

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

EMANUEL ZINSLY SAMPAIO CAMARGO

EFETIVIDADE DO PROCESSO E TUTELAS DE URGÊNCIA

São Paulo
2007

EMANUEL ZINSLY SAMPAIO CAMARGO

EFETIVIDADE DO PROCESSO E TUTELAS DE URGÊNCIA

Dissertação apresentada como parte das atividades para a conclusão do curso de pós graduação *stricto sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sob orientação do professor Doutor Milton Paulo de Carvalho.

Orientador: Prof. Dr. Milton Paulo de Carvalho

São Paulo
2007

EMANUEL ZINSLY SAMPAIO CAMARGO

EFETIVIDADE DO PROCESSO E TUTELAS DE URGÊNCIA

Dissertação apresentada como parte das atividades para a conclusão do curso de pós graduação *stricto sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sob orientação do professor Doutor Milton Paulo de Carvalho.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Milton Paulo de Carvalho

Professor Doutor Alysso Leandro Barbate Mascaro

Professor Doutor Roque Komatsu

Aos meus pais, arrimos de minha vida, que tanto contribuíram para minha formação pessoal e moral.

AGRADECIMENTOS

Ao meu brilhante professor e orientador Milton Paulo de Carvalho, a quem agradeço por toda disposição e dedicação dispensadas à arte de ensinar, que influíram, sobremaneira, em minha formação jurídica e profissional.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrases o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.” Eduardo Couture.

RESUMO

Muito se discute acerca da problemática que envolve o tema do “acesso à justiça”. Temos que a efetividade do processo representa uma das elementares do “acesso à justiça” ou a dita “ordem jurídica justa”.

O processo efetivo é aquele que proporciona às partes o resultado material desejado, com a transposição de inúmeros obstáculos que se podem vislumbrar, em especial os efeitos perniciosos do tempo.

Alcança-se a efetividade do processo por meio da concretização da norma abstratamente prevista, em um tempo razoável, para não gerar o descrédito no Poder Judiciário, nem a inutilidade de seu provimento ou perecimento do bem que se anseia, bem como de forma a se garantir os direitos essenciais do indivíduo a ampla defesa, contraditório e segurança jurídica.

Assim é que vislumbramos que as ditas “tutelas de urgência”, formas de acesso à jurisdição, superando os efeitos perniciosos do tempo sobre a tutela estatal, juntamente com outros meios, tais como a instrumentalidade, a assistência judiciária, etc., são de extrema importância para a garantia de concretização do princípio da efetividade e do efetivo acesso à justiça, tão aclamado e buscado pela sociedade.

Palavras-chave: Tutelas de urgência; acesso à justiça; efetividade.

ABSTRACT

There are many discussions concerning the problem that involves the subject “access to the justice”. Effectiveness of the process represents one of elementary of the “access to justice” or the said “jurisprudence joust”.

The effective process is that one that provides to the parts the material result desired, with the transposition of innumerable obstacles that if can glimpse, in special the pernicious effect of the time.

We can reached effectiveness of the process by means of the concretion of the norm abstract foreseen in a reasonable time not to generate the discredit in the Judiciary Power, nor the uselessness of its provisions or extinction of the good that if it yearns for, as well as of form if guaranteeing the essential rights of the individual legal defense, contradictory and legal security.

In this form we glimpse that the said “urgent guardianship”, forms of access to the jurisdiction surpassing the pernicious effect of the time on the State guardianship, together with other ways, such as the instrumentalidade, the judiciary assistance, etc., are of extreme importance for the guarantee of concretion of the principle of the effectiveness and the effective access to justice, so acclaimed and searched for the society.

Keywords: Urgent guardianships; access to the justice; effective principle

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A EFETIVIDADE DO PROCESSO	14
2.1	CONCEITO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS	14
2.2	A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O DIREITO DE AÇÃO	21
2.3	A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O ACESSO À JUSTIÇA	26
2.4	FORMAS DE GARANTIA À EFETIVIDADE DO PROCESSO	33
2.4.1	Da Instrumentalidade do Processo	35
2.4.2	Da Assistência Judiciária	39
2.4.3	Dos Juizados Especiais	44
2.4.4	Do Ensino Jurídico	47
3	TUTELAS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA	52
3.1	DA TUTELA JURISDICIONAL	52
3.2	DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA E LIMINAR	55
3.3	DA TUTELA ANTECIPADA	60
3.4	DA TUTELA ANTECIPADA NÃO DECORRENTE DA URGÊNCIA	70
3.5	DA CAUTELAR	73
4	DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA	81
5	DO PODER GERAL DE CAUTELA	86
6	CONCLUSÃO	90
	BIBLIOGRAFIA	93

1 INTRODUÇÃO

A atuação concreta do ordenamento jurídico material, e a conseqüente pacificação social, subordina-se, em grande parte das vezes, à tutela jurisdicional, tendo em vista o seu não acatamento espontâneo, que se desenvolve e atinge seus anseios por meio do processo.

“A tarefa principal do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também garantir sua satisfação.”¹

Em razão disso, relevante é a preocupação na efetividade do processo, instrumento pelo qual a jurisdição opera, que se dá por meio da superação de inúmeros obstáculos: formalismos desnecessários; custos judiciais; demora na prestação da tutela; etc.

A efetividade do processo adquire relevância, ainda, em razão do fato de se encontrar elencada como uma das elementares do acesso à justiça ou à ordem jurídica justa. Um processo eficiente, que represente o efetivo acesso à justiça, pressupõe sua efetividade. Não se vislumbra um processo eficiente não efetivo.

O principal obstáculo a ser transposto para a garantia da efetividade do processo é o efeito pernicioso do tempo.

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela urisdicional: a relativização do binômio direito – processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. (Tese de doutoramento) - Universidade de São Paulo, 1994, p. 19.

Os efeitos perniciosos do tempo sobre o processo representam um dos elementos que leva a sociedade ao descrédito no Poder Judiciário, bem como, na capacidade dos julgadores. A rapidez na prestação jurisdicional, quando sem critério, traz riscos de diversas ordens. A segurança jurídica, que se vincula ao princípio constitucional do devido processo legal, deve caminhar de forma conjunta com a efetividade.

A fim de se assegurar todos os princípios e garantias constitucionais e necessidades fundamentais humanas, o processo deve se desenvolver em considerável lapso temporal, de acordo com uma determinada sequência de atos que conduza à correta e justa subsunção, pelo juiz, do fato à norma (e a consequente pacificação social). A superposição de atos processuais poderia comprometer a efetiva justiça, da mesma forma que o tempo de duração do processo, a fim de se possibilitar o regular desencadeamento dos atos, poderia ameaçar a eficácia e utilidade do provimento jurisdicional esperado na composição definitiva do litígio.

Dessa forma é que as tutelas de urgência encontram seu fundamento no princípio da efetividade processual, viga mestre do acesso à justiça ou à dita ordem jurídica justa, sendo embasadas na tentativa de tornar mais ágil o processo, impedindo e evitando os efeitos do tempo na demanda – visto que não podemos falar em processo efetivo, se os efeitos do tempo sobre o procedimento forem tão perniciosos que impeçam a fruição do direito subjetivamente reconhecido, ou torne totalmente desnecessária e inútil a atuação estatal.

As medidas cautelares e as tutelas antecipatórias são espécies do gênero tutelas de urgência, ostentando requisitos e campos de atuação totalmente diversos, umas das outras. Embora ostentem traços de semelhança, possuem natureza jurídica diversa e inúmeras distinções significativas que devem ser observadas por ocasião de sua utilização.

A distinção básica entre a tutela cautelar e a antecipatória reside no fato de que nesta se dá, ao autor, aquilo que ele somente obteria após a subsunção judicial do fato à norma, ao passo que naquela se almeja, tão somente, assegurar a possibilidade de realização eficaz do direito/função/dever do Estado dizer e aplicar o direito.

Temos que a cautelar se contenta com a simples existência do *fumus boni iuris*, ao passo que a antecipação da tutela somente pode se apoiar em uma prova inequívoca demonstrativa da verossimilhança do alegado (vulgarmente conhecida como *fumus* qualificado).

A concessão das tutelas de urgência, assim como toda e qualquer tutela jurisdicional, deve obedecer a certos requisitos e procedimentos, sem representar o sacrifício da efetividade. Mesmo as medidas de urgência não devem, em princípio, ser tratadas apenas unilateralmente, garantindo-se a observância ao contraditório. Sempre que possível o juiz deve dar oportunidade de pronunciamento do réu, podendo haver, em hipóteses excepcionais, dando-se ênfase ao sopesamento de princípios e direitos envolvidos, a dispensabilidade do contraditório prévio (ex. artigo

804 do Código de Processo Civil), que será observado no desenvolvimento regular do processo.

2 A EFETIVIDADE DO PROCESSO

2.1 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Candido Rangel Dinamarco define o processo efetivo, como sendo aquele que cumpre sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude, a todos os seus escopos institucionais².

Contudo, para o alcance da efetividade processual, existe um grande número de empecilhos e dificuldades, o que requer da ordem jurídica uma constante renovação. Os métodos tradicionais de solução de litígios, com o passar dos anos, tornaram-se ineficazes em sua missão, e dessa forma o espaço para a criação das tutelas diferenciadas foi se abrindo. No Brasil, o ideal de efetividade é perseguido pelos legisladores, que através da criação de dispositivos legais, procuram transpor as barreiras que obstam o seu alcance.

Atualmente não mais se vislumbra o processo pelos simples atos e relações nele existentes, mas sim pela utilidade prática na vida daqueles que buscam, junto ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional. Neste sentido:

“Sentenças, decisões, comandos e remédios ditos heróicos concedidos por juízes e tribunais não passariam de puras balelas, não fora pelo resultado prático que sejam capazes

² DINAMARCO, Candido Rangel. Instrumentalidade do processo. 4. ed. São Paulo: São Paulo, 1994, p. 149-219.

de produzir na vida das pessoas e nas efetivas relações com outras e com os bens da vida”.³

Assim, o resultado útil do processo não é alcançado com a simples garantia de ingresso em juízo, ou a simples possibilidade de sua utilização pela parte prejudicada, sendo indispensável a efetividade da proteção judicial.

“Verifica-se que o estudo do direito processual pelo prisma da tutela jurisdicional corresponde ao fim do momento autonomista e à conscientização de que o importante é a busca de resultado útil para o processo.”⁴

O alcance, pelo processo, de sua finalidade precípua ou resultado útil e esperado pela sociedade depende de sua efetividade.

É cediço que os noticiários, de forma cada vez mais frequente, nos informam de fatos desabonadores e tendenciosos ao total descrédito no Poder Judiciário. Não só atualmente, em razão desses fatos, mas desde os primórdios da civilização, buscase a concretização e efetividade das garantias e direitos abstratamente constituídos ao longo dos anos.

Dessa forma é que um dos problemas que mais aflige a sociedade, nos dias de hoje, é aquele atinente à efetividade da prestação da tutela jurisdicional:

³ DINAMARCO, Candido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 592.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito – processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. (Tese de doutoramento) - Universidade de São Paulo, 1994. p. 60.

“A principal problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não raras as vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito. Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos de conflitos concretos.”⁵.

Conforme lições iniciais do direito, tem-se que este, previsto de forma abstrata e genérica, deve ser realizado e concretizado no plano dos fatos. A realização do direito se dá quando a norma genérica e abstrata se materializa e incorpora ao patrimônio do indivíduo, sendo o processo o instrumento pelo qual a jurisdição opera para a concretização do direito.

Assim como o processo é a forma de materialização do direito, aquele, por sua vez, representa a materialização da jurisdição (poder / dever / atribuição de dizer o direito), desempenhada por meio do Poder Judiciário.

O processo efetivo é aquele que proporciona às partes o resultado material desejado (ainda que este não corresponda aos seus anseios concretos, como ocorre no caso de um pedido julgado improcedente), observando sempre os valores de segurança e celeridade.

“A tutela jurisdicional será tão mais efetiva quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito. Aquele que tem direito à tutela jurisdicional deve receber exatamente aquilo

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutelas de urgência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 37.

que receberia se houvesse acatamento voluntário da regra material.”⁶

Entretanto, a simples celeridade, ainda que seja um fator necessário, *per si*, não encaminhará o processo ao encontro de sua efetividade.

Assim é que o ilustre doutrinador Barbosa Moreira⁷ salienta:

“Se uma Justiça lenta demais é decerto uma má Justiça, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.

A efetividade depende da manifestação da celeridade como “uma relação de adequação entre meios e fins”⁸, compreendendo a idéia de atuação da atividade jurisdicional estatal, que deve atingir o seu escopo com o máximo de eficácia, e com o mínimo consumo de energia fatível, em benefício da sociedade.

A ciência processual tem encontrado muitas dificuldades na superação da morosidade na prestação jurisdicional. Os processualistas buscam criar, inovar e renovar os mecanismos de celeridade processual, uma vez que o tempo empregado na satisfação da tutela é muitas vezes incompatível com a necessidade do provimento. O direito processual tem a constante preocupação em eliminar a possibilidade de ineficácia da cognição plena.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito – processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. (Tese de doutoramento) - Universidade de São Paulo, 1994. p.58.

Há de se ressaltar que a solução em questão não consiste na satisfação imediata da prestação, mas de um tempo adequado para a análise dos fatos e existência do direito para a conclusão do juiz. Não há que se questionar a impossibilidade do juiz analisar o caso, e imediatamente proferir a sentença, contudo esse mesmo procedimento não deve custar às partes mais do que o tempo necessário para uma cuidadosa investigação dos fatos. O que se deve buscar é o pleno equilíbrio entre o devido processo legal, efetividade processual e segurança jurisdicional.

Por mais dura ou atenuada que possa ser a legislação, independentemente de sua perfeição ou adequação com a realidade sócio-econômica do país, (que engendrariam a caracterização da dita “ordem jurídica justa”), já seria um grande avanço a concepção de um processo efetivo, com a aplicação concreta da legislação, de forma isonômica, etc., mediante a superação de seus principais obstáculos, entre os quais destacamos o de principal relevância: o efeito indesejável do tempo.

O tempo desempenha em nossas vidas um papel essencial, e no processo a situação se repete, pois a morosidade do processo se reflete nos próprios litigantes. Assim, é possível constatar que na busca pela efetividade do processo, tem-se o tempo como maior inimigo. A morosidade na prestação da tutela jurisdicional pode gerar efeitos indesejáveis, sejam eles econômicos, psicológicos, sociais, etc.

⁷ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. São Paulo: Saraiva, 2004. p.5 . (Temas de Direito Processual Civil: Oitava Série).

⁸ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

Verifica-se que a problemática do tempo, dentro do processo, tem extravasado até mesmo o direito processual, uma vez que o direito material, ciente da demora na prestação jurisdicional, passa a ter inserido, em seus dispositivos, mecanismos de compensação, nos casos de inadimplemento de obrigações; como a cobrança de juros, correções monetárias, multas, etc

Neste sentido é que as tutelas de urgência vêm ao encontro da sociedade, de forma a garantir a efetividade / concretização imediata do direito abstratamente previsto, nos casos em que a demora poderia representar a inutilidade do provimento jurisdicional ou o próprio perecimento do bem da vida buscado – independentemente de qualquer caráter subjetivo acerca de sua justiça.

As tutelas de urgências ostentam íntima relação com a efetividade do processo, tendo em vista prestarem para o fim de afastar um de seus grandes e principais obstáculos.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º, parágrafo 1º, salienta que o não desempenho das funções da justiça, dentro de prazo razoável, representa uma verdadeira justiça inacessível – um fato totalmente inadmissível. A norma em comento destaca a relevância da superação do obstáculo temporal para a efetividade do processo e alcance do efetivo acesso à justiça.

Embora necessária e indispensável a busca pela efetividade do processo, tal fato não pode representar uma hipertrofia ou diminuição do conceito de devido processo legal, devendo com ele subsistir, encontrando limitação natural na liberdade jurídica do réu, que não pode sofrer sacrifício desnecessário.

2.2 A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O DIREITO DE AÇÃO

A efetividade do processo é tema intimamente ligado ao princípio / direito de ação, no qual, segundo disposto pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”*

Embora o direito a ação, condicionado a determinados requisitos, não assegure a efetividade do processo, é a ele inerente, sendo crucial a consecução da tutela cognitiva para que se alcance a efetividade.

Versa o direito de ação, basicamente, no direito público subjetivo / faculdade, (em alguns casos), concedido à pessoa para que postule junto ao Estado, direitos ou reparações aos direitos violados, desde que atendidos certos requisitos – condições da ação e pressupostos processuais. Assim:

“Para que o processo possa prosseguir até o julgamento do mérito devem estar presentes determinados requisitos que revelem, em tese, a aptidão do instrumento ao objetivo desejado”.⁹

Alguns doutrinadores consideram o direito de ação como um direito autônomo e concreto – direito material e processual intimamente relacionados (se não houvesse direito material a ser protegido, não haveria direito de ação); outros, por sua vez,

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 235.

sustentam tratar-se de um direito autônomo e abstrato, (possibilidade de invocar-se abstratamente um direito material subjetivamente previsto) ¹⁰.

Entende-se por condições da ação o liame entre o processo e o direito material: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*.

A possibilidade jurídica do pedido pode ser compreendida como a necessidade do pedido interposto ser passível de apreciação pelo Judiciário. Pedidos fora das condições de apreciação são excluídos *a priori*, sem análise do caso concreto. Atualmente devido à tendência de universalização da jurisdição, tem-se buscado a diminuição de casos excluídos de apreciação por impossibilidade jurídica do pedido. O interesse de agir, por sua vez, se caracteriza pela necessidade e adequação. A necessidade repousa no fato de que o autor precisa requisitar ao Estado sua atuação, uma vez que não há possibilidade de ter sua pretensão atendida de outra forma. A adequação requer que a pretensão solicitada seja apta a corrigir prejuízo alegado, ou seja, deve haver utilidade no provimento jurisdicional. Por fim, a legitimidade *ad causam* tem como máxima o exposto no artigo 6º do Código de

¹⁰ A ação como direito autônomo e concreto foi desenvolvida por Wach na Alemanha, e pautou seu entendimento na idéia de ser dispensável a existência de um direito material transgredido para que exista o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional. E assim como o direito a tutela jurisdicional é requisitada ao Estado, o direito subjetivo material é requisitado ao opositor. Conclui-se assim: “(...) **como a existência da tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável. Consequentemente, a ação seria um direito público e concreto (ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo)**”. Em 1977, Degenkolb na Alemanha, acompanhado por Plósz na Hungria formularam a teoria da ação como direito autônomo e abstrato. Essa compreensão também desvinculava a ação do direito material, dando-lhe autonomia e independência; entretanto, admitia-se o direito de ação desconsiderando qual o tipo de provimento conquistado em juízo - In CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 265

Processo Civil, no qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

No direito civil, para a composição de uma relação jurídica válida, hão de ser observados determinados requisitos, como os elucidados, no artigo 104 do Código Civil, consistente no agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.¹¹ A mesma situação pode ser encontrada no direito processual, uma vez que para a composição de uma relação processual válida devem ser atendidos determinados pressupostos. Entretanto são eles distintos dos explicitados no direito civil.

Os pressupostos processuais são requisitos necessários para o pleno desenvolvimento da relação processual. Os pressupostos processuais são vislumbrados quando estamos diante de “uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo”.

12

Esta concepção acima trabalhada adere a uma visão mais restritiva dos pressupostos processuais. Entretanto, existem outras correntes doutrinárias que dividem os pressupostos processuais em duas categorias: objetivos e subjetivos.

Os ditos pressupostos objetivos, segundo a doutrina não restritiva, se subdividem em: a) intrínsecos (existência da citação, regularidade procedimental); e b)

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 307.

extrínsecos (ausência de impedimentos, coisa julgada, litispendência, compromisso). Quanto aos subjetivos, são subdivididos em: a) concernentes ao juízo / juiz (investidura, competência, imparcialidade); e b) os relativos às partes (capacidade de ser parte, capacidade postulatória, capacidade de estar em juízo).¹³

“Conclui-se serem os pressupostos processuais exigências legais destinadas à proteção de determinados valores inerentes às partes e à jurisdição, visando possibilitar que o processo seja efetivo instrumento de acesso à ordem jurídica – ou, em outras palavras, que ele represente método équo e justo de solução de controvérsias”.¹⁴

Todavia, a efetividade do processo, conforme já salientado, é mais que o simples assegurar do direito subjetivo de ingresso em juízo.

A efetividade do processo reclama um *plus* à mera possibilidade de utilização do Poder Judiciário. Almeja-se a efetividade da tutela jurisdicional e a concretude do direito abstratamente previsto, sem, todavia, abandonar o bom funcionamento do processo, com as garantias e características que lhes são peculiares. É preciso cada vez mais tornar flexível a tutela jurisdicional, no sentido de adaptá-la às necessidades de desenvolvimento eficaz do processo, como instrumento de concretização do direito substancial.

¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 307

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 307.

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 185.

Em razão disso é que o ilustre processualista Cândido Rangel Dinamarco chega a definir a efetividade do processo como sendo “(...) uma cruzada pela efetiva preservação dos direitos do homem em via judicial”¹⁵.

¹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 5. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002. v.1 p. 592.

2.3 A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O ACESSO À JUSTIÇA

A efetividade do processo dependente, em absoluto, de seu bom desenvolvimento, bem como da exemplar atuação estatal, a quem incumbe a prestação da tutela jurisdicional.

Consigna-se que, muito embora a preocupação da sociedade não se concentre na simples materialização do direito, de forma efetiva, tal fator é crucial ao alcance do tão ambicionado acesso à justiça.

A efetividade do processo encontra-se elencada como uma das elementares à “ordem jurídica justa”¹⁶ ou ao acesso à justiça, ao lado da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa; entre outros tantos.

Não há um consenso certo acerca do conceito e contornos limítrofes do tema “acesso à justiça” ou a dita “ordem jurídica justa”. O único ponto comum aos doutrinadores, no tocante ao tema em questão, refere-se ao fato de que o acesso à justiça depende do acesso à citada “ordem jurídica justa”, que não pode coexistir sem a observância da efetividade do processo.

¹⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

O que atualmente se busca com o direito é o chamado “acesso a ordem jurídica justa”, que consiste no máximo de efetividade da atividade jurisdicional. Entretanto, para a concretização deste pleno acesso a justiça, além das garantias constitucionais essenciais, deve-se eliminar as barreiras econômicas, culturais, sociais e técnicas. As garantias constitucionais de acesso à justiça se vêm esvaziadas frente à falta de efetividade do processo.

O processo efetivo, por si só, não representa o acesso à justiça ou à dita ordem jurídica justa, que somente é proporcionado por meio de um sistema eficiente, sendo que efetividade e eficiência não são sinônimos. Todavia, a efetividade pode ser considerada como *conditio sine qua non* da eficiência.

“Assim como a celeridade e a economia processual, a efetividade processual é um princípio de suma importância para a observância do compromisso constitucional de acesso à Justiça / ordem jurídica justa.”¹⁷

Ressalta-se a impossibilidade de confusão entre a efetividade do processo e o acesso à justiça ou a denominada ordem jurídica justa (eficiência – diz respeito à maneira como a máquina estatal presta a tutela). Somente um sistema eficiente e efetivo pode proporcionar o verdadeiro acesso à justiça.

“A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam

¹⁷ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Efetividade do processo e a técnica processual. .São Paulo: Malheiros, 2006

estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.”.¹⁸

O ilustre doutrinador Kazuo Watanabe salienta que o tema do acesso à justiça não deve ser analisado apenas pela ótica da instituição estatal, mas sim sob o aspecto do acesso à “ordem jurídica justa.”¹⁹

O doutrinador em questão elucida que, para viabilizar tal situação, mostra-se necessária uma readequação na postura mental, e ainda explica que a ordem jurídica deve ser vista sob a ótica do seu destinatário, e não de seu criador – e essa seria uma das grandes dificuldades técnicas:

“Hoje, lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é a da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade”.²⁰

A Justiça se estrutura dentro de um país considerando em suas peculiaridades, seu povo, seus costumes, modo de vida etc. Assim, para a consolidação de uma Justiça eficiente, com uma organização apropriada, capaz de solucionar os problemas a ela apresentados, mostra-se como condição essencial o conhecimento da sua realidade sócio-político-econômica.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 15.

¹⁹ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

²⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128

Nosso país é repleto de contradições sociais, econômicas, políticas, etc., marcado por grande intervencionismo estatal, que assume um importante papel na economia.

A tentativa do Estado em permanecer nesta situação, qual seja, a de governar sem a realização de nenhuma reforma estrutural de peso, e adotando apenas medidas paliativas, tem trazido conseqüências nocivas a toda sociedade e até a si próprio.

As medidas paliativas tomadas pelo Estado, para a solução dos problemas das contradições sociais, econômicas, políticas, etc. se pautam na criação de novos direitos, sem qualquer preocupação em sua efetivação.

Referida “solução” buscada pelo Estado atual contraria sua própria missão e essência, qual seja, aliviar as tensões sociais, visto que a criação de novos direitos presta para o fim, tão somente, de criar novos conflitos. Novos direitos não prestam para o fim de contornar ou solucionar situações já existentes, em grande parte das vezes.

“O Estado brasileiro, portanto, é um grande gerador de conflitos (...) Grande parte desses conflitos é encaminhada ao Poder Judiciário, cuja carga de serviços se agiganta cada vez mais. (...) Há de se constatar, demais disso, que inúmeros direitos sociais (os pertinentes a habitação, ao emprego, à instrução e à reforma agrária, por exemplo) têm sido prometidos em palanques públicos e em plataformas de governo, o que vem gerando expectativas e ansiedades sociais. Mais do que isso, vem criando, nos mais humildes, a consciência do direito a uma vida de melhor qualidade, pois os discursos políticos que ouvem são todos nesse sentido. A

conseqüência do não cumprimento dessas promessas tem sido o enfraquecimento de certos direitos subjetivos, como o de propriedade, que são confrontados, num discurso político bem elaborado, com os direitos de vida e de saúde, constitucionalmente assegurados, e também com o caráter social da propriedade.”

A “solução estatal” representa um dos grandes problemas a serem solucionados para o acesso a justiça, e nesse diapasão é que podemos afirmar que a efetividade do processo, ou seja, a garantia da concretização do direito abstratamente previsto, já representaria um grande avanço na busca pela “ordem jurídica justa”.

Pode-se considerar como requisito necessário à concretização do acesso à “ordem jurídica justa”, a capacidade de análise do contexto sócio-econômico-político por parte dos juízes. Diante da complexidade e das rápidas transformações sofridas na sociedade, os juízes devem estar preparados e inseridos na realidade dos conflitos. A distribuição da justiça de forma justa requer juízes engajados na sua missão. Para sua concretização há a necessidade ainda de pesquisas interdisciplinares permanentes dos conflitos, suas causas, suas possíveis soluções.

21

“O direito de acesso à Justiça é, portanto, direito de acesso a uma *Justiça adequadamente organizada* e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização de direito. Assim concebida a Justiça, como instituição com plena adequação às reais necessidades do País e em condições de realização da ordem jurídica justa, o acesso a ela deve ser possibilitado a todos e os obstáculos que surjam, de natureza econômica, social ou

²¹Watanabe, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 1988, p. 130-131.

cultural, devem ser devidamente removidos. Justiça gratuita, assistência judiciária, informação e orientação, são alguns dos serviços que se prestam, desde que convenientemente organizados, à remoção desses obstáculos”.²²

Dessa forma, o acesso à justiça ou à dita “ordem jurídica justa” é algo que ultrapassa os limites da efetividade do processo, todavia, dela não se afasta.

Temos que os arrimos da tríplice defesa Iluminista (igualdade formal, ao lado da propriedade privada e liberdade perante o Estado) configuram como um típico exemplo de necessidade de mudança para possibilitar o acesso à justiça / ordem jurídica justa (Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, etc. – onde se reconhece a fragilidade de uma parte frente à outra, tentando-se proporcionar o acesso à lei a todos, de forma mais isonômica, com a superação das desigualdades, etc.). As mudanças em questão visam mais que a efetividade, ou seja, a eficiência, com a adequação das normas à realidade social; flexibilização do ordenamento jurídico; etc.

Para Kazuo Watanabe, o direito de acesso à justiça pode ser resumido e concluído da seguinte forma:

“O direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa (...) (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e a organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juizes

²² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.. p. 135.

inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características”.²³

²³ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.. p. 135..

2.4 FORMAS DE GARANTIA À EFETIVIDADE DO PROCESSO

A fim de se alcançar a tão almejada efetividade do processo e da própria tutela jurisdicional, há de se transpor uma série de obstáculos de ordem econômica, social, legal, etc. Todos esses óbices, que impedem, ou ao menos dificultam, a regular condução do processo, o deixam suscetível a desacertos variados.

O ilustre doutrinador Cândido Rangel Dinamarco delineou as formas de atuação dos ditos óbices / fatores perversos à efetividade do processo²⁴:

“Discorrendo sobre esses pontos sensíveis do sistema processual, procurei identificá-los em face dos fatores perversos, afirmado que eles atuam: a) sobre a faculdade de ingressar em juízo; b) sobre o modo-de-ser do processo; c) sobre a justiça das decisões; e d) sobre a utilidade destas. (...) Por qualquer desses modos, quem veio a juízo lamentar a lesão sofrida continua a amargar a lesão e, na prática, é como se não tivesse vindo a juízo. A tutela jurisdicional é objeto de solene promessa do constituinte (Const., art. 5º, inc. XXXV) e, negando-se a ministrá-la de forma efetiva, o Estado de Direito descaracteriza-se como tal”.

As alternativas mais utilizadas, na solução do problema da, morosidade, são as denominadas tutelas de urgência. Contudo, há de se ressaltar que a simples concessão de tutelas, ou até mesmo satisfação em tempo razoável, não soluciona de forma definitiva a problemática da efetividade processual.

²⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 593-594.

Além da efetividade do processo, por meio das tutelas de urgência, que serão o foco principal do presente estudo, tal anseio pode ser verificado por outras formas, preferencial e concomitantemente, de forma não excludente.

2.4.1 DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

O método instrumentalista do processo postula a eliminação do formalismo exacerbado e injustificável, que representa um óbice à consecução da efetividade do processo e, conseqüentemente, ao acesso à justiça ou à ordem jurídica justa.

A instrumentalidade não representa o desprezo dos aspectos técnicos e procedimentais, mas tão somente, busca o desapego ao tecnicismo burocrático e desnecessário. A instrumentalidade não é sinônimo de ilegalidade.

Enquanto a formalidade for encarada como um obstáculo à formação e desenvolvimento do processo, a efetividade e o acesso à justiça restarão prejudicados.

No tocante à perspectiva do direito processual, visam os processualistas avançar nos estudos das técnicas e institutos do processo, e por meio deles atingir o escopo da atividade jurisdicional. Não se afastando disso, devem ser buscados meios facilitadores ao acesso à tutela jurisdicional, através da simplificação dos procedimentos.

O processo e o procedimento, assim como o próprio Poder Judiciário, não deve ser utilizado para cultuar a forma, mas sim para dar razão a quem efetivamente a tem.

“o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.²⁵

Importante ressaltar que o instrumentalismo não prega a desnecessidade da técnica. A técnica deve servir de meio para que o processo alcance seu verdadeiro escopo. Critica-se o formalismo indiferente e injustificável, absolutamente dispensável aos reais problemas a serem solucionados no processo. Despreza-se a denominada “forma pela forma”, e não a “forma pelo fim”.

“A técnica processual tem dois grandes objetivos: a) conferir segurança ao instrumento, no sentido de proporcionar absoluta igualdade de tratamento aos sujeitos parciais do processo, possibilitando-lhes influir substancialmente no resultado; b) garantir seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica a atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, que pelo ângulo da tempestividade.”²⁶

Ainda que indispensável para a efetividade e eficiência da justiça – acesso à justiça – deve a técnica e a forma ocupar o lugar de instrumento de trabalho, e não como fim em si mesmo considerado. Não se pode apegar ao tecnicismo puro e desenfreado.

Neste sentido, conforme salienta José Carlos Barbosa Moreira²⁷:

“Nenhuma ciência ou arte prescinde de uma técnica própria, e não se concebe que o direito processual constitua aqui

²⁵ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005. p. 26.

²⁶ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Efetividade do processo e a técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 77 -78.

²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 44.

exceção. A técnica fornece mediação necessária entre a inspiração e a execução (...) Pois bem: tampouco se quer, no trato das questões processuais, fazer tábua rasa da dimensão técnica. Quer-se, isso, sim, dar-lhe o justo lugar na economia da matéria. Tomado como um fim em si próprio, o uso da técnica ameaça converter-se em exercício estéril de narcisismo intelectual. Encarado como instrumento de trabalho, vale como precioso auxiliar do processualista que se esforça por apreender com exatidão a realidade do seu objeto de estudo, na esperança de poder atuar sobre essa mesma realidade.”.

Como decorrência direta do princípio da instrumentalidade das formas, podemos elencar as formas alternativas de solução dos litígios – mediação, arbitragem, etc.

A técnica de forma alguma pode ser abandonada, até porque o procedimento processualmente previsto, ou a forma, se dá nos devidos termos a se propiciar a segurança na aplicação do direito abstratamente previsto ao caso concreto, possibilitando o exercício da ampla defesa, do contraditório e outros constitucionalmente previstos, que fazem parte, inclusive, da essência natural do homem acerca da justiça.

A técnica processual ostenta sua importância em razão da natureza instrumental do processo, mas é imprescindível que aquela seja entendida como simples meio de alcance da tutela jurisdicional adequada, e não como um conjunto de impedimentos e obstáculos intransponíveis e inúteis.

O escopo da forma é objetivar segurança e previsibilidade, e só em razão disso deve ser preservada, visto que a liberdade absoluta impossibilitaria a sequencia e

desenvolvimento natural do processo. É preciso conciliar a técnica processual ao seu escopo.

Justamente a solução entre o absoluto rigor e a liberdade total de forma é a instrumentalidade. Deve-se prestigiar o conteúdo, e não a forma, que somente deve ser exigida quando a sua não observância possa representar a inacessibilidade da finalidade buscada.

2.4.2 DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Outro obstáculo a ser transposto diz respeito às custas que envolvem o processo. O processo judicial brasileiro implica em enormes custos às partes: custas iniciais devidas ao Estado (com algumas exceções, por exemplo, na Justiça do Trabalho); taxa de mandato; despesas com citação (mandado, carta, etc.); preparo recursal; despesas com o denominado “porte de remessa e retorno”; etc., além dos ônus da sucumbência, em caso de improcedência.

No chamado “Sistema Americano” não há a atribuição do ônus da sucumbência ao vencido, o que dá uma maior previsibilidade nos gastos com o litígio. No nosso sistema, a sucumbência, junto com os demais custos processuais, se torna uma enorme barreira à efetividade do processo e ao próprio acesso à justiça.

As custas representam um maior obstáculo na medida em que o bem da vida buscado pelo interessado é de baixo valor. A solução desses pequenos conflitos acaba sendo prejudicada, muitas vezes, em razão das custas processuais. Tal situação desestimula as partes a procurarem seus direitos junto ao Estado, visto que muitas vezes, nesse caso, o valor do conflito em questão é desproporcional às custas despendidas para a sua pacificação.

Muitos sistemas, no tocante à assistência judiciária gratuita puderam ser verificados. Alguns países limitavam a assistência no oferecimento de advogados remunerados pelo Estado; outros, sequer remuneravam os operadores do direito,

legislando de forma a compelir o atendimento gratuito aos necessitados (*munus honorificum*); etc.

“As leis francesas, alemãs, italianas e algumas outras, editadas na segunda metade do século dezenove, estabeleceram para os advogados deveres de atendimento gratuito aos pobres”.²⁸

Um dos referidos “sistemas legais” de assistência judiciária foi o “*Judicare*”, utilizado na Holanda, Inglaterra, França e Alemanha. Neste sistema, a população pobre, inapta a arcar com os honorários advocatícios, recebia do Estado a assistência de advogados particulares remunerados pela Fazenda Pública. Ao adotar tal método, garantia-se a todos que não ostentavam capacidade econômica as mesmas orientações daqueles que podiam arcar com as despesas advocatícias. Tal sistema, ainda que de grande valia, por eliminar a barreira dos custos advocatícios, mantendo a igualdade entre as partes, não é imune a censuras.

Para Mauro Cappelletti, essa forma de assistência judiciária, com o desempenho gratuito de atividades por parte dos advogados (com ou sem remuneração por parte do Estado) não soluciona os outros obstáculos a serem vencidos, visto não auxiliar os pobres na identificação de seus direitos e as respectivas lesões; não transpor as barreiras psicológicas da população acerca do Poder Judiciário; etc.

“A solução de manter equipes de advogados assalariados, se não for combinada com outras soluções, é também limitada sua utilidade pelo fato de que – ao contrario do sistema *judicare*, o qual utiliza a advocacia privada – ela não pode garantir o auxílio jurídico como *um direito*. Para sermos

²⁸Cappelletti, Mauro., Gordley, J. e Johnson Jr., E. “The Emergence of a Modern Theme”. Toward Equal Justice. Milão, Dobbs Ferry, N.Y., Giuffrè /Oceana, 1975, p. 3, 18-21.

realistas, não é possível manter advogados em numero suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos”.²⁹

Uma das principais tentativas e ambições da sociedade, ao longo de sua história, concentra-se no fato de garantir o acesso isonômico à justiça, independentemente do grau de fortuna que incumbe à cada um.

Conforme já salientado, o cidadão não crê na justiça porque não tem acesso à ela, e quando chega ao Poder Judiciário não dispõe de meios para a utilização de seus serviços altamente burocratizados (inúmeros procedimentos e formalidades que implicam na necessidade de intervenção de um advogado) e caros.

Ou seja, a necessidade de um profissional do direito, bem como a necessidade de pagamento de inúmeras custas (custas iniciais, preparo recursal, honorários periciais, diligências, xerox, etc.) faz com que a população de baixa renda, ainda que queira, não ostente condições suficientes de acesso ao Poder Judiciário.

Importante ressaltar que a inacessibilidade dos tribunais, e da própria tutela jurisdicional, ocasiona a submissão do mais fraco ao mais forte, com a renúncia tácita ao direito lesado – sendo a submissão e a renúncia ingredientes de uma certa explosão de conflitos sociais.

Nesse sentido, Leão XIII já salientava na “Rerum Novarum”:

²⁹Cappelletti, Mauro e Garth, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Fabris: Porto Alegre, 2006, p. 42-43.

“A classe dos ricos se defende pelos seus próprios meios e necessita menos da tutela pública; mas o pobre povo, baldo de riquezas que o ampare, está peculiarmente confiado à proteção do Estado”. Hamurabi, entre 2067 a.C. e 2025 a.C., fez insculpir em seu monumento: “Eu sou o governador guardião. Em meu seio trago o povo das terras de Sumer e Acad. Em minha sabedoria eu os refreio, para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça.”.

A fim de se garantir a efetividade do processo é que surge a grande relevância a assistência judiciária pública, em todas as suas diferentes designações (Defensoria Pública; justiça gratuita; etc.), englobando os custos do processo e a atividade especializada a ele relacionada.

Deve-se atribuir à assistência judiciária o sentido mais amplo possível, englobando-se não só a atividade junto ao poder judiciário, mas também atividades técnico-jurídicas no campo da prevenção, consultoria, aconselhamento e informação.

Humberto Peña de Moraes, em seu artigo “A Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à Justiça, no Estado Democrático”, traçou um histórico da evolução da assistência judiciária estatal no país:

- Ordenações Filipinas (substituição às Ordenações Manuelinas por Felipe II – 1603) – *“Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pagua o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de*

tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo.”;

- Ordenações Filipinas – previa o patrocínio gratuito pelo advogado, nas causas cíveis e criminais, dos miseráveis e dos que aparecessem indefesos em juízo;
- 1870 – assistência judiciária foi instituída pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e aprimorada pela Câmara Municipal da Corte (1880 / 1884);
- Constituição Federal de 1934 (art. 113, n.32) – passou a elencar entre os direitos e garantias individuais a assistência judiciária aos necessitados;
- Constituição Federal de 1937 – assistência judiciária aos necessitados perdeu status constitucional;
- Constituição Federal de 1946 – a assistência judiciária aos necessitados voltou a ostentar status constitucional, até a presente Constituição;
- 1950 – promulgação da Lei nº1.060/50;

A superação dos obstáculos relativos às custas processuais, mediante a gratuidade, e à atividade técnica especializada (advocacia), por meio da disponibilização de advogados remunerados pelo Estado, representa uma das formas de efetividade do processo e acesso à justiça.

2.4.3 DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Uma das soluções bem sucedidas, adotadas no Brasil, para a transposição das barreiras de acesso à justiça e efetividade do processo foi à criação dos Juizados Especiais. A questão das causas de pequeno valor sempre foi um problema, exaustivamente, discutido pela doutrina.

A população brasileira é massivamente composta por indivíduos economicamente frágeis, o que vinha dificultando o acesso à justiça pela via comum, uma vez que requisitos simples como a necessidade de um advogado para pleitear seus direitos, colocava-se como óbice à obtenção da tutela jurisdicional.

Constatava-se então, que os conflitos de interesses no qual o “bem da vida” em questão não era dotado de valores tão significativos para alguns, acabavam sem encontrar pacificação por via jurisdicional, e assim, mais uma vez o Estado falhava em seu compromisso de distribuição da justiça.

E ainda, diante da morosidade imposta aos litigantes que venciam os obstáculos impostos e procuravam o Judiciário, fez-se indispensável a criação de métodos alternativos de solução de litígios, como os Juizados Especiais.

Segundo a doutrina, a lei nº 9.099/95 trouxe significativa inovação no tocante ao tema “acesso à justiça”. O intuito da lei que criou os Juizados Especiais, no âmbito cível e criminal, era a humanização da justiça, com a sua desburocratização – por

meio de princípios norteadores (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade).

Entre as novidades introduzidas com a Lei nº 9.099/95, podemos destacar a possibilidade exercício do direito de ação, pelo indivíduo, independentemente de assistência de um advogado, (até o limite de alçada de 20 salários mínimos); a prevalência do princípio da oralidade (petição inicial elaborada de forma sucinta, pela própria secretaria, com base nas informações trazidas pelo interessado; testemunhos gravados em fita magnética, de forma a possibilitar maior agilidade e rapidez nas audiências); isenção de custas em primeira instância (com a possibilidade de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita caso haja necessidade e interesse recursal); prazos diferenciados; menor formalidade para a execução de um julgado (bastando uma simples comunicação, ao juiz, acerca do não cumprimento da condenação imposta à outra parte); etc.

Além da superação de grande parte da burocracia (por exemplo, dispensa da certidão de juntada do comprovante de citação do réu), os Juizados Especiais, com a isenção das custas em primeira instância, independentemente da situação econômica da parte, teve o condão de propiciar maior isonomia no acesso à justiça. Nas palavras de Antônio Pessoa Cardoso:

“Na justiça comum, os ricos saiam beneficiados, porque contestam a condição econômica do pobre, enquanto nos Juizados Especiais não se oferecem iguais oportunidades.”³⁰

³⁰ CARDOSO, Antonio Pessoa. JUSTIÇA alternativa: Juizados Especiais. Belo Horizonte: Ciências Jurídicas, 1996. p. 18.

A idéia central, na criação dos Juizados Especiais, é promover o acesso à justiça e a efetividade do processo, possibilitando a apreciação de um maior número de conflitos de interesses, que anteriormente se encontravam indefinidos devido às barreiras impostas aos litigantes.

Os Juizados não surgiram apenas para aliviar a quantidade de ações existentes no Judiciário, mas também para possibilitar o ingresso de uma outra parcela de pretensões que, antigamente, se encontravam obstadas.

Atualmente, os Juizados Especiais exercem uma função de extrema importância na sociedade, tendo em vista haverem ampliado o dito acesso à justiça, trazendo para a apreciação jurisdicional a “litigiosidade contida”; aberto espaço para a solução de conflitos cotidianos; e dispensado uma função educativa, ao incentivar o próprio interessado a deduzir sua pretensão, sem auxílio de advogado.

Assim, inegável se tem a criação dos Juizados Especiais como uma forma de ampliação do acesso á justiça e efetividade do processo.

2.4.4 DO ENSINO JURÍDICO

A partir do ensino jurídico é que podemos vislumbrar as mudanças necessárias para a garantia do acesso à justiça, todavia, tal missão pode estar seriamente comprometida em razão da qualidade dos cursos jurídicos atuais – ciência jurídica dando lugar à busca incessante pelo lucro.

Não só o ensino jurídico, como todos os outros, no Brasil, deixaram, há muito, salvo raras exceções, de se calcar em seu verdadeiro objetivo, representando, tão-somente, uma incomensurável fonte de lucro por parte das instituições.

No ramo jurídico, as universidades / faculdades deixaram de inculcar, em seus doutrinados, o escopo e a relevância do direito para a sociedade, contentando-se com a formação de simples “decoradores” de leis.

O ensino jurídico ostenta grande papel na questão do “acesso à justiça”. É por meio dele que se pode criar e fomentar a consciência do operador do direito acerca de sua relevância para a sociedade e pacificação social.

A história do direito encontra-se intrinsecamente ligada às revoluções, movimentos e transformações sociais, estudantis, acontecimentos políticos, etc. Mas, atualmente, a sociedade suplica por novas mudanças, principalmente na área jurídica, e sem dúvida, a possibilidade de concretização dessas transformações

pode ser vislumbrada na esperança da difusão de um ensino jurídico humanizado e ciente de sua função social.

O Poder Judiciário, assim como quase todo o aparelho estatal, é motivo de descrédito pela sociedade, em razão de não conseguir manter sua postura legitimadora, e os anseios da população para a solução dos conflitos.

Um dos problemas que mais gera descrédito no Poder Judiciário e no Estado é a questão relativa ao acesso à justiça. Não há como se confiar em um órgão que, como detentor do monopólio da jurisdição, não consegue superar as barreiras que obstam um processo efetivo para o alcance do acesso à justiça ou à dita ordem jurídica justa.

O ensino jurídico é de extrema relevância para a superação da problemática do acesso à justiça, pois através dele se faz possível a conscientização do papel dos operadores do direito, que deverá ser exercido com excessiva cautela, dentro da realidade social que os norteiam. A consecução da ordem jurídica justa requer, de antemão, profissionais capacitados, e aptos a compreender, analisar e vivenciar a realidade socioeconômica em sua área de atuação, e principalmente, adaptá-la as normas jurídicas vigentes.

Por ocasião da instalação das primeiras instituições de ensino jurídico no Brasil, no início do século XIX, os conhecimentos por ela difundidos foram viáveis a uma pequena parcela da população advinda de uma classe social mais abastada. E dessa forma, essa mesma classe social, ao longo do tempo, veio se utilizando do

sistema de ensino como ferramenta para dissipar ideologias de preservação do ordenamento jurídico até então vigente.

Atualmente, a formação dos discentes tem se pautado em modelo de ajustamento ao mercado, e não no suprimento das necessidades da sociedade, em regra geral; a missão social pacificadora e a busca pela justiça e cidadania se perde com a adoção de uma postura falsamente imparcial, que visa estritamente a manutenção das desigualdades, e vantagens conferidas a uma ínfima parcela da sociedade, dificultando a reversão do quadro apresentado.

A comprovação do sucesso profissional repousa na lucratividade advinda do exercício da profissão, e devido a essa deturpada visão de exploração do direito, reafirmadas pelas instituições de ensino, os novos operadores não se preparam para o combate da realidade social, mas sim para operar a jurisdição de forma vantajosa.

Muitos dos estudantes de direito sofrem o processo de desumanização dentro da própria universidade. Uma parcela deles ingressa no ensino jurídico com sua “vocação” ainda intacta, com pretensões altruístas e revolucionárias, que vão sendo perdidas ao longo do tempo.

Muitas das vezes a “desumanização” ocorre devido à apatia que a sociedade se encontra, diante de tanta insatisfação e descrédito, não sendo capaz de lutar por mudanças, permanecendo engessada frente a triste realidade de corrupções, falta de saúde, educação, moradia, lazer, etc.

Nesse contexto, o ensino jurídico tradicional reforça a indiferença dos operadores do direito frente às problemas sociais.

As aulas ministradas, em grande parte das vezes, nas salas de aulas das faculdades de direito, são de caráter expositivo, e os professores se mantêm na condição de transmissores da interpretação já pacificada do ordenamento jurídico; não há espaço para questionamentos, não há problematização, não existem dúvidas da capacidade funcional do sistema jurídico presente.

Os docentes, na maioria das vezes, atualmente, não abrem as portas para o desenvolvimento crítico do aluno, e os mantêm alheios às transformações culturais e sociais do país, incumbindo-os da simples tarefa de decorar e repetir conceitos concernentes à realidade social e jurídica.

A reformulação no perfil dos quadros docentes das universidades, com habilidade para auxiliar os estudantes em seu desenvolvimento crítico e ético, é de fundamental importância.

Cabe aos docentes propiciar aos alunos, através da problematização, o desenvolvimento de soluções capazes de combater as desigualdades jurídicas e sociais, fomentando a revisão e aplicação efetiva das normas jurídicas.

Os operadores do direito sejam eles juizes, promotores, advogados, etc., devem estar cientes que as diferenças presentes na sociedade sempre existirão, contudo as

condições para que cada indivíduo possa lutar contra elas é que não mais deve existir.

3 TUTELAS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA

3.1 DA TUTELA JURISDICIONAL

Inicialmente, necessário apontarmos a distinção existente entre a denominada tutela de direitos ou tutela jurídica e a tutela jurisdicional.

A tutela jurídica antecede à tutela jurisdicional. A tutela de direitos é aquela prevista no ordenamento jurídico material, que poderá ser observada de forma consensual ou pelos meios jurisdicionais, sendo verificada pela satisfação efetiva dos fins do direito.

“Não se pode confundir, todavia, a tutela de direitos no plano substancial com a forma de atuação prática dos remédios judiciais. O ordenamento jurídico material prevê a tutela de direitos, que serão atuados consensualmente ou pelos meios jurisdicionais. Tutela jurídica se verifica com a satisfação efetiva dos fins do direito, com a realização da paz social mediante a atuação das normas jurídicas.”³¹

A tutela jurisdicional, por sua vez, representa os meios existentes para que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, possa reagir à não observância do direito objetivo.

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito – processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. (Tese de doutoramento) - Universidade de São Paulo, 1994. p. 57.

“A tutela jurisdicional ou garantia jurisdicional das normas jurídicas, representa os vários meios que o Estado utiliza para reagir contra a não observância do direito objetivo. São os meios de atuação do direito ou de imposição de sanção.”³²

O Estado concentra, em suas funções, o dever de oferecer a tutela jurisdicional, apreciando qualquer “lesão ou ameaça a direito”, (Art. 5º, inc XXXV da Constituição federal). Ao Estado incumbe a pacificação e equilíbrio social, assim como a distribuição da justiça.

A prestação jurisdicional constitui, nas palavras de Teori Albino Zavascki, um poder do Estado, que o exerce monopolisticamente, sujeitando a vontade de todos às suas decisões.³³ Tem ela a função de proteger o direito em questão, e concedê-lo a seu legítimo titular.

Somente se vislumbra a obtenção da tutela jurisdicional por aquele que sofreu violação à um direito no plano material – ao se desacolher a demanda o juiz estará conferindo ao réu a tutela jurisdicional, e não ao autor, que somente haverá desempenhado e exercido o seu direito de ação.

O exercício do direito de ação independe de qualquer resultado advindo da pretensão, ao passo que a obtenção da tutela jurisdicional encontra-se condicionada à existência de razão, no plano do direito material, devendo a tutela repor o estado em que o prejudicado se encontrava antes da lesão, ameaça, etc.

³²BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito – processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. (Tese de doutoramento) - Universidade de São Paulo, 1994. p. 59.

³³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

Para Flávio Luiz Yarshell³⁴, a tutela jurisdicional ostenta dois aspectos, quais sejam, o resultado do processo propriamente dito, e os meios ordenados e predispostos à obtenção do mesmo – seriam o meio e o fim do processo.

Seria a tutela jurisdicional o poder / dever / obrigação do Estado de dizer e aplicar o direito abstratamente previsto, ao caso concreto, a partir do momento de sua invocação, por ocasião de uma violação, ameaça ou crise de certeza em relação ao ordenamento jurídico – tutela jurídica.

Para cada necessidade de tutela, é essencial que se faça a dedução da pretensão de uma forma específica para sua prestação pelo Estado. Certo é que a adequação do instrumento ao seu escopo potencializa e concretiza a sua efetividade.

Ora, se estamos diante de um crise de certeza acerca da existência de um determinado direito, qual seria a prestação jurisdicional adequada para tanto? O processo cognitivo. Se superada a crise da certeza ,(seja de forma judicial ou extrajudicial), nos deparamos com obstáculos à satisfação, qual seria a prestação jurisdicional adequada? O processo executivo; etc. – diferenciação em razão das especificidades da relação material.

³⁴ Tutela jurisdicional e tipicidade. (Tese de Doutorado), p. 23-24

3.2 DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA E LIMINAR

Inicialmente, a fim de sanarmos uma confusão que atormenta muitos dos operadores do direito, necessário se faz o estabelecimento da distinção entre liminares e medida de urgência.

O vocábulo “liminar” é um adjetivo que atribui a algum substantivo a qualidade de inicial. Liminar é algo que vem no início. Conforme salienta Humberto Theodoro Júnior³⁵, liminar qualifica qualquer medida judicial tomada antes do debate em contraditório do tema que constitui objeto do processo (até mesmo o indeferimento de uma petição inicial pode ser enquadrada como uma decisão liminar).

A identificação da decisão “liminar” leva em consideração o momento em que o provimento jurisdicional é prestado pelo juiz, seja ele executório, cognitivo ou cautelar, administrativo ou de antecipação do *meritum causae*.

“Liminar é indicativa de decisão proferida no início do processo, antes mesmo da citação do réu. O indeferimento da inicial, o reconhecimento de incompetência absoluta de ofício e a antecipação de efeitos *inaudita altera parte* são exemplos de liminares. A expressão revela, portanto, o momento em que o provimento judicial é proferido, não seu conteúdo (...) Indica apenas o momento procedimental em que determinada medida é adotada”.³⁶

³⁵ Tutela jurisdicional de urgência:– medidas cautelares e antecipatórias. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 278-279.

A liminar independe da urgência da tutela (afastam-se do *periculum in mora*), podendo, em alguns casos, fundamentar-se na conveniência da tutela do direito evidente (ex. interditos possessórios – liminar concedida nas ações de força nova).

Um dos exemplos de guarda maior relação com o objeto do presente estudo, no tocante à liminar sem urgência, seria o caso da antecipação dos efeitos da tutela diante da verificação da verossimilhança das alegações da parte e do abuso do direito de defesa / manifesto propósito protelatório do réu, (artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil). Nesse caso, conforme veremos a seguir, a antecipação da tutela meritória, antes de finda a totalidade da relação jurídica processual, se dá independentemente da existência de perigo na demora. Tal decisão é liminar, mas não representa uma forma de tutela de urgência.

A tutela de urgência, por sua vez, encontra fulcro no princípio da efetividade, e do verdadeiro acesso à justiça. Objetiva-se, por meio das tutelas de urgência tornar o processo mais ágil, ou seja, a aplicação concreta do direito material, evitando ou afastando o indesejado efeito negativo do tempo sobre o objeto da lide, ou sobre a própria relação processual.

“Se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação de tutela, que nada mais é que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo no processo.”³⁷

A tutela de urgência gravita em torno das peculiaridades de cada uma das demandas ajuizadas. A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso

LXXVIII passou a preceituar, de forma expressa, a necessidade de celeridade e rapidez na prestação da tutela jurisdicional, representando, as tutelas de urgência o exemplo máximo de como se dar aplicabilidade, efetiva, a este preceito.

“Por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que não de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância. Todavia, a exemplo do que se passa em relação a outros direitos fundamentais, também entre esses podem ocorrer, no plano da realidade, fenômenos de tensão. Há, com efeito, um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-los: é o fator *tempo*. O decurso do tempo, todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente”.³⁸

Importante ressaltar que a demora na solução da lide, em grande parte das vezes, desacredita a capacidade do Poder Judiciário e do próprio Estado em distribuir a justiça.

“O poder de agir em juízo não se limita ao direito de pedir, mas abrange o direito de obter uma tutela efetiva. Daí ser também direito a uma tutela provisória”³⁹

As tutelas de urgência, como decorrência lógica, prescindem do juízo cognitivo pleno ou de certeza, satisfazendo-se com a mera probabilidade, (mais ou menos acentuada, em se tratando de cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela),

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória. p. 23.

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 65-66.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 212.

ressaltando-se que o juízo de probabilidade, seja como for, sempre diferirá, essencialmente, do juízo de certeza.

As medidas de urgência, sejam elas cautelares ou antecipatórias representam uma restrição à esfera de direitos / disponibilidades de uma das partes, (principalmente em se tratando da antecipação de tutela, em que o juiz dá ao interessado a pretensão resistida, extrajudicialmente), e em razão disso, não se pode admitir a sua concessão ou adoção de forma unilateral.

A necessidade de oitiva da parte contrária, salvo em raras exceções, nas quais esse fato poderá representar o dano certo, decorre de um procedimento tendente à observância de princípios naturais e constitucionais, tais como a ampla defesa, contraditório e segurança jurídica.

“Daí a necessidade de regulamentar de forma mais precisa o poder geral de cautela, no que se refere às antecipações de efeitos da tutela jurisdicional. Essa preocupação se faz necessária, especialmente se considerarmos os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois toda tutela urgente é fundada em cognição sumária e acaba implicando, em maior ou menor extensão, limitação a essas garantias constitucionais do processo. Tal fenômeno se torna ainda mais grave nas denominadas tutelas sumárias antecipadas, cautelar ou não. Nesses casos, além da cognição superficial e das limitações incidentes sobre o contraditório, verifica-se a autuação da medida na esfera do direito material, mediante a antecipação de efeitos a ele inerentes. Por isso, é imprescindível que a regulamentação da tutela antecipada leve em consideração não apenas a necessidade de conferir efetividade ao processo, mas também a impossibilidade de reduzir a parte contrária a mero integrante da relação

processual, sem qualquer oportunidade de influir em seu resultado”.⁴⁰

O contraditório poderá ser dispensado, nesses casos, em razão do sopesamento de princípios e direitos envolvidos – devendo prevalecer aquele de maior relevância jurídica. Todavia, ainda que haja a frustração inicial do contraditório / ampla defesa, deverão eles ser observados ao longo do procedimento.

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas sumárias e de urgências. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 275.

3.3 DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada é julgamento de mérito que alcança toda a pretensão deduzida na petição inicial, ou parte dela, com a ressalva de tratar-se de um provimento provisório, podendo ser modificado ou revogado a qualquer tempo, (§ 4º do artigo 273, do Código de Processo Civil).

Representa a antecipação dos efeitos da tutela a concessão das consequências do acolhimento do pedido de fundo (exercício provisório do direito material), ou seja, a realização antecipada do direito da parte, não podendo ser confundida com a tutela cautelar:

“A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo Autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)”.⁴¹

⁴¹ NERY, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 546.

De acordo com o Professor Milton Paulo de Carvalho, o pedido pode ser classificado em imediato, que é a providencia jurisdicional almejada; (condenação, constituição ou declaração de direito), e mediato, que é o bem da vida.⁴²

Partindo dessa premissa, verifica-se que o pedido concedido de forma antecipada somente pode ser o mediato, uma vez que o imediato é concedido com a sentença.

No tocante à extensão da satisfatividade da antecipação, (total ou parcial), Sergio Sahione Fadel afirma:

“O objeto da antecipação será sempre igual a ou menor que, quantitativa ou qualitativamente, o pedido formulado pelo autor na inicial, seja da ação principal, seja em qualquer outra, incidentalmente proposta. Não poderá, jamais, ser maior mais amplo ou mais extenso, sob pena de caracterizar decisão *ultra petitem*”.⁴³

Não há que se confundir a antecipação da tutela com a tutela cautelar. A segunda tem por base para sua concessão o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e tem por função assegurar o direito que causou a lide. Enquanto que a tutela antecipada ocorre uma antecipação provisória da decisão, entregando ao autor o pedido solicitado, na inicial integral ou parcialmente.

O instituto processual em questão encontra fundamento máximo no princípio da efetividade, vinculando-se como uma das formas de rapidez na solução do litígio – visto representar o adiantamento do provimento pleiteado ao Estado.

⁴² CARVALHO, Milton Paulo. Do pedido no processo civil. 1992, p. 99

⁴³ FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. p.25.

Ressalta-se que não se pode confundir, ainda, a antecipação da tutela, (ocasião em que há uma análise perfunctória do feito, limitando-se à verificação da verossimilhança), com o julgamento antecipado do feito (verificação exauriente do mérito da demanda).

Durante muito tempo na história processual, as medidas de natureza preventiva ou cautelar tiveram função instrumental neutra, visto a ambição da defesa da eficácia do provimento jurisdicional, mas não chegavam ao extremo da satisfação imediata do direito material do litigante. Aos poucos, diante das concepções da instrumentalidade e efetividade do processo, a jurisprudência e a doutrina passaram a admitir a ampliação do uso do poder geral de cautela para fazer produzir resultados de cunho satisfativo, (quando o direito material em jogo estivesse em risco de inutilizar-se caso não executado, desde logo). Trata-se de uma figura processual bastante interessante tendo em vista a possibilidade de decisão meritória com base em prova não exauriente, (cognição perfunctória).

Tal solução prática veio a ser consolidada em nosso ordenamento jurídico por meio da lei nº8952/94, que dando nova redação ao artigo 273, do Código de Processo Civil, introduziu a possibilidade de “antecipação da tutela de fundo”, com amparo na prova inequívoca, bem como, fundado receio de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, ou se a defesa do adversário se mostrar meramente protelatória. Entende-se, majoritariamente, que a tutela antecipada refere-se a um direito subjetivo dos litigantes, desde que verificáveis os pressupostos legais, não havendo discricionariedade do juiz.

A antecipação dos efeitos da tutela não é, propriamente, um instituto processual novo em nosso ordenamento jurídico. Novidade é o disposto pelo artigo 273, do Código de Processo Civil, que passou a generalizar a possibilidade de antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional final, em todo o tipo de processo ou procedimento. Anteriormente à Lei nº8.952/94 já se observavam traços de referido instituto, em casos específicos, como por exemplo, nas ações possessórias, (nos casos de ação de força nova); busca e apreensão em alienação fiduciária; mandado de segurança; ação popular; ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor; etc.

Não obstante isso, ainda anteriormente ao dispositivo legal anteriormente mencionado, já havia a existência das denominadas “medidas satisfativas”, (artigo 888, do Código de Processo Civil), que não ostentavam natureza cautelar e tinham nítido caráter provisório da pretensão deduzida em juízo, bem como, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que ampliaram o alcance e a natureza do “poder geral de cautela” do magistrado, (artigo 798, do Código de Processo Civil), em virtude da necessidade de tutela satisfativa não prevista legalmente para se resguardar o princípio da efetividade da jurisdição. Neste sentido:

“Muito antes da reforma que introduziu em nosso Código de Processo Civil a figura da ‘antecipação de tutela’ (Lei nº8.952/94), já se notava uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para o cumprimento de sua função natural

de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora (...).”⁴⁴

A tutela antecipada não surgiu em nosso ordenamento jurídico como forma de enfraquecimento das cautelares, mas sim, como forma de suprir as deficiências apresentadas pelo sistema preventivo (justamente pelo fato de ostentarem objetos e anseios distintos).

Ambiciona-se, com a antecipação da tutela, afastar a situação de perigo ou injustiça. Não se trata de mera antecipação do mérito, mas sim, antecipação dos efeitos da tutela de mérito – quebra da dicotomia rígida outrora existente entre processo de conhecimento e processo de execução. Assim:

“A tutela antecipada não é sinônimo de ‘milagre processual’; não equivale a ser chamada ‘paladina de um direito processualmente justo’. Não. O que se deseja afirmar é que a antecipação da tutela traz, em seu bojo pragmático, uma noção mais social de combatividade a uma situação de declarada injustiça, qual seja, a de prolongamento da relação processual pelo uso da combinação de uma situação de vantagem econômica (da parte que invariavelmente não tem razão na lide) com um sistema jurídico cuja natureza formalista é inadequada à dinâmica da sociedade à qual se relaciona, sem que se chegue, assim, à satisfação de quem tem razão na lide.”⁴⁵

A natureza da antecipação da tutela permite a sua concessão no início, durante, e ao final do processo.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *in* WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos da tutela antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181.

⁴⁵ COSTA, Fábio Silva. Tutela Antecipada. p. 36

A antecipação de tutela, conforme entendimento de parcela significativa da doutrina processualista, é cabível em todas as ações de conhecimento, independentemente de seu procedimento. Uma das características que deve ser observada para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela é a reversibilidade, em razão do princípio do devido processo legal (pois caso contrário, estaríamos admitindo a condenação de alguém sem a devida apuração de sua responsabilidade).

O instituto jurídico em questão encontra-se previsto, no artigo 273, do Código de Processo Civil. Em ambas as hipóteses, (incisos I e II), mostra-se necessária a prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte. Nota-se que a verossimilhança é mais que o simples *fumus boni iuris*, necessário no caso da cautelar, e até mesmo para o exercício do poder geral de cautela.

“O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em mera “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito”.⁴⁶

Isso quer dizer que a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* de nada adianta para que seja concedida uma antecipação dos efeitos da tutela de fundo pleiteada. Para que o Estado coloque em risco determinado direito em risco em relação ao réu deve ostentar prova inequívoca do direito do autor. Assim:

⁴⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.30.

“A expressão prova inequívoca deve ser entendida em termos, porquanto se ‘inequívoco’ traduz aquilo que não é equívoco, ou o que é claro, ou o que é evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, reveste, pois, toda ela, qualquer que seja a sua natureza (juris tantum ou iuris ete de iure), deve passar pelo crivo do julgador. E, se assim é, a conclusão que se impõe é a de que a prova pode ingressar no processo como ‘inequívoca’ e ser tida, depois de encerrada a instrução, como a mais equívoca e imprestável delas. Todas as provas, diz Calamandrei, citando Wach, se bem consideradas, não são senão provas de verossimilhança (Verdad y verossimilitud en el processo civil, v.3, p. 317), pelo que todas as considerações tecidas em torno de verossimilhança podem, feitas as devidas adaptações, ser aplicadas à prova inequívoca. Mesmo porque, como se viu, tanto Calamandrei quanto Malatesta analisaram a verossimilhança em face dos fatos sobre os quais incide a prova, o que permite adaptar algumas de suas conclusões também às alegações, nos termos da nova legislação. Aliás, levada ao extremo a expressão, poder-se-ia dizer que essa qualidade – ser inequívoca -, não deveria recair sobre a prova, mas sobre o fato, uma vez que aquela não é senão o meio de revelá-lo.”

Para a concessão do pedido de antecipação de tutela, um dos requisitos básicos é a existência da prova inequívoca, suficiente para convencer, sem margem de dúvida, o magistrado acerca da provável veracidade do alegado. Não há, contudo que se falar em prova inequívoca da existência do direito material, e tão somente da verossimilhança, uma vez que aquela seria suficiente não para a concessão da antecipação, mas para a própria sentença final.

“Ela é prova documental, testemunhal, pericial, etc. A força de convencimento nela existente é algo que menos nela se situa que no ‘pensar’ do magistrado a seu respeito, ao analisá-la. Também este doutrinador acredita que prova

inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado.”⁴⁷

Além da prova inequívoca requer-se também para a concessão de antecipações a chamada verossimilhança das alegações.

A verossimilhança situa-se entre a certeza e a ignorância, ou seja, uma situação intermediária na qual o juiz para realizar a concessão da medida forma uma opinião frente a uma relação de incerteza. E devido a essa opinião ser pessoal e de convencimento de um juiz *a quo*, pode ela ser divergente do juiz *ad quem*. A verossimilhança, portanto, é um juízo de probabilidade frente às afirmações; e verossímil é aquilo que provavelmente é verdadeiro, ou pelo menos aparenta ser.

“Para juzgar si um hecho es verossímil o inverossímil, recurrimos sin necesidad de una investigación histórica acerca de su verdad em concreto, a um critério de orden general ya adquirido precedentemente mediante la observación, *de quod plerum que accidit*: puesto que la experiencia nos enseña que hechos de aquella misma categoria ocurren normalmente em circunstancias similares a las que bservan em el caso concreto, se infiere de esta experienncia que también el hecho em custión se presenta com la aparecia de ser verdadero”.⁴⁸

Outro pressuposto básico para a antecipação de tutela refere-se à possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

O perigo de dano, nos casos de concessão de tutelas antecipadas, deve ser devidamente fundamentado, calculado e apresentado de forma plausível. Nessa

⁴⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon. Inovação no Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 14-17.

plausibilidade não há que se falar na certeza do dano, mas sim em sua possibilidade, calculada obviamente pelo juiz de forma discricionária, por princípios de livre convencimento, mas nunca de forma arbitrária. A necessidade de plausibilidade se dá devido em razão da não possibilidade de certeza na concessão da antecipação, visto que, com a certeza tem-se a cognição plena e exauriente.

O processualista Carreira Alvim enuncia algumas das possibilidades de dano irreparável: a) quando houver impossibilidade de ocorrer restituição ou reconstituição à situação anterior; b) quando o ato ou fato danoso implique na destruição de uma coisa infungível, seja por haver a mesma cessado de existir, seja por haver ela perdido uma qualidade que lhe era essencial.⁴⁹

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni⁵⁰ define dano de difícil reparação como sendo:

“O dano é de ‘difícil reparação’ se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de ‘difícil reparação’ se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão. Assim, por exemplo, no caso de desvio de clientela, hipótese em que, além da difícil quantificação do dano emergente, o empresário sofre uma acentuação do prejuízo à medida que, com o passar do tempo do procedimento ordinário, assiste ao progressivo afastamento dos seus clientes”.

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. *Estúdios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ejea, 1973. p.322.

⁴⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 18-20.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 131.

No ordenamento processual civil podemos vislumbrar a existência de 3 tipos de processos, conforme entendimento predominante⁵¹, quais sejam, o de conhecimento, o de execução e o cautelar. A tutela antecipada pode existir em todos eles (inclusive, embora bastante discutível, entende-se que a liminar concedida em um processo cautelar caracteriza verdadeira tutela antecipada – antecipação do fundo do processo cautelar).

Muito embora uma das características principais da antecipação da tutela seja a reversibilidade, perfeitamente possível é a admissão da tutela de cunho satisfativo.

O artigo 273 do Código de Processo Civil é expresso ao dispor que a tutela não poderá ser concedida se houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado”. Referida reversibilidade refere-se ao provimento, e não à reversibilidade fática dos efeitos do provimento. Neste sentido:

“O artigo 273 veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida se houver perigo de ‘irreversibilidade do provimento antecipado’ - que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento - , são as declarações e constituições provisórias, não raras na prática jurídica brasileira (...) O art. 273 proíbe que o juiz, através da tutela antecipatória, atue no plano abstrato das normas, declarando ou constituindo provisoriamente.”⁵²

⁵¹ Visto que alguns doutrinadores sustentam a existência de outros inúmeros tipos: mandamental; executivo lato sensu; etc.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do processo civil. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 76.

3.4 DA TUTELA ANTECIPADA NÃO DECORRENTE DA URGÊNCIA

No tocante à tutela antecipada, diversamente do verificado nas cautelares, nominadas ou inominadas, nem sempre haverá a necessidade de observância do denominado *periculum in mora* – urgência – para o seu cabimento.

Da forma como concebida por nosso diploma processual civil, a antecipação dos efeitos da tutela, ou da própria tutela, (quando vislumbrarmos o caráter satisfativo da medida), depende de uma verossimilhança, demonstrada por meio de uma prova inequívoca – que se caracteriza como a prova tão robusta que incute, no julgador, quase o sentimento de certeza – bem como, de forma alternativa, o fundado receio de dano irreparável / de difícil reparação; ou o abuso de direito de defesa / injustificada resistência.

Assim, tem-se que somente na primeira hipótese, (fundado receio de dano irreparável / de difícil reparação), prevista no artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil, é que podemos vislumbrar a tutela antecipada como medida de urgência, decorrente do *periculum in mora*. Ou seja, nesse caso, a antecipação da tutela ou de seus efeitos decorre da necessidade de prestação urgente da jurisdição, sob pena de perecimento, em razão do tempo da demora natural da demanda, do bem da vida.

Muito embora na segunda hipótese, (abuso de direito de defesa / injustificada resistência), prevista no artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil, não se

vislumbre a urgência como requisito fomentador da antecipação da tutela, decorre a previsão legal de verdadeira garantia ao princípio da efetividade da jurisdição, ou seja, proporcionar um provimento jurisdicional àquele que tem frustrado o exercício de um direito evidente em razão da má-fé do outro litigante.

“Identicamente pelo prisma da tutela antecipada sancionatória, regida pelo artigo 273, inciso II, pode-se vislumbrar o quanto o novo processo civil inaugurado com a Reforma inclina-se à efetividade. É que como aqui não se cogita de *periculum in mora* – que mal ou bem, sempre restringe a outorga da antecipação -, mas apenas do comportamento reprovável do réu, fica fácil perceber que, de agora em diante, independentemente do direito sobre que verse uma causa submetida ao procedimento ordinário, ou sumário, habilitada estará qualquer espécie de processo de conhecimento a gerar em seu ventre uma providencia antecipatória, com o que se combate a injustiça representada pela longa espera do titular do direito por uma solução do litígio que só não vem rápido em função do abuso no exercício da defesa, ou do manifesto propósito protelatório do réu. Quer assim se trate de antecipação acautelatória, quer se trate de sancionatória, muito mais aberto se tornou o processo civil brasileiro ao valor justiça, inegavelmente, porque justo também é o pronto atendimento das pretensões pelo Poder Judiciário”.⁵³

Ainda que somente a primeira hipótese anteriormente mencionada guarde estrita relação com o *periculum in mora*, ambas ostentam liame justificativo com a efetividade do processo.

⁵³ MACHADO, Antonio Cláudio Costa. Código de Processo Civil Interpretado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 2.

Contudo, ainda que tal dispositivo seja de grande importância na prostração do pedido do autor, revela-se de difícil constatação, no caso concreto, o momento da ocorrência do abuso de direito:

“Ante o princípio da eventualidade, segundo o qual, na contestação, o réu devesse mencionar toda matéria de defesa sob pena de ocorrer preclusão, para ser captado o abuso de direito de defesa, será necessário verificar até que ponto o réu resiste ao pedido do autor por mero capricho, com simples caráter de emulação, ou quando apresenta defesa inconsistente, porque a matéria vertida na petição inicial apresenta-se de tal forma inconcussa, *prima facie*, que não comporta aprofundada discussão.”⁵⁴

⁵⁴ SANTOS, Antonio Jeová Silva. A tutela antecipada como prestação jurisdicional diferenciada. Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, n.10, 1995. p. 404.

3.5 DA CAUTELAR

A tutela cautelar é uma forma de garantia da concretização do resultado almejado em juízo, seja no conhecimento ou execução.

“O que deveria caracterizar a tutela cautelar – ao contrário do modo como a concebe a doutrina dominante – seria a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de simples segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não-satisfativa do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial”.⁵⁵

O objetivo do processo cautelar é a garantia do resultado prático da já mencionada tutela jurisdicional, bem como, proteção do direito do autor, ainda pendente de julgamento, e que poderia vir a perecer ou sofrer dano irreparável (e não a concessão ou reconhecimento do direito propriamente dito).

Ou seja, a cautelar tem como finalidade o oferecimento de condições para o desenvolvimento eficaz do processo principal, por meio do qual haverá a atuação do direito substancial.

O tempo de duração do processo pode comprometer a eficácia e utilidade do provimento jurisdicional final. Ao se conceder uma medida cautelar, o juiz não examina o mérito da lide, (pretensão resistida), apenas concedendo um provimento jurisdicional para permitir a futura utilidade e efeito prático da prestação final.

⁵⁵ SILVA, Ovídio A. Batista. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 1.

“(…) Em todo caso o juízo de probabilidade difere essencialmente de um juízo de certeza; é de todo natural que possa bastar a justificar um provimento cautelar, mas, parece absurdo, ao invés, atribuir-lhe qualquer outra eficácia. É assim um juízo de valor limitado, que pode ser suficiente a conceder ou negar a tutela cautelar, mas será insuficiente a qualquer outro escopo”.⁵⁶

A caracterização do provimento cautelar depende, sobremaneira, da precaução ao sucessivo juízo de mérito, não podendo representar uma decisão de mérito emanada de juízo de emergência.

Nas lições do ilustre processualista Ovídio A. Baptista da Silva, refere-se a tutela cautelar a:

“uma forma especial de proteção jurisdicional de simples segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não-satisfativa do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial.”⁵⁷

Inicialmente, delimitava-se o território da cautelar como sendo um campo de providências, exclusivamente conservativas, tendo em vista o fato de que as medidas satisfativas seriam alcançadas com o desenvolvimento pleno do processo, após a verificação dos princípios constitucionais a ele relativos (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, etc.).

Ocorre que as medidas conservativas passaram a não ser suficientes para evitar o *periculum in mora* na prestação da tutela jurisdicional, tendo sido a tutela de

⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. Unitá del procedimento cautelare, in Problemi del processo civile: Nápoles, 1962, p. 108-109.

⁵⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

urgência seguida por dois caminhos⁵⁸: 1) a antecipação de tutela e 2) a dilatação do poder geral de precaução, admitindo a cautela para, excepcionalmente, cumprir a provisória satisfação da pretensão de mérito (acabando por inserir todo tipo de tutela de urgência no universo cautelar, não havendo diferenciação entre antecipações de tutela de fundo e medidas de cunho satisfativo) – rumo predominante adotado na Europa.

Trata-se a cautelar do denominado “instrumento do instrumento”. É certo que o processo é o instrumento de atuação da jurisdição, por meio do qual se dá a subsunção do fato concreto à norma, e o processo cautelar o instrumento utilizado para garantia da utilidade da tutela estatal, caracterizando-se como uma função acessória e complementar às tutelas jurisdicionais. Por meio da cautelaridade se almeja a preservação da parte com relação ao risco de ineficácia do provimento jurisdicional.

O processo cautelar não confere ao interessado a tutela jurisdicional propriamente dita, prestando para o fim de garantir a sua eficácia, utilidade e efetividade.

“Os provimentos cautelares se definem em função do objetivo buscado, qual seja, o de assegurar o cumprimento e os efeitos da atividade jurisdicional. Visam sempre à efetividade da tutela jurisdicional. (...) Daí não ser possível o processo cautelar conferir mais do que o requerente obteria no processo principal.”⁵⁹

⁵⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto . Tutela jurisdicional de urgência. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 6.

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito – processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. (Tese de Doutorado) - Universidade de São Paulo, 1994. p. 201.

Muito embora não haja a concessão da tutela jurisdicional, vislumbra-se a possibilidade de que a cautelar e a principal constituam medidas idênticas, diferenciando-se pela natureza provisória daquela.

Em suma, nada mais é que um instrumento de proteção da atividade jurisdicional – meio pelo qual se garante a possibilidade de efetivação de uma prestação jurisdicional ao caso concreto – protegendo o próprio direito material, de forma indireta.

Nas palavras do jurista Calamandrei:

“La definición de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal, há de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la cuidad (declarativa e ejecutiva) de suas efectos, sino en el fin (antecipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que estos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que pueden ceder el puesto a los efectos de la providencia principal.”⁶⁰

No processo cautelar não se busca uma solução de mérito, mas tão somente se procuram medidas processuais de emergência, ostentando como requisitos a existência de um dano potencial, (risco de o processo principal não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*), bem como, a plausibilidade do direito substancial. A não comprovação desses requisitos, no processo cautelar, dá ensejo à improcedência do pedido, e não à extinção do feito, sem julgamento de mérito.

⁶⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 34.

Justamente em razão da natureza da prestação cautelar é que a cognição da relação material não é exaustiva, bastando a mera plausibilidade – *fumus boni iuris*.

A plausibilidade é diferenciada em relação à antecipação de tutela:

“Em todo caso o juízo de probabilidade difere essencialmente de um juízo de certeza; é de todo natural que possa bastar a justificar um provimento cautelar, mas, parece absurdo, invés, atribuir-lhe qualquer outra eficácia. É assim um juízo de valor limitado, que pode ser suficiente a conceder ou negar a tutela cautelar, mas será insuficiente a qualquer outro escopo”.⁶¹

As providências cautelares nascem e subsistem somente até o advento da aplicação dos efeitos da providencia ou decisão principal, (mérito propriamente dito) – caráter fundamental de servirem como um instrumento provisório para a decisão de fundo.

O processo cautelar, seja ele nominado ou inominado, é provisório, subsidiário, instrumental e, principalmente, diferenciando-se cabalmente da antecipação dos efeitos da tutela, não satisfatório, (tendo como finalidade a preservação da situação fática do momento, para quando se efetivar a prestação jurisdicional plena).

O provimento cautelar, propriamente dito, não ostenta cunho satisfatório, não servindo de instrumento processual para antecipar os efeitos da tutela, mas tão-somente garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional material.

⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. Unitá del procedimento cautelare, in Problemi del processo civile: Nápoles, 1962. p. 108-109.

“A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumaria’. A prestação jurisdicional satisfativa sumaria, pois nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar alÉM do assegurar, realiza a missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado”.⁶²

Importante mencionar que não podemos admitir a afirmação acerca da existência de uma cautelar antecipada. O processo cautelar, conforme já explicitado, tem a função de assegurar a execução de determinado direito, e não de antecipar.

O *fumus boni iuris* não se refere à uma prova exaustiva do direito alegado pela parte, caracterizando-se como o “direito subjetivo suscetível de vir a consubstanciar-se em futura decisão favorável ao pleiteante da cautelar, no julgamento da ação principal”⁶³.

O *periculum in mora* representa a potencialidade ou idoneidade de um fato vir a ocasionar o sacrifício de um interesse de direito material ou processual – provável eliminação de um bem juridicamente tutelado. O artigo 798 do Código de Processo Civil enuncia a necessidade de um perigo fundado (análise objetiva – não basta a dúvida ou temor pessoal); relacionado a um dano próximo; grave ou de difícil reparação. Dessa forma, refere-se ao *periculum in mora* como:

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 86.

⁶³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v.10, p.99.

“interesse específico que justifica a emanção de qualquer das medidas cautelares (...) condição típica e distintiva das providências cautelares”.⁶⁴

A tutela cautelar, segundo doutrina dominante, ostenta alguns pressupostos, quais sejam, a sumariedade da cognição; a iminência de dano irreparável; a temporariedade.

Entende-se, por sumariedade de cognição, o dito *fumus boni iuris*. A urgência é algo inerente às cautelares, que em razão disso exigem um procedimento diferenciado para sua apreciação, pelo magistrado. A cognição exauriente seria totalmente incompatível com a urgência demandada nessas situações. Trata-se de um juízo perfunctório de mera plausibilidade do direito, cuja proteção se invoca.

A iminência de dano, ou *fumus boni iuris* é exatamente o reflexo pernicioso do tempo na necessidade deduzida em juízo. É o risco de dano iminente que se encontra exposto o provável direito deduzido pelo interessado – referido risco deve ser concreto, e não fruto de deduções ou especulações geradas de forma a se “agilizar”, de forma indevida, a prestação da tutela jurisdicional.

A temporariedade deve ser vista em três sentidos: 1) durar enquanto seja vislumbrada a situação de perigo à não eficácia da tutela jurisdicional, não podendo gerar uma situação cujo resultado seja irreversível; 2) a sua decisão não pode gerar o caráter de imutabilidade / indiscutibilidade própria de uma decisão meritória, (transito em julgado), visto que, caso contrário, estaríamos diante de uma verdadeira

⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires, E.B.A, 1945.

tutela satisfativa; e 3) ostentar caráter de provisoriedade, ou seja, o provimento cautelar deve ser “trocado” ou “substituído” pelo provimento principal, (nisso se diferenciando, sobremaneira, das ditas tutelas antecipatórias, onde há uma temporariedade não provisória, ou seja, o provimento de urgência não é substituído, ao final por outro, mas tão somente confirmado ou integralizado).

Alguns autores, como o processualista Ovídio A. Baptista da Silva chegam a ressaltar alguns outros pressupostos das cautelares, justamente como forma de distinção das tutelas antecipatórias, quais sejam: 1) uma situação cautelanda (interesse juridicamente protegido – de forma a se afastar o cunho satisfativo); e 2) uma sentença mandamental (afastando-se o cunho satisfativo).

4 DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

O parágrafo sétimo, do artigo 273 do Código de Processo Civil passou a possibilitar a concessão de medida cautelar incidental ao processo, verificada a presença de todos os pressupostos, quando o autor, a título de antecipação da tutela, requerer providência de natureza cautelar. Haveria sido instituída a fungibilidade entre os institutos processuais em questão? A resposta é negativa, em que pesem inúmeros posicionamentos em sentido diverso.

Inicialmente, temos que a fungibilidade somente é ostentada entre figuras de uma mesma natureza, sendo que os institutos da antecipação da tutela meritória e da cautelar ostentam naturezas totalmente diversas, (embora pertençam a um mesmo gênero, qual seja, tutela emergencial ou de urgência).

Totalmente repugnante a admissão da fungibilidade entre institutos diversos. O processo cautelar, conforme já exposto, refere-se a um instrumento de proteção da utilidade do provimento jurisdicional, ou seja, da utilidade do próprio processo, (instrumento do instrumento). O instituto da antecipação da tutela ou de seus efeitos refere-se a um adiantamento da tutela final nas hipóteses legais. O primeiro é simples cautela. O segundo é mérito.

Entendemos que a possibilidade de obtenção de medidas cautelares nos equivocados pedidos de antecipação de tutela são perfeitamente cabíveis, além da

disposição legal expressa, como decorrência lógica do princípio da instrumentalidade das formas – tendentes à concretização do princípio maior da efetividade da jurisdição.

A admissão da concessão de medida cautelar como “tábua de salvação”, ao pedido equivocado de antecipação de tutela é cabível em função de sua própria essência e natureza.

Nos moldes já explicitados, as medidas cautelares tendem a proteger o processo, ou a efetividade / utilidade do futuro provimento jurisdicional, sendo um instrumento dele. Se a medida cautelar é um instrumento da própria atividade jurisdicional, compete ao juiz, independentemente de maiores formalidades procedimentais, adotá-la sempre que necessário e lhe exposto pela parte interessada.

O artigo 125, inciso III, do Código de Processo Civil assim dispõe:

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça.”

Ora, se incumbe ao juiz a prevenção e repressão de atos contrários à dignidade da justiça, compete a ele, na defesa do interesse da própria Jurisdição, coibir ou determinar a prática de atos tendentes a garantir que a tutela jurisdicional a ser concedida ao final, seja útil e exequível (visto que a impossibilidade / inutilidade accidental do provimento jurisdicional representam evidente contrariedade à dignidade da justiça).

Assim, vislumbrando o magistrado a possibilidade de se tornar inócua toda a atividade jurisdicional, deve ele determinar as medidas cautelares adequadas ao caso.

Em razão disso, bem como, repita-se, da expressa disposição legal, é que vislumbramos a perfeita possibilidade de concessão de medidas acautelatórias, pelo juiz, quando erroneamente pleiteadas sob a alcunha de antecipação de tutela.

Além do mais, o parágrafo sétimo, do artigo 273 do Código de Processo Civil é totalmente dispensável em razão do Poder Geral de Cautela do magistrado, previsto no artigo 798 do mesmo diploma jurídico.

O contrário, todavia, não pode ser aceito, ou seja, a concessão de antecipação de tutela quando houver um requerimento de medida cautelar (dita “fungibilidade de mão-dupla”).

Pela interpretação literal do dispositivo em questão (artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil), não se admite a “mão-dupla” pela falta de previsão legal (ou seja, não se admite a concessão de tutela antecipada no caso de requerimento de antecipação de tutela a título de ação cautelar). Ocorre que simples e única interpretação literal é bastante combatida pela doutrina, que apresenta argumentos favoráveis à “mão-dupla”: 1) Cabe à parte deduzir os fatos, competindo ao juiz aplicar o direito – e isso independe do procedimento adotado, nem mesmo, a forma com que a prestação da tutela irá se concretizar; 2) Princípio da instrumentalidade das formas; e 3) Teoria da vontade – sempre deve prevalecer a vontade da parte, o

elemento subjetivo do interessado, independentemente de sua exteriorização por meio de uma petição inicial.

Entendemos, todavia, que a antecipação da tutela é algo muito grandioso para ser concedida sem requerimento expresso da parte. A antecipação de tutela é o adiantamento do pedido de fundo meritório.

O artigo 128 do Código de Processo Civil é expresso ao dispor que:

“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposto, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes.”

Assim, o adiantamento do pedido integra-o. Se não há pedido, (no caso em que a parte requer uma providencia cautelar e não o adiantamento da providencia final) expresso, ou iniciativa da parte interessada, não se pode admitir o deferimento sob o argumento da “fungibilidade”, sob pena de caracterização de expressa violação ao princípio da inércia da jurisdição e do direito de ação. Compete à parte dizer se quer, ou não a antecipação da tutela de fundo, bem como demonstrar a verificação dos requisitos / pressupostos legais.

Diante disso, muito embora possa ser admitida a fungibilidade nos casos de equivocado pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com a consequente concessão de tutela cautelar, por expressa disposição legal, como forma de alcance da efetividade do processo, visto que seria admitida uma atuação Estatal diversa da pleiteada, possibilitando a eficácia e a consecução de seus fins, o contrário não pode ser aceito (fungibilidade de “mão – dupla”), ante a natureza dos institutos.

Nos termos já asseverados, a instrumentalidade das formas não pode desvirtuar a essência dos institutos, ainda que em prol da efetividade do processo, sob pena de caracterização da mais absoluta insegurança jurídica e ilegalidade.

5 DO PODER GERAL DE CAUTELA

A sociedade, como já salientado, tem demandado do Estado uma melhor atuação jurisdicional, consistente numa entrega rápida e efetiva do bem da vida buscado em juízo. O poder geral de cautela foi concebido com esse anseio.

O poder geral de cautela do juiz tem origem na própria Constituição Federal – princípio da efetividade da jurisdição.

O instituto em questão encontra-se previsto no artigo 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil, tendo sido constituído com base no disposto pelo artigo 700 do Código de Processo Civil Italiano. Compete ao magistrado, com base no dito “poder geral de cautela” assegurar a eficácia da execução do resultado da lide, não antecipando os efeitos da tutela.

O poder geral de cautela foi concebido como um instrumento da jurisdição para garantir a efetividade de suas decisões, ostentando cunho eminentemente acautelatório, e não antecipatório, (não podendo ser vislumbrado como possibilidade indistinta de o julgador conceder a antecipação dos efeitos da tutela sem expresse requerimento da parte interessada).

“O artigo 798 do Código de Processo Civil, confere ao juiz o poder geral de cautela, que deveria representar mecanismo excepcional de segurança, somente voltado para garantir o

resultado útil do processo naqueles casos em que não houvesse previsão cautelar específica (...)⁶⁵

É cediço que o legislador não ostenta meios suficientes e necessários para prever todas as possibilidades de problemas da vida. Assim como ocorre com o direito penal, em que o legislador, nos tipos denominados “abertos”, não dispõe de meios transcendentais para prever todas as formas de execução de um crime, (homicídio culposos, por exemplo), dada a criatividade humana e desenvolvimento tecnológico, no direito processual civil o legislador também não ostenta condições de prever todas as medidas e procedimentos acautelatórios possíveis para se assegurar a eficácia do processo.

De forma a contornar referida questão, em prol da efetividade do processo, é que se possibilita ao magistrado o exercício do poder geral de cautela, ou seja, diante do caso concreto, com base nas necessidades e peculiaridades relativas ao caso, assegurar, provisoriamente, assegurar os efeitos da decisão sobre o mérito.

Por meio do poder geral de cautela possibilita-se ao juiz tomar providências de natureza cautelar que não estejam previstas expressamente no ordenamento jurídico, bem como, ainda que não tenham sido requeridas pelas partes. É através do poder geral de cautela que a parte, demonstrando o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pode pleitear proteção ao seu provável direito, usando uma ação cautelar inominada.

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas sumárias e de urgências. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 275.

A doutrina e a jurisprudência discutem as dimensões desse poder. Discute-se se o juiz pode tomar providências de natureza cautelar, sem ser provocado, somente no bojo do processo cautelar já instaurado, ou também no âmbito de qualquer processo, inclusive o de conhecimento ou execução.

Entendemos, juntamente com a grande maioria dos juristas, que o artigo 798 do Código de Processo Civil é bastante amplo e tende a abranger todos os processos e procedimentos em que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Salienta-se que, pelo princípio da efetividade, compete ao Estado, por meio do juiz, zelar pela utilidade e eficácia do processo. A intenção do legislador em ampliar o poder do juiz, na garantia do bom andamento do processo, é evidente pela supressão dos incisos do artigo 675 do Código de Processo Civil de 1939, (que estabelece requisitos para a verificação do Poder Geral de Cautela por parte do magistrado).

Na prática, até a introdução do artigo 273 do Código de Processo Civil, o poder geral de cautela do magistrado foi muitas vezes utilizado como base fundamentadora de uma antecipação de tutela.

Conforme já salientado, nos termos do disposto pelo artigo 128 do Código de Processo Civil, ao juiz somente é dado decidir nos limites daquilo que lhe foi proposto, (decorrência do princípio da inércia da jurisdição), não sendo possível que o juiz antecipe um provimento jurisdicional com base no poder geral de cautela, que, em princípio, prescinde da expressa vontade da partes, (justamente por se destinar à proteção do processo e do futuro efeito prático da tutela jurisdicional).

Entendemos que, verificado algum risco de lesão grave ou de difícil reparação, poderá o juiz, independentemente da vontade das partes, ao ser a ele noticiado tal fato sobre um objeto litigioso, determinar medidas / atos tendentes à sua conservação, desde que tal provimento não implique em antecipação da tutela de fundo.

6 CONCLUSÃO

Trata-se de uma tendência mundial a tentativa de se proporcionar um acesso cada vez mais efetivo à “justiça” ou à dita “ordem jurídica justa”. O tempo, na maioria dos casos, é o fator primordial de descrédito no Poder Judiciário.

Na busca pela concretização do princípio da efetividade, que é a estaca basilar da ordem jurídica justa e do acesso à justiça, é que se concentram as tutelas de urgência, (das quais são espécies a cautelar e a tutela antecipada), que tendem a tornar mais ágil a prestação da tutela jurisdicional almejada, impedindo ou evitando os nefastos efeitos do tempo sobre o processo.

Não só as tutelas de urgência, mas tantos outros “meios” podem ser utilizados para a efetividade do processo, por parte da sociedade, tal como a instrumentalidade do processo, a assistência judiciária, os Juizados Especiais, a melhora do ensino jurídico, etc. – que representam formas de superação de obstáculos.

Cada uma das espécies do gênero tutela de urgência, que não se confundem com o conceito de liminar, ostenta seus próprios requisitos e fundamentos. A tutela antecipada representa um julgamento de mérito provisório, podendo ser modificado ou revogado a qualquer momento, (exercício provisório do direito material), ao passo que a cautelar representa um instrumento processual utilizado para o fim de se garantir o resultado prático da tutela jurisdicional.

Ainda que se possa saudar as tutelas de urgência como um dos mais nítidos exemplos de alcance da efetividade do processo, ao superar o obstáculo dos efeitos nefastos do tempo, devem ela observar requisitos e procedimentos próprios, de forma a não se colocar em risco a segurança jurídica e princípios outros como a ampla defesa, contraditório, etc.

Por se tratarem de institutos jurídicos diversos, não podemos falar em fungibilidade. O diploma processual civil, ao prever a possibilidade de concessão de medidas cautelares, quando requerida a antecipação da tutela, pelo juiz, não pode ser considerado como fomentador da fungibilidade entre as medidas. O permissivo legal representa verdadeira “tábua de salvação” garantidora da efetividade do processo (visto que se pretende, com a concessão da cautela, a proteção da utilidade e eficácia do provimento final), e não moeda de troca.

Ainda que se possa vislumbrar a obtenção de medida cautelar, no equivocado requerimento da antecipação de tutela, não podemos admitir o contrário, sob pena de afrontarmos o princípio da inércia da jurisdição e o preceituado, expressamente, pelo artigo 128 do Código de Processo Civil.

A proteção do processo pode se dar por um cuidado aguçado do magistrado (tendo em vista as suas finalidades precípuas), ao passo que a proteção da tutela material somente pode existir quando expressamente invocada pela parte interessada.

O poder geral de cautela do magistrado, muito embora seja um instrumento de grande valia para a proteção do efetivo funcionamento da máquina judicial, não pode ser instrumento embasador de uma antecipação de tutela, sob pena de também admitirmos a violação ao princípio da inércia da jurisdição e do disposto pelo artigo 128 do Código de Processo Civil.

A fungibilidade e a instrumentalidade do processo, assim como o poder geral de cautela do magistrado não podem ser utilizados para legitimar ou justificar a ilegalidade. O processo deve ser efetivo, mas não ilegal.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. Código de Processo Civil Reformado. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Reforma do Código de Processo Civil: a antecipação de tutela na reforma processual. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARMELIN, Donaldo. Acesso `a justiça. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v.31, 1999.

ASSIS, Araken de. Procedimento sumário. São Paulo: Malheiros, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Tutela cautelar e tutela antecipada. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas sumárias e de urgências. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito – processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. (Tese de doutoramento) – Universidade de São Paulo, 1994.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: Ejea, 1973. v.3

_____. Introdução al estudo sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires: E.B.A, 1945.

CALMON, Eliana. Medidas cautelares. *Ajufe*, n. 43, p.57-58, out./dez. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad. *RePro*, n.64, p.145-157.

_____.; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2006

_____.; GORDLEY, J; JOHNSON JUNIOR, E. The emergence of a modern them: toward equal justice. Milão: Dobbs Feny, 1975.

CARDOSO, Antonio Pessoa. Justiça alternativa: Juizados Especiais. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Milton Paulo de. Garantia de direitos fundamentais na fungibilidade das espécies de tutela de urgência. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, ano 9, n. 55, p.8, dez./jan. 2004/2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Introdução do Professor Alfredo Buzaid. Tradução de J. Guimarães Menegalem acompanhada de notas pelo Professor Enrico Tulio Liebman. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v.1

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Fábio Silva. Tutela antecipada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Fundamentos do processo civil moderno. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v.1

_____. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1

_____. Instrumentalidade do processo. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994

ENCICLOPEDIA SARAIVA DO DIREITO. São Paulo: Saraiva, 1976. v.2

FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998.

FERES, Carlos Roberto. Antecipação da tutela jurisdicional. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRIEDE, Reis. Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança: ação cautelar, tutela específica, tutela antecipada. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. Limites objetivos para a concessão de medidas liminares em tutela cautelar e em tutela antecipatória. São Paulo: LTR, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

JUSTIÇA alternativa: Juizados Especiais. Belo Horizonte: Ciências Sociais, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Processo de execução. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. Unitá del procedimento cautelare, in problemi del processo civile. Nápoles, 1962.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACHADO, Antônio Cláudio Costa. Código de Processo Civil Interpretado. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Tutela antecipada. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Antecipação da tutela. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. O direito a efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba. n. 28, abr./jun., 2003.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. São Paulo: Saraiva, 2004. (Temas de Direito Processual Civil: Oitava Série).

_____. O novo processo civil brasileiro. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. O processo civil hoje: um Congresso da Associação Internacional de Direito Processual. Reflexões sobre direito e sobre processo. In: CONGRESSO MUNDIAL DE DIREITO PROCESSUAL, 19., 1992, Rio de Janeiro. p.16

_____. Sobre pressupostos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 1989. (Temas de Direito Processual: Quarta Série).

NERY, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon. Comentários ao Código de Processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. v.10

_____. Inovação no Código de Processo Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v.1

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANCHES, Sidney. Poder cautelar do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Antonio Jeová Silva. A tutela antecipada como prestação jurisdicional diferenciada. Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, n.10, 1995.

SANTOS, Boaventura Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. Revista de Processo, São Paulo, v.37, 1985.

SANTOS, Moacyr Amaral. Ações cominatórias no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958.

SILVA, José Faria Rosa da. Liminares e cautelares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991.

SILVA, Ovídio A Batista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. Do processo cautelar. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2000.

TARDIN, Luiz Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional de urgência. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polemicos da antecipação da tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VILLAR, Willard Castro. Poder geral de cautela do juiz brasileiro - medidas atípicas. Dissertação (Concurso de Livre-Docente da Cadeira de Processo Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1969.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1,3

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Da cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicos diferentes, função constitucional semelhante. Revista de Processo, São Paulo, v.82, p.53, 1997.