numa forma de acesso à justiça e, ainda, em tempo razoável, fazendo do processo o instrumento justo, insculpido nos valores da Carta Constitucional em vigor.

²⁵⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 42.

²⁵¹ CINTRA, Antonio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52-53.

3.3.2 Princípios Constitucionais

Os princípios constitucionais ou fundamentais oferecem as bases de todas as disciplinas processuais, pois é a Constituição Federal a plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo.

Os princípios fundamentais podem ser enumerados como: a) princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; b) princípio do devido processo legal; c) princípio do contraditório e da ampla defesa; d) princípio da igualdade de tratamento das partes; e) princípio do juiz natural; f) princípio da proibição das provas ilícitas; e g) princípio da publicidade dos atos processuais²⁵².

Dessa feita, os princípios fundamentais serão analisados, enfocando a tutela jurisdicional urgente:

a) Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – Esse princípio apresenta, como fundamento, o artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88. A partir do texto constitucional, a apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito ficou consagrada como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, alcançando, como consequência, a tutela urgente.

O princípio constitucional revela direito de ação, difunde a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, instituído por lei, para a defesa de seu patrimônio ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ele²⁵³.

Para a tutela jurisdicional urgente, a proteção decorrente da interpretação desse inciso implica em identificar ou criar um conjunto de mecanismos ou técnicas que possibilitam a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

A norma é dirigida tanto ao legislador (que, além de propiciar a apreciação, pelo judiciário, de lesão ou ameaça a direito, veda restrição ou embaraço ao acesso à justiça), quanto ao juiz, que não se permite deixar de julgar, seja em razão de convicção pessoal ou por omissão legal.²⁵⁴

²⁵² LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2005. p. 39.

²⁵³ BULOS, op. cit., p. 174.

²⁵⁴ LOPES, op. cit. p. 39.

Esse princípio assegura a todo cidadão a possibilidade de levar aos tribunais quaisquer lesões ou ameaças, garantindo-lhes processo justo.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional surgiu na CF/46 e revolucionou a ordem jurídica pátria da época. Antes desse princípio, muitas situações houve em que o indivíduo sofreu o arbítrio das razões do Estado²⁵⁵.

Para a tutela urgente, o acesso à justiça precisa ser compreendido como o alcance ou resolução do litígio na forma esperada pela sociedade ou um processo justo, decorrente de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos²⁵⁶.

Por fim, esse princípio, tal como os demais, não apresenta caráter absoluto, devendo conviver com os outros princípios e valores do sistema jurídico, cuja unidade deve ser preservada.

b) Princípio do devido processo legal – Com fundamento no artigo 5º, inciso LIV, da CF/88²⁵⁷, o devido processo legal é aquele que observa as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da igualdade das partes etc.

Da análise desse princípio, pode-se afirmar que somente com processo judicial regularmente instaurado, com observação das garantias constitucionais, será possível a privação da liberdade ou dos bens.²⁵⁸

A incidência desse princípio sobre a tutela jurisdicional urgente autoriza o legislador a abrandar ou flexibilizar certas exigências; são situações especiais, como o contraditório postergado em processo cautelar, nos termos do artigo 804 do CPC²⁵⁹.

A garantia do devido processo legal, imposta pela Constituição, impede que a lei ordinária estabeleça restrições ou alterações naquelas garantias ali traduzidas, assegurando o respeito aos direitos fundamentais.

²⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 173.

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 12.

²⁵⁷ Art. 5º [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²⁵⁸ LOPES, op. cit., p. 41.

²⁵⁹ Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

c) Princípio do contraditório e da ampla defesa – Esse princípio encontra fundamento no artigo 5º, inciso LV, da CF/88²⁶⁰. Também apresenta sentido bastante amplo, compreendendo o direito de ser ouvido; o direito de acompanhar os atos processuais; o direito de produzir provas; o direito de ser informado, regularmente, dos atos praticados no processo; o direito à motivação da sentença; e o direito de impugnar as decisões.²⁶¹

O princípio do contraditório é uma exigência da estrutura dialética do processo, referindo-se às relações entre as partes. Implica em informação obrigatória e possibilidade de reação. E, ainda, uma concepção mais recente do contraditório inclui, como terceiro elemento, o diálogo entre o juiz e as partes.²⁶²

Ao analisar-se a incidência desse princípio em situações especiais, como aquelas alcançadas pelas tutelas urgentes, a lei prevê o chamado contraditório diferido. Exemplificando: na tutela cautelar, caracterizada pelo perigo da demora, poderá ocorrer o deferimento e a efetivação da medida liminarmente e sem a prévia oitiva da parte contrária, quando a citação inicial puder acarretar a ineficácia da medida, nos termos do art. 804 do CPC.²⁶³

O mesmo raciocínio pode ser empregado nas hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela, fundados nos artigos 273, I, ou 461, § 3º, ambos do CPC²⁶⁴.

Anota João Batista Lopes que “Aspecto fundamental do contraditório é a ampla defesa, que não significa, porém, defesa ilimitada ou abusiva”²⁶⁵.

Em algumas hipóteses, o legislador procura limitar o âmbito da defesa, para atender à natureza da causa ou a peculiaridade do procedimento.²⁶⁶

²⁶⁰ Art. 5º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁶¹ LOPES, op. cit., p. 42.

²⁶² LOPES, op. cit., p. 42.

²⁶³ LOPES, op. cit., p. 43.

²⁶⁴ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do inadimplemento. § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

²⁶⁵ LOPES, op. cit., p. 43.

²⁶⁶ LOPES, op. cit., p. 44.

É a hipótese da tutela urgente. Essa tutela apresenta uma cognição limitada no plano vertical ou sumária (incompleta), como ensina Kazuo Watanabe:

Cognição sumária ou superficial é uma cognição menos aprofundada no sentido vertical, ou cognição superficial. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina. A técnica da cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral de que são espécies os processos cautelares, as antecipações de tutela (art. 273 do CPC).²⁶⁷

A doutrina reconhece outras formas de limitação no direito de defesa, que não implicam em limitação no plano vertical. Pode-se citar, como hipótese, aquela limitação referente à amplitude do objeto litigioso, nos termos do art. 36, parágrafo único, da Lei 6.515/77; ou, ainda, o art. 72, da Lei 8.245/91²⁶⁸, que Kazuo Watanabe intitula cognição parcial e exauriente²⁶⁹.

Pode-se citar, ademais, a hipótese da cognição eventual, que é exemplificada na doutrina com o processo monitorio, conforme o artigo 1102-C do CPC²⁷⁰, quando a cognição só se fará necessária, se o demandado adotar iniciativa do contraditório.

d) Princípio da igualdade de tratamento das partes – Está consagrado no artigo 5º, *caput*, da CF/88²⁷¹. Refere-se à sua aplicação ao processo da igualdade formal. As partes e os procuradores devem merecer tratamento

²⁶⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 121.

²⁶⁸ Art. 36. Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção. Parágrafo único. A contestação só poderá fundar-se em: I – falta de decurso de prazo de 1 (um) ano de separação judicial; II – descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação. Art. 72. A contestação do locador, além da defesa de direito que possa caber, ficará adstrita, quanto a matéria de fato, ao seguinte: I – não preencher o autor os requisitos estabelecidos nesta lei; II – não atender, a proposta do locatário, o valor locativo real do imóvel na época da renovação, excluída a valorização trazida por aquele ao ponto ou lugar; III – ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores; IV – não estar obrigado a renovar a locação (incisos I e II do art. 52).

²⁶⁹ WATANABE, op. cit., p. 116.

²⁷⁰ Art. 1102-C. No prazo do art. 1102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

²⁷¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer, em juízo, suas razões.²⁷²

Tratar com igualdade significa reconhecer as diferenças ou compreender que a igualdade garantida na Constituição não tem caráter absoluto.

No processo civil, o artigo 125, I, do CPC assegura às partes igualdade de tratamento.

Como incidência desse princípio, verificam-se algumas disposições do CDC, como o art. 6º, incisos VI, VII e VIII e, ainda, o art. 4º, da Lei 1.060/50; ou o art. 1.211-A do CPC²⁷³.

Nas tutelas urgentes, a necessidade da paridade de armas também se faz presente. A tutela urgente é um instrumento que se apresenta diferenciado, segundo o tempo e a cognição.

Donaldo Armelin ressalta:

[...] ao lado dessa sua finalidade de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional satisfativa, que é a posição clássica no exame da teleologia do processo cautelar, uma nova posição se afirma atualmente. [...].

Assim é que, além daquela finalidade primeira ressaltada na doutrina, esse tipo de tutela jurisdicional passou a assegurar o equilíbrio das partes no processo. Esse equilíbrio pode ser rompido por situações fáticas e mesmo jurídicas desencorajadoras da incoação de um processo ou do prosseguimento de processo já pendente, enquanto não prestada a tutela jurisdicional satisfativa.²⁷⁴

A tutela cautelar, que é caracterizada como tutela urgente, além da instrumentalidade, permite o equilíbrio entre as partes.

²⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 55.

²⁷³ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas a prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte interveniente pessoa com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância.

²⁷⁴ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **R. Proc. Geral do Est. São Paulo**, São Paulo, Vol. 23, p. 111-137, jun. 1985, p. 117.

Nesse ponto, é possível afirmar-se que a incidência do princípio da isonomia, tratando, com igualdade, seres desiguais, ocorre, também, nas tutelas urgentes.

e) Princípio do juiz natural – Encontra fundamento no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da CF/88²⁷⁵. Garante que todo cidadão, na hipótese de ser julgado, o seja por órgãos jurisdicionais previstos e disciplinados na Constituição e leis infraconstitucionais.

As tutelas urgentes, tal como as tutelas comuns, desenvolvem-se sob a égide desse princípio.

O processo cautelar, que é uma das espécies de tutela urgente, caracterizado pelo *periculum in mora*, em alguns momentos, pode exigir quebra da rigidez das regras apresentadas pelo livro III do CPC, como pode ocorrer na hipótese de competência, art. 800 do CPC.

Assim informa a doutrina que, apesar da redação do artigo 800 do CPC²⁷⁶, a medida cautelar poderá ser proposta diante de juiz incompetente, em casos em que a urgência justifique essa postura²⁷⁷.

Por outro lado, o artigo 475-P do CPC, que trata da competência para o cumprimento de sentença, em seu parágrafo único,²⁷⁸ já prevê essa hipótese, autorizando, expressamente, que o cumprimento se dê, por opção do exequente, pelo local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação.

f) Princípio da proibição das provas ilícitas – Esse princípio encontra fundamento no artigo 5º, inciso LVI, da CF/88.²⁷⁹

A dificuldade na interpretação desse princípio se situa em se compreenderem o sentido e o alcance do citado inciso. A doutrina informa que as provas ilícitas, ilegais, ilegítimas ou clandestinas não devem ser admitidas. Porém

²⁷⁵ Art. 5º [...] XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção. LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

²⁷⁶ Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

²⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 21. ed. São Paulo: Leud, 2004. p. 137/140.

²⁷⁸ Art. 475-P. O cumprimento de sentença efetuar-se-á perante: II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição. Parágrafo único. No caso do inciso II do *caput* deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou pelo atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

²⁷⁹ Art. 5º [...] LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito.

existe uma tendência analisando essa situação à luz do princípio da proporcionalidade.²⁸⁰

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ensina:

[...] a todo momento, no curso do processo, o juiz resolve as questões relevantes que se põem sobre os mais diversos assuntos: condições da ação, pressupostos processuais, a prova, concessão ou não de liminares, se o processo deve ou não sofrer julgamento antecipado ou mesmo a antecipação dos efeitos da sentença, e assim por diante. Não são raras as vezes que o juiz tem de fazer uma escolha entre uma ou outra interpretação; *em outras situações, a opção não se coloca mais no campo da simples interpretação, mas alcança a disputa entre duas normas, entre dois princípios que se encontram em conflito*. Para sair deste dilema, o julgador projeta e examina os possíveis resultados, as possíveis soluções, faz a comparação entre os interesses em jogo, e, finalmente, a opção, a escolha daquele interesse mais valioso, o que se harmoniza com os princípios e os fins que informam este ou aquele ramo do direito. Esta atividade retrata a utilização do princípio da proporcionalidade.²⁸¹

No que se refere a provas ilícitas, a aplicação do princípio da proporcionalidade implicará na ponderação entre a proibição constitucional e o valor representado pela tutela jurisdicional (necessidade de busca da verdade real e de realização da justiça)²⁸².

Na tutela jurisdicional urgente, a cautela deve ser redobrada, para não se flexibilizarem princípios ou regras de modo injustificado.

g) Princípio da publicidade dos atos processuais – Esse princípio encontra fundamento no art. 5º, inciso XIV, da CF/88²⁸³. E constitui uma preciosa garantia do indivíduo frente ao exercício da jurisdição. A publicidade dos atos, a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representa o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados²⁸⁴.

²⁸⁰ LOPES, op. cit., p. 50.

²⁸¹ CARNEIRO, 1999 apud GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípio da proporcionalidade. Coisa julgada e justa indenização. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005. p. 8.

²⁸² LOPES, op. cit., 51.

²⁸³ Art. 5º [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

²⁸⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70-71.

Esse princípio ainda se desdobra, alcançando o teor dos artigos 5º, LX, e 93, inciso IX, ambos, da CF/88²⁸⁵.

Isso significa que a publicidade dos atos processuais não compreende sua divulgação irrestrita pelos órgãos de comunicação. Desse modo, as tutelas urgentes atentam para esses princípios com a mesma cautela que a tutela jurisdicional comum.

h) Princípio da tempestividade da prestação jurisdicional – Hoje é expressamente previsto, conforme o artigo 5º, inciso LXXVIII, CF/88, inserido pela EC 45/2004, talvez devido à importância da solução pretendida pela sociedade: “efetividade” surge, agora, explícito, na intenção de potencializar essa garantia.

Entretanto a redação do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, que consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, já vinha permitindo a interpretação de que aos jurisdicionados estava assegurado não só o acesso à justiça como também o desenvolvimento de um processo justo, ou seja, adequado, tempestivo e efetivo²⁸⁶.

O referido princípio necessita apontar que tempo compreende a expressão “prazo razoável”. Sem dúvida, a expressão é vaga e lacunosa, porém, no contexto dos demais princípios insertos na Carta Constitucional, é possível compreenderem-se, como prazo razoável, não só os prazos próprios como também os impróprios.

Alessandra Mendes Spalding analisou essa situação e concluiu:

[...] o prazo razoável para o julgamento de um processo que tramita pelo procedimento comum ordinário seria, em princípio 131 dias. Logicamente que diante do caso concreto, inúmeras variáveis externas podem contribuir para que tal prazo seja estendido, como a demora na publicação das intimações pela imprensa oficial, a necessidade de produção de prova pericial, oitiva de diversas

²⁸⁵ Art. 5º [...] LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²⁸⁶ [...] acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, considerada as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e a orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.28).

testemunhas domiciliadas em comarcas distintas de onde tramita o feito, a arguição de incidentes processuais com efeito suspensivo, a ocorrência de outras causas suspensivas do processo, a presença de mais de um réu com procuradores distintos, a presença num dos pólos da ação da Fazenda Pública etc²⁸⁷.

A imposição dessa mudança de mentalidade e, como consequência, de atitude, certamente não só para as tutelas jurisdicionais urgentes, mas também, inclusive para estas, colocará o profissional do direito muito mais próximo do ideal da justiça.

3.3.3 Princípios do Processo Civil

Os princípios do Processo Civil são aqueles que não se fundam expressamente na Constituição Federal, mas resultam da elaboração da doutrina ou de opção política do legislador²⁸⁸.

Para o desenvolvimento desse estudo, merecem referência o princípio dispositivo, o princípio da congruência entre o pedido e a sentença, o princípio da oralidade, o princípio da economia processual, o princípio da efetividade e o princípio da instrumentalidade.²⁸⁹

Dessa forma, passa-se a analisar os princípios informativos do processo civil, tendo, como enfoque, a tutela jurisdicional urgente.

a) Princípio dispositivo – Numa concepção tradicional, significa que a as alegações, pedidos e provas são de incumbência das partes no processo, cabendo ao juiz julgar apenas.

Numa visão moderna, considerando os valores preponderantes, o juiz assume um papel atuante e participativo no processo, inclusive com poderes

²⁸⁷ A autora apresenta uma tabela na qual as diversas fases do procedimento comum é apresentada e aponta os prazos segundo o CPC brasileiro, realizando, ao final, a soma dos mesmos, alcançando-se, no final, um total de 131 dias. (SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos, FERREIRA, William Santos. (Coords.). **Reforma do poder judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 38).

²⁸⁸ LOPES, op. cit., p. 59.

²⁸⁹ LOPES, op. cit., p. 59.

instrutórios (arts. 130, 342, 418 etc, todos do CPC.)²⁹⁰, porém sem comprometer-se psicologicamente.

Na tutela urgente, o princípio dispositivo se mantém presente, pois essas tutelas, tais como as de conhecimento e a executiva, em princípio, dependem de iniciativa da parte.

Como ensina Maria Elizabeth de Castro Lopes,

A admissibilidade do princípio dispositivo não é incompatível com o fortalecimento dos poderes do juiz.

[...]

O juiz não é um investigador de provas, pois esta função pode comprometer psicologicamente o ato de julgar, que deve ocorrer em clima de serenidade e equilíbrio. O art. 130 do CPC não é uma regra de ouro, nem está isolado no Código, devendo ser interpretado sistematicamente.²⁹¹

Assim, as partes, no processo, permanecem com a responsabilidade de alegar, pleitear e provar suas pretensões em juízo, participando o juiz do processo, na medida em o sistema o permite. Ressalte-se, entretanto, que esse princípio sofre abrandamento em circunstâncias peculiares ao juízo de segurança ou prevenção.²⁹²

b) Princípio da congruência entre o pedido e a sentença – Esse princípio está consagrado pelos artigos 2º, 128 e 460 do CPC²⁹³. Traduz a correspondência entre o pedido e a decisão. A petição inicial fixa os limites da lide, impondo ao juiz, como regra, que decida dentro daqueles parâmetros.

²⁹⁰ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências úteis ou meramente protelatórias. Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa. Art. 418. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I – a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II – a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

²⁹¹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006. p. 152.

²⁹² [...] a) pela previsão excepcional *ex officio* (art. 797); e b) pelo poder reconhecido, implicitamente, ao juiz de modificar a medida cautelar ou de eleger a medida que julgar adequada diante do caso concreto (arts. 798 e 807). (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 21. ed. São Paulo: Leud, 2004. p. 116).

²⁹³ Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. Art. 128

O princípio da congruência, como todos os princípios, não tem caráter absoluto; em certos casos, o seu rigor é flexibilizado. Por exemplo, no processo cautelar, na hipótese dos artigos 805 e 807, ambos do CPC.

Paulo Afonso Garrido de Paula, ao comentar esses artigos, anota:

“Os artigos 805 e 807 constituem a base da fungibilidade do objeto do processo cautelar genuíno, autorizando sua modificação a qualquer tempo, desde que a medida substituinte afigure-se adequada, ou seja, a menos gravosa para o requerido e ao mesmo tempo apta a garantir a eficácia do provimento jurisdicional buscado no processo principal.”²⁹⁴

Esse princípio visa a preservar o contraditório e a ampla defesa. Porém, quando outros princípios justificarem o abrandamento do mesmo, a atitude será considerada legítima.

c) Princípio da oralidade – Esse princípio se opõe ao da escrita. Como já anotado acima, a adoção de um princípio nunca é absoluta, razão por que não deve significar total exclusão da escrita, neste caso.

Maria Elizabeth de Castro Lopes registra:

[...] o acolhimento da oralidade, em nosso sistema, não significa que não haja necessidade de documentar os atos, o que é feito pela escrita ou por meios eletrônicos mais modernos.

[...]

Quando se fala em oralidade não se pretende excluir a escrita, mas apenas assinalar que o contato direto do juiz com as partes, as testemunhas, os advogados é importante para melhor apuração dos fatos e aplicação do direito.²⁹⁵

Na hipótese da tutela urgente, onde ela pode apresentar-se como de segurança (cautelar) ou pretender satisfação no plano fático (tutela antecipada – 273, I, ou 461, § 3º), o princípio da oralidade tem importante atuação.

Pode-se anotar o disposto no artigo 804 do CPC, quando ocorre referência à audiência de justificação prévia. É conhecida como audiência do autor,

²⁹⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Livro III do processo cautelar. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 2251.

²⁹⁵ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006. p. 55-56.

que permite ao mesmo apresentar provas que justifiquem seu pedido liminar, afastando, assim, um indeferimento, de plano, de sua pretensão.

Esse princípio apresenta, como subprincípios, os da concentração, imediação e identidade física do juiz.

d) Princípio da economia processual – Esse princípio objetiva o máximo de rendimento com o mínimo de trabalho e dispêndio. Um equilíbrio entre o custo-benefício.

Como exemplo de economia processual, pode-se citar a indicação de audiência de instrução, quando necessária à colheita de prova oral ou a realização de perícia, diante de absoluta necessidade. E, ainda, reunião de ações conexas (art. 103 do CPC) e denunciação da lide (art. 280 do CPC).²⁹⁶

O artigo 250 do CPC²⁹⁷ é bastante importante para o princípio da economia processual, pois implica em aproveitamento dos atos processuais. No mesmo sentido é o teor do novo parágrafo 4º do artigo 515, inserido no CPC pela Lei 11.276/06²⁹⁸.

Nas tutelas urgentes, esse princípio também apresenta importante incidência, podendo-se exemplificar com a hipótese do artigo 273, parágrafo 7º, do CPC, isto é, o expreso reconhecimento da fungibilidade entre tutelas urgentes.

e) Princípio da lealdade processual – Esse princípio está consagrado no artigo 14, II, do CPC²⁹⁹. Faz-se necessário em razão dos fins colimados pelo processo. O processo busca a pacificação social com a atuação do direito, ou seja, entregando respostas às pretensões postas em juízo. Tais respostas devem revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins.

Na tutela urgente, como nos demais tipos de tutela jurisdicional, está presente a necessidade de agir com lealdade e boa-fé.

f) Princípio da efetividade – Esse princípio decorre da interpretação do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.

²⁹⁶ LOPES, op. cit., p. 64.

²⁹⁷ Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento de atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

²⁹⁸ Art. 515 [...] § 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual. Intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

²⁹⁹ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: II – proceder com lealdade e boa-fé.

João Batista Lopes ensina

[...] que processo efetivo é o que se desenvolve com respeito às garantias constitucionais e reconhece a quem tem um direito tudo o que lhe assegura a ordem jurídica.³⁰⁰

Esse tema efetividade foi foco da Emenda Constitucional 45, quando da reforma do judiciário, e suscitou debate sobre os rumos que deveria tomar o processo civil brasileiro, apresentando, como ponto relevante, o controle externo do judiciário e a súmula vinculante, como solução de todos os problemas relativos à morosidade da justiça, o que rendeu inúmeras críticas à anunciada reforma.³⁰¹

Adverte João Batista Lopes que “[...] celeridade não se confunde com efetividade [...]”³⁰². Processo efetivo não é sinônimo de processo rápido. As peculiaridades de cada situação podem exigir tempo maior para uma solução adequada.

José Carlos Barbosa Moreira adota critérios, para que um processo possa receber a qualificação de “efetivo”:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.³⁰³

³⁰⁰ LOPES, op. cit., p. 65.

³⁰¹ LOPES, João Batista. Reforma do judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 327-330.

³⁰² Lopes, op. cit., p. 328.

Dessa forma, a efetividade, que não significa apenas processo célere, se alimenta de esperanças nas alterações verificadas no Direito Processual Civil, apesar de existir a consciência de que o problema da morosidade não será resolvido “por decreto”.³⁰⁴

A alteração trazida pela Lei 11.232/05, que, dentre outras, apresentou a nova fase do cumprimento de sentença para títulos judiciais ou a impugnação em substituição a embargos do executado, que desafia recurso de agravo em regra; ou, ainda, a introdução do parágrafo 4º no artigo 515 do CPC (Lei 11.276/06), que permite o saneamento de nulidades processuais etc., alimenta as esperanças da comunidade jurídica de alcançarem um processo mais efetivo.

Em sede de tutelas urgentes, essa efetividade igualmente é desejada. Pode-se afirmar que os acréscimos dos parágrafos 6º e 7º, trazidos pela Lei 10.444/02 ao artigo 273 do CPC, também colaboram, para ascender a esperança do alcance de um processo mais efetivo.

g) Princípio da instrumentalidade – Reconhecer o processo como instrumento significa ter consciência de que o processo não tem um fim em si mesmo, mas objetiva alcançar o pretendido bem da vida.

João Batista Lopes, ao tratar do tema, ensina que “[...] se deve abolir o excesso de formalidades e procurar de forma mais objetiva e transparente alcançar o resultado final, ou seja, a tutela jurisdicional”.³⁰⁵

Na tutela jurisdicional urgente, a instrumentalidade pode ser apontada como o reconhecimento expresso da fungibilidade entre essas, com o acréscimo do parágrafo 7º no artigo 273 do CPC.

Por fim, é importante destacar-se que José Roberto dos Santos Bedaque, ao tratar do princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, revelou o princípio da elasticidade processual.³⁰⁶

Esse princípio implica na relativização do binômio direito e processo, a fim de que sejam alcançados os objetivos do direito processual. Ademais, o autor retro mencionado cita, como exemplo da aplicação desse princípio, a possibilidade

³⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-28.

³⁰⁴ LOPES, op. cit., p. 330.

³⁰⁵ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil: parte geral**. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2005. p. 65.

³⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.

do julgamento antecipado da lide, quando circunstâncias inerentes à relação substancial tornam dispensável a dilação probatória (art. 330, I, do CPC).³⁰⁷

Esse princípio também se harmoniza com o da instrumentalidade das formas e da inexistência de nulidade sem prejuízo, permitindo o “sonhado” processo de resultados.

3.4 CLASSIFICAÇÃO

No presente item, faz-se necessário apresentar uma classificação da tutela jurisdicional urgente, explicitando quando uma tutela jurisdicional pode ser considerada urgente.

A expressão classificação quer significar uma distribuição em classes ou grupos segundo sistema ou método de classificação. Assim, as classificações guardam a função de agrupar o objeto do estudo segundo critérios pré-determinados, no intuito de facilitar a compreensão do mesmo³⁰⁸.

³⁰⁷ BEDAQUE, op. cit., p. 61.

³⁰⁸ “las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a sus fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a un que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como *test* una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida” (MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In: DIDIER JR., Fredie (organ.); **Leituras complementares de processo civil**. 4ª ed. Salvador: PODIVM, 2006, p. 236 apud CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973, pp. 72-73). Tradução livre: “As classificações não são nem verdadeiras nem falsas, são úteis ou inúteis; suas vantagens ou desvantagens estão vinculadas ao interesse que guia a quem as formula, e a sua fecundidade para apresentar um campo de conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível ou mais rica em conseqüências práticas desejáveis. Sempre haverá múltiplas maneiras de agrupar ou classificar um campo de relações ou de fenômenos; o critério para decidir-se por uma delas não está dado por considerações de conveniência científica, didática ou prática. Decidir-se por uma classificação não é como preferir um mapa fiel a um que não o é. Porque a fidelidade ou infidelidade do mapa tem como teste uma certa realidade geográfica, que serve de tribunal inapelável, com seus rios, cabos e cordilheiras reais, que o bom mapa recolhe e o mal mapa esquece”

O grau de utilidade da classificação decorre da maior ou menor funcionalidade do critério eleito, com o intuito de se reduzirem dúvidas e complexidades em relação à correta sistematização dos objetos em estudo³⁰⁹.

José Carlos Barbosa Moreira trata do assunto classificação em diversos artigos e registra que “a classificação das sentenças de acordo com o respectivo conteúdo ou correlatamente seus efeitos é obra da doutrina processual de fins do século XIX e começo do século XX”³¹⁰.

As ações de conhecimento, em razão da busca da certeza (formulação da norma jurídica concreta, que deve regular a situação afirmada pelo autor), considerando o tipo de sentença pretendido, são classificadas em declaratórias, condenatórias e constitutivas.

Nesse tema classificação, importa recordar-se uma das lições de José Carlos Barbosa Moreira³¹¹, de que qualquer classificação é, antes de mais nada, uma operação lógica, onde uma das regras impõe que o critério classificatório seja uniforme. E, em análise sobre a principal classificação das sentenças presentes no pátrio ordenamento, notou o palestrante que a lógica impossibilita que se possa utilizar de dois critérios distintos (conteúdo e efeitos), para se classificar um mesmo objeto.

Essa mesma cautela é lembrada por Piero Calamandrei:

[...] Si può certamente fare una classificazione dei processi, considerati in sé stessi indipendentemente dagli effetti sostanziali prodotti dal provvedimento a cui tendono, quando si prenda a base un criterio strettamente formale, attinente alla figura esterna che possono assumere, per il modo di espressione e per l'ordine secondo il quale sono disposte in serie, le varie attività di cui il processo si compone (processo orale e processo scritto; processo ordinario e processo sommario, ecc.); ma quando si vuol basare la

³⁰⁹ VAREJÃO, José Ricardo do Nascimento. As classificações, a lei 11.232/2005 e o “novo” conceito de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução 3**. São Paulo: RT, 2006, p. 378.

³¹⁰ [...] Na Alemanha o manual de Wach publicado em 1.885 já mencionara três modalidades de tutela sentencial: 1-) uma declaração em sentido estrito, consistente num reconhecimento ou negação de um direito, sentença declaratória ou meramente declaratória; 2-) uma condenação, isto é imposição de realizar uma prestação ou ato, que seria o fundamento do direito à execução e por fim, 3-) o pronunciamento capaz de estabelecer de imediato o resultado pretendido sem necessidade de ato executivo algum, no momento mesmo do trânsito em julgado. Em terceira classe a que Wach não aplica denominação especial, correspondia aos casos em que se cuidava de simples regulamentação jurídica, sem alteração fática. Entre os exemplos apontavam-se: o divórcio; a anulação de uma decisão arbitral; a dissolução de uma cooperativa; é evidente que se cogitava das classes de sentenças mais tarde designadas como constitutivas. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões velhas e novas em matéria de classificações de sentença. **Palestra proferida nas V Jornadas de Direito Processual Civil**. Foz do Iguaçu – Pr. 07/10/2003).

³¹¹ MOREIRA, op. cit. Foz do Iguaçu - Pr. 07/10/2003.

classificazione dei processi sui diversi affetti sostanziali che possono derivare dall'atto giurisdizionale (processo di accertamento, processo di condanna, processo cautelare ecc.), mi par che si cada inconsapevolmente in quel difetto logico, che un tempo i retori annoverano tra le figure del discorso, che consiste nell'attribuire al contenente la qualità del contenuto³¹².

Essas cautelas certamente apontam para a dificuldade e atenção com que se deve tratar do tema classificação e que qualquer equívoco na tomada de conceitos, para realizar os necessários agrupamentos, cedo ou tarde, comprometerá todo o trabalho investido na classificação, transformando-o em inútil ou pouco útil.

A análise dessa questão (o que pode ser considerado tutela jurisdicional urgente no ordenamento vigente) não pode ignorar a introdução no sistema processual das cinco leis publicadas a partir de outubro de 2005 até agosto de 2006 (11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006 e 11.341/2006), em especial, da lei 11.232/2005.

Humberto Theodoro Junior ao tratar da reforma introduzida pela lei 11.280/06, registra:

Em pleno século XX, voltou-se a presenciar o mesmo fenômeno da Idade Média: o inconformismo com a separação da atividade jurisdicional de cognição e de execução em compartimentos estanques, e a luta para eliminar a desnecessária figura da *ação autônoma de execução de sentença* (a velha *actio iudicati* do direito romano).³¹³

É fato que alguns momentos das sucessivas reformas marcam a intenção do legislador brasileiro de abolir a *actio iudicati*.

³¹² CALAMANDREI, Piero. **Studi di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1936. p. 4/5. Tradução livre: [...] Pode-se, certamente, fazer uma classificação dos processos, considerados em si mesmos, independentemente dos efeitos substanciais produzidos pelo provimento aos quais tendem, quando se tem por base um critério estritamente formal, atendo-se à figura externa que podem assumir, pela maneira de se expressarem e pela ordem segundo a qual são dispostas em série as várias atividades de que o processo se compõe (processo oral e processo escrito; processo ordinário e processo sumário, etc.); mas, quando se quer basear a classificação dos processos sobre diferentes efeitos substanciais que podem derivar do ato jurisdicional (processo de accertamento, processo de condenação, processo cautelar etc.), parece-me que se caia, inadvertidamente, naquele defeito lógico, que, em uma época, os reitores incluíam entre as figuras do discurso, que consiste em se atribuir ao recipiente a qualidade do conteúdo.

³¹³ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11.

Para Humberto Theodoro Júnior, é possível destacarem-se os seguintes momentos da reforma: Lei 8.952/94, que alterou o texto do art. 273 do CPC, acrescentando-lhe vários parágrafos (que viriam a sofrer adições da Lei 10.444/02); a alteração do artigo 461 do CPC, determinada pela mesma Lei 8.952/94; a introdução do art. 461-A com a Lei 10.444/02, culminando o processo de abolição da *actio iudicati*, com a adoção das regras contidas na Lei 11.232/05³¹⁴.

Essa alteração legislativa é ponto relevantíssimo, para suscitar reflexão sobre o tema ora tratado, qual seja, classificação.

Após a lei 11.232/05, a *executio per officium iudicis* tomou o lugar da *actio iudicati*, no que se refere a títulos judiciais, não se tratando de mecanismo ou método novo, mas utilizando sistema antiqüíssimo e consagrado³¹⁵.

Humberto Theodoro Júnior:

Na verdade, uma sentença condenatória (segundo seu objeto ou conteúdo), tanto pode ser de efeito imediato como diferido, sem que isto lhe altere a substância. A diferença levaria não a comprometer o caráter condenatório, mas apenas o comportamento posterior a seu aperfeiçoamento. No plano dos efeitos é que a diferença se registraria, aí, porém, o que estaria em jogo não seria mais o *interior* do ato (seu conteúdo) e, sim, o seu *exterior* (efeitos).

Assim, à luz do critério censurado, a sentença que ordena a entrega de coisa até recentemente era sentença condenatória, cuja execução se dava pelo processo da *actio iudicati*. Depois da lei 10.444, de 07.05.2002, que introduziu o art. 461-A no CPC, teria adquirido natureza de *sentença executiva* já que passou a ser exequível sem depender da *actio iudicati*. Houve, porém, alguma alteração em seu conteúdo ou objeto? Nenhuma. Seu cumprimento (ato externo e ulterior) é que mudou de critério operacional.

Enfim, com a reforma arquitetada pela Lei 11.232, de 22.12.2005, todas as sentenças passaram a um regime único de cumprimento e nenhuma delas dependerá mais de *ação executiva* separada para ser posta em execução. Terá sido extinto algum tipo de sentença quanto ao objeto ou conteúdo? Nenhum. As sentenças, como sempre, continuarão a ser, segundo o conteúdo, declaratórias, constitutivas e condenatórias.³¹⁶

³¹⁴ THEODORO JR., op. cit., p. 11/12.

³¹⁵ Ressalte-se que há, na Câmara dos Deputados, um projeto de lei (PL 4.497/2004), que trata da reforma do Processo de Execução de Títulos Extrajudiciais e que, no Senado Federal, foi identificado como PLC 51/2006, sendo que, em 04/10/2006, foi devolvido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a pedido, esclarecendo que depende de votação do Requerimento n. 1016 de 2006, de audiência da Comissão de Assuntos Econômicos. Trata-se de importante projeto de modificação legislativa tendente a tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional da tutela executiva, hamonizando essas disposições com as demais reformas efetivadas no Processo Civil brasileiro. Informação obtida por meio do site: www.senado.gov.br, acessado em 05/11/2006.

³¹⁶ THEODORO JR., op. cit., p. 23.

Parece que a reforma processual trouxe alguns esclarecimentos quanto a certos equívocos cometidos em relação à classificação das sentenças ou trouxe, à tona, o debate de que cada critério pode determinar uma classificação; e a fusão de critérios distintos pode levar a equívocos em sede de classificação.

Além da classificação das sentenças, que acima já se tangenciaram, as reformas processuais mais recentes intensificam a posição do legislador brasileiro, sendo mais adequado permanecer-se admitindo a classificação ternária das sentenças, fazendo-se necessário desenvolver exposição sobre os tipos de processo, para apontar-se a localização da tutela jurisdicional urgente nesse contexto.

Dessa feita, o processo é instrumento útil para o desenvolvimento das diversas ações, que, segundo a doutrina, podem ser classificadas de acordo com a espécie de provimento que o autor solicita ao juiz (conforme o conteúdo). Segundo esse critério funcional, fundado no papel desempenhado pela ação, essas podem ser: ações de conhecimento; ações executivas e ações cautelares. Porém, registre-se que outros critérios podem ser considerados, alcançando tal raciocínio classificação diversa.

A tutela cautelar, denominada por muitos de instrumental ou tutela de segurança, objetiva garantir e assegurar a eficácia de um processo futuro, podendo ser deferida, quando o magistrado desenvolve a convicção de estarem presentes os requisitos denominados *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, no caso apresentado para análise.

José Carlos Barbosa Moreira registrou:

[...] o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas, segundo a concepção clássica, em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente *instrumental* em relação às duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional *mediata*.

A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório. Isso explica o caráter *urgente* de que se revestem as providências cautelares, e, simultaneamente, o fato de que, para legitimar-lhes a adoção, não é possível investigar, previamente, de maneira completa, a real concorrência dos pressupostos que autorizam o órgão judicial a

dispensar ao interessado a tutela satisfativa: ele tem de contentar-se com uma averiguação superficial e provisória, e deve conceder a medida pleiteada desde que os resultados dessa pesquisa lhe permitam formular um *juízo de probabilidade* acerca da existência do direito alegado, a par da convicção de que, na falta do pronto socorro, ele sofreria lesão irremediável ou de difícil reparação.³¹⁷

Portanto, é notório que a tutela cautelar não se confunde com a tutela de conhecimento ou cognitiva ou com a tutela executiva, que apresentam naturezas distintas e diversas da primeira.

Alerta Donaldo Armelin, ao escrever sobre o assunto:

[...] a atividade do Legislador processual, independente das técnicas de sumarização do processo que venha a adotar, estará sempre à procura de um ponto de equilíbrio entre a justiça e a eficácia. Isto porque a medida em que se privilegia uma, inexoravelmente, estar-se-á sacrificando a outra.

Surge, então, a tutela jurisdicional cautelar como uma garantia adicional à eficácia da prestação de tutela jurisdicional satisfativa, e, inclusive, algumas vezes, como meios de assegurar a própria justiça no processo com a manutenção do equilíbrio entre os litigantes, como sucede com a produção antecipada de provas. Serve, destarte, a tutela jurisdicional cautelar para suprir as deficiências do processo veiculador de uma pretensão à tutela jurisdicional satisfativa, principalmente do processo de cognição plena e exaustiva, no qual o fator tempo é maximizado em favor das garantias das partes quanto a uma prova ampla e uma maior possibilidade de uma prestação justa de tal tutela, concebida essa justiça como uma ideal adequação dos fatos à norma que os discipline. Na medida em que o processo vai se sumarizando, a teor das várias técnicas pertinentes, como demonstra Proto Pisani, os reclamos de uma tutela jurisdicional cautelar se esmaecem. Não, porém, ao ponto de desaparecerem.³¹⁸

Desse modo, o estudo torna intuitivo que tutela jurisdicional cautelar está inserta numa classificação maior, que agrupa as tutelas segundo sua natureza (em função da natureza do direito material que visa a proteger).

É sabido que a doutrina processual clássica contempla três espécies de tutelas jurisdicionais, quais sejam: cognitiva, executiva e cautelar.

³¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 301.

³¹⁸ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **R. Proc. Geral do Est. São Paulo**, São Paulo, v. 23, p. 111-137, jun. 1985, p. 116.

A tutela cautelar, ao longo do tempo, necessitou construir uma dogmática, para se alicerçar entre os demais tipos de tutela jurisdicional. Nessa tarefa, tiveram destaque as posições de Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti.

Giuseppe Chiovenda assegurou que as medidas cautelares já são consideradas ação:

[...] O poder jurídico de obter uma dessas medidas é, por si próprio, uma forma de ação (ação assecuratória); e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe (supra, n. 7); e uma vez que o réu não tem nenhuma obrigação de cautela antes do despacho do juiz. Ainda nesse passo, o direito ao despacho do juiz é um direito do Estado, assente nas necessidades gerais da tutela do direito; à parte somente assiste o poder de provocar-lhe o exercício do caso concreto.³¹⁹

O autor (Chiovenda) é criticado, por não ter relacionado, ao conceito de medida cautelar, *que o receio de dano deve provir do perigo da demora na obtenção da tutela jurisdicional comum*³²⁰.

Chiovenda registra que a ação assecuratória é ação provisória, devendo-se exercer sob a responsabilidade do autor, independente de culpa, para garantir a reparação dos danos, pertinente à figura da contracautela³²¹.

Piero Calamandrei marcou a sistematização dos provimentos cautelares com a introdução da idéia da *instrumentalidade*. A tutela cautelar corresponde ao instrumento do instrumento.

C'è dunque nei provvedimenti cautelari, più che lo scopo di attuare il diritto, lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo che servirà a sua volta ad attuare il diritto. La tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela *mediata*: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace

³¹⁹ “O Código de Processo Civil classificou o processo em que se pede uma medida preventiva entre os processos acessórios (epígrafe do livro V) e dispôs que seja autuado em apartado ou em apenso, no caso de ser proposto na pendência da lide principal (art. 686). Pôs, assim, o Código, exatamente, em relevo que se trata de verdadeiro processo, autônomo, e não de uma fase ou de um incidente do processo principal. Desse mesmo conceito está informada a disposição do art. 688, que estabelece regulamento à parte para a responsabilidade das despesas. O processo acautelatório tem, de fato, como organismo processual, uma individualidade própria: uma demanda, uma realção processual, um provimento final, um objeto próprio, que é a ação acautelatória”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 332/333).

³²⁰ THEODORO JR, Humberto. **Processo cautelar**. 21ª ed. São Paulo: EUD, 2004. p. 64/65.

³²¹ CHIOVENDA, op. cit., p. 334.

funzionamento della giustizia. Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossia elevata, per così dire, al quadrato: essi sono infatti, immancabilmente, un mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l'attuazione del diritto; sono cioè, in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, *strumenti dello strumento*.³²²

Essas providências cautelares, que visam a assegurar a eficácia de um processo futuro, nunca constituem um fim em si mesmo, porém se relacionam, umbilicalmente, ao processo principal, no qual esperam o resultado definitivo, assegurando, preventivamente, o resultado deste.

Piero Calamandrei não considera a tutela cautelar como um *tertium genus* no mesmo plano do processo de cognição e execução, pois a diferenciação não ocorre sob o mesmo critério. Para esse autor, o critério que distingue o processo que encampa tutela cautelar é teleológico, e não qualitativo (declarativo ou executivo).

[...] ritengo che la tutela cautelare non si possa inserire tra la cognizione e la esecuzione come *tertium genus* posto con omogeneità di criteri sullo stesso piano, neppure aderisco alla teoria ultimamente esposta da chi, resuscitando quel concetto di diritto soggettivo sostanziale di cautela che nella nostra dottrina processuale pareva da tempo superato (1), arriva a concludere che le misure cautelari non si possano sistematicamente configurare come categoria processuale distinta da propri caratteri attinenti al provvedimento, ma possano tutt'al più costituire un raggruppamento empirico basato sulla natura del diritto sostanziale (diritto sostanziale di cautela) che con queste misure si fa valere, allo stesso modo che, quando si parla di processo "di rivendicazione" o "di servitù" (2), la qualifica è desunta non da caratteristiche formali del processo, ma dalla *materia* sulla quale il processo verte³²³.

³²² CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: CEDAM, 1936. p. 21/22. Tradução livre: Têm, portanto, os provimentos cautelares, mais que o escopo de atuar o direito, o escopo imediato de assegurar a eficácia prática do provimento definitivo que servirá, por sua vez, para atuar o direito. A tutela cautelar é, nos confrontos do direito substancial, uma tutela mediata: mais que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial, por meio dos quais se atua, nos provimentos cautelares, confronta-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: esses são, de fatos, invariavelmente, um meio predisposto para melhor concessão do provimento definitivo, que, por sua vez, é um meio para a atuação do direito; isto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento.

³²³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Classicbook, 2000. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. p. 139/140. Tradução livre: [...] creio que a tutela cautelar

Dessa feita, o autor acima citado entende que as medidas cautelares são um meio predisposto para o melhor êxito para a providência definitiva.

Francesco Carnelutti, diferente de Calamandrei, entendeu o processo cautelar também como um *tertium genus* do processo contencioso, destinado a realizar prevenção, ao lado dos processos de cognição e execução.

O autor retrocitado também foi responsável pelo esclarecimento de que a tutela cautelar não significa antecipação provisória da tutela definitiva. E, com visão otimista, entendeu o processo cautelar como instrumento útil e eficaz, tornando adequada a justa composição da lide.

Em sua obra Sistema de Direito Processual Civil, Carnelutti confessa registrando que toda a sua obra científica repousa sobre *três idéias capitais que contemplam a realidade, a instrumentalidade e a unidade do Direito*³²⁴.

Esse autor trata do processo cautelar sob o título da prevenção. Esclarecendo seu pensamento, registra:

[...] se o processo cautelar se contrapõe, por razão da finalidade, ao jurisdicional e ao executivo, convém advertir desde já que, quanto aos meios, identifica-se, pelo contrário, algumas vezes com um e outras vezes com outro, posto que os atos do processo cautelar são, segundo os casos, os mesmos de que se vale a jurisdição ou os mesmos que servem para a execução. Assim, para obter um provimento de seqüestro conservativo ou judicial, desenvolve-se um processo de conhecimento, e, para levá-lo a termo, segue-se um processo executivo. Isso significa que a figura do processo cautelar apresenta características próprias do ponto de vista da função do processo, mas não quanto à estrutura, pelo que, conforme verá o leitor, quando fizermos o estudo do processo neste segundo aspecto, aquela figura desaparecerá e será reabsorvida na do processo de conhecimento ou na do processo de execução.³²⁵

não se possa inserir entre a cognição e a execução, como *tertium genus* colocado com homogeneidade de critérios sobre o mesmo plano nem também adiro à teoria ultimamente exposta de quem, ressuscitando aquele conceito de direito subjetivo substancial de cautela, que, na nossa doutrina processual, parecia há tempos, superado (1), chego a concluir que as medidas cautelares não se possam, sistematicamente, configurar *como categoria processual distinta* dos próprios caracteres atinentes ao provimento, mas possam, além do mais, constituir um reagrupamento empírico, baseado *sobre a natureza do direito substancial* (direito substancial de cautela), que, com essa medida, se faz valer, do mesmo modo que, quando se fala de processo “de reintegração” ou “de servidão” (2), a qualificação é deduzida não das características formais do processo, mas da *matéria* sobre a qual o processo versa.

³²⁴ CARNELUTTI, op. cit., p. 31.

³²⁵ CARNELUTTI, op. cit., p. 323/324.

O autor compreendeu a utilidade do processo cautelar, avaliando seu aspecto preventivo, concomitante ligação a um processo definitivo, bem como a necessidade de o mesmo compor o sistema processual, reconhecendo que as espécies de processo conhecidas, aceitas e estudadas até aquele momento, não podiam suprir a função atribuída àquele novo tipo de processo denominado processo cautelar.

Esses estudos foram de extrema importância, para se alcançar a conclusão de que o processo cautelar integra a função jurisdicional, afastando a concepção alemã, que reservava para as medidas cautelares a simples posição de apêndice da execução forçada³²⁶.

O pátrio Direito positivo, considerado moderno e avançado, reservou às medidas preventivas um livro especial a que deu o título de “Processo Cautelar – Livro III”, como explicita na exposição de motivos da Lei 5.869, de 11/01/73, apresentada pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid:

[...] A matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação. O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém, a um só tempo, as funções do processo de conhecimento e de execução. O seu elemento específico é a prevenção.³²⁷

Ressalte-se que, apesar de o CPC vigente ter compreendido o processo cautelar como *tertium genus*, no desenvolvimento do presente trabalho, se chega à conclusão de que o processo cautelar não pode figurar na mesma classificação em que figuram o processo de conhecimento e o processo de execução, comungando de todos os argumentos apresentados por Piero Calamandrei.

Portanto, o processo cautelar não pode ser considerado propriamente *tertium genus*, mas, na verdade, é um mecanismo posto à disposição do sistema, para o alcance de uma tutela jurisdicional efetiva. Por isso é *instrumental*, ao lado de tantos outros mecanismos que o sistema, ao longo dos

³²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 21. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004. p. 69.

³²⁷ **Código de processo civil**: mini / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windit e Livia Céspedes. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7/8.

anos, conseguiu adotar com vocação para propiciar um processo de resultados, ao lado das tutelas diferenciadas.

A acomodação das diversas ações, como pertencente à família das cautelares, não vem sendo eleita com unanimidade, uma vez que não há consenso, na doutrina, sobre a forma mais adequada para se classificarem as medidas consideradas cautelares.

Giuseppe Chiovenda tangencia o tema sob o título “Em prosseguimento, a atuação da lei em prol do autor. III. Mediante conservação. Medidas provisórias acautelatórias ou conservadoras”³²⁸. E anuncia, em sua obra que medidas especiais, determinadas pelo perigo ou urgência, se dizem provisórias acautelatórias ou conservadoras. A medida provisória corresponde à necessidade efetiva e atual de se afastar o temor de um dano jurídico, aclarando sobre se esse dano é iminente ou não, somente a verificação definitiva³²⁹.

O autor citado retro estabeleceu condições para a medida provisória, elegendo o *temor de um dano jurídico* como condição genérica e a *possibilidade do direito*, vinculando esta à mínima *summaria cognitio*³³⁰.

O mencionado autor, nessa obra Instituições de Direito Processual Civil, aparentemente não desenvolveu grandes esforços. Para trazer classificação, no intuito de sistematizar as medidas cautelares existentes no sistema, apenas destacou do ordenamento diversas medidas consideradas pelo mesmo como provisórias ou conservativas.

Por outro lado, Piero Calamandrei, tecendo estudo profundo sobre o tema, concluiu que as medidas cautelares devem ser classificadas em quatro espécies (tipos). Assim, cita, como pertencentes ao primeiro grupo, *providências instrutórias antecipadas*, com o objetivo de assegurar a prova (vistorias, justificações, inquirições, depoimentos antecipados, exibição de documentos e coisas etc.)³³¹.

³²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 331.

³²⁹ CHIOVENDA, op. cit., p. 333.

³³⁰ CHIOVENDA, op. cit., p. 334.

³³¹ Il rapporto di strumentalità che lega il provvedimento cautelare al provvedimento principale può assumere diverse forme, che, a mio avviso, possono ridursi a quattro tipi: la schematica rassegna di esse può servire a darci un criterio per la classificazione sistematica di questi provvedimenti. a) Il primo gruppo è costituito da tutti quei provvedimenti istruttori anticipati, coi quali, in vista di un possibile futuro processo di cognizione, si mira a fissare e ad accantonare certe resultanze probatorie, positive o negative, que potranno essere poi utilizzate in quel processo al momento opportuno. Tradução livre:

Como segundo grupo, elegeu as *providências destinadas a assegurar o resultado prático de uma futura execução forçada*, tendo como objetivo evitar a dispersão dos bens sobre os quais deve incidir a execução (arresto, seqüestro, arrolamento de bens etc.)³³².

Como terceiro grupo, *providências que decidem, provisoriamente, uma situação controvertida*, com as quais se procura evitar o advento de um dano irreparável em razão da demora na obtenção da providência definitiva, como ocorre no depósito, no atentado, na posse provisória de filhos, na separação provisória de cônjuges, na interdição ou demolição de prédio etc³³³.

E, por fim, como quarto e último grupo, *providências cuja finalidade consiste na imposição de uma caução* para o asseguramento de eventual dano³³⁴.

A relação de instrumentalidade que liga o provimento cautelar ao provimento principal pode assumir diversas formas, que, a meu ver, podem reduzir-se em quatro tipos: a esquemática resenha pode servir para darmos um critério para a classificação sistemática desses provimentos. a) O primeiro grupo é constituído de todos aqueles provimentos instrutórios antecipados, com os quais, em vista de um possível futuro processo de cognição, se procura fixar e segregar, para serem utilizados certos resultados probatórios, positivo ou negativo, que poderão ser utilizados naquele processo, no momento oportuno. (CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: CEDAM, 1936. p. 31).

³³² CALAMANDREI, op. cit., p. 34. b) Come nel primo gruppo abbiamo compreso i provvedimenti cautelari volti a fissare le prove che agevoleranno la formazione di un futuro provvedimento di cognizione, si possono classificare in un secondo gruppo quei provvedimenti che servono ad agevolare la fruttuosità pratica di una futura esecuzione forzata, impedendo la dispersione dei beni che potranno essere oggetto della medesima. Il carattere strumentale di questi provvedimenti, espressamente rivelato in altre legislazioni in cui si parla per essi di *assicuzione della futura esecuzione forzata*, risulta anche nel nostro diritto in modo tanto più evidente in quanto i vari tipi di misure cautelari compresi in questo gruppo corrispondono con preciso parallelismo ad altrettanti tipi di procedimento esecutivo, di cui il provvedimento cautelare costituisce per così dire il preannuncio e l'avanguardia. Tradução livre: Como no primeiro grupo compreendemos os provimentos cautelares dirigido a fixar as provas que facilita a formação de um futuro provimento de cognição, se podem classificar em um segundo grupo aqueles provimentos que servem para auxiliar a frutuosidade prática de uma futura execução forçada, impedindo a dispersão dos bens que poderão ser objeto da mesma. O caractere instrumental destes provimentos, expressamente relevados em outras legislações em que se fala para esses das assegurações da futura execução forçada, resultam também no nosso direito de modo tanto mais evidente em quanto os vários tipos das medidas cautelares compreendidos neste grupo correspondem com preciso paralelismo a outros tantos tipos de provimento executivo, dos quais o provimento cautelar constitui por assim dizer o prenúncio e a vanguarda.

³³³ CALAMANDREI, op. cit., p. 38. [...] c) Rientro in questo terzo gruppo quei provvedimenti com cui si decide interinalmente, in attesa che attraverso il processo ordinario si perfezioni la decisione definitiva, un rapporto controverso, dalla indecisione del quale, se questa perdurasse fino alla emanazione del provvedimento definitivo, potrebbero derivare a una delle parti irreparabili danni. Tradução livre: Entram neste terceiro grupo aqueles provimentos com os quais se decide interinalmente, a espera que através do processo ordinario se aperfeioe a decisão definitiva, a relação controvertida, da indecisão daquele, se esta perdurasse até a emanação do provimento definitivo, poderiam derivar a uma das partes irreparáveis danos.

³³⁴ CALAMANDREI, op. cit., p. 44. [...] d) Meritano di esser trattati a se come quarto gruppo quei provvedimenti, la cui denominazione rivela tipicamente lo scopo cautelare, che consistono nella imposizione da parte del giudice di una *cauzione*, la prestazione della quale è ordinata all'interessato come condizione per ottenere un ulteriore provvedimento giudiziale. Tradução livre: d) Merecem

Dessa forma, Piero Calamandrei, em quatro grupos, revelou as ações que, segundo seu entendimento, devem ser consideradas pertencentes ao processo cautelar.

Diferente, Francesco Carnelutti classificou as ações pertencentes ao processo cautelar em três grupos:

Pertanto alla bipartizione imposta sul critério della *conservazione* o della *innovazione* mi sembra di dover sostituire la tripartizione concernente il modo, con il quale la fissazione della situazione di fatto tra i litiganti viene garantita: *inibizione* (processo cautelare *inibitorio*), *eliminazione* (processo cautelare *restitutorio*) o *antecipazione* (processo cautelare *antecipatorio*) del mutamento.³³⁵

Ramiro Podetti foi outro processualista que trouxe uma classificação prática e objetiva, considerando não só o caráter finalístico do processo cautelar como também o objeto sobre o qual deve incidir o provimento.

O autor retro mencionado considerou que as ações pertencentes ao processo cautelar podem ser distribuídas, considerando três categorias, quais sejam: *a) medidas, para se assegurarem bens; b) medidas para se assegurarem pessoas; c) medidas, para se assegurarem provas*³³⁶.

Galeno Lacerda apresentou uma classificação para as medidas cautelares, amparando-se em três critérios, advertindo que, em seu entender, não seria possível adotar-se critério homogêneo, anotando-os: *a) segundo a finalidade; b) segundo a posição processual e o caráter da medida; c) segundo a natureza da tutela cautelar*³³⁷.

O autor retrocitado explicita os critérios:

serem tratados como quarto grupo aqueles provimentos, a cuja denominação revela tipicamente o escopo cautelar, que consistem na imposição por parte do juiz de uma caução, a prestação da qual é ordenada ao interessado como condição para obter um ulterior provimento jurisdicional.

³³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápoles: Morano Editore, 1958. p. 357-358. Tradução livre: Portanto, a bipartição impostada sobre o critério da *conservação* ou da *inovação* me parece haver de substituir a tripartição concernente ao modo com o qual a fixação da situação, de fato, entre os litigantes vem garantida: *inibição* (processo cautelar *inibitorio*), *eliminação* (processo cautelar *restitutorio*) ou *antecipação* (processo cautelar *antecipatorio*) da mudança.

³³⁶ PODETTI, 1956 apud THEODORO JR., Humberto. **Processo cautelar**. 21. ed. São Paulo: Leud, 2004. p. 103.

³³⁷ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1.980. p.15.

a) Classificação das cautelas segundo a finalidade:

Segurança quanto à prova (cognição) – ex: produção antecipada de prova, exibição, justificação, etc.

Segurança quanto aos bens (execução) – ex: arresto, seqüestro, caução, etc., e também medidas inominadas.

Segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional – ex: alimentos, guarda de filhos, de incapazes; outras medidas de direito de família, e grande parte das cautelas inominadas.³³⁸

b) Classificação segundo a posição processual e o caráter da medida:

antecedentes – preventivo.

Incidentes – preventivo repressivo - ex: atentado, falsidade de documento, prisão.³³⁹

c) Classificação segundo a natureza da tutela cautelar: **jurisdicional** (ação – lide – sentença – ex.: arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, alimentos, atentado, etc.). **administrativa: voluntária** (pedido – sem lide ou fora da lide – homologação – ex: produção antecipada da prova, justificação, protestos, notificações e interpelações, homologação de penhor legal (em regra), posse em nome de nascituro etc. Decreto de-ofício pelo juiz art. 797 – ex: reserva de bens do inventário (art. 1000, parágrafo único); suspensão do processo ou da execução (arts. 266 e 793) etc. (Os grifos não pertencem ao original).³⁴⁰

Esse mesmo autor, ao realizar essa classificação, enfatiza que as medidas cautelares podem decorrer de ação (em processo jurisdicional, com lide e sentença) ou de pedido (em processo administrativo, sem lide ou fora da lide), com homologação; ou de decreto judicial administrativo de ofício. Nos dois primeiros casos, haverá processo cautelar. No último, trata-se, via de regra, de ato judicial, nos termos do art. 797 do CPC³⁴¹.

Outra classificação é apresentada por Alexandre Freitas Câmara, que opta por exibi-las, como: *quanto à tipicidade, quanto ao momento da postulação e quanto à finalidade*³⁴².

O autor supracitado esclarece que, quanto à tipicidade, as medidas cautelares podem ser apresentadas como *típicas e atípicas*; quanto ao momento da postulação, *medidas antecedentes e medidas incidentes*; e, finalmente, quanto à finalidade, tais medidas podem ser consideradas como *medidas de garantia de*

³³⁸ LACERDA, op. cit., p. 15.

³³⁹ LACERDA, op. cit., p. 17.

³⁴⁰ LACERDA, op. cit., p. 19.

³⁴¹ LACERDA, op. cit., p. 31.

³⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. p. 20.

*cognição, medidas de garantia da execução e medidas que constituem uma caução*³⁴³.

Ademais, o Código de Processo Civil em vigor revelou duas classificações, quais sejam: a) *medidas cautelares típicas ou nominadas* (Capítulo II do Livro III do CPC); b) *medidas cautelares atípicas ou inominadas* (art. 798 do CPC); e: a) *medidas preparatórias* (as que antecedem a propositura da ação principal); b) *medidas incidentes* (as que surgem no curso do processo principal).

Humberto Theodoro Júnior, inspirado na lição de Ramiro Podetti, apresenta, também, uma classificação, para esclarecer quais ações podem ser encampadas pelo processo cautelar, considerando que o CPC, ao tentar sistematizar o processo cautelar, disciplinando-o no Livro III, elencou, no mesmo, tanto medidas tipicamente cautelares quanto outras não cautelares ou apenas submetidas ao regime procedimental cautelar.

Dessa forma, para Humberto Theodoro Júnior, as medidas cautelares podem ser classificadas:

I – *Poder geral de cautela* – medidas inominadas; II – *medidas específicas* – medidas nominadas, subdivididas em: a) *medidas sobre bens*; b) *medidas sobre provas*; c) *medidas sobre pessoas*; e, d) *medidas conservativas e outras não cautelares, e apenas submetidas ao procedimento cautelar*³⁴⁴.

Da análise de alguns autores, é possível notar-se que sistematizar ou classificar não é tarefa simples. E, ainda, que os critérios adotados variam conforme o ponto de vista de cada estudioso. Por fim, é fato que o CPC, ao reservar

³⁴³ CÂMARA, op. cit., p. 21. O autor cita, como exemplo das medidas denominadas *medidas de garantia de cognição*, produção antecipada de provas e sustação de protesto cambiário; como exemplo das *medidas de garantia da execução*, arresto e seqüestro; e como exemplo de *medidas que consistem em uma caução*, a contracautela do art. 804 do CPC.

³⁴⁴ Medidas cautelares: I – Sobre bens; a) Para assegurar execução (arresto - 813; seqüestro - 822; caução - 826); b) Conservativas genéricas (arrolamento de bens - 855; busca e apreensão - 839; atentado - 879; obras de conservação da coisa litigiosa – 888, I; II – Sobre provas (exibição de coisa, documento ou escrituração comercial - 844; produção antecipada de prova - 846); III – Sobre pessoas; a) Guarda de pessoas (posse provisória de filhos – 888, III; afastamento de menor para casar contra a vontade dos pais – 888, IV; depósito de menor castigado imoderadamente – 888, V; guarda e educação de filhos e direito de visita – 888, VII); b) Satisfação de necessidades urgentes (alimentos provisionais - 852; afastamento temporário do cônjuge – 888, VI); IV – medidas submetidas apenas ao regime procedimental cautelar (justificação - art. 801; protestos, notificações e interpelações - art. 867; homologação de penhor legal - art. 874; protestos de títulos – art. 882; interdição e demolição de prédio para resguardar saúde e segurança – art. 888, VIII; entrega de bens pessoais do cônjuge – art. 888, II). (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 21. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004. p. 105/106).

o livro III ao estudo das medidas cautelares, adotou a classificação antes mencionada, permitindo que a doutrina se debatesse quanto às considerações sobre as medidas elencadas como tipicamente cautelares, não cautelares e apenas submetidas ao regime procedimental cautelar, elencadas nesse livro III ou fora dele.

Apesar de não se encontrar unanimidade, no que toca à classificação das medidas cautelares, existe a certeza de que, em se tratando de medida cautelar, esta pertence ao ramo das urgentes, considerando-se que sempre primam pela presença dos requisitos conhecidos pela doutrina como *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

O presente trabalho já anotou inúmeras cautelas que devem ser observadas, para desenvolver a árdua atividade de classificar. Também já demonstrou que os critérios variam tanto quanto os pontos de vista apresentados pelos estudiosos individualmente. Dessa forma, fica implícito que a eleição de uma única classificação como admissível não seria a melhor opção, como acentua o estudo de Kazuo Watanabe³⁴⁵.

No presente capítulo, ainda é necessário tratar-se da classificação da tutela jurisdicional. Porém é fato que essa classificação se encontra intimamente relacionada à classificação da ação e do processo; e como é comum em sede de classificações, pode variar segundo o critério adotado por um dos seus estudiosos.

João Batista Lopes ensina: “como expressão estatal de proteção de direitos, a tutela jurisdicional apresenta-se de formas variadas em função da natureza do direito material que visa proteger e das técnicas processuais adotadas”³⁴⁶.

O autor retrocitado registra que a doutrina clássica contempla três espécies de tutela jurisdicional (cognitiva, executiva e cautelar). Explicita, ainda, que a tutela cognitiva se apresenta de várias formas (declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu*). Menciona, por fim, uma segunda

³⁴⁵ Os conceitos e as categorias doutrinárias existem, no plano lógico, como instrumentos destinados à melhor compreensão dos fenômenos. Bem por isso, não podem ser submetidos a um culto irrefletido, como se tivessem existência *per se*. A significação e o alcance de cada um deles variam segundo o ângulo visual e o plano de observação do processualista. Como tudo na vida, mais rica é a visão do observador, na medida em que analisa um fenômeno por perspectivas diferentes e nada há de errado em tal metodologia, pois o que importa, acima de tudo, além da coerência dentro de cada linha metodológica, é a apreensão mais completa o quanto possível dos dados que permitem a perfeita compreensão do objeto que se está a conhecer. (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 90/91).

classificação, baseada na técnica processual adotada (tutela comum e diferenciada)³⁴⁷.

Luiz Fernando Belinetti também propõe classificação da tutela jurisdicional, considerando-a:

- a) Quanto à sua satisfatividade {tutela satisfativa e não satisfativa};
- b) Quanto à sua natureza {tutela cautelar, cognitiva e executiva};
- c) Quanto à sua efetividade {tutela simples e diferenciada};
- d) Quanto ao seu momento {tutela antecipada e final};
- e) Quanto à sua urgência {tutela urgente e não urgente}.³⁴⁸

O autor ora em comento adota o conceito de satisfatividade no plano jurídico e, a partir desse conceito, explicita que, quanto ao *momento*, item “d”, a

³⁴⁶ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2005. p. 20.

³⁴⁷ [...] A tutela cognitiva tem por escopo solucionar o conflito, dando razão a quem a tiver; a tutela executiva consiste na prática de atos coativos, para concretizar o direito traduzido num título; e a tutela cautelar, a proteção provisória do direito, evitando o dano irreparável ou de difícil reparação, decorrente da demora processual. [...] a) A tutela declaratória procura obter sentença judicial, declarando a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Por exemplo, se alguém, com base em documento que eu desconheço, se jacta de ser meu credor, posso ir a juízo e pedir que seja declarada a inexistência da suposta dívida. b) A tutela condenatória tem por escopo solucionar uma crise de inadimplência ou reparar uma lesão a direito. Exemplo: se o devedor não paga a dívida ou se o responsável por um acidente de trânsito não repara o dano causado, o credor (no primeiro caso) e a vítima (no segundo) poderão ingressar com pedido de tutela condenatória dos réus. c) A tutela constitutiva (ou desconstitutiva) visa a obter, por sentença, a criação, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica. Assim, o condômino que se sentir prejudicado por ato ilegal do síndico poderá pedir ao juiz a desconstituição desse ato; quem for parte em contrato viciado por coação poderá pedir, em juízo, sua anulação. d) A tutela mandamental caracteriza-se por uma ordem (ou mandado) do juiz, determinando que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa, cumprindo um dever legal ou obrigação contratual. Por exemplo: meu vizinho tem o dever legal de respeitar meu sossego; se, desrespeitando esse dever, ele produzir ruídos excessivos, poderei acioná-lo, pedindo ao juiz a expedição de uma ordem, para que se abstenha desse procedimento. [...] e) A tutela executiva *lato sensu* caracteriza-se pela mescla entre atos cognitivos e atos coativos [...] (ex.: ação de despejo, ação reivindicatória, ação possessória, etc.). [...] Tutela comum é a tutela padrão ou ordinária [...] ação por dano moral é exemplo [...] a cognição é exauriente. Tutela jurisdicional diferenciada, [...] significa um conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo as necessidades de cada caso, obedecidos os princípios, regras e valores da ordem jurídica. [...] a) tutela urgente: a que deve ser prestada sem delongas, para que se evite dano irreparável ou de difícil reparação, como no exemplo da sustação de protesto. Incluem-se, nessa espécie, a tutela cautelar e a tutela antecipada; b) tutela de evidência: a que não está lastreada na urgência, mas na evidência das provas apresentadas, desde logo, pelo autor, como na cobrança da dívida provada por documento escrito (v.g., tutela monitoria); c) tutela inibitória: a que objetiva evitar o dano material ou moral (por exemplo, liminar, para proibir a presença de menor em programa de televisão). (LOPES, op. cit., p. 20/25).

³⁴⁸ [...] Esse autor compreende a satisfatividade no plano jurídico. Essa satisfatividade está ligada à idéia de definitividade, e esclarecendo que a expressão “definitivo” é utilizada, nesse artigo, como o “oposto de provisório” ou que não necessita de complemento, que seja bastante em si. (BELINETTI, Luiz Fernando. Tutela Jurisdicional Satisfativa. **Revista de processo**, São Paulo, v. 81, p. 98-103, jan./mar. 1996).

tutela antecipada (liminares) é classificada como *não satisfativa*, podendo apresentar-se como *cautelar* ou *interinal* (*tutela cognitiva e executiva*), que pode subdividir-se em *urgente* e *não urgente*. Ainda quanto ao momento, a tutela pode ser considerada *final*, desdobrando-se em *satisfativa* e *não satisfativa* (*cautelar*)³⁴⁹.

Quanto à *urgência*, as tutelas podem dividir-se em *urgente*, podendo desdobrar-se em *satisfativa* (*final*) e *não satisfativa*, que podem fracionar-se em *cautelar* (*antecipada*) ou (*final*) e *não satisfativa* (*interinal*) – *antecipada* e tutelas *não urgentes*³⁵⁰.

Das classificações da tutela jurisdicional postas por João Batista Lopes e Luiz Fernando Belinetti, é possível notar-se que, ao se classificarem, conseqüentemente se alcançará a classificação da ação e do processo.

Ainda é possível observar-se que João Batista Lopes, ao apresentar a classificação da tutela jurisdicional, reconhece a classificação quinária das sentenças como a mais adequada para o presente momento. Diferente, Luiz Fernando Belinetti, ao propor uma classificação das tutelas jurisdicionais, inclina-se para a classificação ternária das sentenças ou para o posicionamento clássico.

É fato que as últimas reformas, em matéria de processo civil, têm resgatado essa discussão teórica para uma posterior utilização prática das mesmas³⁵¹.

Nesse contexto, registra-se o pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque, que, retomando o estudo sobre as classificações das tutelas, numa visão moderna do processo, reitera a fala de muitos estudiosos, entre eles, a de José Carlos Barbosa Moreira, a cautela, que, ao classificá-las, se utiliza de critério homogêneo, na intenção de valorizar referida classificação. Por outro lado, registra que a classificação ternária considera a natureza da crise do direito material, enquanto a classificação quinária observa a técnica para a solução do inadimplemento³⁵².

³⁴⁹ BELINETTI, op. cit., p. 99.

³⁵⁰ BELINETTI, op. cit., p. 99.

³⁵¹ “As construções teóricas somente têm sentido se apresentarem utilidade prática. No campo do processo esse resultado deve corresponder a algum benefício para a efetividade da tutela jurisdicional. Do contrário é melhor ficarmos com o que temos, sob pena de complicar-se ainda mais aquilo que poucos conseguem compreender.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 567).

³⁵² “Se considerarmos a situação de direito material sobre a qual incidem os efeitos da tutela jurisdicional, podemos identificar três situações diversas: a incerteza sobre a existência ou

A classificação quinária é objeto de críticas por boa parte da doutrina, inclusive por José Carlos Barbosa Moreira, especialmente em razão da utilização de critérios heterogêneos para a definição dessa classificação.

José Roberto dos Santos Bedaque discute esse tema, inclusive enfrentando os argumentos trazidos na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, conforme segue:

Segundo Marinoni a doutrina tradicional insiste em denominar de “condenatória” sentença cujo conteúdo difere substancialmente daquele concebido no conceito originário. A evolução da sociedade fez surgir novos fenômenos e, portanto, novos conceitos, exigindo seja refeita a classificação. Em seu entender, inadmissível a inclusão de outros elementos, frutos de realidade diversa daquele existente quando realizada a classificação tradicional, no conceito de “sentença condenatória” (cf. “As novas sentenças...”, *Revista de Direito Processual Civil* 29/549). As considerações do processualista paranaense são incensuráveis. Ocorre que, segundo se pretende demonstrar, o conceito de “sentença condenatória” leva em conta sempre um aspecto: a natureza da crise de direito material. A partir do momento em que passamos a pensar no modo de efetivar o comando dessa sentença, altera-se a perspectiva – e, portanto, outra classificação deve ser elaborada. A crítica de Marinoni é procedente apenas se considerarmos *sentença condenatória* aquela que, além de formular a regra concreta, torna-se eficaz mediante atos de sub-rogação. Só que este conceito envolve elementos heterogêneos: conteúdo e modo de produzir efeitos. A mandamental e a executiva têm o mesmo conteúdo, variando, todavia, a forma como sua eficácia se realiza praticamente. Ele mesmo admite que a sentença mandamental destinou-se inicialmente à imposição de condutas de não-fazer, de natureza infungível (idem, p. 550). Visava a eliminar, portanto, o inadimplemento obrigacional em situações para as quais a sub-rogação é inadmissível. Ora, estamos no campo da forma mais adequada à efetivação prática do comando condenatório, destinado a afastar o inadimplemento da obrigação. O mesmo ocorre em relação às sentenças destinadas à remoção do ilícito (p. 551). A forma como ela se efetiva (mandado de execução, busca e apreensão) é diversa daquela como é atuada praticamente a condenação ao pagamento de quantia (ato do réu ou de sub-rogação). Tendo em vista a natureza do direito violado, varia a forma como a condenação é atuada praticamente. A discordância em relação à doutrina de Marinoni restringe-se, portanto ao aspecto classificatório. Aceitam-se plenamente – e não poderia ser diferente – a nova realidade substancial e a necessidade de encontrar mecanismos diversos da sub-rogação para efetivação de sentenças não-passíveis de execução forçada. Só que as novas situações substanciais exigem formas diversas de efetivação da tutela condenatória, cujo conceito leva em conta tão-somente a substância do fenômeno (a natureza da crise), não o meio como ela é atuada.³⁵³

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.” (BEDAQUE, op. cit., p. 520).

³⁵³ BEDAQUE, op. cit., p. 531/532.

Com estes argumentos, o autor mencionado conclui que aquela conhecida como classificação ternária, nos dias de hoje, ainda é a mais indicada e que resta superada a posição doutrinária segundo a qual só pode ser considerada condenatória a sentença passível de execução forçada. Explica o doutrinador que a tutela concedida ao autor visa à eliminação da crise do inadimplemento. A efetivação da tutela mediante mecanismos diversos daqueles adotados na execução não altera a natureza da sentença³⁵⁴.

Por fim, José Roberto dos Santos Bedaque conclui que o uso da técnica adequada colabora para o alcance de um processo mais efetivo.

Dessa forma, adota-se o conceito de tutela jurisdicional apresentado por Luiz Fernando Belinetti:

[...] a tutela jurisdicional significa a proteção do Estado, com base no Direito, para esses direitos e atividades lícitas, quando envolvidos em um conflito jurídico de interesses.³⁵⁵

Sendo sabido que o direito deve ser entregue a quem o detém, num prazo razoável, registra-se o apoio àqueles autores que, tendem a adotar ou adotam, como mais adequada, uma classificação ternária das sentenças³⁵⁶.

Superado o polêmico tema classificação, resta menos polêmico o que se deve considerar como tutela jurisdicional urgente.

³⁵⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 532.

³⁵⁵ BELINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 81, p. 98-103, jan./mar. 1996. p. 98.

³⁵⁶ Neste sentido também é a lição de Flávio Luiz Yaeshell: “Na verdade, existe um equívoco na distinção dos tipos de sentença referidos no parágrafo precedente [as sentenças ditas “mandamentais” e as “executivas *lato sensu*”] pelo critério de seu conteúdo e efeitos. Todas elas são sentenças que impõe uma prestação – no caso particular, a entrega de coisa – e liberam a atuação jurisdicional para a prática de atos materiais de invasão da esfera jurídica do devedor, ou seja, para a atuação da sanção, via execução. Vale dizer: todas elas são, quanto ao conteúdo e efeitos, igualmente sentenças condenatórias ou sentenças de prestação. De fato, quanto aos aspectos salientados – e obviamente feita ressalva quanto à questão material discutida -, são rigorosamente idênticos, apenas para exemplificar, os provimentos: que impõem ao demandado a restituição da coisa esbulhada na ação de reintegração de posse; que determinam a devolução do bem locado na ação de despejo; que ordenam a imissão de posse em favor do demandante vencedor na ação reivindicatória; e mesmo que impõem à autoridade coatora a devolução do bem apreendido ilegalmente, no mandado de segurança. Em todas essas hipóteses, o que existe é uma sentença que impõe ao demandado vencido um dever de prestação – consistente em entrega de coisa -, impondo ou declarando atuável a sanção. Então o *fulcro da questão decididamente não está na própria sentença, mas em algo que lhe é exterior, isto é, em seu modo de execução.*” (YARSHELL, Flávio Luiz. Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro. In: TUCCI, Rogério Cruz e. (Coord.). **Processo civil – Evolução, 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 125-139. 1995).

A tutela jurisdicional urgente é aquela que não pode esperar, ou usando-se as palavras do professor João Batista Lopes, aquela que *deve ser prestada sem delongas, para que se evite um dano irreparável ou de difícil reparação*³⁵⁷.

Desse modo, a tutela cautelar, que se mostra caracterizada pelo *fumus boni iuris e periculum in mora*, pertence ao gênero urgente.

A tutela interinal é conceituada por Donaldo Armelin:

A tutela de urgência interinal seria aquela prestada mediante liminares no processo de conhecimento, sujeitas à confirmação ou revogação no mesmo processo. Nesse conceito encartam-se as liminares preexistentes ao advento das modificações nos artigos 273 e 461 do CPC, que propiciaram o deferimento da antecipação de tutela em quaisquer tipos de procedimentos, que se compatibilizassem com essa inovação. Outrossim, as antecipações lastreadas nesses mesmos dispositivos legais.³⁵⁸

Assim sendo, a tutela interinal, igualmente, pertence ao gênero urgente, importando esclarecer-se, que, com relação ao artigo 273 do CPC apenas, a tutela interinal, fundada no inciso I desse artigo, pode ser caracterizada como urgente.

Ademais, a tutela antecipada, que pode ser usada como sinônimo de tutela interinal, é decisão interlocutória que implica a antecipação de efeitos da sentença de mérito no plano fático, fundada nos artigos 273, I, e 461, § 3º, ambos do CPC, ou em lei esparsa.

A tutela urgente satisfativa, como, por exemplo, aquela fundada no artigo 888, VIII, do CPC³⁵⁹, também pertence ao gênero urgente.

Por fim, é possível considerarem-se encampadas pelo critério da urgência a tutela cautelar e a tutela interinal, bem como a tutela urgente satisfativa,

³⁵⁷ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p.22.

³⁵⁸ ARMELIN, Donaldo. Realização e execução das tutelas antecipadas. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Ferreira. (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro, p. 505 – 521, 2003. p. 510.

³⁵⁹ Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência de ação principal ou antes de sua propositura: VIII – a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

encontrada no sistema processual pátrio, apesar de ainda o mesmo sistema carecer de previsão genérica para esta última³⁶⁰.

3.5 COGNIÇÃO E TUTELAS DE URGÊNCIA

A cognição é o meio pelo qual o juiz conhece o processo.

Kazuo Watanabe estuda o conceito de cognição, distinguindo o verbo *cognoscere* do substantivo *cognitio* no direito romano e registra:

Cognitio e *cognoscere* indicam, fundamentalmente, “em harmonia com seu significado ordinário, a percepção e o acerto dos fatos e sua relevância jurídica, como premissa de um provimento que alguém é solicitado a emitir”.³⁶¹

O autor mencionado, tratando do conceito de cognição, apresenta a evolução e involução do mesmo através da história e conclui:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso³⁶².

Como decorrência, a cognição pode ser considerada elemento fundamental no processo e está intrinsecamente ligada à classificação seja dos tipos de processo, seja das ações ou das sentenças³⁶³.

O Estado, ao desenvolver a função jurisdicional, optou por buscar a solução dos conflitos por meios mais civilizados e isso só se torna possível,

³⁶⁰ “[...] Segundo respeitada posição a respeito das tutelas de urgência, podem elas ser classificadas em tutelas de urgência interinal, qualificação mutuada da doutrina italiana, tutela de urgência cautelar e tutela de urgência satisfativa”. (ARMELIN, op. cit., p. 510).

³⁶¹ WATANABE, Kazuo. **A cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 53.

³⁶² WATANABE, op. cit., p. 58/59.

³⁶³ “[...] Sob o critério da cognição, mais coerente seria a classificação, numa primeira e mais ampla sistematização, em ação de cognição plena, ação de cognição sumária e ação de cognição rarefeita ou quase inócua. Inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição; até

conhecendo-se as razões de ambas as partes, o que faz necessária a atividade cognitiva³⁶⁴.

A cognição decorre da natureza da atividade do juiz, que, para conceder a prestação jurisdicional, necessita, na condição de terceiro que se interpõe entre as partes, conhecer, primeiro, das razões (plenamente, sumariamente ou de modo rarefeito), para, num segundo momento, adotar providências que visam à realização prática do direito da parte³⁶⁵.

Como conseqüência, essa atividade (cognição) é marcada por um caráter prevalentemente lógico. Didaticamente, tenta-se reduzir a atividade do juiz a um silogismo, em que a regra jurídica (abstrata) constituirá a premissa maior; os fatos, a premissa menor; e o provimento, a conclusão. A cognição abrange ambas as premissas e culminará com a conclusão do juiz, em razão da citada atividade³⁶⁶.

Não obstante é preciso ressaltar-se que a cognição não é composta apenas de elementos lógicos, uma vez que componentes de caráter não-intelectual, necessariamente, a integram, como fatores psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural, entre outros³⁶⁷.

Eduardo J. Couture ensina:

“Luego de cuanto hemos dicho, no parece difícil admitir que la sentencia no se agota en una operación lógica. La valoración de la prueba reclama, además del esfuerzo lógico, la contribución de las *máximas de experiencia*, apoyadas en el conocimiento que el juez tiene del mundo y de las cosas. La elección de la premisa mayor, o sea la determinación de la norma legal aplicable, tampoco es una pura operación lógica, por cuanto reclama al magistrado algunos juicios históricos de vigencia o de derogación de las leyes, de coordinación de ellas, de determinación de sus efectos. La lógica juega un papel preponderante en toda esa actividad intelectual: pero su función no es exclusiva. Ni el juez es una máquina de razonar ni la sentencia una cadena de silogismos. Es, antes bien, una operación humana de sentido preferentemente crítico, pero en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. Se trata, acaso, de una sustitución de la antigua logicidad de carácter puramente deductivo, argumentativo, conclusional, por una logicidad de carácter positivo, determinativo, definitorio”. [...] “Los múltiples problemas que la vida pone diariamente frente a cada uno de nosotros, se dan cita también en el instante en que el

mesmo na ação de execução por título judicial, o juiz “é seguidamente chamado a preferir juízos de valor”, como anota Cândido Dinamarco. (WATANABE, op. cit., p. 37).

³⁶⁴ WATANABE, op. cit., p. 44.

³⁶⁵ WATANABE, op. cit., p. 47.

³⁶⁶ WATANABE, op. cit., p. 59.

³⁶⁷ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Desalma, 1.997. p.288-289.

magistrado sin despojarse de su condición de hombre, examina los hechos, determina el derecho aplicable y extrae la conclusión”. “No conviene exagerar este último aspecto de la sentencia; pero tampoco conviene desentenderse del hecho de observación experimental, y más de una vez confesado por los jueces, de que en último término ellos aspiran en sus fallos a hacer una obra de justicia más que una obra de legalidad formal. Cuando una solución es justa, decía un magistrado, raramente faltan los argumentos jurídicos que la puedan motivar. El buen juez siempre encuentra el buen derecho para hacer justicia.³⁶⁸

É sabido de todos que a justiça necessita acompanhar a realidade social, razão por que a atividade cognitiva precisa ser adequada. Tal adequação poderá ser alcançada com aguçada sensibilidade humana e social por parte dos juízes, ou seja, com preocupação por parte do Estado, com o problema da seleção, formação e aperfeiçoamento dos juízes³⁶⁹.

Constituem objeto da cognição do juiz todas as questões ligadas ao processo em si mesmo. Dessa forma, o conhecido trinômio de questões (pressupostos processuais, condições da ação e mérito) é encampado por essa atividade.

Para dirigir um raciocínio adequado, quanto às condições da ação, adota-se, no que tange à teoria da ação, a corrente daqueles que se intitulam abstratistas, ou seja, daqueles que reconhecem que houve verdadeira ação,

³⁶⁸ Tradução livre: A respeito de tudo quanto temos dito, não nos parece difícil admitir que a sentença não se esgota em uma operação lógica. A valorização da prova reclama, ademais, do esforço lógico, a contribuição das *máximas de experiência*, apoiadas no conhecimento que o juiz tem do mundo e das coisas. A eleição da premissa maior, ou seja, da determinação da norma legal aplicável, tampouco é uma pura operação lógica, porquanto reclama ao magistrado alguns juízos históricos da vigência ou da derrogação das leis, de coordenação delas, de determinação de seus efeitos. A lógica joga um papel preponderante em toda essa atividade intelectual: porém sua função não é exclusiva. Nem o juiz é uma máquina de arazoar nem a sentença uma cadeia de silogismos. É, bem antes, uma operação humana de sentido preferentemente crítico, mas na qual a função mais importante incumbe ao juiz como homem e como sujeito de vontade. Trata-se, acaso, de uma substituição da antiga logicidade de caráter puramente dedutivo, argumentativo, conclusivo, por uma logicidade de caráter positivo, determinativo, definitivo”. [...] Os múltiplos problemas que a vida põe, diariamente, à frente de cada um de nós, a partir da citação, ocorrem também, no instante em que o magistrado, sem despojar-se da sua condição de homem, examina os fatos, determina o direito aplicável e extrai a conclusão. Não convém exagerar este último aspecto da sentença: mas tampouco convém desinteressar-se do fato de observação experimental e, mais de uma vez, confessado pelos juízes de que, em último término, eles desejam, em suas falhas, a ter uma obra de justiça mais que uma obra de legalidade formal. Quando uma solução é justa, dizia um magistrado, raramente faltam argumentos jurídicos que a possam motivar. O bom juiz sempre encontra o bom direito, para fazer justiça. (COUTURE, op. cit. p. 288-289).

³⁶⁹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 63/64.

consequentemente processo, estando presentes, ou não, os denominados condições da ação e pressupostos processuais.

Da mesma forma, adota-se, como critério mais adequado para a análise das condições da ação, o exame *in statu assertionis* das mesmas, isto é, devem ser aferidas segundo a afirmativa feita pelo autor na petição inicial.

A cognição pode ser desenvolvida em diferentes graus, conforme o tipo de processo. Por conseguinte, num processo de conhecimento, passa-se a afirmação do direito ao acertamento do direito, num processo de execução com a realidade. Uma vez acertada, busca-se apenas a sua satisfação. Num processo cautelar, almeja-se garantir e assegurar um processo futuro.

Kazuo Watanabe identificou a cognição como técnica processual e explicitou que a mesma pode ser considerada nos planos horizontal e vertical³⁷⁰.

A partir do raciocínio antes mencionado, o autor estabeleceu uma classificação, anunciando as várias modalidades de cognição, que, combinadas, atuam nos processos, inclusive naqueles que apresentam procedimentos diferenciados.

A cognição pode ser considerada como: *a) plena e exauriente; b) parcial e exauriente; c) plena e exauriente secundum eventum probationis; d) eventual, plena ou limitada e exauriente; e) cognição sumária ou superficial e, cognição rarefeita*³⁷¹.

³⁷⁰ [...] A classificação do corte em *horizontal* e *vertical* está sendo feita, na passagem transcrita, em função apenas da *área de cognição*, enquanto o critério que procuramos levar em conta é a distinção da cognição segundo *dois planos distintos*, o da extensão (*horizontal*) e o da profundidade (*vertical*). De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é *sumária* quanto à profundidade. Seria, então, cognição *ampla* em extensão, mas *sumária* em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada “de uma área toda de questões”, seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente* quanto a profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição *limitada* em extensão e *exauriente* em profundidade. (WATANABE, op. cit., p. 112/113).

³⁷¹ [...] a) O procedimento de cognição plena e exauriente é o procedimento comum do processo de conhecimento, ordinário ou sumaríssimo, apto a formação da coisa julgada material, e não processo de cognição superficial. b) A cognição parcial e exauriente se dá naqueles casos onde a própria lei limita a cognição. Tal limitação se dá no que toca a amplitude do objeto litigioso, mas ocorre ilimitação quanto à profundidade da cognição. Exemplos: art. 36, parágrafo único, Lei 6.515/77; artigos 741 e 745 do CPC. c) A cognição plena e exauriente *secundum eventum probationes*, nas situações onde surgem questões prejudiciais. Exemplos: art. 1.000, parágrafo único, na parte referente ao inciso III, do CPC; artigo 15 da Lei 1.533/51 e Súmula 304 do STF (referente ao mandado de segurança), na hipótese de o objeto litigioso ser decidido sem caráter de definitividade, não alcança a autoridade da coisa julgada material. d) Cognição eventual, plena ou ilimitada e exauriente. Exemplos: é a hipótese da ação de prestação de contas, ajuizada por quem se julga com o direito de exigi-las. Conforme art. 914 do CP, a lei confere duas alternativas (apresentar as contas ou contestar ação), na hipótese do réu citado ter prestado contas, fez por reconhecer no autor o direito de pedi-las, assim, a primeira

No presente trabalho, é de muito interesse a cognição sumária ou cognição incompleta; ou, ainda, limitada no plano vertical.

O procedimento assume especial importância, ao se enfocarem os diferentes tipos de cognição. Com efeito, conforme o procedimento, será o mesmo adequado a uma técnica cognitiva. A combinação das técnicas cognitivas acima citadas e os tipos de procedimentos possibilitam a criação de tipos diferenciados de processo que possam atender a necessidade que o direito material impõe, igualmente atentando para as opções técnicas e políticas do legislador, tudo observando o devido processo legal³⁷².

A cognição sumária, para Piero Calamandrei:

[...] Por quello che si riferisce alla indagine sul diritto, la cognizione cautelare si limita in ogni caso a un *giudizio di probabilità e di verosimiglianza*. Accertare la esistenza del diritto è funzione del provvedimento principale: in sede cautelare basta che la esistenza del diritto appaia verosimile, ossia, per dir meglio, basta che, secondo un calcolo di probabilità, si possa prevedere che il provvedimento principale accerterà il diritto in senso favorevole a colui che richiede la misura cautelare.³⁷³

Portanto, interessante ter-se consciência do que se deve compreender por juízo de probabilidade e de verossimilhança.

Piero Calamandrei, ao desenvolver estudos sobre esse tema, anotou que *possível* é o que pode ser verdadeiro; *verossímil* é o que tem aparência de ser verdadeiro; e *provável* é o que se pode provar como verdadeiro. Acrescenta que, nesta ordem (*possível, verossímil e provável*), constituem uma gradual aproximação

fase do processo jurisdicional exauriu-se, pelo reconhecimento implícito do pedido. O processo monitório é outro exemplo, que faz necessária a cognição somente quando o demandado adotar a iniciativa do contraditório (art. 1102c, do CPC). e) Cognição sumária ou superficial é uma cognição menos aprofundada no sentido vertical, ou cognição superficial. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina. A técnica da cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral de que são espécies os processos cautelares, as antecipações de tutela (art. 273 do CPC). f) A cognição rarefeita é considerada aquela que ocorre em processo executivo. (WATANABE, op. cit., p. 115/121).

³⁷² WATANABE, op. cit., p. 124.

³⁷³ [...] Tradução livre: Por aquele que se refere à indagação sobre direito, a cognição cautelar se limita, em cada caso, a um *juízo de probabilidade e de verossimilhança*. Acertar a existência do direito é função do provimento principal: em sede cautelar, basta que a existência do direito apareça verossímil, ou seja, para dizer melhor, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o provimento principal acertará o direito, em sendo favorável àquele que requereu a medida cautelar. (CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: CEDAM, 1.936. p. 63/64).

do reconhecimento do que é verdadeiro. Assim sendo, o provável é muito mais avançado que o verossímil e mais ainda que o possível³⁷⁴.

Ocorre que, no Direito Brasileiro, a expressão verossimilhança ou verossímil aparece em alguns dispositivos, como, por exemplo, nos artigos 273 do CPC e art. 6º, inciso VIII, do CDC³⁷⁵, onde são utilizados no sentido de probabilidade elevada de ser verdadeiro³⁷⁶.

Por conseguinte, no Direito Pátrio, a expressão é utilizada no sentido de extrema ou intensa probabilidade de ser verdadeiro.

Dessa feita, a cognição sumária que se firma sobre um juízo aparente ou de probabilidade, pode apresentar-se sumária em sentido formal, quando o *iter* procedimental se demonstra acelerado, com reduzidos prazos e fases concentradas, como ocorre no procedimento sumário – art. 275 do CPC; ou da lei 9099/95; ou da lei 10259/01. Todavia, nessas hipóteses, a cognição se apresenta plena e exauriente, autorizando a constituição da coisa julgada material.

A cognição sumária formal se distancia da sumariedade material que implica em restrição do conteúdo material, o que se observa em processos cautelares, tutelas antecipadas, entre outros, onde a cognição vertical é limitada, e não autoriza a formação da coisa julgada material.

A cognição adequada à natureza da controvérsia, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade, entre outros, conforma o conhecido “devido processo legal”, contribuindo para um processo mais justo e efetivo.

Para a escolha e aplicação das diversas técnicas de cognição, o procedimento assume importância ímpar. Assim, a combinação de cognição, nos planos horizontal e vertical, observando certo procedimento, admite a criação de

³⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. Verdad y verosimilitud em el proceso civil. **Estúdios sobre el proceso civil**, trad. Santiago Sentis Melendo, EJEJA, 1962. p. 325-326 apud WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 127.

³⁷⁵ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: [...]. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

³⁷⁶ WATANABE, op. cit., p. 128.

tipos diferenciados de processo que tendem a atender as pretensões do direito material, sempre tendo, como norte, o devido processo legal³⁷⁷.

A questão da urgência na obtenção da prestação jurisdicional é problema cuja solução, há muito, se busca no ordenamento pátrio. A necessidade de sistematização de uma tutela urgente pode ser notada na designação de “cautelar” para uma tutela que visa a realizar o direito material, encontrando, muitas vezes, satisfação no plano fático.

Como já explicitado acima, a sumariedade formal ou material ou, ainda, aquela que não sacrifica a atividade cognitiva do juiz e aquela que autoriza cortes na atividade cognitiva, combinadas aos diversos procedimentos, deflagram novas técnicas, que buscam construir um processo mais justo e efetivo.

A sumarização apenas do procedimento pode ser considerada sinônimo de cognição sumária formal, o que implica em cognição plena e exauriente nessa ordem, apesar de prazos reduzidos e atos concentrados. Permanece garantido o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, sendo essa tutela jurisdicional marcada pelo alcance da coisa julgada material.

Por outro lado, a sumarização da cognição pode ser considerada sinônimo da sumariedade material. Nessa hipótese, em razão das garantias constitucionais existentes, tende-se a conservar aberta, em medida variável, ao interessado a possibilidade de demandar o reexame da matéria; e ao órgão judicial a autorização de proceder a esse reexame³⁷⁸.

A sumariedade da cognição, em sentido material, pode ocorrer, como já registrou Kazuo Watanabe, como *cognição eventual, plena ou limitada e exauriente*. Assim, o contraditório, ao invés de ser necessário, ocorrerá de modo eventual, somente se instaurando, se a iniciativa for tomada por aquele em face de quem se pede a prestação jurisdicional (exemplo: ação monitória)³⁷⁹.

Outra espécie de sumarização da cognição, em sentido material, ocorre naquelas hipóteses em que se adianta, provisoriamente, o resultado do pleito, tendo, por base, elementos que apontam juízo de probabilidade e verossimilhança,

³⁷⁷ WATANABE, op. cit., p. 124.

³⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Temas de direito processual**, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 91.

³⁷⁹ MOREIRA, op. cit., p. 92.

favorável ao requerente (exemplo: cautelares e antecipatórias)³⁸⁰. Na classificação posta por Kazuo Watanabe, esse tipo de cognição é denominado *sumário ou superficial*.

É também forma de sumarização da cognição a limitação da matéria suscetível de exame pelo juiz, como, por exemplo, na hipótese do Dec.-lei n. 3.365, de 21-6-1941, art. 20, onde, na ação de desapropriação, a contestação só poderá versar sobre vício judicial ou impugnação do preço; ou, ainda, quando ocorre exclusão da admissibilidade de certos meios de prova (exemplo: mandado de segurança)³⁸¹. Para Kazuo Watanabe, essa técnica é denominada *cognição parcial e exauriente*.

Ressalta o mesmo autor que, nessa modalidade de cognição quanto aos pontos e questões que podem ser conhecidos e resolvidos, a cognição é exauriente, o que autoriza a produção da coisa julgada material³⁸².

Do estudo dos diversos tipos de cognição, combinados aos diversos tipos de procedimento, é possível afirmar-se que o pátrio ordenamento jurídico comporta, dando enfoque apenas à cognição sumária: a) medidas tipicamente cautelares, como a produção antecipada de provas – art. 846 e seguintes do CPC, que são marcadas pela instrumentalidade; b) medidas inclusas no elenco das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados definitivos (tutela urgente satisfativa final – art. 888, VIII, do CPC), não podendo ser consideradas cautelares; c) medidas antecipatórias fundadas no artigo 273 ou regra especial incerta em lei extravagante, desprovidas de índole cautelar (artigo 15 do Dec.-lei 3.365/41 – desapropriação); e d) medidas inclusas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados suscetíveis de cessação (concessão de alimentos a título provisório – natureza interinal)³⁸³.

As tutelas urgentes, portanto, desenvolvem cognição sumária conforme cada caso concreto, admitindo a combinação das diversas técnicas apresentadas por Kazuo Watanabe.

³⁸⁰ MOREIRA, op. cit., p. 92.

³⁸¹ MOREIRA, op. cit., p. 100.

³⁸² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 117.

³⁸³ MOREIRA, op. cit., p.102/103.

3.6 CARACTERÍSTICAS

Pelo estudo desenvolvido até este ponto, pode-se afirmar que as tutelas urgentes se caracterizam pela: a) preventividade; b) provisoriedade; c) fungibilidade; d) sumariedade; e) revogabilidade.

a) Preventividade - A tutela urgente visa a prevenir uma situação de risco, apresentada em juízo, aspecto em que essa tutela previne o requerente dos efeitos do tempo diante do caso concreto apresentado³⁸⁴.

b) Provisoriaidade - Trata-se de um processo cuja tutela jurisdicional existirá, até que a tutela definitiva ou final seja prestada, pois as tutelas urgentes não apresentam condição estrutural, em função de seu campo cognitivo restrito de produzir qualquer efeito definitivo no processo, razão por que apresentam uma duração temporal limitada.

c) Fungibilidade - As tutelas urgentes (tutelas cautelares e antecipatórias), marcadas pelo escopo da eliminação do risco de inefetividade, quando da decisão definitiva proferida no processo, alcançam a fungibilidade por força do artigo 273, § 7º, do CPC, acrescentado pela Lei 10.444/2002.

d) Sumariedade - As tutelas urgentes se apresentam num plano sumário, porquanto tal sumariedade pode ser considerada tanto no sentido material quanto no formal, como ensina Kazuo Watanabe no título anterior já explicitado. e) Revogabilidade - As tutelas urgentes, como referido no título anterior, são assinaladas pela provisoriedade e sumariedade procedimental (formal) e de cognição (material). Tal fato traz, como conseqüência, a possibilidade da revogação da medida concedida em qualquer tempo ou a possibilidade de revisão da mesma.

³⁸⁴ “[...] Il fatto, in ultima analisi, è *tempo*, ossia un *passare*; qualcosa che compare e scompare; in una parola il fatto non sta fermo; perciò è una materia ribelle all’opera, che il giudice deve compiere su di essa e insieme un strumento, il quale, mentre lo adopera, rischia di sfuggirgli dalle mani. Il giudice, deve compiere su di essa e insieme uno strumento, il quale, mentre lo adopera, rischia di sfuggirgli dalli mani. Il giudice, come Faust, dovrebbe arrestare l’istante”. E acrescenta: “Il valore che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a, un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa. Del resto, anche sotto questo aspetto, il processo è vita”. Tradução livre: “[...] O fato, em última análise, é *tempo*, ou seja, um *passar* alguma coisa que apareça e desapareça; em uma palavra, o fato não está firme; por isso, é uma matéria fora da obra, que o juiz deve acabar sobre essa e junto a um instrumento o qual, enquanto o aplica, impossibilita-o de fugir-lhe das mãos. O juiz, como Faust, deveria arrestar o instante”. E acrescenta: “O valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria arriscado comparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem trégua. De resto, também sob

Com efeito, essas tutelas via de regra, se apresentarão como provisórias e por conseguinte, carentes de decisão que as complemente (fundamento da satisfatividade jurídica).

Destarte, estas cinco características podem ser destacadas, para delinear o que a doutrina tem denominado tutela urgente.

Dentre as cinco características ora destacadas, é fato que a questão da aplicação da fungibilidade nas tutelas urgentes é assunto ainda polêmico.

O vocábulo fungível pode ser compreendido como:

Derivado do latim *fungibilis*, de *fungir* (cumprir, satisfazer), entende-se, no conceito jurídico, tudo que possa ser substituído. Embora *fungível* se mostre na acepção de *consumível*, porque fungível tem o sentido de referir-se ao que satisfaz, ou cumpre sua função, na técnica jurídica eles se distinguem, notadamente quando se referem as *coisas*. A coisa *fungível* é a substituível. A coisa *consumível* é a que se anula ou desaparece desde que cumpra sua finalidade ou dela se tenha tirado a sua utilidade. Mas o direito emprega fungível para significar a *substitutibilidade* de uma coisa por outra, sem alteração de seu valor, desde que se possa contar, medir ou pesar. Assim, o que é *fungível* apresenta-se em condições econômicas de admitir a substituição, enquanto o *infungível* se exhibe com qualidade oposta.³⁸⁵

Assim sendo, após compreender-se que, no presente estudo, a fungibilidade deve ser entendida como substituição, nos termos acima explicitados, importa, ainda, ter-se esclarecido se, após a introdução no sistema processual pátrio do artigo 273, § 7º, do CPC, será mais adequado admitir-se uma fungibilidade restrita ou plena.

Cândido Rangel Dinamarco expressa seu posicionamento, argumentando:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em

este aspecto, o processo é vida". (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, Nápoles, Parte Quinta, p. 353/378, 1958. p. 353/354).

³⁸⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. 1º V. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 336.

direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.*³⁸⁶

Portanto, o autor acima citado defende a aplicação da fungibilidade de modo pleno. Ademais, acrescenta que essa não decorre, simplesmente, do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, mas, na realidade, do princípio da substanciação, adotado no pátrio sistema processual, uma vez que o juiz está vinculado apenas aos fatos narrados e ao pedido feito na petição inicial. Dessa forma, deve, nesse contexto, ser compreendida a regra *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato e dar-te-ei o direito)³⁸⁷.

Outra observação pertinente de Cândido Rangel Dinamarco é o registro de que, no parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, se tem *fungibilidade de pedidos*, e não fungibilidade de procedimentos, como está justificado no projeto³⁸⁸.

Ao tratar do tema “fungibilidade”, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina anotam reconhecer fungibilidade entre medidas cautelares típicas e atípicas, bem como entre antecipação de tutela e cautelar, ao expressarem:

Parece-nos todavia mais convincente o argumento de que, se a *todo direito corresponde uma ação, a todo direito corresponde, também, e necessariamente, uma cautela*. Ou seja, assegurar o direito de ação é o mesmo que assegurar o direito à eficácia da providência jurisdicional pleiteada, quando se demonstra que há o risco de esta ficar comprometida.

Não preenchidos os requisitos do tipo legal, mas demonstrados *fumus e periculum* – plausibilidade e risco de ineficácia da medida – deve o magistrado conceder a medida como *inominada*.

Parece que esta tendência genérica que diz respeito à fungibilidade de medidas que têm urgência como pressuposto, sob risco de ineficácia da prestação jurisdicional, fica confirmada pelo art. 273, § 7º, que permite expressamente a fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória de tutela.³⁸⁹

³⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92.

³⁸⁷ “Essa observação realça o *duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes*, acima demonstrado, porque, mesmo sem o novo parágrafo do art. 273, o juiz já estaria autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor – e isso se aplica indiferentemente a todas as espécies de processos e aos pedidos que neles se deduzem (processo de conhecimento ou cautelar, pedido de cautela ou de antecipação *etc.*). Esse parágrafo tem porém a virtude de ser explícito e específico, abrindo caminho à exorcização do fantasma da radical distinção entre medidas cautelares e antecipatórias.” (DINAMARCO, op. cit., p. 94).

³⁸⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 92.

³⁸⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 181/182.

Como complemento, em outra obra que Luiz Rodrigues Wambier registra que admite a aplicação da fungibilidade plena³⁹⁰.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também tratam do tema ora em debate. Para esses autores, o parágrafo 7º do artigo 273 do CPC frisa a diferença existente entre as tutelas urgentes, concluindo que somente coisas distintas podem ser confundidas, importando o registro:

Contudo, o fato de ser possível pedir tutela cautelar no processo de conhecimento não tem relação direta com a possibilidade da concessão de tutela antecipatória ainda que tenha sido solicitada cautelar, ou com a idéia de fungibilidade (presente no art. 273, § 7º). A concessão de tutela antecipatória no caso em que houver sido pedida cautelar somente é possível em *hipóteses excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente.*³⁹¹

Diferentes dos autores anteriores, esses últimos reconhecem a fungibilidade limitada, somente excepcionalmente aceitando a hipótese do sentido oposto (requerimento de providência cautelar com natureza de tutela antecipada), diante da presença de dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela.

Semelhante posicionamento apresenta Teori Albino Zavascki, conforme se confere:

[...] Com efeito, a “fungibilidade” estabelecida nesse parágrafo tem mão única: diz respeito à medida cautelar, que pode ser deferida em caráter incidental. Não autoriza, todavia, o contrário, ou seja, que a medida antecipatória possa ser requerida, como a cautelar, por ação autônoma. Se assim fosse entendido, estar-se-ia atentando contra a lógica do sistema atual, um dos principais avanços trazidos pelo movimento reformador do sistema, que é a de concentrar em uma única relação processual, tanto quanto possível, toda a atividade jurisdicional.³⁹²

³⁹⁰ “[...] Por outro lado, e embora a regra não o diga expressamente, as razões antes expostas evidenciam que a fungibilidade também haverá de ser reconhecida no sentido oposto – ou seja, poderá haver deferimento de tutela antecipada requerida sob a forma de “medida cautelar” (WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. 3º V. São Paulo: RT, 2006. p. 38).

³⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 232.

³⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45/46.

Assim sendo, o autor frisa que as tutelas urgentes permanecem distintas e inconfundíveis, tendo aplicação excepcional o artigo 273, § 7º, do CPC.

Apresentados ambos os argumentos, mantendo-se a linha de coerência a que se propôs no início da presente pesquisa, comunga-se do pensamento dos primeiros autores mencionados neste título, pois aplicação de fungibilidade plena, sem prejuízo do devido processo legal, parece trazer, mais próximo, o sonho de Chiovenda (a idéia de entregar a quem tem direito exatamente o seu direito, nem mais, nem menos).

4 AS LIMINARES E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

A significação do que seja tutela urgente, já exposta em capítulos anteriores, continua sendo útil para o presente capítulo.

Essa tutela urgente, proteção jurisdicional que deve ser apreciada e dirimida sem delongas, encontra semelhanças e dissemelhanças entre as denominadas liminares.

Já se esclareceu que as tutelas urgentes (tutela cautelar e tutela antecipatória) não se confundem com as tutelas diferenciadas, posto que, embora também sejam consideradas diferenciadas, pertencem, ainda, a esse gênero mais especializado.

As tutelas diferenciadas são aquelas distintas da tutela padrão, apresentam redução de procedimentos, concentração de atos, ritos sumários, entre outros, como ocorre na ação monitória ou no julgamento antecipado da lide. Almejando um processo efetivo, driblam o “dano marginal”, agravado pela duração do processo.

Por outro lado, o vocábulo *liminar*, como ensina De Plácido e Silva³⁹³, deve ser compreendido como aquilo que vem à frente, aquilo que está na entrada.

No dicionário latino-português, a expressão *limen* é traduzida como soleira da porta, verga da porta, porta de entrada³⁹⁴.

Dessa forma, o que marca a liminar como categoria jurídico-processual é tão somente o seu aspecto temporal, como se passa a explicitar.

Como já dito nos capítulos anteriores, ao lado da tutela de conhecimento e da tutela executiva, o CPC reconheceu a tutela cautelar como um *tertium genus*.

³⁹³ “Derivado do latim *liminaris* de *limen* (porta, entrada), para indicar tudo o que se faz *inicialmente*, em começo. Liminar, pois, quer exprimir *desde logo, sem mais tardança, sem qualquer outra coisa*. Corresponde ao sentido da locução latina *in limine*: logo à entrada, no começo. Assim, bem difere de *preliminar*, que se entende aquilo que se apresenta com outra coisa, para ser solvido ou resolvido antes, ou em primeiro lugar. Liminar é o que *vem no início*; preliminar é o que *deve ser resolvido antes*.” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 91).

³⁹⁴ SARAIVA, F. R. dos Santos, QUICHERAT, L. **Novíssimo dicionário latino-português**. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924.p. 680.

Esse terceiro gênero foi relegado a resolver questões urgentes, cujo tempo do processo, por si só, poderia trazer prejuízo irremediável a uma das partes. Desse modo, diante da presença dos requisitos *periculum in mora e fumus boni iuris*, esse processo cautelar, sem tocar no mérito da demanda principal, trazendo equilíbrio entre as partes e providências de cunho conservativo, permaneceria produzindo efeitos enquanto útil e necessário ao processo principal.

As medidas cautelares se apresentam como preparatórias ou incidentais em processo autônomo e independente, porém umbilicalmente ligada a um processo principal.

O processo cautelar objetiva assegurar e garantir um processo futuro. Portanto, em vez de tratar da composição da lide, exerce função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito. Essa postura revela a face instrumental do mesmo, como registrou Piero Calamandrei.

Entretanto existem situações em que a urgência é urgentíssima e essa segurança pode ser deferida *liminarmente* ou nos termos do artigo 804 do CPC. Nessa hipótese, passa-se a ter processo cautelar e pedido liminar.

O processo cautelar, como medida provisória e de cognição sumária, marcado pelo interesse público (conservação do processo futuro), não poderia pretender medidas que implicassem em satisfação, porquanto essas dependem da exaustão do contraditório, o que no mesmo não se verifica.

Nesse contexto, os tribunais permaneceram com a problemática de não ser possível evitar-se o *periculum in mora*, senão antecipando-se o exercício, no todo ou em parte, do próprio direito subjetivo material³⁹⁵.

Diante dessa dificuldade, ficou registrada, em inúmeros casos, no Brasil, a antecipação de tutela por meio de liminares inscritas pela lei em procedimentos especiais, como: ação popular; mandado de segurança; ação de inconstitucionalidade; ação de nunciação de obra nova; ações locatícias etc.

Aqui se verificou ampliação da interpretação do poder geral de cautela, admitindo essas liminares para fins conservativos, porém, excepcionalmente, cumprimento da provisória satisfação de pretensões de mérito³⁹⁶.

³⁹⁵ THEODORO JR. , Humberto. As liminares e a tutela de urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 239/267. p. 246.

³⁹⁶ THEODORO JR, op. cit., p. 246.

Em 1994, a reforma do CPC trouxe a previsão genérica mediante os artigos 273 e 461 do CPC, sobre a tutela antecipada, dentro do processo de conhecimento, sujeitando-a a requisitos mais rigorosos que os da tutela cautelar.

Como adverte Humberto Theodoro Jr,

[...] essa nova e ampla possibilidade de antecipar medidas satisfativas não se confunde, necessariamente, com as antigas e conhecidas liminares, pois agora a providência urgente pode acontecer em qualquer momento ou fase do processo, enquanto não solucionado definitivamente o processo de conhecimento, e não apenas na abertura da relação processual.³⁹⁷

Essas liminares podem apresentar, portanto, requisitos diversos, seja das cautelares, seja das antecipatórias, posto que muitas liminares se baseiam na conveniência da tutela do direito evidente, desprezando o *periculum in mora*, como é o caso dos interditos possessórios ou ações locatícias, entre outras. Ou, ainda, para outras liminares, exige-se a verossimilhança do direito da parte, formada por intermédio da prova inequívoca geradora da convicção sobre o direito líquido e certo *prima facie*, como, por exemplo, nas antecipações do artigo 273 do CPC; e para as ações de mandado de segurança³⁹⁸.

Consequentemente, é possível concluir-se que várias medidas podem ser dispensadas em caráter liminar, porém a sua natureza estará ligada ao seu fim, ou seja, instrumental ou antecipação provisória de mérito.

Por conseguinte, será adequado afirmar-se que as tutelas urgentes e as liminares se assemelham, quando aquelas são deferidas em caráter liminar ou em seu específico caráter temporal.

Por outro lado, as tutelas urgentes e as liminares se distinguem quanto ao procedimento e aos requisitos, uma vez que, conforme cada caso concreto, pode ocorrer coincidência total ou parcial, visto que nem todas as liminares se apóiam no *periculum in mora*, e porque, como dito antes, existem aquelas

³⁹⁷ Nesta citação, necessário esclarecer-se que o autor usa a expressão “antecipar medidas satisfativas”, é evidente que o mesmo se está referindo à satisfação no plano fático. Porém, para a elaboração do presente trabalho, adotou-se o conceito de satisfação no plano jurídico, ou seja, uma tutela será satisfativa, quando no plano, jurídico, alcançar sua definitividade. (THEODORO JR, op. cit., p. 247).

³⁹⁸ THEODORO JR, op. cit., p. 248.

liminares que se destinam à tutela de evidência, como é comum nas reintegrações de posse³⁹⁹.

Nesse contexto, outra coincidência que não pode ser desprezada, entre as liminares e as tutelas urgentes, é a *provisoriedade* e a possibilidade de *revogabilidade* da medida. Essas medidas são sempre provisórias e reversíveis devendo durar apenas até o provimento final de mérito.

Por fim, neste momento, é possível afirmar-se que as tutelas urgentes podem ser deferidas em caráter liminar; mas as liminares nem sempre poderão ser consideradas tutelas urgentes⁴⁰⁰.

4.1 CARACTERÍSTICAS

As liminares são assinaladas pelas seguintes características: a) preventividade; b) provisoriedade; c) sumariedade; e d) revogabilidade.

Como já exposto neste estudo, as liminares e as tutelas urgentes se tangenciam no ponto referente ao aspecto temporal, ou seja, de que as liminares previstas em procedimentos especiais, dentro do CPC ou em legislação esparsa, são analisadas e deferidas na “entrada” do processo.

Nesse aspecto, mesmo que a liminar não apresente caráter urgente, como ocorre com as liminares nas ações possessórias (já que desprezam o *periculum in mora* e consideram a evidência do direito apresentado), essa liminar se apresentará como preventiva, provisória, sumária e revogável.

Dessa feita, independente da natureza que a medida liminar possa apresentar (cautelar ou antecipatória, urgente ou não urgente), essa só não apresenta a característica da fungibilidade.

A fungibilidade, como já anotado em capítulo anterior, com relação às tutelas urgentes, autorizado, expressamente, pelo parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, existe nas tutelas urgentes, porém essa fungibilidade não ocorre entre as diversas liminares presentes no pátrio ordenamento jurídico.

³⁹⁹ THEODORO JR, op. cit., p. 251.

Desse modo, é preciso esclarecer-se que as liminares podem, eventualmente, apresentar natureza cautelar ou antecipatória e, independente dessa característica, podem, também, apresentar-se como urgente ou não urgente. Em algumas situações, são fundadas em requisitos previstos no direito material. Por isso, fica difícil admitir-se, como fungível, uma liminar num interdito proibitório e uma liminar numa ação de despejo.

Para se explicitarem as características presentes numa liminar, como: (a) preventividade, b) provisoriedade, c) sumariedade e d) revogabilidade), passar-se-á a analisar cada item eleito como caracterizador da mesma.

a) Preventividade - A liminar, tal com pode ocorrer com uma tutela urgente, visa a prevenir aquela situação de risco apresentada em juízo. Nesse aspecto, essa liminar previne o requerente dos efeitos do tempo diante do caso concreto apresentado⁴⁰¹.

b) Provisoriade - Trata-se de uma decisão interlocutória inserida em um processo, que se manterá até que seja revista (substituída por decisão de tribunal superior ou reconsiderada pelo juiz presidente do feito) ou confirmada ou não por decisão definitiva que seja prestada. Com efeito, como, numa tutela urgente, a decisão liminar não apresenta condição estrutural, em função de seu campo cognitivo restrito produzir qualquer efeito definitivo no processo, razão por que apresenta uma duração temporal limitada.

c) Sumariedade - As medidas liminares são examinadas num plano sumário ou em cognição limitada, normalmente apresentando um contraditório postergado, já que pode ser deferido sem a oitiva da parte contrária (inaldita altera

⁴⁰⁰ Para esclarecer o raciocínio, o registro do pensamento de Humberto Theodoro Jr. : “[...] Liminar não é sinônimo de providência cautelar; é qualquer medida deliberada logo no início da relação processual e tanto pode ter cunho cautelar como satisfativo.” (THEODORO JR, op. cit.,p. 267).

⁴⁰¹ “[...] Il fatto, in ultima analisi, è *tempo*, ossia un *passare*; qualcosa che compare e scompaie; in una parola il fatto non sta fermo; perciò è una materia ribelle all’opera, che il giudice deve compiere su di essa e insieme un strumento, il quale, mentre lo adopera, rischia di sfuggirgli dalle mani. Il giudice, deve compiere su di essa e insieme uno strumento, il quale, mentre lo adopera, rischia di sfuggirgli dalli mani. Il giudice, come Faust, dovrebbe arrestare l’istante”. E acrescenta: “Il valore che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a, un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa. Del resto, anche sotto questo aspetto, il processo è vita”. Tradução livre: “[...] O fato, em última análise, é *tempo*, ou seja um *passar*, alguma coisa que apareça e desapareça; em uma palavra o fato não está firme; por isso é uma matéria fora da obra, que o juiz deve acabar sobre essa e junto a um instrumento, o qual, enquanto o aplica, arisca de fugir-lhe das mãos. O juiz, como Faust, deveria arrestar o instante”. E acrescenta: “O valor que o tempo tem, no processo, é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria arriscado comparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem trégua. De resto, também sob este aspecto, o processo é vida”. (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, Nápoles : Morano, Parte Quinta, p. 353/378, 1958. p. 353/354).

pars), como autorizam alguns artigos do CPC ou legislação esparsa, como, por exemplo: art. 804 do CPC; art. 59, § 1º, da Lei 8.245/91; art. 928 do CPC; art. 66 da Lei 10.741/03; art. 5º da Lei 9.882/99; § 3º do art. 84, do CDC⁴⁰² etc. E, ainda, sob a análise dos requisitos que a medida liminar pretendida necessite apresentar segundo a legislação pátria.

e) Revogabilidade - As liminares, como as tutelas urgentes, são assinaladas pela provisoriedade e sumariedade procedimental (formal) e de cognição (material). Tal fato traz, como conseqüência, a possibilidade da revogação da medida concedida em qualquer tempo ou possibilidade de revisão da mesma. De fato, essas liminares sempre se apresentarão como provisórias e, por conseguinte, carentes de decisão que as complemente (fundamento da satisfatividade jurídica).

Por fim, importa registrar-se, nesse título, que a liminar também apresenta uma característica teleológica, conforme a sua natureza. Por exemplo: quando a liminar apresenta natureza antecipatória, a característica, no plano liminar, “é sua aptidão para melhor distribuir o ônus do tempo no processo, evitando ou, pelo menos, minimizando aquilo que Ítalo Andolina denominou, com felicidade, o dano marginal emergente da duração do processo”⁴⁰³.

Destarte, as características acima apresentadas, que ora coincidem ora se distinguem das tutelas urgentes, são adequadas, para constituir as medidas liminares até o momento.

⁴⁰² Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer. Art. 59. Com as modificações constantes deste Capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário. § 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: [...]. Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada. Art. 66. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade ou outras medidas que julgar adequadas, para evitar lesão dos direitos do idoso, mediante decisão fundamentada. Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

4.2 NATUREZA

Para se iniciar esse título, interessante trazer-se, à baila, a experiência pessoal de Athos Gusmão Carneiro, que, ao proferir conferência na FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo), em 2003, registrou que os processos de anos atrás eram muito diferentes dos atuais.

Athos Gusmão Carneiro observa que o gênero de processos reflete a sociologia de uma região⁴⁰⁴.

Acrescenta-se que o gênero de processos reflete, além da sociologia de uma região, necessariamente, o momento em que se vive. De fato, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, hoje em vigor, assiste-se à mudança de paradigma, já mencionada neste estudo, em capítulos anteriores, onde é certo que a Constituição anterior primava pela proteção ao patrimônio; e a atual prima pela proteção do indivíduo num todo, ou seja, pela dignidade da pessoa humana.

Athos Gusmão Carneiro explica:

O problema, ilustres colegas, é que tais percalços são decorrência de imposição do processo moderno, em que a justiça é adiantada, com frequência, através de decisões liminares, após cognição superficial, as quais por isso mesmo, face seu caráter de satisfatividade total ou parcial, precisam ser submetidas ao reexame, à eventual corrigenda pelo segundo grau.⁴⁰⁵

⁴⁰³ ARMELIN, Donald. Realização e execução da tutela antecipada. ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 505-521, 2003. p. 506.

⁴⁰⁴ “[...] na primeira comarca servi quatro anos e nunca decidi uma ação de execução, e não é que não houvesse devedores; havia, mas como em princípio quem não pagava é porque não podia mesmo pagar, cobrar era considerado um tanto desonroso, seria mais afligir os aflitos. [...] Agora se fosse um problema agrário, uma demanda possessória, era diferente: pela terra um homem do campo luta; pelo dinheiro não havia tanto interesse, mas pela terra sim; divisões, demarcações, venda de gados, questões de divisas; e a questão de divisas resultava algumas vezes em lamentável consequência: um processo com lesões graves ou por homicídio. Lesões leves não iam a juízo, naqueles tempos, pois também não era considerado adequado dar queixa à polícia por uma simples lesão leve. Então as coisas eram assim, na longínqua comarca de costumes gauchescos”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. Medidas cautelares, tutela antecipada e liminares. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 487-504, 2003. p. 488).

⁴⁰⁵ “[...] Mas, enfim, fomos adquirindo uma determinada experiência, e naquele tempo, como eu dizia, as coisas eram diferentes, os processos podiam ir com calma: uma ação possessória, uma demarcação, uma usucapião não demandavam grande urgência, a demora era considerada coisa normal. No processo moderno, todavia, em muitas causas a liminar tornou-se de absoluta necessidade, a fim de evitar o perecimento da própria pretensão de direito material”. (CARNEIRO, op. cit., p. 489).

Nesse contexto, o processo civil moderno necessitou adaptar-se a esse cotidiano frenético, que se vem acelerando em razão do desenvolvimento tecnológico e científico.

A adaptação da justiça ao mundo moderno trouxe o processo moderno, com todas as mazelas que a pesquisa científica e a práxis forense tentam, há anos, driblar, almejando a construção de um processo moderno de excelência.

Portanto, a medida liminar é, sem dúvida, um instrumento necessário e utilíssimo ao processo civil moderno. Como já explicitado acima, implica em decisão na entrada do processo. E decisão provisória, preventiva, revogável e em cognição sumária, aguardando, definitividade, em momento adequado.

Essa medida liminar pode apresentar natureza cautelar ou antecipatória e ainda se apresenta como urgente ou não urgente.

A liminar apresentará natureza cautelar, quando verificável a instrumentalidade com a finalidade assecuratória⁴⁰⁶.

Por outro lado, quando se verifica a antecipação dos efeitos preponderantemente fáticos, parcial ou integral, tem-se a liminar de natureza antecipatória ou interinal⁴⁰⁷.

Dessa feita, essa liminar, que, eventualmente, pode apresentar natureza cautelar ou interinal, também pode apresentar natureza urgente. Ou seja, quando deferida na “entrada” do processo e apresentar, como um de seus requisitos, o *periculum in mora* ou necessitar ser deferida sem delongas, se assim não for efetuada, a tutela tardia implicará em verdadeira ausência de tutela.

⁴⁰⁶ “[...] No plano da tutela satisfativa estão os processos de conhecimento e o de execução. Naquele de tutela assecuratória, o processo cautelar”. (ARMELIN, Donald. Realização e execução das tutelas antecipadas. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 505 – 521, 2003. p. 509).

⁴⁰⁷ Donald Armelin alerta que a antecipação de tutela pode especificamente resultar de uma medida liminar ou não. O autor esclarece os planos em que a tutela antecipada pode atuar: “Com efeito, enquanto no processo de conhecimento essa atuação incide preponderantemente no plano jurídico, no processo de execução e, mesmo, cautelar a atividade jurisdicional desenvolve-se precipuamente no plano fático. [...] No plano jurídico, sempre que não ocorram mutações na órbita fática do litígio, a repristinação da situação anterior à violação do direito é perfeitamente factível, descontado obviamente, o elemento cronológico manifestamente irreversível. Contudo, no plano empírico essa repristinação é geralmente de difícil atingimento. Seja porque não se pode eliminar do mundo os efeitos já produzidos, seja em razão das dificuldades e custo dessa providência. O mundo dos fatos é normalmente, a pátria do ressarcimento e não da repristinação.” (ARMELIN, op. cit, p. 508).

Igualmente é possível identificarem-se, no ordenamento jurídico, medidas liminares não urgentes ou que desprezam o *periculum in mora*; porém são deferidas na “entrada” do processo. Mas nem por isso são consideradas urgentes.

É a hipótese da liminar possessória, como explica João Batista Lopes:

[...] Mas sem entrar em discussões maiores, *vamos verificar que a liminar possessória não se insere na chamada tutela de urgência*. [...] nós verificamos que a liminar possessória está totalmente fora deste espectro, não há falar, aqui, em urgência, nem nos requisitos do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora*. O fato é que, resumidamente, toda liminar antecipa alguma coisa em caráter provisório, mas o problema está exatamente em saber o que pode ser antecipado em cada tipo de liminar. [...] O que se antecipa na liminar possessória, em caráter provisório, como é próprio de qualquer liminar, é a própria satisfação objetivada pelo autor. Isto é, o próprio pedido formulado pelo autor, o próprio mérito está sendo antecipado, mas em caráter provisório em *summária cognitio*. [...] Quais são os requisitos para a liminar possessória? Eles estão claramente expressos no texto legal. Quem ler os artigos 927 e 928, do Código de Processo Civil, irá conferir que estão ali os requisitos necessários.⁴⁰⁸

Outro exemplo de que se pode lembrar de liminar não urgente é o constante do parágrafo 1º do artigo 59 da Lei 8.245/91.

Assim sendo, as liminares também podem apresentar natureza não urgente.

Finalmente, interessante anotar-se que as liminares, como opção do legislador, permanecem no pátrio ordenamento jurídico e, certamente, encontram sua natureza constitucional no sistema; e, hoje, na redação expressa do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, tal como as tutelas urgentes.

⁴⁰⁸ LOPES, João Batista. A liminar possessória. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 523 – 534, 2003. p. 526/527.

5 OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

No processo civil moderno, a luta em busca de um processo de excelência, que atenda aos anseios da sociedade, não é algo recente. Ao contrário, como se observou no curso desse estudo, inúmeras batalhas já foram travadas nesse sentido e a conclusão, até o momento, é a de que se está no caminho certo.

Pode-se assegurar que esta é a posição de Athos Gusmão Carneiro:

“[...] Em suma, do ponto de vista técnico e teórico, nosso diploma processual apresenta-se como um monumento arquitetônico-jurídico, mas gradativamente foi perdendo o contato com as novas realidades do foro. Então, é mister modificá-lo. Isto está sendo feito passo a passo – os senhores todos sabem, não precisaria repetir – já tendo sido convertidos em leis dez dos anteprojetos”.⁴⁰⁹

Assim sendo, a busca por esse processo mais adequado à hodierna realidade brasileira vem acompanhada da pesquisa para a obtenção de mecanismos que possam auxiliar ou efetivar as tutelas de urgência.

Nesse contexto, implementaram-se seqüenciais minirreformas no CPC de 1973, em vigor até os dias atuais, na intenção de se alcançar um processo mais célere e efetivo, que são conseqüências da opção política tomada pelo legislador, assim como reflexo da relação entre o direito material e a realidade social.

Essas reformas conduziram à valorização das tutelas diferenciadas, dentre elas as tutelas urgentes, como conseqüência da perseguição de um processo mais efetivo e adequado à época atual.

Anote-se que o direito à efetividade da tutela jurisdicional foi erigido à categoria de direito fundamental, já que é possível exigir-se do Estado proteção. Tudo se extrai da interpretação do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.

⁴⁰⁹ “[...] Devo dizer aos senhores que apresentei várias idéias, mas não tenho a menor pretensão de garantir qual a melhor solução em muitos casos: e mesmo porque no Brasil, com freqüência, uma solução que para os Judiciários do Rio Grande do Sul ou São Paulo pode apresentar-se muito adequada, dada às condições econômicas, sociais, fundiárias, culturais destes Estados, pode não ser adequada para o Amazonas ou para o Nordeste, onde as condições sociológicas ou patrimoniais são diferentes. Numa diversidade cultural como ocorre no Brasil, não é realmente nada fácil encontrar as mesmas soluções para uma lei técnica como a processual, e por isso é interessante, indispensável que quaisquer projetos de reforma sejam previamente submetidos à apreciação do mundo jurídico”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. Medidas cautelares, tutela antecipada e liminares. In: ALVIM, Arruda;

Luiz Guilherme Marinoni esclarece:

“[...] A sua importância, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução de mérito. A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito”.⁴¹⁰

Portanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, inclusive à urgente, encampa: o direito à técnica processual adequada; o direito de participar por meio do procedimento adequado; e o direito à resposta do juiz⁴¹¹.

Como já visto, pertencem ao gênero das tutelas urgentes as tutelas urgentes cautelares, as tutelas urgentes interinais e as tutelas urgentes satisfativas. O conceito características e natureza das denominadas tutelas urgentes já foi analisado nos tópicos anteriores.

Assim sendo, deixa-se anotada a finalidade teleológica das tutelas urgentes na lição de Donaldo Armelin:

“[...] Por sua vez a tutela de urgência corresponde a uma tutela diferenciada cuja característica, no plano teleológico, é sua aptidão para melhor distribuir o ônus do tempo no processo, evitando ou pelo menos minimizando aquilo que Ítalo Andolina denominou, com felicidade, o dano marginal emergente da duração do processo”.⁴¹²

É sabido que o conflito de interesses, nascido antes do processo judicial, se prolonga, enquanto este não alcança seu fim. E esse “tempo do

ALVIM, Eduardo Arruda (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 487 – 504, 2003. p. 490 e 500).

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 179/180.

⁴¹¹ MARINONI, op. cit., p. 185.

⁴¹² ARMELIN, Donaldo. Realização e execução das tutelas antecipadas. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 505 – 521, 2003. p. 506.

processo” é capaz de potencializar o dano da parte que teve seu direito vulnerado⁴¹³.

Do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, várias técnicas processuais foram-se adequando a necessidades decorrentes do direito material. Como exemplo, a técnica antecipatória, que foi prevista nas hipóteses: a) receio de dano (arts. 273, I; 461, § 3º; 461–A⁴¹⁴ todos do CPC; e 84, § 3º do CDC⁴¹⁵); b) abuso de direito de defesa (art. 273, II, do CPC⁴¹⁶); c) parcela incontroversa da demanda (art. 273, § 6º⁴¹⁷, do CPC)⁴¹⁸.

Das hipóteses acima indicadas, algumas não se justificam em função da urgência, o mesmo ocorrendo com a técnica da tutela antecipada na hipótese de abuso do direito de defesa, onde o fundamento da antecipação não se pauta na urgência, mas no abuso do direito, como instrumento de defesa, no intuito deliberado de procrastinar-se o feito.

O mesmo se pode anotar quanto à antecipação autorizada pelo legislador, em razão da parcela incontroversa da demanda. Essas espécies de técnicas antecipatórias estão relacionadas com o tempo do processo ou com a distribuição do ônus do tempo do processo⁴¹⁹.

Em nome do alcance da efetividade e da economia processual, vê-se uma tendência para a adoção do processo sincrético entre os brasileiros, qual seja, aquele em que se visualizam atos de conhecimento e atos de execução em processo único, como na ação de despejo, da Lei 8.245/91.

Essa tendência foi confirmada pela Lei 11.232/2005, que alterou o CPC em vigor, para estabelecer a fase do cumprimento das sentenças no processo

⁴¹³ ARMELIN, op. cit., p. 506.

⁴¹⁴ Art. 273, I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou [...]. Art. 461, § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, à qualquer tempo, em decisão fundamentada. Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

⁴¹⁵ Art. 84 § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

⁴¹⁶ Art. 273, II–fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

⁴¹⁷ Art. 273, § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

⁴¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 200.

⁴¹⁹ MARINONI, op. cit., p. 205.

de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial.

Assim, passou-se a ter, a partir de 24 de junho de 2006, procedimento unitário, que dispensa a *actio iudicati*, para expedir contra o vencido o mandado de penhora, sem prévia citação e sem oportunidade para manejar os embargos à execução⁴²⁰.

A luta, para se alcançar um processo mais efetivo, implica na compreensão dos planos em que pode atuar a tutela jurisdicional. Esse esclarecimento é dado por Donaldo Armelin:

“[...] Isto porque a prestação jurisdicional atua em planos diferenciados mas imbricantes. Com efeito, enquanto no processo de conhecimento essa atuação incide preponderantemente no plano jurídico, no processo de execução e, mesmo, cautelar a atividade jurisdicional desenvolve-se precipuamente no plano fático. Essa diferenciação é facilmente intuível. No plano jurídico, sempre que não ocorram mutações na órbita fática do litígio, a repristinação da situação anterior à violação do direito é perfeitamente factível, descontado obviamente, o elemento cronológico manifestamente irreversível. Contudo, no plano empírico essa repristinação é geralmente de difícil atingimento. Seja porque não se pode eliminar do mundo os efeitos já produzidos, seja em razão das dificuldades e custo dessa providência. O mundo dos fatos é, normalmente, a pátria do ressarcimento e não da repristinação”.⁴²¹

Esta é uma das dificuldades que se impõe para a realização das tutelas urgentes, a consciência de que a execução ou satisfação (presente nos processos sincréticos, inclusive) normalmente implica em alteração no plano fático, o que, como alertou o autor antes citado, não comporta repristinação.

Além disso, é fato que as tutelas urgentes são caracterizadas pela preventividade, provisoriedade, sumariedade de cognição, fungibilidade e revogabilidade. Essas características, somadas ao fato da possível “alteração no plano fático”, tangenciam uma zona frágil do Processo Civil, que se traduz no binômio: segurança x efetividade.

⁴²⁰ “A lei 11.232/05 de 22.12.2005, foi publicada no Diário Oficial de 23.12. 2005, com previsão para entrar em vigor no prazo de seis meses (art. 8º).” (THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 19).

⁴²¹ ARMELIN, Donaldo. Realização e execução das tutelas antecipadas. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 505 – 521, 2003. p. 508.

Ademais, em sede de tutela de urgência, encontram-se aquelas tutelas que pretendem alcançar a efetividade no plano fático e as meramente assecuratórias.

As diferentes espécies de tutela urgente, dada a sua finalidade e natureza, podem atuar com mecanismos diferenciados. Porém nem sempre é tarefa fácil distinguir-se uma tutela urgente cautelar de uma tutela urgente antecipatória⁴²².

Em razão dessa confusão entre as espécies de tutelas urgentes, viu-se o legislador acrescentar o parágrafo 7º ao artigo 273 do CPC, esclarecendo que existe a fungibilidade entre essas medidas, no intuito de facilitar o alcance da efetividade no processo.

Nesse contexto, tem-se a consciência de que, nas tutelas urgentes cautelares, aflora aquela instrumentalidade explicitada por Piero Calamandrei. Nas tutelas urgentes interinais, aquela antecipação dos efeitos da providência de mérito, que, normalmente, implica em alteração no mundo dos fatos. E, nas tutelas urgentes satisfativas, que permitem solução calcada em cognição sumária, e não é coroada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material, mas tão somente a preclusão máxima decorrente da coisa julgada formal.

Por outro lado, é sabido de todos que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele próprio editadas⁴²³.

Essa postura do Estado gerou, como já assinalado, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

⁴²² “[...] A satisfatividade é própria dos processos de conhecimento e de execução, ao passo que a segurança é inerente ao processo cautelar. A área de superposição dessas tutelas situa-se naquelas situações em que, para assegurar, é mister satisfazer, bem como nas situações em que a satisfação implica inexoravelmente a segurança. Essa aparente confusão de efeitos de diferentes tutelas é explicada pela posição sustentada por Pontes de Miranda, que distingue execução para segurança da segurança para execução, escandindo, assim, a tutela satisfativa daquela cautelar. Deveras, é axiomático que tudo que satisfaz acautela, na medida em que um direito satisfeito é absolutamente imune a qualquer risco envolvendo o seu desfrute. O mesmo, contudo, não se pode dizer da segurança, pois um direito assegurado nem sempre poderá ser satisfeito”. (ARMELIN, op. cit., p. 509).

⁴²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual (segunda série)**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 21.

A questão que se põe é: como fazer-se funcionar, a contento, o instrumental da tutela? Ou como fazer-se do processo um meio sempre hábil, para recompor, de forma satisfatória, a malha rompida pela sua violação⁴²⁴?

Das questões acima formuladas, pode-se intuir que o primeiro mecanismo de efetivação das tutelas urgentes é o próprio processo, ou melhor, um processo diferenciado, que, atendendo as peculiaridades do direito substancial que se encontra na iminência de sofrer violação, possa realizar uma atuação adequada ou satisfatória para os dias atuais⁴²⁵.

Essa atuação adequada ou satisfatória que se espera do direito processual, com relação ao direito substancial, se pode denominar de “mecanismos” ou “técnica processual”. Como essa técnica também apresenta peculiaridades, é preciso que haja compatibilidade entre esses meios e o objeto (direito substancial).

Dessa forma, compreende-se que aquela explicitação de José Roberto dos Santos Bedaque,⁴²⁶ sobre esse exercício de reaproximação do direito processual com o direito material, percebendo a influência deste último sobre aquele, é fundamental para se encontrarem, no sistema vigente, os mecanismos ou técnicas que possam atender, a contento, esse processo desejado.

A incompatibilidade entre os meios e o objeto pode ser considerada problema de ordem técnico-processual, cuja solução inadequada compromete a efetividade do instrumento.

José Roberto dos Santos Bedaque registra:

“[...] O processo não vem cumprindo sua função. O instrumento estatal de solução de controvérsias tem sido muito mais fonte de conflitos que meio pelo qual se obtém a pacificação social. As denominadas “questões preliminares”, de natureza exclusivamente processual, acabam se transformando no objeto principal do processo...[...] Será que não está na hora de repensarmos o fenômeno processual, do ponto de vista da técnica?”⁴²⁷

⁴²⁴ MOREIRA, op. cit., p. 23.

⁴²⁵ “[...] O autor finaliza seu ensaio registrando: Em toda obra legislativa está implícita uma visão do mundo, uma escala de valores. A preferência dada em geral pelos códigos à tutela sancionatória, em detrimento da preventiva, constitui dado valioso para quem se disponha a pesquisar os pressupostos ideológicos do nosso processo”. (MOREIRA, op. cit., p. 29).

⁴²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influencia do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75-77.

É possível concluir-se que o processo há de buscar satisfazer-se, para merecer a qualificação de “efetivo”⁴²⁸.

Essa busca de mecanismos destinados a conferir realidade às tutelas jurisdicionais resultou no desenvolvimento das tutelas urgentes e constante reflexão sobre a forma processual.

José Roberto dos Santos Bedaque assinala, nesse ponto:

“[...] Em outras palavras, a preocupação com a efetividade da tutela deve compreender também a tentativa de eliminar óbices meramente formais à produção do efeito desejado. [...] Gaste-se dinheiro, perdesse tempo, frustram-se esperanças, tudo por falta de visão adequada sobre o verdadeiro papel da técnica no funcionamento do instrumento. [...] Não se trata simplesmente de abrandar as exigências formais – embora esta também seja uma das opções possíveis. Pretende-se apenas interpretar o sistema vigente segundo visão instrumentalista, buscando revelar o verdadeiro sentido da forma e da técnica processual. Para tanto, muito mais que se alterar leis, é preciso mudar mentalidades”.⁴²⁹

Essa mudança de mentalidade que se pretende dos operadores do direito será fundamental para o alcance de um processo civil de excelência ou, no mínimo, um processo que se conduza para esse fim.

Prescreve o artigo 5º, § 1º, da CF/88 que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ressalte-se que o direito à tutela jurisdicional efetiva foi anunciado como direito fundamental. Portanto, questiona-se essa força normativa.

Luiz Guilherme Marinoni assevera:

“[...] De modo que a norma do art. 5º, § 1º, da CF já seria suficiente para demonstrar a tese de que o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, por meio da via interpretativa, no caso de omissão ou insuficiência de lei.[...] O princípio da efetividade (relativo à interpretação constitucional), por sua vez, sintetiza a idéia de que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível. Ou melhor, no caso de dúvida deve prevalecer a tese de que dê a maior efetividade possível ao direito fundamental.”⁴³⁰

⁴²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Temas de direito processual (terceira série)**. São Paulo : Saraiva, 1984. p. 27.

⁴²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica do processo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89/90.

⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 220/222.

Dessa forma, a compreensão do direito à tutela efetiva como direito fundamental não deixa alternativa aos operadores do direito que observam a legislação em vigor e cada caso concreto com olhos novos, assumindo a mudança de mentalidade necessária para a condução de processos de modo mais efetivo.

Nesse contexto, a interpretação instrumental aqui analisada deve ser aplicada, também, aos artigos 154, 244, 249 e 250, e 515, § 4º⁴³¹, todos do CPC, que funcionam como importante mecanismo de correção dos vícios processuais, limitados, exclusivamente, à garantia da ampla defesa⁴³².

O acréscimo do parágrafo 4º ao artigo 515 do CPC, em razão da edição da lei 11.276/2006, assinala a inserção de uma nova regra impregnada dessa interpretação instrumental, permitindo que os operadores do direito possam interpretar o direito à tutela efetiva como direito fundamental.

Tem-se observado que as reformas legislativas, no Brasil, repetidamente, vêm optando pela intensificação dos poderes dos juízes. Tal opção implica em flexibilização das formas. Isso se traduz como conseqüência do fenômeno (ampliação dos poderes dos juízes). Por outro lado, um processo mais seguro significa um processo mais lento.

Ocorre que os tempos atuais não permitem um processo lento. E o direito de proteção decorrente do Estado exige o dever do juiz de conformar o procedimento, o que pode explicar a intensificação dos poderes dos juízes.

Luiz Guilherme Marinoni explica:

“[...] O dever de proteção requer, é certo, regras de direito material. Mas não pode se resumir a isso. Depende, ainda, de ações fáticas do Estado – por exemplo, da atuação da Administração Pública na proteção do consumidor, as saúde pública e do meio ambiente – e da prestação jurisdicional.

Ademais, a proteção, mesmo no plano normativo, não pode ficar restrita a normas de direito material, *pois o processo civil também se*

⁴³¹ Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. Art. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade. Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados. Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Art. 515, §4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

⁴³² MARINONI, op. cit., p. 92.

constitui em mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, seja para evitar a violação ou o dano ao direito fundamental, seja para conferir-lhe o devido ressarcimento".⁴³³

Isso leva a permitir afirmar-se que a técnica processual é imprescindível ao alcance do processo efetivo e que não é possível admitir-se, diante da omissão do legislador, que o juiz nada possa fazer. De fato, esse direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não se volta apenas para o legislador mas também se dirige contra o Estado-juiz⁴³⁴.

Por outro lado, José Roberto dos Santos Bedaque, ao escrever sobre o formalismo e o informalismo, assevera:

"[...] A forma visa exclusivamente a conferir aos litigantes aquilo que os meios primitivos de solução dos conflitos – especialmente a autotutela – não asseguravam: um mecanismo apto a proporcionar-lhes o *resultado justo*, entendido este como aquele resultante da real participação dos interessados na formação do convencimento do juiz. *Acesso à ordem jurídica justa* é o que o formalismo processual pretende garantir. Só isso, nada mais".⁴³⁵

Por isso, necessita-se encontrar o equilíbrio entre o formalismo e o informalismo, não deixando de esquecer-se de que o processo deve ser encarado como o meio para se alcançar o direito substancial. Essa mudança de mentalidade poderá levar os operadores do direito a refletirem sobre as "hipóteses" em que a forma utilizada, de modo equívoco, pode obstar o alcance do direito material.

A introdução do parágrafo 7º no artigo 273 do CPC (fungibilidade) pode servir de alerta, para revelar a vontade do legislador. Nessa hipótese, o equívoco entre as formas da tutela urgente não deve obstar o alcance do direito substancial.

Dessa forma, os mecanismos de efetivação das tutelas de urgência estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, porém, ainda em grande parte, estão a desafiar solução⁴³⁶.

⁴³³ MARINONI, op. cit., p. 223.

⁴³⁴ MARINONI, op. cit., p. 224.

⁴³⁵ BEDAQUE, op. cit., p. 102.

⁴³⁶ "[...] Numa palavra: o processualista, enquanto processualista, lida com a lei – quer em perspectiva de *lege lata*, quer de *lege ferenda*. Supor, entretanto, que a lei (a processual ou qualquer outra) seja onipotente, ou tenha ao menos força bastante para impelir por si só o processo, tal qual existe, na

As maiores dificuldades notadamente se concentram na insistência em ler-se a legislação atual e se analisarem os casos concretos com percepção do processo antigo, preso a rigores que hoje se tenta quebrar.

Este estudo quer deixar claro que o processo, como mecanismo ou técnica de efetivação dos direitos substanciais, deve ser tratado como verdadeiro instrumento de justiça – não meio de que se valem os inadimplentes, para protelar, ainda mais, a realização do direito.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também se manifesta sobre este aspecto do processo:

“[...] O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regularização contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito. Além disso, a par da maior eficiência do aparelho judicial estatal, mostra-se desejável hoje o desiderato de obter-se índice sempre mais intenso de democratização do processo, incrementando-se, assim, a efetiva acessibilidade dos usuários ao serviço judiciário, facilitando-se-lhe ao mesmo tempo o uso do aparelho estatal”.⁴³⁷

Essa nova postura frente ao processo implica numa revisitação dos institutos fundamentais que compõe o mesmo, para, com olhos renovados, se visualizar o processo moderno, que não pode assemelhar-se ao processo de outras épocas, porque simplesmente inadequado.

José Roberto dos Santos Bedaque, para ilustrar decisões nas quais o julgador se apresentava imbuído desse espírito, anota a seguinte situação:

“[...] Em demanda rescisória discutiu-se a possibilidade de o réu formular pedido em contestação, embora adequada, no caso, fosse a reconvenção. Afastou o relator a violação à lei, por entender admissível o procedimento adotado, pois o pedido deduzido em contestação tinha a mesma natureza da questão tratada na inicial, sendo irrelevante o *nomen juris* atribuído ao meio utilizado se a matéria for articulada de forma clara e inequívoca na contestação. Este é o ponto essencial. A controvérsia acaba sendo puramente

direção daquele ideal que acima se procurou esboçar, é ilusão em que a esta altura já ninguém, com certeza, facilmente cairá” [...] Alterações legislativas são insuficientes para conferir efetividade ao processo se não encontrar intérpretes em condições de compreendê-las não apenas pelo ângulo gramatical, mas principalmente do ponto de vista teleológico. Nosso desafio é muito mais cultural e de organização do que propriamente legal. (BEDAQUE, op. Cit., p. 29/30 e 103).

⁴³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 126.

terminológica, pois não há diferença essencial entre as duas formas. Por isso correta a conclusão do acórdão: 'Lembro que o atual Código de Processo Civil prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre as nulidades sanáveis. No caso, ainda que o Código preveja o uso de reconvenção para a formulação de pedidos por parte do requerido, a formulação desses pedidos em contestação não traz prejuízo, nem assume a feição de nulidade insanável. É sempre saudável lembrar que o artigo 154 do CPC reputa válidos os atos que, embora realizados não na forma prescrita em lei, lhe preenchem a finalidade essencial'''.⁴³⁸

O exemplo citado conduz à afirmação de que os objetivos visados pelo mecanismo estatal de solução de controvérsias são determinantes. Assim, a técnica processual precisa estar, sempre, a serviço dos resultados.

Sem deixar de visualizar o direito material em questão, a perseguição da tutela jurisdicional efetiva deve tutelar um direito justo.

Como já mencionado nesse estudo, durante o império da ideologia do Estado Liberal, o mundo assistiu a uma administração da justiça com função neutra, distante do direito das partes, que, hoje, não pode persistir.

De igual forma, a cosmovisão preponderante e estabelecida nos dias atuais ainda é aquela do século XIX, qual seja, a trilogia: linguagem – método - experiência.

Não obstante, hodiernamente, têm-se como reconhecidos, estudados e compreendidos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos – à vida, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto etc.); de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais – direito à saúde, ao trabalho, à educação, direito de greve – imbricados e decorrentes dos princípios básicos da igualdade e da legalidade, regentes do Estado Moderno Contemporâneo); de terceira geração (direitos de solidariedade ou fraternidade – voltados à proteção da coletividade); de quarta geração (direitos difusos e coletivos – resultantes da globalização dos direitos fundamentais – direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados etc.); e, ainda, para alguns, direitos de quinta geração (que tentam justificar o avanço tecnológico – questões básicas da cibernética e internet).

⁴³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 113.

Ocorre que essa história de direitos trouxe muitas vitórias e muitos esclarecimentos, inclusive a compreensão de que o processo civil é instrumento de realização do direito material e que o Estado apresentou a todos, como direito fundamental, o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Ao lado dessas conquistas, igualmente se alcançaram novos instrumentos ou mecanismos ou, ainda, técnicas processuais que surgiram inspiradas nesse processo de resultados pretendido.

Nesse contexto, nota-se que o juiz, hoje, é alguém em quem o legislador aposta. Isso se justifica, igualmente, porque ele apresenta o poder-dever de, conformando o procedimento, entregar uma tutela jurisdicional efetiva. Dessa forma, não apenas entrega a tutela jurisdicional mas também tem o compromisso de que essa tutela se apresente efetiva.

Em harmonia com essa opção política, diversas alterações legislativas são realizadas, valendo-se de expressões vagas ou lacunosas, conseqüentemente dando mais poderes aos magistrados. Uma gama mais intensa de poderes, implicando numa maior flexibilidade da norma.

Desse modo, é possível concluir-se que, hoje, o processo se encontra mais próximo do direito material e ainda mais das partes, sendo dirigido por um juiz que goza de *imperium*.

Ao longo deste estudo, já é possível notar-se que, em princípio, o valor “segurança” se assentou na necessidade de garantia do cidadão e que o conceito de condenação foi estabelecido a partir de sua correlação com os meios de execução tipificados em lei⁴³⁹.

Dando seqüência à preservação desse valor “segurança”, proibiram-se os juízos de verossimilhança, para controlar-se o judiciário e garantir-se a liberdade dos cidadãos, a partir desse esclarecimento, mais compreensível à preferência pelo procedimento ordinário.

A imposição dos dogmas ora apresentados também se faz mais compreensível diante dessa realidade. Em razão disso, a cognição, necessariamente, deveria anteceder a execução. Também, por questão de segurança, dessa crença decorreu o princípio da *nulla executio sine titulo*⁴⁴⁰.

⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 44.

⁴⁴⁰ MARINONI, op. cit., p. 47.

Na opinião de Luiz Guilherme Marinoni, fica claro que a doutrina clássica associou a completude da cognição – inclusive da fase recursal – com o encontro da verdade⁴⁴¹.

A possibilidade da execução provisória transgride esse raciocínio como anota Luiz Guilherme Marinoni:

*“[...] Por essa razão, o princípio da *nulla executio sine titulo*, embora originariamente pensado para garantir a segurança jurídica, abre atualmente duas possibilidades de compreensão: ou se aceita que, por ser necessária execução na pendência do conhecimento (como demonstra inclusive a tutela antecipatória), o princípio não tem mais sustentação; ou se admite uma nova abordagem do conceito de título, o qual então passaria a ser visto como algo que não deve ser relacionado com a existência do direito, mas sim com a necessidade prática de sua realização”.*⁴⁴²

Nesse ponto, passa-se a perceber que, da preocupação com a tutela efetiva, o legislador passa a intensificar os poderes dos juízes, permitindo que juízos sobre cognição sumária e verossimilhança produzam efeitos no mundo empírico, ainda que decorrentes de decisão provisória.

Esse juiz deixou de ser “neutro” ou apenas a “boca da lei”, para, com poderes de *imperium*, aproximar-se um pouco mais do pretendido processo de resultados, fatos decorrentes da opção política de apresentar, como direito fundamental, o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Nesse ponto, a igualdade formal é deixada de lado e com a valorização do indivíduo enquanto pessoa, o caso concreto passa a ser considerado à parte; e bens e pessoas tendem a merecer tratamento diferenciado. A tutela específica assume importância.

A instituição do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 - pode ser citada como exemplo dessa nova postura. Nesse Código, fica clara a intenção de proteger-se o consumidor, parte mais frágil na relação de consumo, garantindo-se equilíbrio entre as partes, por questão de justiça.

⁴⁴¹MARINONI, op. cit., p. 49.

⁴⁴²MARINONI, op. cit., p. 49.

Essa mudança de postura trouxe, gradativamente, outra realidade para o CPC. Como exemplo, citam-se os artigos 461 e 644⁴⁴³ desse mesmo diploma. As Leis 8.952/94 e 10.444/02, na intenção de harmonizar o sistema, passaram a dispor que, para obrigações de fazer e não fazer, a obtenção da tutela específica será a primeira alternativa do autor.

Ademais, o parágrafo 1º do art. 461 registra que “somente se converterá em perdas e danos, se o autor o requerer ou se impossível à tutela específica ou à obtenção do resultado prático correspondente”.

A redação dos artigos acima mencionados revela a preocupação com uma tutela efetiva, com um processo de resultados. Na realidade, as alterações legislativas, especialmente a partir dos anos noventa do século passado, sem exceção, tiveram esse cuidado.

A tutela jurisdicional pretendida, que implicasse em posterior efetivação ou num complemento, para produzir seus resultados diante do caso concreto, buscou adaptar mecanismos que caminhassem para essa realização.

Desse modo, a tutela jurisdicional, em geral, passou a se preocupar com os meios para sua efetivação e, em especial, as tutelas urgentes, tentando resgatar a credibilidade e a legitimidade do Poder Judiciário junto à sociedade.

Após a Constituição Federal de 1988, como já salientado, a tutela jurisdicional efetiva transformou-se num *direito fundamental de todo cidadão* e significa um “elo” entre o direito material e o processo. Nesse terreno é que o legislador tem o dever, diante desse direito fundamental, de instituir técnicas processuais idôneas, aptas a alcançarem este resultado, o mesmo ocorrendo com o juiz notadamente à compreensão das regras processuais à luz desse direito fundamental⁴⁴⁴.

O desenvolvimento do processo considerando o direito material pretendido avançou, para instituir técnicas processuais voltadas a evitar o ilícito ou o dano (tutela inibitória ou da remoção do ilícito). Novamente se observa a necessidade de se munirem os juízes de poder de ordenar mediante coerção indireta.

⁴⁴³ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do inadimplemento. Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste capítulo.

Após o Estado oferecer o direito à tutela jurisdicional efetiva, a flexibilização de certas regras ou a quebra de certos “dogmas” foi imposta, assim possibilitando o alcance do processo efetivo.

Pode-se citar, como exemplo, a admissão, pelo sistema, da técnica da coerção indireta; a admissão da mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença; introdução de expressões vagas e lacunosas na legislação; e a conseqüente intensificação dos poderes dos juízes; a superação do princípio da unidade e da unicidade do julgamento (art. 273, § 6º); a adoção do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, entre outros.

Diante da compreensão de que o dever de proteção do Estado persistia mesmo após a entrega da tutela jurisdicional, com sentença transitada em julgado, mas dependente de complemento, Luiz Guilherme Marinoni registra:

“[...] Não foi por outra razão que os arts. 461 e 461-A do CPC e art. 84 do CDC deram ao juiz o poder de atuar de ofício, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, para estabelecer multa, alterar o seu valor, ou ainda modificar a medida executiva já instituída, libertando o juiz das amarras do legislador, mas não o deixando, como é óbvio, sem controle algum, uma vez que este passou a ser feito pela regra da proporcionalidade”.⁴⁴⁵

Essa disposição oferece ao juiz que proferiu a sentença a possibilidade de determinar a medida executiva mais adequada ao caso concreto, ainda que não expressamente tipificada em lei⁴⁴⁶.

A proteção do Estado apresentada como direito trouxe a possibilidade da utilização da coerção indireta como mecanismo de efetivação da tutela jurisdicional, utilizado para a efetivação da tutela jurisdicional, obviamente também para as ditas tutelas urgentes.

A coerção indireta é ordem dirigida, para atuar sobre a vontade do réu, ou forma de pressão psicológica, que objetiva “incentivar” o réu a cumprir o que de direito, na forma estabelecida no processo.

Luiz Guilherme Marinoni explica:

⁴⁴⁴ MARINONI, op.cit., p. 82.

⁴⁴⁵ MARINONI, op. cit., p. 123.

⁴⁴⁶ MARINONI, op. cit., p. 123.

“[...] A coerção indireta pode ser pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa). É dita indireta porque não conduz diretamente à tutela do direito, limitando-se a incidir sobre a vontade do réu para que a tutela do direito seja prestada.

A coerção indireta é fundamental em relação às obrigações infungíveis, uma vez que, em relação a elas, a execução direta não possui efetividade. Nada impede, porém, como já foi amplamente demonstrado, que a multa possa ser utilizada diante de obrigações fungíveis.

Ao lado da execução indireta ou da coerção indireta se coloca a execução direta, que é aquela que permite que o direito seja realizado independentemente da vontade do demandado. Entretanto, em relação à *execução direta*, é preciso distinguir entre os meios executivos que substituem uma prestação da parte e os meios executivos que atuam quando essa prestação não existe. No primeiro caso, em que a execução substitui a prestação da parte, há *sub-rogação*, enquanto, no segundo, quando a atividade executiva não substitui a prestação devida (pois essa não existe), há *coerção direta*.⁴⁴⁷

Dessa feita, com a possibilidade de realizar “pressão psicológica” ou naquelas hipóteses em que existe o patrimônio, alcançá-lo por intermédio dos meios de sub-rogação, o Poder Judiciário apresenta-se mais bem estruturado, para entregar a proteção desejada pela sociedade.

Ademais, a autorização para a utilização de mecanismos de coerção indireta, ao lado de mecanismos de sub-rogação (coerção direta), encontra-se em diversos dispositivos do CPC, como, por exemplo, nos artigos: 461, parágrafos 4º e 5º, e 461 – A⁴⁴⁸.

E ainda o parágrafo 3º do artigo 273⁴⁴⁹ do CPC também admite a aplicação das normas previstas nos artigos 475-O⁴⁵⁰ (execução provisória), 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, todos do CPC.

⁴⁴⁷ MARINONI, op. cit., p. 132.

⁴⁴⁸ Art. 461, § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Art. 461-A. A ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

⁴⁴⁹ Art. 273, § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

⁴⁵⁰ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: [...].

Verifica-se um intercâmbio entre os diversos instrumentos existentes no CPC ou em leis esparsas, para fazer valer o direito fundamental à tutela efetiva de direitos.

A possibilidade ofertada pelo legislador aos juízes, de ordenar mediante coerção indireta, deve ser considerada um mecanismo de efetivação, inclusive para as tutelas urgentes.

O presente trabalho visa a tratar dos mecanismos de efetivação das tutelas urgentes no direito individual. Todavia não se pode ignorar que o surgimento do processo coletivo (após a Lei da Ação Civil Pública – 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90), instituiu, no Brasil, um completo e eficaz sistema para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, especialmente se observados os artigos 21 da Lei 7.347/85 e 90 da Lei 8.078/90⁴⁵¹. O seu objetivo é *proteger os novos direitos e aqueles típicos da sociedade de massa; e, ainda, viabilizar a participação, mesmo que indireta, na reivindicação desses direitos*⁴⁵².

O artigo 84 do CDC permite que o juiz imponha um fazer ou um não fazer mediante ordem; é a coerção indireta presente na legislação especial, antes mesmo de estar presente no CPC.

A mesma possibilidade de imposição de multa se observa no artigo 52, V, da Lei 9.099/95⁴⁵³ – que instituiu os Juizados Especiais Estaduais.

A Lei 10.259/01 instituiu os Juizados Especiais Federais. Em seu artigo 17, anuncia que a sentença proferida contra a Fazenda Pública Federal, impondo a obrigação de pagar quantia, deve ser adimplida, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da entrega da requisição, por ordem do juiz à autoridade citada para a causa.

⁴⁵¹ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Art. 90. Aplicam-se as ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

⁴⁵² MARINONI, op. cit., p. 102.

⁴⁵³ Art. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: V – nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou não fazer, o juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o juiz de imediato arbitrará, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado.

Na hipótese de a referida requisição não ser atendida, o juiz deverá determinar o seqüestro do numerário suficiente para o cumprimento da decisão. Conforme o artigo 17, parágrafo 1º, dessa Lei, consideram-se pequenos valores a serem pagos, independente de precatório, aqueles até o limite de 60 (sessenta) salários mínimos.

Dessa forma, as disposições legais retro citadas traçam o perfil de um processo mais efetivo, quando utilizadas de maneira adequada, em harmonia com uma interpretação instrumental, que não deixa de visualizar o direito material e aspirar a um processo justo.

As técnicas processuais ideais para os casos conflitivos se extraem das necessidades decorrentes do direito material e da vida das pessoas, conforme a peculiaridade de cada situação apresentada. Isso justifica a opção política de intensificar-se o poder do magistrado, pois ele detém o poder-dever de conformar o processo segundo sua peculiaridade; e só existe essa oportunidade, porque o legislador a permitiu⁴⁵⁴.

Esses mecanismos da coerção indireta, coerção direta, interpretação instrumental, ao lado do direito fundamental à efetiva tutela de direitos (que encampa o direito à técnica processual adequada, o direito de participar por meio do procedimento adequado e o direito a uma resposta do juiz), serão capazes de ampliar, consideravelmente, a credibilidade do Poder Judiciário.

5.1 DIFERENÇA ENTRE EFETIVAÇÃO E EXECUÇÃO

No vocabulário jurídico, De Plácido e Silva esclarece:

EFETIVIDADE. Derivado de *efetivo*, do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer, acabar), indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra *efetivo* ou que está em *atividade*. Quer assim dizer o que *está em vigência*, *está sendo cumprido* ou *está em atual exercício*, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos. Opõe-se, assim, ao que *está parado*, ao que não tem efeito, ou *não pode ser exercitado* ou *executado*.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ MARINONI, op. cit., p. 289.

⁴⁵⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 138.

É possível afirmar-se que a compreensão do termo se harmoniza com a finalidade para a qual o mesmo veio a ser utilizado no CPC, ou seja, para inculcar a idéia de “força”, de “realização”, de “cumprimento”.

A expressão efetivação adentrou a legislação principalmente com a introdução, no CPC, da técnica da tutela antecipada. O artigo 273 do CPC, em seu parágrafo 3º, menciona a expressão “efetivação”.

Importa observar-se que a expressão “execução”, para alguns operadores do direito, está intimamente ligada a uma visão clássica do processo, que contempla um direito processual autônomo e independente, distante do direito substancial; valoriza, como procedimento, o ordinário; exige o esgotamento da fase do conhecimento, inclusive com o alcance do trânsito em julgado, para se admitir execução; valoriza a técnica apresentada pelo processo, de modo a priorizar a mesma em face do próprio direito substancial; aceita o dogma da *nulla executio sine título*; acredita que os meios executivos só podem ser aqueles conhecidos como sub-rogatórios e expressamente previstos na legislação, para assegurar a liberdade dos indivíduos, entre outros.

Como já explicitado no título anterior, a expressão efetivação pertence ao novo momento processual, na qual essa visão de processo vem sendo quebrada, como conseqüência da democratização do processo e constitucionalização do mesmo.

Embora a efetivação possa ser considerada sinônimo de execução, pesa, sobre o termo, toda uma carga ideológica, que, gradativamente, vem perdendo força em razão da crescente compreensão dos termos do processo civil moderno e de todos os seus valores⁴⁵⁶.

A técnica da tutela antecipatória quebra o dogma de que, apenas com o esgotamento da fase do conhecimento, a certeza jurídica pode ser alcançada, admitindo atos que atinjam o patrimônio do responsável pela obrigação ou que o “incentive” a cumprir o que de direito.

⁴⁵⁶“**EXECUÇÃO**. Derivado do latim *exsecutio*, de *esequi* (seguir até o fim, proceder judicialmente, perseguir), possui, na terminologia jurídica, uma variedade de acepções, todas elas tendentes a mostrar a intenção ou o *desejo de levar a cabo alguma coisa*, ou de *realizar um plano* ou *projeto*, concebido anteriormente, ou *concluir* o que fora iniciado. Significa, assim, o *ato* ou a *ação*, que não vem isolada. Surge como *complemento*, *cumprimento* ou conclusão de coisa ou de fato já existentes anteriormente. Pela execução, assim, completa-se, conclui-se ou se cumpre o que anteriormente estava determinado, decidido ou projetado. Em qualquer aspecto, pois, quer significar o ato que vem para cumprir ou completar alguma coisa ou para compelir alguém a cumprir ou completar o que era de seu dever. [...]”.(SILVA, op. cit., p. 239).

Por outro lado, revela o direito fundamental à tutela efetiva que o Estado apresenta. Nesse sentido é a lição de Teori Albino Zavascki:

“[...] Na linguagem jurídica, quando se fala em eficácia das normas, é possível dar a essa expressão dois sentidos bem distintos. Vista como fenômeno puramente abstrato, eficácia é a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos no mundo jurídico. Nesse sentido, ‘a eficácia da norma jurídica é a sua incidência’ e esta ‘se passa no mundo dos pensamentos’, ensina Pontes de Miranda. ‘Eficácia jurídica é a que produz no mundo do direito como decorrência dos fatos jurídicos e não’, segundo ele, ‘a mudança que atua nas relações jurídicas’.

Mas há um segundo sentido para a expressão: o que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações constantes do preceito normativo. Aqui, a eficácia é fenômeno que se passa, não no plano puramente formal, mas no mundo dos fatos, por isso mesmo é denominada eficácia social ou efetividade”.⁴⁵⁷

Da análise das expressões “efetivação” e “execução”, possível compreender-se que a expressão escolhida pelo legislador vem significar o sentido que o mesmo pretende apresentar, ou seja, a realização ou aproximação de um processo de resultados.

Ademais, as reformas processuais ocorridas a partir da Lei 8.952/94 (que introduziu, no artigo 273 do CPC, a tutela antecipada) exalam esse espírito novo, que cerca o atual processo civil (simplicidade, desformalização, interpretação instrumental, adequada proximidade entre o direito substancial e o processo civil, processo justo etc.).

Por fim, essa preocupação também pode ser notada na introdução da Lei 11.232/05, que trouxe ao CPC a fase do cumprimento de sentença para títulos judiciais.

Segundo essa legislação, abandona-se o antigo sistema da *actio iudicati*, para se adotar a *executio per officium iudicis*⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49.

⁴⁵⁸ “[...] O direito positivo brasileiro escolheu bem, a partir do Código de Defesa do Consumidor (art. 84) e da Lei nº 8.952, de 13.12.94 (que deu nova redação aos arts. 461 e 273 do CPC), reformar o procedimento da execução de sentença, abolindo, em nome da efetividade da tutela jurisdicional, o entrave histórico da *actio iudicati*, como processo autônomo e distinto frente ao processo de acerto e condenação.” (THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39.ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 17).

Após essa legislação, aquilo que era conhecido como processo de execução do título judicial passou a ser denominado fase de cumprimento de sentença. A alteração também pretende harmonizar-se com os valores do novo Processo Civil Brasileiro, deixando, ainda mais clara, a aproximação daquele processo de excelência.

5.2 EFETIVAÇÃO E MEIOS SUB-ROGATÓRIOS

A compreensão do termo efetivação foi tratada no título anterior, que pode traduzir-se na idéia de real satisfação (satisfação fática).

Por outro lado, meios sub-rogatórios, como ensina Marcelo Lima Guerra,

“[...] são aqueles com os quais o juiz substitui-se à pessoa do devedor realizando, em seu lugar, a prestação devida (entregar a coisa, pagar a quantia, realizar o fato)”⁴⁵⁹.

Os meios sub-rogatórios se encontram encampados entre aqueles meios ou atos que possibilitam o alcance da satisfação no campo empírico e se prestam, inicialmente, a atender a finalidade traçada em uma sentença condenatória, ou seja, por meio de atividade complementar, a satisfação no plano fático.

Nesse ponto, necessário recordar-se que, no presente trabalho, se adota a classificação ternária das sentenças, salientando-se que o conceito de sentença condenatória aqui utilizado não é restrito, como é aquele encontrado na teoria da correlação necessária entre condenação e meios executivos (= medidas sub-rogatórias)⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 37.

⁴⁶⁰ “[...] Como se sabe a teoria da correlação necessária entre condenação e meio executivo prega, partindo do já indicado conceito restritivo de tutela executiva às medidas sub-rogatórias, que só é lícito, num dado sistema jurídico, proferir sentenças condenatórias quando existir, no mesmo sistema, a previsão legal de meios executivos (vale dizer, meios sub-rogatórios) aptos a proporcionar a satisfação do direito reconhecido na mesma sentença. Tal concepção, desenvolvida principalmente por Mandrioli, empregada à luz do direito positivo italiano, onde não são admitidas na lei, em caráter geral, as medidas coercitivas, conduzia a excluir a possibilidade de se proferir sentenças

Enquanto imperaram as regras e princípios decorrentes do direito liberal clássico, o juiz não gozava do poder de executar, para não tangenciar o campo da arbitrariedade, colocando em risco as liberdades. Quando a execução foi encampada pela jurisdição, para evitar arbítrio, permaneceram vigentes, o princípio da inércia do juiz e o da tipicidade das formas executivas⁴⁶¹.

Isso significa que os meios executivos, como regra, se encontram expressos na legislação processual. Como consequência, os meios sub-rogatórios, que objetivam o alcance do patrimônio do devedor sem a participação do mesmo, encontram-se também encampados por esses meios executivos.

Humberto Theodoro Jr., ao tratar dos meios executivos, anuncia que “O Estado se serve de duas formas de sanção para manter o império da ordem jurídica: os meios de *coação* e os meios de *sub-rogação*”⁴⁶².

O meio executivo adequado deverá conformar-se com o “objeto” do processo⁴⁶³.

Araken de Assis ensina:

A sub-rogação abrange a expropriação (art. 647 do CPC), o desapossamento (art. 625) e a transformação (art. 634). No contexto da expropriação, cumpre distinguir o desconto (art. 734), e, como o exemplo da execução comum da obrigação pecuniária acima indicou, a alienação (art. 708, I) a adjudicação (art. 708, II) e o usufruto (art. 708, III).⁴⁶⁴

Dessa forma, para as tutelas urgentes (cautelar, antecipada/interinal e sumária urgente satisfativa), os meios sub-rogatórios (que implicam em desapossamento, transformação e expropriação) poderão ser utilizados, quando adequados ao objeto do processo.

Analisando-se, por hipótese, uma decisão em processo cautelar (que apresenta natureza instrumental, e não objetiva a satisfação no plano fático,

condenatórias, quando o direito deduzido em juízo correspondesse a uma obrigação infungível”. (GUERRA, op. cit., p. 45/46).

⁴⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 85.

⁴⁶² THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 123.

⁴⁶³ “[...] Impedir a poluição do lençol freático por indústria química, despoluir águas do açude e compelir o obrigado inadimplente a entregar determinada quantia são metas díspares, inconfundíveis, que exigem técnicas executivas equivalentemente desiguais. (ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 9. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 121)”.

mas garante um processo futuro), e, ainda, diante da circunstância concreta apresentada, admite-se pedido liminar ou não (art. 804 do CPC⁴⁶⁵), uma vez que o meio de transformação (sub-rogação) parece inadequado.

O meio de transformação implica na invasão da esfera patrimonial do réu para a efetivação de uma obrigação de fazer fungível ou outra equivalente. É atividade bastante complexa, como registra o artigo 633⁴⁶⁶ e seguintes do CPC (cujo procedimento consiste em perícia avaliatória do custo e extensão da obra; seguindo-se abertura de procedimento licitatório; culminando com a oportunidade de o credor, em igualdade de condições, obter preferência para realizar a obra (art. 637⁴⁶⁷); cobrando-se o custo do empreendimento, se o exequente não adiantá-lo em execução paralela do obrigado)⁴⁶⁸.

Esse meio sub-rogação se diz adequado ao alcance de uma tutela específica, objetivando a satisfação do autor no mundo fático, porém não ao processo cautelar, que é marcado por sua natureza instrumental.

O meio de desapossamento (art. 625⁴⁶⁹ do CPC) pode ser adequado a uma tutela urgente (cautelar), na hipótese de o desapossamento ocorrer em relação à coisa móvel e apenas objetivar assegurar um processo futuro. A busca e apreensão, nesse caso, objetivarão garantir e assegurar um processo futuro.

Em contrapartida, o desapossamento também pode apresentar-se adequado para tutelas antecipatórias deferidas em caráter urgente. Aqui, independe que o objeto da antecipação consista em coisa móvel ou imóvel, pois tanto a busca e apreensão quanto a imissão na posse entregará uma satisfação empírica antecipada, a ser confirmada ou não em sentença final.

O meio expropriatório, conforme o caso concreto, igualmente pode apresentar-se mais adequado diante de certa tutela urgente. A tutela antecipada

⁴⁶⁴ ASSIS, op.cit., p. 123.

⁴⁶⁵ Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

⁴⁶⁶ Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos, caso em que ela se converte em indenização.

⁴⁶⁷ Art. 637. Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro.

⁴⁶⁸ ASSIS, op. cit., p. 129.

urgente, por exemplo, pode apresentar “alimentos” como objeto (em ação decorrente de relação de família ou ato ilícito), cujo meio sub-rogatório, bastante utilizado, é o “desconto”, em folha de pagamento, do réu em favor do autor, nos termos do artigo 16 da Lei 5478/68 – art. 734, *caput* e parágrafo único, do CPC.

Outro meio sub-rogatório bastante utilizado é a penhora (art. 659 do CPC), que pode apresentar-se adequada em alguma situação posta, entre as tutelas urgentes. Os meios sub-rogatórios expropriatórios, como alienação, adjudicação e usufruto, igualmente podem, em determinada hipótese, ser considerados adequados, para melhor atenderem a satisfação empírica⁴⁷⁰.

Em razão do avanço tecnológico tem-se também a novidade da penhora *on line*, conseqüência da modernização e informatização do Poder Judiciário. O que antes se fazia por meio de ofício datilografado, hoje se faz por meio eletrônico⁴⁷¹.

O bloqueio *on line* inicialmente ocorreu na Justiça do Trabalho, em razão do convênio firmado entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central do Brasil, assinado em cinco de março de 2002 e denominado BACEN JUD.

No Estado de São Paulo, por exemplo, como ocorre em outros Estados, recentemente, o Tribunal de Justiça firmou convênio com o Banco Central do Brasil para a transmissão pela Internet de bloqueio e desbloqueio de contas e de ativos financeiros, nos termos do Provimento CG n. 21/2006, de 17/08/2006.

No sistema pátrio, como já anotado em capítulos anteriores, em razão da opção política do legislador, o juiz está, em princípio, autorizado a adotar quaisquer dos mecanismos de efetivação presentes no pátrio sistema (coercitivos ou sub-rogatórios), para a conformação e adequação do conteúdo da sentença condenatória, naquelas atividades complementares, para a realização do resultado útil do processo (art. 461, parágrafos 4º e 5º, art. 461, parágrafo 3º, art. 273

⁴⁶⁹ Art. 625. Não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou móvel.

⁴⁷⁰ “[...] Observe-se, por oportuno, que as medidas sub-rogatórias caracterizadoras da execução direta podem ser as mais diversas, sem perderem seu caráter *substitutivo*, de forma a melhor satisfazerem o direito do credor. Assim, de acordo com os critérios variados – tais como o conteúdo do direito a ser satisfeito, ou os bens materiais que responderão pela execução –, as medidas sub-rogatórias utilizáveis em determinado ordenamento podem ser construídas diferentemente e disciplinadas em procedimentos executivos também específicos e diferenciados.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999. p. 25).

parágrafo 3º, todos do CPC, e art. 84 parágrafo, 5º, do CDC), caracterizando o direito brasileiro como um sistema misto de medidas coercitivas judiciais.⁴⁷²

Nesse sentido, a lição de José Miguel Garcia Medina:

“[...] a questão de se saber quais as medidas executivas a serem realizadas (coercitivas ou sub-rogatórias) deve ser resolvida em atenção ao objeto da execução (dar, fazer infungível etc.) e não à decisão com base na qual se realiza a execução. Como se verá adiante, mesmo nas ações mandamentais – em que a ordem é expedida em caráter principal – a ordem funciona como meio coercitivo, razão pela qual a doutrina aponta como elemento distintivo entre sentença condenatória e mandamental apenas o fato de nesta haver ordem já na sentença, enquanto naquela não. E acrescenta em nota: O que não impede, como se verá adiante, que se emita ordem no curso da execução de sentença condenatória. Nem por isso, no entanto, a sentença executada deixará de ser condenatória.”⁴⁷³

Portanto, no presente estudo, não se admite que a sentença condenatória esteja exclusivamente ligada à execução por sub-rogação⁴⁷⁴.

Como mencionou Jorge Miranda em palestra proferida na Universidade Federal do Ceará, o advento dos direitos fundamentais inicia uma autêntica “revolução copernicana” no mundo jurídico⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ SILVA, Bruno Freire e. O bloqueio *on line* e a necessária aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2006. p. 106.

⁴⁷² Observa-se que Marcelo Lima Guerra ao tratar da tipicidade dos meios executivos no CPC (antes da reforma de 1994) anotou que a expressão “sistema **misto** de medidas coercitivas jurisdicionais” foi expressão já utilizada por Proto Pisani. E, ainda, que o sistema brasileiro se caracterizava até o advento da reforma de 1994, como um *sistema típico de tutela executiva*. (GUERRA, op. cit., p. 29/30).

⁴⁷³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil princípios fundamentais**. São Paulo: RT, 2002. p. 292.

⁴⁷⁴ “[...] Adverte, porém, Carnelutti, que mesmo sendo dotadas de uma idêntica finalidade, assemelhando-se, portanto, no aspecto funcional, essas duas formas de intervenção estatal diferem radicalmente no que diz com a estrutura de cada uma. Tanto que, enquanto a primeira dessas técnicas – cujas medidas sempre podem, sempre segundo Carnelutti, ser propriamente chamadas de *medidas coercitivas contra o obrigado* – atua sobre a vontade do devedor, a segunda se realiza independentemente da vontade do devedor e tende, assim, ‘a conseguire non l’adempimento ma la risultato dell’adimpimento senza di esso, cioè senza il concorso della volontà dell’obbligato’.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile – processo di esecuzione**. V. I. Padova: Cedam, 1932. p. 7. apud GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999. p. 31).

⁴⁷⁵ “[...] Tal imagem é, sem dúvida, de singular felicidade, pois assim como na cosmologia de Copérnico significou uma ruptura com aquela então vigente, baseada nas idéias de Ptolomeu, transferindo o centro do Universo da Terra para o Sol, com a positivação recente dos direitos fundamentais, e as teorizações sobre eles realizadas no constitucionalismo contemporâneo,

Por conseguinte, nesse Estado Constitucional, “quebra-se” o dogma de que existe a necessidade de leis para se alcançar satisfação. Como conseqüência, intensificam-se os poderes dos juízes, pois estes, ao lado do Estado (legisladores), apresentam o poder-dever de conformação da norma ao caso concreto, com a responsabilidade de entregar uma tutela jurisdicional efetiva.

5.3 EFETIVAÇÃO E MEIOS COERCITIVOS

Com a superação da concepção privatista do processo, foi permitida aos juristas uma consciência mais avançada sobre a exigência da efetividade da tutela jurisdicional, hoje interpretada como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88).

A partir da consciência acima anotada, o processo de resultado ou a satisfação empírica deixou de ser finalidade exclusiva da execução forçada⁴⁷⁶.

Importa anotar-se que Giuseppe Chiovenda, em suas reflexões sobre o alcance de uma satisfação no plano fático, já realizava a colocação sistemática das medidas processuais coercitivas no âmbito da tutela executiva⁴⁷⁷. Ao tratar dos meios executivos, esclarece:

Se a atuação da lei mediante cognição tende constantemente a um mesmo resultado, a saber, a verificação da vontade da lei; a atuação da vontade da lei mediante execução, no raio do objetivo geral que se propõe, ou seja, a obtenção prática do bem garantido, apresenta-

sobretudo de influência alemã, o centro do universo jurídico deixa de ser a *lei* (entendida, principalmente, como a produção normativa infraconstitucional), posição que passa a ser ocupada pelos próprios direitos fundamentais. Com isso, coloca-se como centro e fundamento do ordenamento jurídico, *enquanto direito positivo*, a dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos fundamentais. [...] Com o exposto reconhecimento, no texto constitucional, de que as normas asseguradoras de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, pretendeu-se superar em definitivo, aquela concepção, própria do Estado Liberal do século XIX, segundo a qual tais normas ‘dependiam de lei’ para serem eficazes, permitindo a chamada *justiciabilidade* desses direitos fundamentais”. (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 82/83).

⁴⁷⁶ “[...] Assim, percebe-se, facilmente, que essa divisão das medidas judiciais em sub-rogatórias e coercitivas situa-se, na realidade, em um plano muito mais amplo que o do processo de execução, a saber, na sua atividade, destinadas a obter o resultado prático consistente na conduta de alguém ou em seu equivalente prático, seja para satisfazer direito consagrado em título executivo (tutela executiva), seja para fazer obedecer o comando jurídico contido em decisão interlocutória ou final (tutela antecipada, cautelar, cumprimento de ordens judiciais de caráter instrutório)”. (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999. p. 24).

⁴⁷⁷ GUERRA, op. cit., p. 30.

se nos modos mais diversos, conforme dois fatores: a diversa natureza do bem a conseguir, e a diversa natureza dos meios de consegui-lo. A execução identifica-se em cada caso com determinado meio executivo. [...] Por *meios* executivos se entendem as medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito. Esses meios executivos podem dividir-se em *meios de coação* e de *sub-rogação*.⁴⁷⁸

Todavia os doutrinadores posteriores a Giuseppe Chiovenda, como Francesco Carnelutti, rejeitaram essa orientação, passando a adotar um conceito mais restrito de execução forçada, como mostra a história do direito processual.

Entretanto, a partir das seqüenciais mini-reformas ocorridas no CPC brasileiro, foi necessário refletir-se sobre a postura então vigente (adoção de um conceito restrito de execução forçada), para compreender-se que no Processo Civil Pátrio, a opção legislativa ocorreu em sentido inverso, especialmente com a expressa disposição constante do artigo 5º, inciso XXXV, dentre os direitos fundamentais, nessa Carta Magna.

A opção do legislador, como já mencionado em títulos anteriores desta pesquisa (art. 461 - parágrafos 4º e 5º, art. 461-A - parágrafo 3º, art. 273 - parágrafo 3º, todos do CPC, e art. 84 - parágrafo 5º, do CDC), trouxe valioso e indispensável apoio de que a tutela jurisdicional efetiva passe da esperança à realidade.

A interpretação do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, erigido à categoria de direito fundamental, implica na consciência de que não há normas constitucionais programáticas (meras declarações de princípios)⁴⁷⁹.

Marcelo Lima Guerra extrai, desse contexto, três princípios, a saber:

⁴⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. V. I. Tradução por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. p. 348/349.

⁴⁷⁹ “[...] Verifica-se, portanto, que as diferenças entre o discurso tradicional dos processualistas e aqueles constitucionalistas que enquadram a efetividade da tutela jurisdicional como um *direito fundamental* está, precisamente, no diverso *status*, ou melhor, na maior *força jurídica* que adquirem as exigências que integram o conteúdo da garantia da tutela efetiva.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999. p. 52).

- a) o juiz tem o *poder-dever* de negar a aplicação à lei infraconstitucional, na medida e na extensão em que se revele, no caso concreto, contrária a um direito fundamental, ou mesmo impondo-lhe limitações excessivas;
- b) em toda sua atuação jurisdicional, a atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da *interpretação conforme à Constituição*, no seu duplo sentido de impor que a lei infraconstitucional seja sempre interpretada, em primeiro lugar, *tendo em vista a sua compatibilização com a Constituição*, e, em segundo lugar, de maneira a adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo;
- c) o juiz tem o *poder-dever* de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelam necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ele submetida.⁴⁸⁰

Essas exigências decorrentes da interpretação do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 notadamente anunciam o “postulado da máxima coincidência possível”, expressão criada por José Carlos Barbosa Moreira⁴⁸¹.

O autor retrocitado explicita que a exigência da efetividade da tutela jurisdicional se traduz na necessidade de que o resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico.

A idéia acima esposada poderia traduzir-se na afirmação de que se necessitaria de um ordenamento completo e pleno. Esse ordenamento pleno e completo apresentaria, como meios executivos, os sub-rogatórios e os coercitivos, ambos aptos e adequados a realizar a satisfação do direito pretendido.

Na verdade, um sistema típico para a efetivação de um direito subjetivo não atenderia a essas expectativas. Isso justifica a opção do legislador pátrio pelo sistema misto, no que tange à efetivação de direitos subjetivos, pois a reforma foi inspirada na efetividade do processo⁴⁸².

⁴⁸⁰ GUERRA, op. cit., p. 53/54.

⁴⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 215.

⁴⁸² “[...] Agora, com a atribuição de poderes indeterminados ao juiz para em caráter complementar e subsidiário à legislação vigente, fixar os meios executivos mais adequados à situação concreta, o direito brasileiro passa a construir-se em um *sistema misto* de tutela executiva, ou seja, um sistema onde convivem meios executivos *típicos* com aqueles que podem, *atipicamente*, ser determinados pelo juiz.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999. p. 64).

Fica bastante claro que o fato de a tutela jurisdicional efetiva, hoje, se encontrar na categoria de direitos fundamentais exigiu do sistema uma nova postura⁴⁸³.

Marcelo Lima Guerra anota:

Este regime jurídico próprio dos direitos fundamentais se manifesta em diversas garantias, com as quais se busca assegurar a eficácia concreta desses mesmos direitos. Assim se caracterizam a *aplicabilidade imediata* das normas fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), com a qual se relaciona a *vinculação dos poderes públicos*, bem como a inclusão dos direitos fundamentais no rol das “clausulas pétreas” (CF, art. 60, § 4º, inc. IV). [...] Com o expreso reconhecimento, no texto constitucional, de que as normas asseguradoras de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, pretendeu-se superar, em definitivo, aquela concepção, própria do Estado liberal do século XIX, segundo o qual tais normas “dependiam de lei” para serem eficazes, permitindo a chamada *justicialidade* desses direitos fundamentais.⁴⁸⁴

Por conseguinte, os direitos fundamentais apresentam *força vinculativa*, que lhes expressa valores. A tutela jurisdicional efetiva, vista como direito fundamental, deve realizar-se nos termos do que foi disposto na Carta Magna.

Isso significa que as normas asseguradoras de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, restando superada a concepção segundo a qual tais normas dependiam, de lei para serem eficazes. E essa aplicação imediata das normas fundamentais denominou-se *justiciabilidade*.⁴⁸⁵

Nesse contexto, Robert Alexy esclarece sobre *justicialidade*:

“[...] somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, possa ser verificada por um tribunal, que são, portanto, *justiciáveis*. [...] Normas de direitos fundamentais, cuja violação não pode ser verificada por nenhum tribunal têm, pelo contrário, um caráter não-justiciável e são, nisso, vinculativas não juridicamente, senão, talvez, moral ou politicamente. Elas são meras normas programáticas ou, se se quer formular polemicamente, mera lírica constitucional.”⁴⁸⁶

⁴⁸³ “[...] O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma *nova categoria jurídica*, é, precisamente, a *força jurídica reconhecida a tais valores*.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 83).

⁴⁸⁴ GUERRA, op. cit., p. 83.

⁴⁸⁵ GUERRA, op. cit., p. 83.

⁴⁸⁶ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999. p. 73.

Os direitos fundamentais são positivados, pois é direito da sociedade que exista um Estado apto a concretizá-los. A institucionalização inclui a justicialização⁴⁸⁷.

Robert Alexy, ao tratar do problema dos direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional, alerta que, em razão do caráter obrigatório dos direitos fundamentais (após a institucionalização e a justicialização), muitos problemas se tornam visíveis, especialmente a questão da colisão desses direitos. Harmonizar o escalão hierárquico supremo, a força de concretização suprema e os objetos, exige a *máxima interpretação*⁴⁸⁸.

Para estudar a questão da interpretação, ele divide as normas jurídicas, segundo o critério de sua estrutura lógica, em duas categorias distintas, conforme segue:

“[...] Regras e princípios. [...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas jurídicas. Princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*. Como tais eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos. As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisão de princípios é a ponderação. [...] Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro da fática e juridicamente possível. Elas são, portanto, *mandamentos definitivos*. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção.”⁴⁸⁹

O autor conclui que a teoria dos princípios não diz que catálogos de direitos fundamentais não contêm, absolutamente, regras. Mas acentua que esses catálogos, na medida em que efetuam determinações definitivas, têm uma estrutura

⁴⁸⁷ ALEXY, op. cit., p. 73.

⁴⁸⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 63.

⁴⁸⁹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999. p. 75.

de regras, salientando que o plano das regras precede, *prima facie*, o plano dos princípios⁴⁹⁰.

Assim sendo, para Robert Alexy, a teoria dos princípios pode levar a sério a Constituição, sem exigir o impossível. Com base na ponderação, possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilização. Esse exercício resultaria no alcance da anunciada *máxima interpretação*.

O *mandado de otimização*, que constitui o princípio, apresenta caráter aberto e exige do operador jurídico uma intensa atividade valorativa⁴⁹¹.

O direito fundamental é marcado pela característica da *aplicabilidade imediata*. Dessa feita, compreende a supremacia da Constituição Federal, enquanto princípio, sua concretização suprema e objetivo (conteúdo) num todo equilibrado, revelando a interpretação.

Após essa compreensão, fica mais claro como se deve compreender a questão da “efetivação” segundo a opção legislativa. Diante do direito fundamental à tutela efetiva, especialmente à urgente, os meios coercitivos são encarados como mais uma alternativa a possibilitar a alteração da situação fática.

Porém registra-se a advertência de Donaldo Armelin:

“[...] Sem ingressar na faina exegética desse novo preceito legal, deve-se se ressaltar que os meios indiretos de coerção, de natureza pecuniária, somente tem efetividade e resposta adequada se e quando a violação do dever legal puder ser atribuída ao titular de patrimônio hábil a suportar essa sanção. Inexistindo este, tal como sucede na execução infrutífera, a sanção legal perde toda sua eficácia.”⁴⁹²

Em razão dessas limitações, o sistema, expressamente, autoriza o intercambio entre os mecanismos de sub-rogação e coerção, utilizando-se o mais adequado para o alcance da pretendida efetivação (arts. 273 - § 3º, 461 - §§ 4º e 5º, 461-A - § 3º, todos do CPC)⁴⁹³.

⁴⁹⁰ ALEXY, op. cit., p. 75.

⁴⁹¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 85.

⁴⁹² ARMELIN, Donaldo. Realização e execução das tutelas antecipadas. **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro, p. 505-521, 2003. p. 516.

⁴⁹³ “[...] Assim, no caso em que se mostra necessária a tutela antecipatória de soma em dinheiro, é errado supor que o juiz deva aplicar as modalidades executivas que servem à tradicional “execução de quantia certa”, apenas porque não foi expressamente prevista medida executiva adequada, como multa. Diante dessa hipótese, basta ao juiz *justificar* a necessidade dessa técnica executiva, *aludindo*

Os meios coercitivos ou meios executórios de coerção se classificam em patrimonial e pessoal⁴⁹⁴.

Com a adoção do liberalismo e a concomitante inserção do princípio da intangibilidade corporal, a obrigação de fazer infungível passou a ter, como solução, o equivalente pecuniário. Ocorre que essa solução intensificou a frustração de numerosos direitos, que, como consequência, passaram a gerar a insatisfação e o descrédito do Poder Judiciário⁴⁹⁵.

Até a reforma de 1994, o único meio coercitivo disciplinado no CPC para a tutela das obrigações de fazer ou não fazer, era a multa diária⁴⁹⁶.

A opção legislativa pela “proteção” dos direitos refletiu-se na responsabilização pela entrega e efetivação da tutela jurisdicional, como aludido nos títulos anteriores. A adoção da técnica conhecida como “astreinte” objetivou superar-se o problema do inadimplemento diante de obrigação de fazer infungível⁴⁹⁷.

à situação carente de tutela, para que então a multa possa ser aplicada com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Na realidade, o juiz tem poder-dever de dar efetividade ao seu trabalho, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva. Assim, qualquer que seja a situação concreta, o juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, cruzando os braços diante da omissão legislativa ou de falta de clareza da lei, como se o dever de prestar a tutela jurisdicional não fosse seu, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 235).

⁴⁹⁴ Araken de Assis informa que a *manus injectio* é o mais antigo dos meios executórios institucionalizado pelo direito romano; perdurou até a adiantada época da *extraordinaire cognitio*, quando conviveu com a já moderna *actio iudicati*. De natureza privado-penal, sua efetividade normativa é polêmica durante o largo do tempo. Caracterizava a *manus injectio* o emprego da força contra o próprio obrigado. Acorrentado na praça pública, ele era exprobadado a solver a dívida e, finalmente, remanescendo insatisfeito o crédito reclamado pelo credor, padecia o devedor a brutal e irreversível sanção da morte. Essa execução, de caráter cruel, era qualificada de ‘pessoal’; pela dívida respondia, diretamente, o corpo do devedor. O patrimônio só interessava mediatamente. Tiveram uso intenso essas formas da coação pessoal nos turbulentos séculos seguintes. Além da captura e da *mulcta*, o Medievo conheceu, a partir da assunção de poderes jurisdicionais por autoridades eclesiásticas, a fatal e poderosa *excomungatio*. O liberalismo lançou o princípio da *intangibilidade corporal* em razão de dívidas. Então essa forma de coerção pessoal desapareceu no início da Revolução de 1789, ressurgindo na onda da repressão republicana. A CF/88 só permite prisão civil em dois casos. (ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 9. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 124).

⁴⁹⁵ GUERRA, op. cit., p. 125.

⁴⁹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 126.

⁴⁹⁷ “[...] o direito comparado cunhou três expedientes de indução compulsória do executado ao cumprimento: a) a *astreinte*, que é a multa pecuniária, caracterizada pelo ‘exagero do algarismo’ e a ausência de limites temporais, produto da inovadora jurisprudência francesa; b) o regime misto alemão, que declara o executado ao pagamento de uma soma em dinheiro e, para o caso desta não se mostrar cobrável, a ameaça de prisão, limitando, porém, o valor da multa e o tempo da pena; c) o *contempt of court*, próprio da *common law*, que reputa desacato e desobediência o descumprimento da ordem emanada do Tribunal, representa, na opinião de muitos, “o instrumento mais eficaz para assegurar a realização concreta dos direitos do credor correlativos das obrigações infungíveis.” (GUERRA, op. cit., p. 125/126).

O meio coercitivo patrimonial (multa) é contemplado nos artigos 273 - § 3º, 287⁴⁹⁸, 461 - §§ 4º e 5º, 461-A - § 3º⁴⁹⁹, 621 - parágrafo único⁵⁰⁰, 644⁵⁰¹ e 645⁵⁰², todos do CPC. Com as alterações legislativas, a execução indireta foi substancialmente aperfeiçoada. A disciplina da multa diária foi renovada, o mesmo ocorrendo com o artigo 461 - § 5º, que reconheceu o poder-dever do juiz, o qual se apresenta autorizado a conceder medidas coercitivas inominadas, adequando-as ao caso concreto⁵⁰³. Tudo isso, em harmonia com a teoria dos direitos fundamentais, visando ao alcance do mandado de otimização.

Como já apontado, a coerção patrimonial resta ineficaz, quando o obrigado não apresenta patrimônio. Nessa hipótese, o meio coercitivo patrimonial (multa) será inadequado, restando, ainda, se adequado ao caso concreto, analisado como meio coercitivo, a pessoal.

A prisão por dívida, no Brasil, só ocorre em duas hipóteses, como anuncia o art. 5º, inciso LXVII, da CF/88, como sabido, da obrigação pecuniária alimentar e da obrigação (alternativa) de entregar a coisa depositada ou seu equivalente em dinheiro.

Marcelo Lima Guerra aponta a prisão civil como medida inominada. Explicita que a expressão “dívida”, constante do art. 5º, inciso LXVII⁵⁰⁴, da CF/88, pode apresentar dois sentidos: *obrigação de pagar quantia ou obrigação civil*. E prefere interpretá-la como *tese ampliativa*, porque mais adequada ao contexto constitucional, observando que a expressão (dívida) proíbe a prisão somente na hipótese de dívida, significando obrigação de pagar quantia⁵⁰⁵.

⁴⁹⁸ Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória da tutela (arts. 461, § 4º e 461-A).

⁴⁹⁹ Art. 461-A - § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

⁵⁰⁰ Art. 621 – § único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo.

⁵⁰¹ A sentença relativa a obrigação de fazer e não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo.

⁵⁰² Art. 645. Na execução de obrigação de fazer e não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

⁵⁰³ GUERRA, op. cit., p. 126.

⁵⁰⁴ Art. 5º, LXVII – não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

⁵⁰⁵ GUERRA, op. cit., p. 134/137.

Assim sendo, na hipótese de obrigação civil (obrigação de fazer ou não fazer; obrigação de entrega etc.), perfeitamente possível a aplicação do meio coercitivo pessoal, sem tangenciar-se a regra constitucional.

Luiz Guilherme Marinoni apresenta a questão de modo diverso, salientando que a tutela adequada é aquela que não ignora o direito material e a realidade social, esclarecendo:

“[...] Como é óbvio, a regra processual da execução de dinheiro por expropriação – como técnica que é – foi feita para atender determinadas e específicas necessidades do direito material. Portanto, a pergunta que deve ser feita não deve recair sobre a técnica processual que é utilizada no caso de tutela final, mas sim sobre as diferentes necessidades daqueles que precisam de tutelas final e antecipada de soma em dinheiro.

A necessidade de o lesado receber imediatamente dinheiro não se diferencia da necessidade de recebimento de alimentos fundados em direito de família. O lesado que, em decorrência do ilícito, precisa imediatamente de soma dinheiro para suprir necessidades primárias, de manutenção do lar, de educação dos filhos ou mesmo de saúde, não está em situação mais vantajosa do que aquele que se vê na urgência de pedir alimentos fundados em direito de família.

Em outros termos, a fonte dos alimentos – direito de família ou ato ilícito – não altera a necessidade. Se é assim, não há como dar meios de execução efetivos a um caso, esquecendo o outro. *Isso constituiria lesão ao princípio da igualdade.* Por essa razão, não há como retirar do art. 273 do CPC a idéia de que a tutela antecipatória de soma não pode ser executada mediante o uso dos meios de execução previstos nos arts. 733 e 734 do CPC. Se a necessidade de antecipação de soma não pode ser negada – e por isso a tutela antecipatória foi concedida, não há razão para se deixar de executar a soma por intermédio das técnicas de desconto em folha, do desconto de renda periódica ou da ameaça de prisão.”⁵⁰⁶

Por conseguinte, considerando o direito material e a realidade social apresentada pelo caso concreto, a análise permitiria a conformação do meio mais adequado para o alcance da satisfação no plano fático.

Interpretação diversa estaria a contrariar a Constituição Federal, que poderia significar que se pretende desconsiderar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 203-204.

⁵⁰⁷ MARINONI, op. cit., p. 204.

Ressalte-se que, para alguns operadores do direito, o meio executivo (sub-rogatório ou coercitivo) está ligado à definição da natureza da sentença. Esse raciocínio, normalmente, é desenvolvido por aqueles que defendem a classificação quinária das sentenças.⁵⁰⁸

Entretanto, na presente pesquisa, adota-se a classificação ternária das sentenças e compreende-se que a sentença condenatória é aquela que necessita de complemento, para produzir efeitos no mundo empírico. Tais efeitos, para serem alcançados, necessitam ser adequados à pretensão posta pela sentença, considerando-se o conteúdo da obrigação posta na causa de pedir.

Portanto, os mecanismos de efetivação são apenas meios ou técnicas que buscam conformar a pretensão prevista pela decisão ao seu resultado efetivo, apresentando-se na forma de sub-rogatórios, como estudado no título anterior, ou coercitivos, ora objeto de análise.

As denominadas sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* não passam, na realidade, de sentenças condenatórias, cujo meio mais adequado para se alcançar o resultado previsto na decisão invoca os mecanismos de efetivação aqui estudados.

As disposições trazidas com as reformas verificadas no CPC, como os arts. 273 - § 3º, 287, 461- §§ 4º e 5º, 461-A - § 3º, 621 - § U, 644 e 645, ou art. 84 do CDC, ou art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII⁵⁰⁹, da CF/88, apontam certa mitigação do princípio da congruência entre a sentença e o pedido.

A imposição decorrente da disposição constitucional que anuncia o “direito de proteção” – art. 5º, inciso XXXV, apresenta o poder-dever do juiz.

Os artigos 273 - § 3º, 461 - § § 4º e 5º, ou o 461-A - § 3º, todos do CPC, igualmente anunciam esse *dever de conformação* especialmente nas expressões: “poderá o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas necessárias...”, munindo o juiz da possibilidade de realizar sua atividade a contento.

⁵⁰⁸ Luiz Guilherme Marinoni ao tratar do direito ao provimento adequado enfatiza que as decisões interlocutórias ou definitivas devem assumir formas variadas para poder tutelar de maneira adequada os direitos e conclui: “[...] Se é assim, é inevitável concluir que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva jamais poderá ser atendido por meio dos provimentos da classificação trinária. Tal direito depende de provimentos mandamentais e executivos.” (MARINONI, op. cit., p. 210-211).

⁵⁰⁹ Art. 5º - LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Como consequência, essa “intensificação de poderes” revela a mitigação do conhecido princípio da congruência existente entre o pedido e a sentença.

Hoje, o juiz, para cumprir a sua atuação com responsabilidade e compromisso, precisa compreender a necessidade do requerente, oferecendo a tutela jurisdicional adequada ao mesmo, que nem sempre é aquela que contém o pedido.

Essa mensagem parece ser reforçada com o teor do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, que trouxe, explícito, o princípio da fungibilidade, onde o compromisso do juiz é entregar a tutela adequada a que realmente atenda aos interesses da parte.

Superada a ideologia do Estado Liberal, adotado o sistema misto (admitidos meios sub-rogatórios e coercitivos) para a busca do processo de resultado, viu-se afastado o princípio da tipicidade dos meios de execução e, concomitantemente, intensificação dos poderes dos juízes, que, atualmente, conforme determinação constitucional, têm a responsabilidade não só da entrega da tutela jurisdicional como também da efetivação da mesma⁵¹⁰.

É possível questionar-se como realizar a escolha do mecanismo de efetivação mais adequado ou mais idôneo e menos oneroso ao demandado?

Luiz Guilherme Marinoni oferece a resposta: “[...] A execução deve ter os seus graus de efetividade e de interferência medidos de acordo com o caso conflitivo concreto.”⁵¹¹

Em relação aos meios coercitivos, tem-se a *multa* (coerção patrimonial), que, via de regra, será eficaz, quando o obrigado apresentar patrimônio, sendo possível a intimidação do mesmo, incentivando-o.

A prisão, como mecanismo de coerção (pessoal), devido ao seu grau de agressividade, é o mais excepcional de todos os mecanismos de efetivação

⁵¹⁰ “[...] Em razão disso, conferem-se maior extensão e potencialidade à efetivação da tutela jurisdicional. Isso é corolário do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional. Contudo, se é inegável que o meio executivo deve ser hábil para proporcionar, em abstrato ou em termos de efetividade social, a tutela dos direitos, esse meio executivo deverá gerar a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.” (MARINONI, op. cit., p. 212).

⁵¹¹ MARINONI, op. cit., p. 213.

das tutelas. Porém a sua utilização será indicada, quando os demais meios (sub-rogatório e coerção) forem incapazes de levar à tutela do direito⁵¹².

Obviamente, se o objeto da obrigação a ser satisfeita implicar em pagamento de quantia e o obrigado não apresentar patrimônio capaz de solver a dívida, tal qual a multa, a prisão igualmente se mostrará inútil.

Em razão da opção pelo sistema misto, no que tange à busca do resultado do processo e, como consequência, eliminação do princípio da tipicidade dos mecanismos de efetivação, o juiz necessita justificar suas escolhas, possibilitando um controle crítico sobre essas, apurando se ocorre legitimidade em razão da *adequação e necessidade* daquele mecanismo eleito⁵¹³.

Nesse contexto, é possível concluir-se que os mecanismos de coerção (multa e prisão) se vêm caracterizando como instrumentos de concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva ao lado dos sub-rogatórios.

Os mecanismos coercitivos (multa e prisão) utilizados para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva, necessariamente, são utilizados para a efetivação das tutelas jurisdicionais urgentes (tutela cautelar, tutela antecipada e sumária urgente satisfativa).

Na tutela urgente antecipada, a coerção pessoal ou patrimonial pode ser utilizada segundo a adequação que o caso concreto exigir. Observam-se os critérios traçados por Luiz Guilherme Marinoni, quais sejam, necessidade e idoneidade do mecanismo eleito e, conseqüentemente, justificando a legitimidade do mesmo.

Na tutela urgente cautelar, lembrando a sua marca instrumental, o mesmo raciocínio é admissível, sempre considerando o caso concreto. Observa-se que, em razão do caráter instrumental da mesma, os meios sub-rogatórios são mais utilizados.

No processo cautelar, visualiza-se processo único (atos de cognição e execução), seu decreto é auto-exeqüível, importando em imediata expedição do

⁵¹² “[...] Até porque, diante do novo contexto em que vive a execução, o uso da multa deve preferir – em regra – o dos meios de execução direta, pois está totalmente ultrapassada a idéia de que a multa deve ficar reservada aos casos em que a execução direta não possa atuar (assim às hipóteses de obrigações infungíveis).” (MARINONI, op. cit., p. 213-214).

⁵¹³ MARINONI, op. cit., p. 214.

mandado executivo. Nos termos do artigo 825, parágrafo único⁵¹⁴, admissível o uso de força policial, na hipótese de resistência.

Ademais, importa analisar-se o rol de medidas a título exemplificativo, constante do artigo 461, § 5º, do CPC⁵¹⁵. O artigo lista a “busca e apreensão” como uma das medidas de apoio à efetivação de uma tutela jurisdicional. Essa medida deve ser classificada como sub-rogatória, a qual se realiza independente da vontade do obrigado.

Outra medida de apoio, citada no mesmo artigo, é a “remoção de pessoas ou coisas” e o “desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva”; igualmente sub-rogatória, que alcançam efetivação independentemente da vontade do obrigado.

Assim sendo, as seqüenciais reformas do CPC tendem ao aprimoramento de um processo efetivo. No mesmo sentido, segue a alteração trazida pela Lei 11.232/05, que muda, definitivamente, o paradigma, abandonando o modelo liebmaniano, passando ao modelo de processo misto, sincrético, em que se desenvolvem duas fases distintas (conhecimento e execução).

Como já anunciado nos títulos anteriores, a polêmica entre se adotar uma classificação ternária ou quinária das sentenças repousa sobre o conceito de sentença condenatória.

A sentença condenatória é aquela que, após realizar o accertamento do direito, não proporciona uma tutela jurisdicional plena, necessitando de um complemento (dependerá de atividades posteriores do obrigado ou do Estado).

Como é sabido, o conceito de sentença condenatória não é tranqüilo na doutrina.

Na presente pesquisa, adota-se a classificação ternária das sentenças, onde a sentença condenatória aguarda um complemento. Esse complemento se traduz em atividades desenvolvidas pelo Estado (mecanismos sub-rogatórios) ou pelo obrigado (mecanismos de coerção) para o alcance do processo de resultado.

⁵¹⁴ Art. 825. A entrega dos bens ao depositário far-se-á logo depois que se assinar o compromisso. Parágrafo único. Se houver resistência, o depositário solicitará ao juiz a requisição de força policial.

⁵¹⁵ Art. 641 - § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

A opção pelo desenvolvimento dessas atividades complementares, em processo único ou executivo autônomo, é apenas opção de política legislativa.

A Lei 11.232/05, reforçando o conceito indicado de sentença condenatória, anuncia que a efetivação de decisões judiciais se desenvolverá em processo sincrético.

Acredita-se que as alterações apontadas pela Lei 11.232/05 colaboraram com um processo mais efetivo, podendo mencionar a supressão da citação – art. 457-J⁵¹⁶ do CPC, bem como dos embargos – art. 475-L⁵¹⁷, dentre outras.

Para a efetivação do cumprimento de sentença, deve ser adotado o mesmo critério já analisado acima, ou seja, o mecanismo de efetivação mais adequado, considerando-se a *idoneidade* e a *necessidade* do meio a ser utilizado para o alcance da tutela de direito.

Como já anotado acima, o rol contido no artigo 461 - §§ 4º e 5º, do CPC é exemplificativo, apontando medidas coercitivas e sub-rogatórias para a efetivação da tutela jurisdicional. Desse modo, justamente por se tratar de rol exemplificativo e apresentar ao juiz o poder-dever de conformação dos mecanismos ao alcance do resultado no plano fático, depara-se com meios sub-rogatórios e coercitivos atípicos ou inominados.

5.4 OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO E O RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE

Do estudo esposado nos títulos anteriores, tem-se, claro, que os mecanismos de efetivação se consubstanciam em meios sub-rogatórios e coercitivos.

As expressões *mecanismos de efetivação* e *resultado prático equivalente* podem ser encontradas no parágrafo 5º do artigo 461 do CPC, visando ao alcance da tutela específica.

⁵¹⁶ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

A tutela urgente também pode apresentar-se como específica, ou seja, pretender obrigação específica, porém conformando com resultado prático equivalente, conforme o caso concreto se apresente. É o que se observa da ementa abaixo:

Processual civil. embargos de divergência em recurso especial.. fornecimento de medicamentos pelo estado. descumprimento da decisão judicial de antecipação de tutela. bloqueio de verbas públicas. medida executiva. possibilidade, in casu. pequeno valor. art. 461, § 5.º, do cpc. rol exemplificativo de medidas. proteção constitucional à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana. primazia sobre princípios de direito financeiro e administrativo. dissenso jurisprudencial superado. súmula 168/stj. incidência. (AgRg no EREsp 796509/RS; agravo regimental nos embargos de divergencia no recurso especial 2006/0089020-2, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª seção do STJ).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgado retrocitado, conseguiu traduzir o verdadeiro sentido do que se deve compreender como resultado prático equivalente, ao confirmar o bloqueio de verbas públicas, quando o réu, mesmo condenado, em sede de tutela antecipada, ao fornecimento de medicamentos, se manteve inadimplente, fazendo valer a tutela de urgência antes concedida.

Desse modo, nessa hipótese, apesar de não se alcançar a tutela específica, a decisão atinge o resultado prático equivalente, que implica em adimplemento, ainda que por sub-rogação.

Os mecanismos de efetivação utilizados nas tutelas jurisdicionais, para o alcance do resultado no mundo empírico, perseguem a tutela específica (o pretendido bem da vida – um fazer, um não fazer, a entrega de coisa certa ou incerta etc.) ou o algo que mais se aproxime do adimplemento.⁵¹⁸

⁵¹⁷ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: [...].

⁵¹⁸ “O *postulado da ‘maior coincidência possível’* – A instauração de processo judicial constitui, no comum dos casos uma alternativa a que se recorre quando parece impossível, ou difícil, a atuação espontânea do direito. Logicamente, o objetivo do processo deveria consistir na obtenção de resultado prático que coincidissem de modo *exato* com o que se atingiria por aquele caminho natural. Não sendo isso possível, valorar-se-á o funcionamento do mecanismo processual, em todo caso, à luz da sua aptidão para produzir resultado *próximo* do ideal de coincidência. Dir-se-á, então, que o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 215.)

Notadamente, o artigo 461 - § 5º do CPC diferencia tutela específica do resultado prático equivalente. Alguns operadores do direito interpretam o resultado prático equivalente como o correspondente em pecúnia (tutela ressarcitória); para outros, cuida-se da obtenção de resultado prático, que satisfaça o direito do credor tal qual representado no título.

Marcelo Lima Guerra anota:

“[...] cumpre salientar que a opção do legislador pela tutela específica encontra na garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional um poderoso instrumento de sua realização concreta. De fato, porque a tutela específica de obrigações não pecuniárias consagradas em título executivo é, precisamente, quilo que o processo de execução deve proporcionar ao credor, em razão das próprias regras e princípios que informam a estrutura desse processo, a obtenção dessa tutela encontra na garantia da efetividade da tutela jurisdicional não apenas um reforço, mas algo que lhe confere uma relevância especial. Isso quer dizer que, uma vez eleita a tutela específica, no plano do direito material, o resultado correspondente a essa tutela passa a ser, no processo de execução, algo protegido pelo *direito fundamental à tutela efetiva*.”⁵¹⁹

Isso significa que, para se alcançar essa tutela específica ou o resultado prático equivalente, os mecanismos de efetivação a serem utilizados (coercitivos ou sub-rogatórios) devem ser escolhidos em atenção ao objeto da execução (dar, fazer fungível, infungível etc.), e não a natureza da decisão com base na qual se realiza.

É o raciocínio anteriormente esposado, a eleição do meio mais *adequado*, considerando-se a *idoneidade* e a *necessidade*, capazes de alcançar a tutela de direito pretendida, justificando essa escolha de forma legítima.

Levando-se em consideração o objetivo da efetivação ou o objeto da obrigação que se pretende alcançar com o exercício dos mecanismos de efetivação, a doutrina aponta que os meios de sub-rogação são normalmente suficientes para o alcance do bem devido, em decisões que objetivam a entrega de coisa ou quantia certa contra devedor solvente; e obrigações fungíveis, que admitem a realização por terceiro. Contudo a eficiência do meio necessariamente se encontra atrelada à existência de bens.

⁵¹⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999. p. 44-45.

Entretanto, como é sabido, para as obrigações infungíveis, normalmente, os meios sub-rogatórios não se mostram adequados, restando aos operadores do direito refletirem sobre a adequação dos meios coercitivos (multa e prisão).

Não se poderia deixar de observar as disposições trazidas no CPC – (art. 632⁵²⁰ e seguintes), anteriores às idéias que passaram a exigir um processo mais efetivo (que observavam o princípio da intangibilidade do indivíduo e o princípio da tipicidade dos meios executivos), na hipótese de não ser possível o cumprimento da obrigação na tutela específica, de modo voluntário, pelo obrigado. Restava ao credor (para um fazer fungível) o complexo procedimento da prestação de a obrigação ser realizada por terceiro – art. 634⁵²¹ do CPC; o que, ao longo do tempo, inviabilizou o ressarcimento na forma específica.

Com a redação dos artigos 461, 461-A do CPC e 84 do CDC, nova importância foi atribuída à tutela específica e, conseqüentemente, ao ressarcimento na forma específica.

É fato que, quando o obrigado não apresenta capacidade técnica para realizar o *fazer*, não é possível obrigá-lo. Porém essa eventualidade não afasta do mesmo o dever de ressarcir na forma específica.⁵²²

Luiz Guilherme Marinoni registra:

“[...] demonstrada a incapacidade técnica e não cumprida a sentença, o juiz deve utilizar a multa para compelir o infrator a pagar para que o terceiro preste o fazer necessário ao ressarcimento. Nesse caso, a multa não estará sendo utilizada para compelir o infrator a pagar, mas sim para viabilizar o ressarcimento na forma específica. Como é evidente, *a incapacidade técnica do lesado não pode transformar o seu dever de ressarcir em obrigação de pagar dinheiro. Na realidade, em todos os casos em que a multa for o único meio capaz de conferir a tutela do direito, o seu uso será evidentemente sustentado pelo direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.*”⁵²³

⁵²⁰ Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer ou não fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinalar, se outro não estiver determinado no título executivo.

⁵²¹ Art. 634. Se o fato puder ser prestado por terceiros, é lícito ao juiz, a requerimento do credor decidir que aquele o realize à custa do devedor.

⁵²² “[...] a demonstração da incapacidade técnica não tem o condão de transformar o direito de ressarcimento na forma específica em direito à indenização em pecúnia.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 215).

⁵²³ MARINONI, op. cit., p. 215.

Aqui se destaca a importância desse mecanismo coercitivo (multa), especialmente nas tutelas urgentes, para incentivar o obrigado a entregar a tutela de direito pretendida, em sua integralidade, ou seja, tutela específica, como, no caso, é normalmente preferível pelo credor.

Insista-se no ponto de que os mecanismos utilizados para a efetivação das obrigações (sub-rogação e coerção), presentes no sistema, não necessitam estar expressamente previstos em cada espécie de procedimento diferenciado a ser utilizado, uma vez que é o conteúdo da obrigação que indica qual o melhor mecanismo a ser utilizado no caso concreto, para se realizar o direito.

Portanto, não procede argumentação do tipo:

Processual civil. fazenda pública. obrigação de pagar quantia certa. ato atentatório à dignidade da justiça. matéria de fato. súmula n. 7/stj. *astreintes*. não-cabimento. precedente. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Resp. n. 438.003 RS (20020064177-4). J. 03/08/06.

A conclusão que se vem perpetrando, em razão da exigência posta pela norma Constitucional, é que,

“[...] Nos dias atuais, as medidas coercitivas vêm se caracterizando como instrumento de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de tal sorte que o seu emprego não pode ser excluído de *maneira apriorística*.”⁵²⁴

Obviamente, essa solução só deverá ser objeto de eleição, quando os demais mecanismos se mostrarem ineficazes para o alcance da tutela de direitos.

José Miguel Garcia Medina analisa a questão da tipicidade e atipicidade das medidas executivas, bem como a conseqüente concentração dos poderes de execução do juiz. Anota o autor que o princípio da atipicidade das medidas executivas é limitado pelo princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) e ainda se convive com o limite da *irreparabilidade do prejuízo ocasionado com o emprego da medida coercitiva* – apontando a omissão do art. 461, § 5º, do CPC).⁵²⁵

⁵²⁴ MARINONI, op. cit., p. 217.

⁵²⁵ “[...] embora deva prevalecer o princípio da atipicidade dos meios executivos, tal princípio deve ser aprimorado, definindo-se de modo mais apurado os lindes da atividade jurisdicional, nos termos

Como se observa, a escolha dos mecanismos de efetivação deve atender, atentamente, a adequação do meio para a real possibilidade do alcance da tutela de direitos. Nas tutelas urgentes, essa preocupação se intensifica, seja em razão da cognição sumária que marca as tutelas urgentes, seja em razão da intensa atipicidade dos meios de efetivação nessas tutelas.

Em nenhum momento, é possível desviar-se do devido processo legal e deixar de equilibrar a situação apresentada pelo caso concreto entre as partes.

É nesse contexto que a utilização dos mecanismos de efetivação, especialmente para o alcance das tutelas urgentes, deve objetivar a tutela específica e, diante da impossibilidade desta, o resultado mais próximo possível da tutela pretendida (resultado prático equivalente).

Por fim, o equivalente pecuniário deve subsistir apenas em caso excepcional, sendo possível que se revele insatisfatório.⁵²⁶

propostos." (MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil: princípios fundamentais**. São Paulo: RT, 2002. p. 295-303).

⁵²⁶ José Carlos Barbosa Moreira ao tratar da tutela pelo equivalente registra: [...] Ela encerra, na verdade, a confissão da impotência da lei para assegurar a consecução do objetivo primário a que se visara. Sem dúvida, o 'equivalente pecuniário' é melhor que nada; entretanto, fora do âmbito puramente patrimonial, e em determinados casos até dentro dele, a solução revela-se muito insatisfatória." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 225).

6 APTIDÃO DOS MEIOS DE EFETIVAÇÃO

Os mecanismos de efetivação utilizados para a realização da tutela jurisdicional e inclusive para as tutelas urgentes são os conhecidos meios sub-rogatórios e coercitivos, inseridos, hoje, num sistema misto.

Os meios sub-rogatórios (desapossamento, transformação e expropriação) se caracterizam pela substituição do Estado na vontade do obrigado para alterações no mundo empírico.

Os meios coercitivos (patrimonial e pessoal) podem ser definidos como forma de pressão psicológica que objetiva estimular ou incentivar o obrigado a adimplir o antes contratado.

A atividade sub-rogatória, no direito brasileiro, em razão de constantes reformas no CPC, almejando um processo mais efetivo (art. 461 - § 5º do CPC, art. 84 do CDC), com intensificação dos poderes dos juízes, se apresenta mais diversificada, dada a atipicidade decorrente da frase "...determinar as medidas necessárias...".

Essa diversidade propiciada pelo sistema permite a utilização do princípio da adequação, norteado pela necessidade e idoneidade do instrumento a ser utilizado diante do caso concreto, permitindo a opção por mecanismos de coerção, quando os sub-rogatórios se apresentam ineficazes.

Certamente a adoção de um sistema misto para efetivação da tutela jurisdicional, bem como a superação da tipicidade dos meios executivos, ao lado, quebra da vinculação do esgotamento da fase cognitiva para a possibilidade da busca da efetivação das tutelas jurisdicionais, proporcionaram aos meios sub-rogatórios e coercitivos maior aptidão.

A quebra de certos dogmas ocorrida em razão da compreensão do valor contido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, igualmente tem colaborado para a aptidão dos mecanismos de efetivação.

Michele Taruffo, ao estabelecer estudo comparado sobre a atuação executiva dos direitos, anota:

“[...] tendência em direção à completude da tutela executiva.[...] tendência em relação à eficácia da tutela executiva. [...] tendência com relação à atuação específica dos direitos.”⁵²⁷

A presente pesquisa observou a mudança de paradigma e o encerramento da idéia de “proteção” dos direitos. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva deflagrou inúmeras tendências; dentre essas, as três anunciadas por Michele Taruffo.

A comunidade jurídica necessitou refletir sobre o princípio da tipicidade dos meios executivos, pois deixou de ser satisfatória a simples entrega da tutela jurisdicional, sendo o Estado representado pelo legislador e pelo juiz, responsável pela efetivação da tutela pretendida, seja em razão de decisão provisória ou definitiva, seja ante a cognição sumária ou exauriente.

A adoção do sistema misto, em relação aos meios de efetivação, possibilitou a garantia de o Estado ofertar e cumprir uma tutela jurisdicional efetiva, não denegando o direito fundamental contido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

A busca de um processo mais efetivo se observa, analisando-se o caminho das reformas processuais e também a interpretação desenvolvida pelos tribunais, quanto ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

E, por fim, a atuação específica dos direitos se nota do respeito ao postulado da maior coincidência possível, onde o ordenamento, expressamente, informa que o indivíduo tem direito, preferentemente, à tutela específica (art. 461 *caput*) ou ao bem da vida contratado.

Como anotado no título anterior, o resultado prático equivalente nem sempre se apresenta satisfatório.

Ademais, as decisões mediante o uso dos mecanismos de coerção patrimonial ou pessoal, conforme se mostre mais adequado ao caso concreto, anunciam, igualmente, que o sistema vem preferindo o alcance da tutela específica.

Os apontamentos acima são suficientes, para afirmar-se que, nos dias atuais, os meios de efetivação das tutelas jurisdicionais, urgentes ou não, se encontram mais adequados ao alcance dos anseios traçados na Constituição

⁵²⁷ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de processo**, São Paulo, v. 59, p. 72-97, jul./set. 1990.

vigente e se mostrarão tanto mais aptos quanto mais bem compreendidos estiverem os valores postos naquela Carta.

6.1 MOTIVOS DA INAPTIDÃO DOS MEIOS DE EFETIVAÇÃO

Ao chegar o momento de finalizar-se o presente estudo (pois é sempre necessário findar-se uma pesquisa, para tornar viável a sua avaliação e divulgação), é preciso lembrar que a pesquisa nunca chega ao fim, pois existe, a todo momento, a possibilidade de se levantar mais uma hipótese, se encontrar outra solução ou se desenvolverem novas idéias.

A primeira certeza que este estudo gera é que a “mudança de mentalidade” ou a consciência das implicações hermenêuticas decorrem do alcance de um Estado Constitucional.

A existência do Estado Constitucional permitiu interpretar-se a tutela jurisdicional como direito fundamental, podendo ser apontado como um mecanismo, ou meio, ou técnica, imprescindível para se verificar a ocorrência de uma tutela jurisdicional efetiva.

Essa certeza permanece, especialmente, diante das tutelas jurisdicionais urgentes, porquanto, nestas, a dificuldade para a eleição de mecanismo de efetivação adequado, diante do extremo equilíbrio proposto pelo princípio do devido processo legal, é algo que exige a máxima interpretação dos operadores do direito.

Dessa forma, enquanto, entre os operadores do direito, for perceptível uma ausência dessa consciência ou, até, certeza de que se está vivenciando um Estado Constitucional, com conhecimento necessário para exigir o que essa forma estatal oferece em nível de direito fundamental, continuar-se-á a assistir a inúmeros reclamos quanto ao real desempenho do processo no Brasil.

Nesse sentido, Marcelo Lima Guerra enfatiza um dos grandes problemas que cerca a processualística brasileira, precisamente a necessidade de

se estabelecer uma exata correlação entre os instrumentos processuais e os direitos fundamentais dos cidadãos.⁵²⁸

Ressalte-se que, para se analisarem os motivos de inaptidão dos meios de efetivação, necessário esclarecerem-se os limites dos mesmos, como observa Marcelo Lima Guerra:

“[...] Só se pode caracterizar uma dada situação como sendo uma *insuficiência dos meios executivos*, quando for prática e juridicamente possível a satisfação *in executivis* do direito a ser tutelado, *mas não através dos meios executivos admitidos em lei*. Assim, não se configura como insuficiência do sistema a situação em que o direito não pode, praticamente ser satisfeito. Da mesma forma, também não se caracteriza hipótese de insuficiência quando o único meio que se vislumbra capaz de proporcionar a tutela executiva é vedado pelo sistema jurídico.”⁵²⁹

Esse alerta se faz bastante oportuno, pois, no atual momento, muitos dos obstáculos, antes impostos pelo próprio sistema, restam afastados (superação do princípio da tipicidade dos meios executivos; superação da idéia do esgotamento da cognição para a possibilidade de efetivação; a possibilidade da utilização de quaisquer meios de efetivação (sub-rogação ou coerção), desde que adequados para o alcance da tutela de direitos, justificado o meio utilizado, considerando o devido processo legal etc.), posto que, como apontado durante todo

⁵²⁸ “[...] Contudo, o que parece ser mais grave, é a falta de um *paradigma teórico-dogmático* adequado a enfrentar a situação. Com efeito a processualística dominante no direito brasileiro, ainda não incorporou, plenamente, as ferramentas teóricas e hermenêuticas conquistadas recentemente pelo constitucionalismo contemporâneo e que assinalam a passagem de um Estado de Direito a um Estado Constitucional. Com efeito, sem essas ferramentas, que se consubstanciam na chamada *teoria dos direitos fundamentais*, as possibilidades do operador jurídico, que deseja manter-se nos quadros da legalidade, são extremamente reduzidas e diante da ausência de meios executivos tipificados capazes de proporcionar a pronta satisfação do credor, tudo que lhe resta é... lamentar a falta de lei! Sintomática é, portanto, a insistência no caminho das reformas do CPC. Em primeiro lugar, no terreno da tutela executiva, talvez mais do que em qualquer outro contexto do processo civil, é impossível em sistema *típico* de meios executivos ser apto a atender a todas as necessidades concretas, nas suas nuances particulares, de tutela executiva. Daí por que, ainda que tais reformas viessem a aperfeiçoar os meios executivos vigentes – o que não ocorreu, reconheça-se – a sua capacidade de contribuir na solução dos problemas aqui considerados é, inevitavelmente, reduzida. Por isso se pode dizer que, em matéria de tutela executiva, a inovação mais relevante das recentes reformas do CPC foi a introdução do § 5º do art. 461, o qual, como se verá, *não criou nada que já não estivesse virtualmente comandado pela Constituição, mas ignorado pelo jurista e pelo operador do direito.*” (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 80-81).

⁵²⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 67.

o estudo, as seqüenciais minirreformas realizadas no CPC traçaram, como meta, o alcance de um processo mais efetivo.

Portanto, a impossibilidade puramente material não se traduz em inaptidão dos meios de efetivação, como ocorre, por exemplo, diante da *total falta de patrimônio expropriável do devedor; a destruição da coisa a ser entregue; obrigação de fazer ou não fazer, que já não pode mais ser realizável etc.*

Quando ocorre uma autêntica inaptidão de meio de efetivação, não se confundindo com qualquer situação *limite*, configura-se a denegação da tutela jurisdicional efetiva.⁵³⁰

Em razão da afirmação antes exposta (denegação de tutela jurisdicional efetiva), necessário buscarem-se, pela via hermenêutica, soluções adequadas, inclusive utilizando-se as ferramentas oferecidas pelo constitucionalismo contemporâneo.⁵³¹

Além da ausência da mudança de mentalidade, outros fatores podem obstar o alcance da satisfação no mundo empírico, parafraseando José Carlos Barbosa Moreira, apresentando-se como *limites queridos pelo ordenamento jurídico e limites não queridos pelo ordenamento*. Os primeiros decorrem da necessidade de se preservarem valores de outra índole, também prestigiados pelo direito.

Pode-se exemplificar, apontando as disposições legais tendentes a evitar-se que a atividade executiva cause ao devedor detrimento excessivo – art. 620⁵³² do CPC. Esses limites ainda podem tender a resguardar interesse de ordem patrimonial, como o art. 649⁵³³ do CPC e a Lei 8.009/90⁵³⁴; ou bens que integram o domínio público; a incidência do princípio da intangibilidade sobre a pessoa etc.⁵³⁵

⁵³⁰ GUERRA, op. cit., p. 69.

⁵³¹ GUERRA, op. cit., p. 70.

⁵³² Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

⁵³³ Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: [...].

⁵³⁴ Lei 8.009/90 - Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nessa Lei.

⁵³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 222).

Entre os limites não queridos pelo ordenamento, apontam-se alguns dos obstáculos, como o comportamento do devedor que se empenha em frustrar a atividade executiva; ou o próprio curso do tempo (dano marginal do processo)⁵³⁶.

Os obstáculos mais conhecidos no caminho da efetivação, em se tratando de condenação a pagar soma em dinheiro, podem exemplificar-se na ausência de bens à disposição passíveis de expropriação, iniciando-se uma série de dificuldades, como a não disposição de meios cômodos, para se pesquisarem e se descobrirem bens necessários; podem não existir bens; podem ser insuficientes ou sujeitos ao rápido perecimento ou depreciação; pode o devedor transferir os bens a terceiro; ocultá-los; resistir à apreensão dos mesmos; e, ainda, é possível que a alienação forçada não conduza a resultado compensador etc.⁵³⁷

Na ação que condena a entrega de coisa, a inaptidão dos meios de efetivação pode exemplificar-se com o não encontro da coisa; ou seu encontro já deteriorado; que o obrigado à entrega da coisa resista ao desapossamento; que tenha sido alienada a terceiro.⁵³⁸

Na ação de obrigação de fazer ou não fazer, as dificuldades também podem persistir. A imposição da multa pode mostrar-se ineficaz diante da ausência de patrimônio capaz de responder pela mesma. Na hipótese de ameaça de prisão, o obrigado, eventualmente, poderá comprovar sua incapacidade para realizar “o fazer”.

J.J. Calmon de Passos observa que o direito que objetiva, por excelência, a solução de conflitos é o que dele faz o processo de sua produção. Tal processo de produção, necessariamente, exige uma complexa interação dos fatores econômicos, políticos e ideológicos, no interior do qual opera o direito, cuja função é emprestar o máximo de racionalidade, segurança e previsibilidade às opções sócio-político-econômicas institucionalizadas pelo grupo social.⁵³⁹

⁵³⁶ MOREIRA, op. cit., p. 223.

⁵³⁷ MOREIRA, op. cit., p. 223.

⁵³⁸ MOREIRA, op.cit., p. 223.

⁵³⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 03.

Dessa feita, o direito só existe enquanto produzido e aplicado. Não se deve iludir, referindo-se a um direito antes de sua produção e aplicação ou fora do processo de produção ou aplicação.⁵⁴⁰

Portanto, fica claro que o jurídico empresta a significação que a institucionalização impõe dentro do contexto, resultado da conjugação dos fatores econômico, político e ideológico.⁵⁴¹

No Estado Constitucional, essa opção significa muito mais que simples formalidade ou discurso, significa compromisso, respeito à dignidade própria e à dos demais. Esse respeito, visto e sentido pela nação, será capaz de legitimar o Governo em atuação, e conseqüentemente, o direito produzido e aplicado, bem como o processo de sua produção.

Por conseguinte, não existe dúvida de que o direito está indissociável do poder; igualmente não existem dúvidas de que o poder desenfreado leva ao arbítrio ou ao abuso. Por isso, a responsabilização pelos atos daqueles destacados como agentes do poder é algo necessário para o equilíbrio e legitimação do sistema. E observa: “Para se ter direito, basta a força. Para se ter dever, a ética é imprescindível.”⁵⁴²

A reflexão centrada apenas no jurídico é sempre estéril. O direito se produz sempre num contexto maior, influenciado por diversos fatores. Nesse ponto, muitas das decepções humanas se justificam, pois é, no mínimo, ingênuo aquele que acredita que o direito, enquanto norma, será capaz de alcançar concreção fora do contexto em que atua.

Concluindo, movido pela paixão, crença e ideal de justiça, considerando as balizes éticas postas no espírito pátrio, é preciso acreditar-se na “mudança de mentalidade”, especialmente em relação aos operadores do direito.

⁵⁴⁰ “Todo direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou”. (PASSOS, op. cit., p. 52).

⁵⁴¹ “O jurídico é *sentido e significação* que os homens emprestam a determinados atos seus, para ter atendida certa imprescindível e específica necessidade de convivência social”. (PASSOS, op. cit., p. 22).

⁵⁴² “[...] só é Estado Democrático aquele em que todo e qualquer detentor de poder político só pode exercitá-lo nos limites de sua competência, sujeitando-se à responsabilidade social quando faltar esse dever.” (PASSOS, op. cit., p. 92).

CONCLUSÕES

1. A reflexão sobre os mecanismos de efetivação da tutela jurisdicional no direito individual exigiu a observação do panorama atual do processo civil brasileiro, além do traçado de premissas ontognosiológicas para a análise da tutela jurisdicional urgente.

2. Ao refletir-se sobre o panorama atual do processo civil brasileiro, numa ordem crescente, anotaram-se as seqüenciais reformas introduzidas no sistema, em especial a vocação das mesmas, para propiciar o alcance da almejada efetividade.

3. Como premissa ontognosiológica fundamental, anunciou-se que a pesquisa optou por uma filosofia de sistemas abertos, na qual o humanismo se faz presente, necessitando de uma proteção que compreende o homem como ser digno. Assim, o estudo dos mecanismos de efetivação na tutela jurisdicional urgente foi considerado numa perspectiva de proteção dos direitos subjetivos.

4. Considerações filosóficas tangenciaram a evolução do pensamento filosófico, observando o paradigma adotado em cada tempo e lugar, para compreender o paradigma existente no momento presente (direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva), respeitando a perspectiva de cada pensador.

5. No cotejo com os institutos denominados direito e processo, ambos considerados elementos fundamentais na construção da sociedade, depreende-se que esses elementos, na essência, se apresentam neutros, assimilando o conteúdo e a utilização que essa mesma sociedade lhes emprega. Isso significa que o direito e, como conseqüência, o processo sofrem a influência do paradigma escolhido pela sociedade (perspectiva inovadora), porém ainda tem prevalência, em nosso ordenamento jurídico, aquela concepção tradicional que compreende o direito como um conjunto de regras.

6. No novo Estado de Direito, compreendeu-se que o direito material e o processo se encontram numa relação de integração. As necessidades do direito material e os resultados jurídicos substanciais equivalem à tutela de direitos.

7. Em virtude da adoção de um novo paradigma, que, como conseqüência, apresenta o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o princípio da segurança jurídica deve ser repensado. A vontade política e

constitucional voltada para o alcance do processo de resultado exige que os princípios e as regras sejam interpretados, considerando o caso concreto apresentado (num exercício de equilíbrio, auxiliados pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade), ponderando o valor que deve prevalecer diante do caso concreto apreciado.

8. O problema da distribuição do tempo do processo é arcaico, porém a consciência de que o procedimento ordinário não é o único adequado para amparar a maior parte das tutelas de direitos já significa um grande avanço, para se alimentarem esperanças no sentido do alcance de um processo mais efetivo.

9. A adoção de tutela jurisdicional diferenciada, em várias hipóteses (tempo e cognição), sinaliza para uma mudança de mentalidade e aceitação da existência de novo paradigma. Igualmente a utilização e a interpretação do direito em conformação com os princípios programáticos novos (instrumentalidade, efetividade, e acesso à justiça), bem como a inserção no sistema de diversos dispositivos vocacionados a realizar a melhor distribuição do tempo no processo (artigos 273, § 6º, e 273, II, do CPC), anunciam a possibilidade do alcance de um processo de resultados.

10. A tutela jurisdicional urgente é aquela que deve ser deferida sem delongas, sob pena de se tornar inútil. Desse modo, no presente sistema, é possível reconhecer-se como tutela jurisdicional urgente: tutela cautelar, tutela antecipada e as ações que se apresentam como sumária urgente satisfativa (demolitória – art. 888, VIII, do CPC), ainda carente de previsão legislativa genérica.

11. Nos mais diferentes lugares do mundo a celeridade processual foi buscada, especialmente por meio da tutela diferenciada. A notícia histórica desse instituto traz essa certeza.

12. A natureza constitucional da tutela jurisdicional urgente aflora do sistema, em razão da conjugação dos diversos princípios insculpidos na Constituição Federal, e, hoje, expressamente, da regra contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

13. A classificação ternária das sentenças permanece a mais adequada, mesmo diante da mudança de paradigma (que trouxe a consequência da busca do processo de resultados). Apesar de o sistema ter adotado novas técnicas (tutela antecipada, tutela inibitória, entre outros), objetivando o alcance de resultados no plano fático, não alterou a classificação das sentenças, mas tão só trouxe ao

mesmo novos mecanismos, tornando-o potencializado a alcançar a proteção garantida constitucionalmente.

14. Com relação à classificação que agrupa os tipos de processo (conhecimento, executivo e cautelar), comunga-se dos argumentos apresentados por Piero Calamandrei, concluindo que o processo cautelar não pode ser considerado propriamente um *tertium genus*, sob pena de alteração do critério classificatório mas tão somente um mecanismo propiciador do alcance do processo de resultados ou somente instrumento.

15. A cognição sumária formal admite o alcance da coisa julgada material. Significa sumarização apenas do procedimento, com cognição plena e exauriente, com prazos reduzidos e atos concentrados. A cognição sumária material, em razão das garantias constitucionais, deixa aberta, em medida variável, ao interessado a possibilidade de demandar o reexame da matéria; e ao órgão judicial a autorização para proceder a esse exame, não alcançando a coisa julgada material.

16. A tutela jurisdicional urgente é caracterizada pela preventividade, provisoriedade, fungibilidade, sumariedade e revogabilidade, características essas que marcam, também, as liminares, com exceção da fungibilidade.

17. As liminares e as tutelas urgentes não se confundem. Porém o ponto de contato entre ambas está no específico caráter temporal. Com efeito, as liminares se distinguem das tutelas urgentes quanto ao procedimento e aos requisitos, conforme o caso concreto. Dessa forma, afirma-se que as tutelas urgentes podem ser deferidas em caráter liminar, mas as liminares nem sempre poderão ser consideradas tutelas urgentes.

18. Os mecanismos de efetivação nas tutelas urgentes passaram a ser necessários e imprescindíveis, desde a adoção declarada pelo sistema do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A partir daí, foi preciso passar-se a dotar o sistema de meios que propiciassem a realização da proteção prometida pelo mesmo.

19. As sucessivas minirreformas ocorridas e as que estão por ocorrer seguem, pretendendo atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (arts. 273, 461, 461-A, 475-A até 475-R, 515, § 4º, entre muitos outros), apresentando-se vocacionados à entrega de uma tutela jurisdicional efetiva.

20. As normas redacionadas, para permitir uma tutela jurisdicional efetiva, uma interpretação instrumental, fundada nas regras constitucionais,

anunciam essa mesma vontade, visualizando um direito material e aspirando a um processo justo.

21. As técnicas processuais ideais se extraem das necessidades decorrentes do direito material e da vida das pessoas. Por essa razão, optou o legislador por intensificar o poder dos magistrados, porquanto detém estes o poder-dever de conformar o processo com as peculiaridades de cada caso.

22. Do postulado da “máxima coincidência possível” decorrem as exigências de uma interpretação instrumental, no sentido de que o resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico.

23. Além das normas vocacionadas a permitirem o alcance de um processo mais efetivo e da interpretação instrumental, o sistema possibilitou a utilização tanto de meios de coerção quanto dos meios sub-rogatórios (art. 273, § 3º; 461, §§ 4º e 5º; 461-A, § 3º, todos do CPC), quando necessário, como medida prática, para a obtenção do processo de resultado.

24. Com a superação da ideologia do Estado Liberal, o ordenamento optou pela adoção de um sistema misto para a busca da efetivação da tutela de direitos (admitidos meios sub-rogatórios e coercitivos). Por opção legislativa, o princípio da tipicidade dos meios de execução foi afastado e, concomitantemente, foram intensificados os poderes dos juízes.

25. Para responder como eleger o mecanismo de efetivação mais adequado, mais idôneo e menos oneroso ao demandado, é preciso analisar-se o caso conflitivo concreto. Quando um meio for incapaz de levar à tutela do direito, a análise da possibilidade de outro se impõe, cabendo ao juiz justificar suas escolhas, para possível avaliação da legitimidade, em razão da adequação e necessidade do mecanismo eleito.

26. O conceito de sentença condenatória não é algo tranqüilo na doutrina, o que justifica a polêmica na classificação das sentenças. Para a presente pesquisa, sentença condenatória é decisão definitiva que aguarda algum complemento. Esse complemento se traduz em atividades desenvolvidas pelo Estado (mecanismos sub-rogatórios) ou pelo obrigado (mecanismos de coerção) para o alcance do processo de resultados.

27. A relação entre os mecanismos de efetivação e o resultado prático equivalente ocorre em sede de tutela específica, na intenção de alcançar o adimplemento com algo que mais se aproxime da obrigação entabulada na origem.

28. O resultado prático equivalente pode apresentar significação distinta. Para parte dos operadores do direito, o alcance do resultado prático equivalente seria o correspondente em pecúnia (tutela ressarcitória); para outros, cuida-se da obtenção de resultado prático que satisfaça o direito do credor, tal qual representado no título.

29. A escolha do mecanismo adequado e necessário se dá em atenção ao objeto da execução. A utilização de meios sub-rogatórios se mostra adequada, quando se está diante de obrigação fungível e exista disponibilidade de bens.

30. Nas tutelas urgentes, o cuidado, para a escolha dos mecanismos de efetivação, deve ser redobrado, pois a cognição sumária marca essas tutelas e os meios de efetivação, no sistema misto, são, via de regra, atípicos, conforme a opção do legislador.

31. Na atualidade, segundo as regras do ordenamento, o equivalente pecuniário deve subsistir apenas em caso excepcional, sendo possível que se revele insatisfatório.

32. A mudança de paradigma erigindo a tutela de direito à categoria de direito fundamental colaborou para dotar os mecanismos de efetivação de maior aptidão e acrescentar novos mecanismos ao sistema num ambiente favorável, propiciando a entrega de processo de resultado.

33. Será tão crescente a aptidão dos mecanismos de efetivação presentes no sistema, quanto maior for a compreensão dos valores inseridos na Carta Constitucional.

34. Para se avaliar a aptidão dos mecanismos de efetivação, necessário afastarem-se as situações limites ou imprimir-se a premissa de que a efetivação pretendida é prática e juridicamente possível. Isso significa que, quando se depara com impossibilidade puramente material ou quando o único meio capaz de propiciar a efetividade é vedado pelo sistema, a frustração não pode ser responsabilidade do sistema.

35. Na hipótese de ocorrer uma autêntica inaptidão do mecanismo de efetivação da tutela jurisdicional, configura-se verdadeira denegação da tutela jurisdicional efetiva.

36. O principal fator responsável pela aptidão dos mecanismos de efetivação na tutela jurisdicional, seja tutela urgente ou não, é a exigência da mudança de mentalidade. Essa exigência, impregnada de carga subjetiva, exige do operador do direito: sensibilidade, conhecimento, atualização e bom senso, como substrato para o alcance da excelência da tutela jurisdicional.

37. É preciso anotar-se que não se necessita falar em suficiência ou precariedade dos mecanismos de efetivação no ordenamento pátrio, pois se adota um sistema misto, na qual a atipicidade desses meios foi opção legislativa.

38. Por fim, o presente trabalho não esgota o tema, mas tão somente busca conhecê-lo melhor, na intenção de instigar, no operador do direito, pelo menos, a reflexão sobre o mesmo, bem como o interesse em outros operadores de investigá-lo sob novo ângulo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006.

ARENHART, Sergio Cruz. Tutela específica da obrigação de entrega de coisa. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie. (Coords). **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 23, p. 11-137, jun. 1985.

_____. Realização e execução da tutela antecipada. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 505-521.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p. 45-55, jan./mar. 1982.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Manual da execução**. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo. A influência do direito material sobre o processo**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2.003.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, tentativa de sistematização**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELINETTI, Luiz Fernando. Direito e processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: RT, 1994.

_____. Tutela Jurisdicional Satisfativa. **Revista de processo**, São Paulo, v. 81, p. 98-103, jan./mar. 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do código de processo civil**. 6ª ed. São Paulo : RT, 2004.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: CEDAM, 1936.

CALMON FILHO, Petrônio (org.). Projeto de Lei 4497/04 Processo de Execução de Título Extrajudicial. **Cadernos do IBDP série propostas legislativas**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, v. 4º. p. 68/69, set. 2005).

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de processo**, São Paulo, n. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. Cultrix, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Medidas cautelares, tutela antecipada e liminares. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 487-504.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e proceso**, Nápoles: Morano Editore, 1958.

_____. **Sistema de direito processual civil.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Vol. I. São Paulo: Classicbook, 2000.

CHALLAYE, Félicien. **Pequenas histórias das grandes filosofias.** Tradução de Luiz Damasco Penna e J. B. Damasco Penna. São Paulo: Ed. Nacional, 1978.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Código de processo civil: mini / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windit e Livia Céspedes. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7/8.

COMOGLIO, Luigi Paolo. et al. **Lezioni sul processo civile.** 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 1.998.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia: história e grandes temas.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COUTURE, J. Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade.** Curitiba: Juruá, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **A reforma da reforma.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A reforma do código de processo civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 2ª ed. Malheiros Editores, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Vol. 1.11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária.** São Paulo: RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: *o contempt of court*. **Revista de processo**, São Paulo, v. 102, p. 219-227, abr./jun. 2001.

_____. *Paixão e morte do contempt of court brasileiro.* São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Princípio da proporcionalidade. Coisa julgada e justa indenização. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo estudos e pareceres.** São Paulo: Perfil, 2005. p. 5-29.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: RT, 2003.

_____. **Execução indireta.** São Paulo: RT, 1999.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quatier Latin, 2006.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LOPES, João Batista. A liminar possessória. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 523 – 534, 2003.

_____. **Curso de direito processual civil**. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Reforma do judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**, São Paulo: RT, 2005. p. 327 – 330.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In: DIDIER JR., Fredie (organ.); **Leituras complementares de processo civil**. 4ª ed. Salvador: PODIVM, 2006.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Filosofia del derecho**. 7ª ed. México: Editorial Porrúa, 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil princípios fundamentais**. São Paulo: RT, 2002.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: RT, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Temas de direito processual (terceira série)**, São Paulo : Saraiva, p. 27 – 42, 1984.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 24^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificações de sentença. **Palestra proferida nas V Jornadas de Direito Processual Civil**. Foz do Iguaçu – Pr. 07/10/2003).

_____. Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil. **Revista de processo**, São Paulo, n. 31. p. 199-209, jun./set. 1983.

_____. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo : Saraiva, 1.989. p. 215-220.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Temas de direito processual**, São Paulo: 8^a série, p. 89-105, 2004.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual (segunda série)**. São Paulo : Saraiva, 1980. p. 21-29.

_____. O processo, as partes e a sociedade. **Revista de processo**, São Paulo, v. 125, p. 279-288, jul. 2005.

_____. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. **Revista de processo**, São Paulo, v. 41, p. 151-168, jan./mar. 1986. p.155.

NERY JR. Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 7^o ed. São Paulo : RT, 2002.

_____. Condições da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 64, ano 16, out/dez. 1991.

NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos**. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Aula ministrada em 05/09/2003 no mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL), tema: Tutela Jurisdicional e Competência.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. **História como sistema mirabeau ou o político**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.982.

_____. **Origem e epílogo da filosofia**. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1963.

PACHECO, José da Silva. **Direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1976.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Livro III do processo cautelar. In: MARCATO, Antonio Carlo (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: RT, 2006.

PICO I JUNOY, Joan. Los principios del nuevo proceso civil español. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 103, ano 26, jul/set. 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Novos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SARAIVA, F. R. dos Santos, QUICHERAT, L. **Novíssimo dicionário latino-português**. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924.

SILVA, Bruno Freire e. O bloqueio *on line* e a necessária aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. 1º V. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. 1, 5 ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. 3, 3 ed. São Paulo: RT, 2000.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos, FERREIRA, William Santos. (Coords.). **Reforma do poder judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de processo**, São Paulo, v. 59, p. 72-97, jul./set. 1990.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como pressuposto de uma justiça melhor. **Revista de processo**, São Paulo, n. 65. p. 162-173, jan./mar. 1992.

THEODORO JR, Humberto. **Processo cautelar**. 21ª ed. São Paulo: EUD, 2004.

_____. As liminares e a tutela de urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. (Coords.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro : Forense, 2.003. p. 239/267.

_____. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Tutela jurisdicional de urgência medidas cautelares e antecipatórias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de processo civil conônico: (história e direito vigente)**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001.

VAREJÃO, José Ricardo do Nascimento. As classificações, a lei 11.232/2005 e o “novo” conceito de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução 3**. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. 3º V. São Paulo: RT, 2006.

_____. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3.ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. Wambier, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro. In: TUCCI, Rogério Cruz e. (Coord.). **Processo civil – Evolução, 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 125-139.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANEXO – JURISPRUDÊNCIA

ANEXO – JURISPRUDÊNCIA

Nesse anexo são apresentadas algumas jurisprudências selecionadas, que revelam o posicionamento dos Tribunais pátrios no que se refere à utilização dos mecanismos de efetivação existentes no sistema processual civil.

Os julgados estão relacionados, especialmente, a casos concretos envolvendo antecipação da tutela jurisdicional e medida cautelar.

Jurisprudência 1

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO A PESSOA HIPOSSUFICIENTE – DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – MEDIDA EXECUTIVA – POSSIBILIDADE, IN CASU – PEQUENO VALOR – ART. 461, § 5º, DO CPC – ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO – 1. Recurso Especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos a hipossuficiente portador de cardiopatia hipertensiva, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas deste depositadas em conta corrente. 2. Depreende-se do art. 461, §5º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. 3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a

impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. 4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um estado democrático de direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual nº 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1º: "art. 1º. O estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recurso indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com freqüência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente. " 5. A constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da república que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O poder judiciário não deve compactuar com o proceder do estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 7. In casu, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na disponibilização em favor do recorrido da quantia de R\$ 542,64 (quinhentos e quarenta e dois reais e sessenta e quatro centavos), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação. 8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fotori serem, também, entregues, por ato de

império do poder judiciário. 9. Recurso Especial desprovido. (STJ – RESP 200500460553 – (735378) – RS – 1ª T. – Rel. p/o Ac. Min. Luiz Fux – DJU 08.06.2006 – p. 131)

Jurisprudência 2

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – IMPOSSIBILIDADE – 1. Controvérsia adstrita à possibilidade de seqüestro liminar de verbas públicas para garantir o cumprimento de decisão judicial que deferiu antecipação de tutela impondo ao estado obrigação de tratamento necessário a portador de distonia cervical diapática. 2. A execução em face da Fazenda Pública e, a fortiori, a efetivação das decisões de urgência inadmitem os meios de subrogação tradicionais, à semelhança do que dispõe o artigo 730 do CPC, muito embora o ordenamento contemple as astreintes como instrumento de coerção. O seqüestro de recursos públicos, consoante reiterada jurisprudência do e. STF somente é admissível na estrita hipótese de quebra da ordem cronológica dos precatórios. (RCL 2452/CE, Rel. Min. Ellen gracie, DJ de 19/03/2004) RMS 18.328/PR, Rel. Min. Castro meira, DJ de 06/09/2004;rms 18.367/PR, Rel. Min. Francisco falcão, DJ de 13/12/2004); RCL 2363/PA, Rel. Gilmar Ferreira Mendes. 3. "Consoante entendimento consolidado neste tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública. " (agrgresp 189.108/SP, relator ministro gilson Dipp, DJ de 02.04.2001). 4. Precedentes jurisprudenciais do stj: RESP 490228/RS, relator ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.05.2004; agrgresp 440686/RS, Felix Fischer, DJ de 16.12.2002; AGRESP 554776/SP, relator ministro Paulo medina, DJ de 06.10.2003; agrgresp 189.108/SP, relator ministro gilson Dipp, DJ 02.04.2001 e AGRGAG 334.301/SP, relator ministro Fernando Gonçalves, DJ 05.02.2001. 5. Recurso do estado provido. (STJ – RESP 200400292579 – (642444 RS) – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 14.11.2005 – p. 00191)

Jurisprudência 3

DIREITO CIVIL E CONSUMERISTA – ASTREINTES – SEGURO SAÚDE – COLOCAÇÃO DE STENT – NEGATIVA DA SEGURADORA EM ARCAR COM AS DESPESAS DELA DECORRENTES SOB O ARGUMENTO DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA EXCLUDENTE – RISCO DE VIDA E RESGUARDO DA SAÚDE – EMBATE ENTRE INTERESSES ECONÔMICOS DA SEGURADORA E DIREITO À MANUTENÇÃO VIDA DA AGRAVADA – NATUREZA DO STENT – ANEL DILATADOR – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ORDINÁRIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – NÃO PROVIMENTO – 1. Inicialmente, não merece guarida a alegação da agravante de que o MM. Juiz a quo incidiu em equívoco ao culminar, na decisão agravada, multa diária para o caso de descumprimento dos termos do decisum, tendo em vista que os parágrafos 3º e 4º do art. 461 do Código de Processo Civil autorizam aos Juízes, quando a ação tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a cominação de multa diária ao réu, em caso de antecipação dos efeitos da tutela, como na hipótese dos autos. 2. Da simples leitura da decisão que ora se impugna infere-se o acerto das argumentações do Magistrado de 1º Grau, o qual, ao fundamentar seu decisum, salientou que, a despeito de constar do contrato de seguro saúde em apreço cláusula expressa excluindo a cobertura de próteses, a realidade fática que lhe foi apresentada, caracterizadora do periculum in mora, autorizou a decisão que ora se impugna. 3. Deflui do contexto probatório que o ora agravado foi acometido por infarto do miocárdio, necessitando submeter-se, com urgência, a tratamento de angioplastia para implante de STENTS, sendo certo que lhe negar, na ocasião do evento, a cobertura do referido implante, garantindo-lhe tão somente o custeio das despesas decorrentes do procedimento cirúrgico corresponderia a obstar-lhe o acesso à integralidade de tratamento essencial à manutenção de sua saúde. 4. Tratando-se de contrato de adesão, as cláusulas restritivas, como a da espécie dos autos, devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor que, impossibilitado de discutir o seu conteúdo, fica à mercê de iniquidades. 5. A despeito da necessidade das seguradoras possuírem a liberdade de excluírem do âmbito de cobertura dos planos por ela ofertados algumas espécies de despesas, tendo em vista a necessidade das mesmas primarem pela higidez de suas finanças, faz-se mister verificarmos que na hipótese dos autos, em confronto com os interesses econômicos da agravante, estão interesses superiores do agravado, quais sejam, seu direito à saúde e à vida.

6. Ademais, a controvérsia dos autos versa tão somente quanto à cobertura de material já especificado a ser utilizado em procedimento cirúrgico que fora autorizado pelo agravante, sendo certo que de nada adiantaria a liberação do ato cirúrgico e demais despesas hospitalares sem que se garantisse a utilização do STENT apontado pelo médico responsável como necessário ao pleno restabelecimento da saúde do paciente, ora agravado. 7. Outrossim, é uníssono o entendimento das Cortes de Justiça no sentido de que o STENT, por se constituir em mero anel dilatador das artérias coronarianas, não tendo a função de substituir, total ou parcialmente quaisquer órgãos, não pode ser caracterizado propriamente como uma prótese, como quer fazer crer o agravante, razão pela qual não estaria abrangido pela cláusula excludente de cobertura. 8. À unanimidade de votos, negou-se provimento ao Agravo de Instrumento. (TJPE – AI 120819-7 – Rel. Des. José Alexandre de Vasconcelos Aquino – DJPE 09.09.2005)

Jurisprudência 4

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – SENTENÇA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NELA – Alienação de estabelecimento comercial e abertura desautorizada doutro, pelos vendedores – Concorrência desleal – Lacração do novo estabelecimento consumada – Apelação no duplo efeito – Impossibilidade de suspensão de ato realizado – Presença dos requisitos da tutela antecipada (art. 273, Código de Processo Civil – CPC), tanto quanto daqueles do art. 461, “caput” e parágrafos terceiro e quinto, desse Código – Efeitos jurídicos decorrentes da atual redação do art. 520, VII, desse – Recurso desprovido. (Agravo de instrumento n.º 365.703-4/6, Rel. Des. Vicentini Barroso, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 01/03/2005).

Jurisprudência 5

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – Obrigação de não fazer – Fundamento relevante – Autora que é titular de marcas e patente o INPI – Busca e apreensão precedente que acabou revelando, ao menos no que se vê até agora, a existência de produtos contrafeitos com as marcas de uso exclusivo da autora – Antecipação da tutela deferida, com multa diária menor do que a pretendida (C.P.Civil, art. 461, §4º) – Agravo de instrumento provido em parte. (Agravo de instrumento 229.164/4-2, Rel.

Des. Gildo dos Santos, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 18/06/2002).

Jurisprudência 6

AÇÃO COMINATÓRIA. SENTENÇA. JULGAMENTO ULTRA OU EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. Pelo princípio da correlação (ou da congruência), a decisão deve se limitar ao pedido, o que veda ao juiz que conceda mais ou fora do que aspira o requerente. Em se tratando de ação cominatória não que se falar em julgamento além ou fora do pedido, diante da maleabilidade conferida ao magistrado para determinar providências que assegurem o “resultado prático do adimplemento”, conforme “mens legis” do art. 461 do Código de Processo Civil, que não impõe limitações rígidas e efetivamente objetivas aos comandos dirigidos ao obrigado.

[...]

DIREITO DE VIZINHANÇA. USO NOCIVO DA PROPRIEDADE. BARULHO. Reavaliados nesta instância os argumentos das partes frente aos elementos existentes nos autos, forma-se a convicção de que a r. sentença bem concluiu pela procedência das reclamações quanto ao barulho proveniente das festas, que o Apelante realiza ou permite que sejam realizadas no seu imóvel. E, assim sendo, correta a imposição da obrigação dele não mais fazer uso nocivo da sua propriedade, nos termos da legislação local, que veda a produção de ruídos que perturbem o sossego público das 22h00 até as 8h00 do dia seguinte. (Apelação Cível nº 950382-0/0, Rel. Des. Irineu Pedrotti, 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 18/01/2006)

Jurisprudência 7

Número do processo: 2.0000.00.398768-2/000(1)

Relator: DOMINGOS COELHO

Relator do Acórdão: Não informado

Data do acórdão: 21/05/2003

Data da publicação: 31/05/2003

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INEXISTÊNCIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - PRESENÇA DOS REQUISITOS - CONCESSÃO - DECISÃO - MULTA POR

DESCUMPRIMENTO - VALOR ELEVADO - NECESSIDADE PARA CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL.

A fundamentação da sentença constitui um de seus mais importantes elementos, exigência expressa do art. 93, IX, da Constituição Federal, e sua ausência, como elemento essencial, inquina-a de nulidade, contudo, só é nula a sentença completamente desprovida de argumentos.

Impõe-se a outorga da tutela antecipada se se encontra demonstrada, inequivocamente, a verossimilhança do direito pleiteado, evidente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, não havendo que se falar em ofensa ao contraditório e a ampla defesa já que se trata de previsão legal estipulada pelo nosso ordenamento jurídico.

A multa não tem o condão de obrigar à parte a pagar o seu valor, mas apenas obrigá-la a cumprir o encargo na forma específica, tendo cunho unicamente inibitório.

Jurisprudência 8

MEDIDA CAUTELAR – BUSCA E APREENSÃO – MARCAS E PATENTES – Deferimento da liminar para abstenção de comercialização de produtos pela requerida, sob pena de multa diária – Comprovação do registro da marca pela requerente – Semelhança, aliás, dos produtos comercializados pela requerida – Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* – Decisão mantida – Recurso desprovido. (Agravo de instrumento nº 231.852.4/2, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 13/03/2002.

Jurisprudência 9

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Antecipação dos efeitos da tutela, em ação de preceito cominatório de obrigação de fazer. Rescisão do contrato de direito de uso e transferência a terceiro. Diferentemente de que alega a agravante, não se cuida de mera suspensão dos serviços de telefonia por eventual inadimplência do usuário, mas de rescisão do contrato e cessão a outrem do direito sobre a mesma linha, sem notificação ao assinante. Atitude *manu militari*, que não encontra amparo no art. 160, I, do Civil nem na Lei nº 8.987/95, artigo 6º, §3º, I. A multa horária justifica-se na

conhecida recalcitrância da agravante no cumprimento de seus deveres frente aos usuários de seus serviços. Vale invocar o Enunciado nº 8 “Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos”. IMPROVIMENTO DO RECURSO. (Agravo de Instrumento nº 14.259/01, Rel^a. Des^a. Célia Maria Vidal M. Pessoa, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 12/03/2002).

Jurisprudência 10

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – ARTIGO 273, CPC – PODER DE CAUTELA DO JUIZ – I - A hipótese consiste em agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que deferiu o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela no feito originário; II - Como se sabe, a concessão de tutela de urgência se insere no poder geral de cautela do juiz, cabendo sua reforma, através de agravo de instrumento, somente quando o juiz dá à Lei interpretação teratológica, fora da razoabilidade jurídica, ou quando o ato se apresenta flagrantemente ilegal, ilegítimo e abusivo, o que não é o caso. Precedentes do STJ e desta corte; III - Mantida a decisão agravada, por seus próprios fundamentos, na medida em que a agravante não logrou infirmá-la, não demonstrando a aplicação equivocada do art. 273 do CPC; IV - Agravo de instrumento conhecido e não provido. Agravo interno julgado prejudicado. (TRF 2ª R. – AI 2005.02.01.007592-0 – 8ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – DJU 22.05.2006 – p. 266)

Jurisprudência 11

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE PENHOR – AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO – TUTELA DE URGÊNCIA – PROIBIÇÃO DE VENDA DAS JÓIAS EMPENHADAS – RESTRIÇÃO À INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE DEVEDORES – AGRAVO PROVIDO EM PARTE – 1. Enquanto se discute a validade de cláusulas de contrato de mútuo garantido por penhor de jóias, afigura-se razoável a pretensão do devedor, no sentido de que o credor fique proibido de alienar a coisa empenhada. 2. A providência, nesse caso, tem caráter meramente acautelatório, pois as jóias permanecerão em poder do credor, garantindo a execução do contrato. 3. Não é possível proteger-se o devedor contra a inscrição de seu nome em cadastros de

inadimplentes se ele não se dispõe nem mesmo a consignar em juízo a parte incontroversa da dívida. 4. Agravo provido em parte. (TRF 3ª R. – AG 2003.03.00.000797-2 – (171137) – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos – DJU 12.05.2006 – p. 366)

Jurisprudência 12

PROCESSUAL CIVIL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – SEGURO DE REEMBOLSO DE DESPESAS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E/OU HOSPITALAR – Provimento antecipatório deferido. Reembolso das despesas despendidas pelo segurado com intervenção cirúrgica. I. Preliminar de nulidade da decisão por julgamento ultra petita rejeitada por unanimidade. Fixação de prazo para cumprimento de antecipação dos efeitos da tutela em prazo inferior Àquele requerido na inicial não constitui afronta ao disposto no art. 460 do CPC. II. Mérito. Manutenção da decisão. Abusividade na recusa da empresa securitária. Angioplastia e implante de stent. Urgência no procedimento. Prevalência da proteção à saúde e à vida do segurado. Material implantado. Função diversa de prótese. Inaplicabilidade da cláusula limitadora. Fixação de multa em caso de descumprimento da medida. Possibilidade. Recurso improvido uniformemente. (TJPE – AI 129394-1 – Rel. Des. Eduardo Augusto Paura Peres – DJPE 18.05.2006)

Jurisprudência 13

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA – TUTELA CONCEDIDA PARA RETIRAR OU IMPEDIR A INSCRIÇÃO DO AGRAVADO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA – VALOR MODERADO – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO – A tutela antecipada foi concedida para evitar que a permanência do nome do agravado nos órgãos de proteção ao crédito, se consubstancie na possibilidade de sofrer o agravado diminuição moral, o que justifica a urgência da medida pleiteada e a sua concessão inaudita altera parte. -a multa cominatória não se reveste de ilegalidade, porquanto sua imposição importa em verdadeira coação estatal, visando exercer sobre o obrigado a necessária força de cominação. Assim, em razão do seu caráter inibitório, objetivando desestimular a transgressão do preceito judicial, a fixação do

valor fica ao livre arbítrio do magistrado. -"o objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz. " (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil comentado, sp: RT, 2003, p. 783). (TJSC – AI 2004.035332-9 – São Bento do Sul – 1ª CDCiv. – Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz – J. 22.11.2005)

Jurisprudência 14

PROCESSUAL CIVIL – CIVIL – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PETIÇÃO PARA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO – Imposição de multa diária por Juízo monocrático. Possibilidade. Provocação do juízo para conferir eficácia ao ato jurisdicional. Efetividade da decisão. Princípios da celeridade e economia processual. Embargos de declaração. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Prequestionamento. Ausência. - O fato de o Juiz, em decisão monocrática, cominar multa para tornar efetivo o cumprimento de decisão de antecipação de tutela jurisdicional, somente confere a ela a força que lhe é intrínseca. - A hipótese dos autos se adequa aos princípios processuais da economia processual e da celeridade, posto que se evita a necessidade de processo específico para a execução da decisão, nos moldes do art. 644 do CPC. - O Juízo provocado acerca da efetividade de decisão, a qualquer tempo, deve conferir condições de eficácia plena ao seu conteúdo, mormente quando concernente à antecipação de tutela, posto que os requisitos, já analisados, admitem a urgência e a verossimilhança da alegação. Recurso Especial provido. (STJ – RESP 200400081141 – (623438 SP) – 3ª T. – Relª Min. Nancy Andrighi – DJU 13.12.2004 – p. 00358)

Jurisprudência 15

CONTRATO DE FINANCIAMENTO – ABERTURA DE CRÉDITO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – TUTELA ANTECIPADA – DEPÓSITO – DEFERIMENTO – NÃO AFASTAMENTO DA MORA DO AGRAVADO – PROIBIÇÃO DE INSCRIÇÃO DO NOME DO AGRAVADO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES – MULTA COMINATÓRIA -FIXAÇÃO CORRETA – AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO – Admite-se o depósito judicial das prestações vencidas

e vincendas em sede de ação revisional, porém, por conta e risco do devedor, sem o condão de elidir a mora, mormente quando se pretende depositar valor a menor do que restou pactuado. "... Mais eficiente e justo obstar a inscrição do nome do devedor enquanto não houver certeza quanto à dívida, do que, compensar o suposto devedor com uma indenização pecuniária que não é capaz de elidir as mazelas e embaraços sofridos. Por essas razões, decidiu esta Corte que, enquanto o valor da dívida estiver sendo discutido em ação judicial, o nome do devedor não pode ser registrado em mecanismos de proteção ao crédito (SERASA e SPC), a menos que seja comprovada a urgência e o perigo de dano irreparável para o credor". (AI 178569-RS, 3ª. Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, despacho de 4.6.98)... ". A multa cominatória tem natureza nitidamente inibitória, vez que pretende induzir ao efetivo cumprimento da obrigação imposta pela decisão (abstenção de inscrição do nome da autora nos cadastros de inadimplentes) e, por isso, de nada adiantaria fosse estabelecida em valor que não fosse capaz de compelir à parte a execução da ordem judicial. (TAPR – AG 0276988-8 – (224789) – Cascavel – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Costa Barros – DJPR 10.12.2004)

Analisando os casos apresentados, verifica-se que, fazendo valer o bom senso, os Tribunais mencionados nas jurisprudências fizeram-se valer dos mais variados mecanismos de efetivação, principalmente das multas diárias e horárias, busca e apreensão, lacração de estabelecimentos e outras medidas necessárias para se alcançar o resultado prático equivalente.

Percebe-se, portanto, uma preocupação (o embrião da mudança de mentalidade tratada na presente pesquisa) dos magistrados em fazer valer o direito material do jurisdicionado, aplicando de forma razoável os mecanismos de efetivação da tutela jurisdicional de urgência.