

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

**TUTELA ANTECIPADA NOS PEDIDOS
INCONTROVERSOS**

Dino Boldrini Neto

PIRACICABA

2006

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

TUTELA ANTECIPADA NOS PEDIDOS
INCONTROVERSOS

Dino Boldrini Neto

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito – UNIMEP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Núcleo de Estudo de Direitos Fundamentais e da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida

PIRACICABA

2006

**DA TUTELA ANTECIPADA NOS PEDIDOS
INCONTROVERSOS**

Dino Boldrini Neto

Banca

Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida

Orientador

Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

Prof. Dr. Paulo César Souza Manduca

DEDICATÓRIA

A **DEUS**, por ter em sua infinita misericórdia e amor, me proporcionado a oportunidade de renascer e permitido a realização deste aprendizado.

À minha amada esposa **MARA**, razão definitiva de minha existência e aos meus queridos filhos **JOÃO GABRIEL** e **DANTE**, a quem dedico minha vida.

Aos meus pais **FRANCISCO e DIVA, JOSÉ HENRIQUE e IDA**, meus irmãos **LISETE, JOSÉ EDUARDO, NÁDIA, JOSÉ LUIZ, JUNIOR, MIRIAN, MARCELO, NANCY, MÁRCIA, SÉRGIO**, aos meus **sobrinhos** em especial **FERNANDA**, porque muito devo de gratidão, respeito e amor.

Ao meu estimado amigo **ELOI**, por todo incentivo e apoio, que têm me proporcionado com seu carinho, respeito e amor verdadeiro.

Aos meus queridos companheiros **JOÃO CÉSAR, AMANDA, ALINE, TATIANE, LEONARDO, JOSÉ FRANCISCO, DÉBORA, SANDRA e EVA**, pela grata satisfação do convívio, respeito e consideração nas minhas ausências.

AGRADECIMENTOS

*Ao meu querido **Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida**, Mestre dedicado e estimado, pela constante disposição orientadora, sobretudo nos momentos de aflições, e pela paciência ao indicar os caminhos a percorrer.*

*Ao **Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez**, Mestre vocacionado, pela amizade sincera e oportuna, pelo estímulo nos momentos de dúvida e pelos ensinamentos jurídicos e humanos únicos.*

*Ao **Prof. Dr. Paulo César Souza Manduca**, componente da banca examinadora, pela leitura e contribuições.*

*Aos amigos e colegas de Turma, em especial ao **José Geraldo e Luiz**, cuja convivência desbordou para amizade sincera, firme e leal.*

E, por fim, a todos quantos, de uma forma ou de outra, contribuíram, quer estimulando, quer auxiliando, para a conclusão deste curso.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo buscar obter do disposto no § 6º, do artigo 273 do Código de Processo Civil, uma interpretação que possibilite efetividade e celeridade dos atos jurisdicionais, deixando de lado dogmas construídos num tempo distante, quando o desenvolvimento tecnológico era tratado como utopia e ilusão. Nos tempos modernos, quando o acesso a Justiça é propiciado por vias rápidas, sistemas imediatos, denominados *on line*, cuja efetividade e agilidade permitem a prática de atos processuais, ainda que distante do foro, por meio de protocolos integrados, distribuição de precatórias e outros, não se mostra razoável a sustentação de institutos como a sentença única. Por outro lado, objetiva demonstrar que mantida a atual sistemática (sentença única), segundo a regra do artigo 162 do referido diploma legal, a inovação trazida pela Lei 10.444/02, perde sua finalidade, tornando-se letra morta, dado que em seu bojo há, efetiva e literalmente, intenção de acelerar a entrega da prestação jurisdicional ao jurisdicionado, sem perder de vista a segurança jurídica. A intenção deste trabalho, obviamente, não é remover o dogma da sentença única, mas buscar por alternativas de interpretação do dispositivo legal, abrindo mão de formalismos inaceitáveis e injustificáveis, que têm nutrido os críticos dos serviços judiciários, engrossando o coro da insatisfação. É bem de ver que a morosidade da justiça não se resolverá facilmente. Todavia, este trabalho tem interesse em indicar um meio para auxiliar nessa aceleração, com vistas à tomada de consciência, à discussão teórico-prática e à modificação de valores e posturas na busca de uma visão jurídica mais pluralista, democrática e antidogmática.

RIASSUNTO

L'obiettivo principale di questa tesi di laurea è verificarsi, di quello che è esposto nel paragrafo sesto del articolo 273 del Codice di Processo Civile, un'interpretazione più efficace, lasciate da parte i dogmi che sono stati sviluppati in un periodo lontano, di cui lo sviluppo tecnologico era trattato come una domanda utopica e illusoria. Nei tempi moderni, quando l'accesso alla giustizia è fornito attraverso i mezzi veloci, attraverso i sistemi immediati denominati on line, di cui l'efficacia e l'agilità consenta per esercitare il diritto di azione anche se distante dalla corte, dovuto all'utilizzazione di protocolli integrati, distribuzione di precatorie ed altri, non sembra ragionevole il mantenimento della sentenza unica. Questo lavoro mira, inoltre, a dimostrare che, una volta mantenuto il sistema attuale di sentenza unica, secondo l'articolo 162 del diploma legale sopraccennato, l'innovazione portata dalla legge 10.444/02 perde il relativo scopo, diventando inattivo, perché nel suo proprio contenuto c'è letteralmente l'intenzione di accelerare la consegna del Servizio Giudiziario al cliente, effettuando allo stesso tempo la sicurezza giuridica. L'obiettivo di questo studio non è ovviamente rimuovere il dogma della sentenza unica, ma provare a cercare le alternative interpretative di questo dispositivo legale, evitando allo stesso tempo i formalismi inaccettabili ed ingiustificabili che hanno servito di munizione ai critici dei servizi giuridici facendo crescere il coro di insoddisfazione. Tuttavia, questo lavoro mira ad indicare un mezzo di spingere questo affrettamento, basato sulla presa di coscienza, discussione teorica e pragmatica e sulla modificazione dei valori e degli atteggiamenti, alla ricerca di una vista giuridica che sia più pluralista ed anti-dogmatica.

RESUME

L'objectif principal de cet étude est d'obtenir une interprétation exacte du article 273 paragraphe 6, du code procédure civile, en laissant de cote les anciennes croyances dont le développement technologique a été traité comme une question utopique et illusoire. Aujourd'hui, l'accès a la justice est fourni par des moyens rapides, appelés « on line », dont l'efficacité et la vitesse permettent d'exercer le droit d'action bien qu'éloigné de la cour en raison de l'utilisation d'un protocole intégré. Cet étude aspire aussi à démontrer qu'une fois maintenu, le système réel d'une unique condamnation, selon l'article 162 forme la règle légale mentionnée ci-dessus, l'innovation apportée par la loi 10.444/02 perd son but, devenant inactif, car dans son contenu propre il y a littéralement l'intention de presser la livraison du service légal au client en maintenant la sécurité juridique. L'objectif de cet étude n'est certainement pas de supprimer la croyance de la simple condamnation mais d'essayer de chercher une interprétation alternative de ce dispositif légal, en évitant d'inacceptables et d'injustifiables formalités qui sont la base de la critique du service judiciaire. Sûrement la lendeur du justice ne sera pas resous facilement. Cependant cet étude essaye d'indiquer une voie pour accélérer, en se basant sur la prise de conscience, les discussions pragmatiques et théoriques et la modification des mœurs en cherchant une position juridique plus pluraliste, démocratique et non dogmatique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	11
1.1. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal	11
1.1.1. Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional	11
1.1.2. Devido Processo Legal	12
1.1.3. Contraditório	13
1.2. Poder Geral da Cautela	16
1.3. Tutela de Urgência	23
1.3.1. Tutela Cautelar	24
1.3.2. Tutela Antecipada	26
CAPÍTULO II – A MOROSIDADE DA JUSTIÇA E O PROCESSO	30
2.1. Aspectos Gerais sobre a Morosidade da Justiça	30
2.2. Evolução Histórica do Processo	40
2.3. Princípio da Instrumentalidade do Processo	44
2.4. Da Efetividade do Processo	46
CAPÍTULO III – DOS ATOS DO JUIZ	47
3.1. Despacho	47
3.2. Decisão Interlocutória	48
3.3. Sentença: conceito, elementos, partes e estrutura	50
3.3.1. Limites	51
3.3.2. Efeitos e Eficácia	52
CAPÍTULO IV – A QUESTÃO INCONTROVERSA	55
4.1. Natureza e Espécies	55
4.2. Incontrovérsia por Reconhecimento.	57
4.3. Incontrovérsia por Confissão	60
4.4. Incontrovérsia por Prova Inequívoca	62
CAPÍTULO V – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NOS PEDIDOS INCONTROVERSOS	65
5.1. Natureza da Decisão Antecipada segundo a Doutrina Positivista	65
5.2. Natureza da Sentença Antecipada: Possibilidade da Cisão da Sentença de Mérito	67
5.3. Do Recurso na Sentença Parcial de Mérito	75
5.4. Considerações outras sobre a Cisão da Sentença de Mérito	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84
ANEXOS	89

INTRODUÇÃO

Neste trabalho busca-se abordar a tutela antecipada quando incontroverso o pedido ou parte deste, começando por discorrer sobre os princípios do Processo Civil na ordem Constitucional vigente (Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional), o devido processo legal e contraditório, tecendo comentários acerca da morosidade da justiça, como uma das causas de maior dificuldade de realização do Direito Material, bem como, abordando questões relativas à natureza da sentença antecipatória, como meio de gerar título executivo quando incontrovertido o pedido ou parte dos pedidos.

Analisa-se a questão evolutiva do Direito Romano na ordem processual, com o escopo de demonstrar que o processo enquanto ciência, não pode nem deve sobrepor o Direito Civil. Nesse passo, que aquela atue como limitador do conflito para solução deste e, que o Poder Judiciário, como órgão estatal, competente para impor fim aos conflitos com vista à paz social, tenha por objetivo a satisfação do direito buscado, porém, de forma mais progressista e célere, prescindindo, quando ocorrente a hipótese, de preciosismos e formalismos, mas sem deixar de lado a segurança.

A tanto, busca-se, ainda que sucintamente, discorrer sobre os despachos, decisões e a sentença, sua eficácia e efeitos, natureza de mérito da sentença de antecipação da tutela, apresentando explanação sobre a questão incontroversa por reconhecimento, por confissão e por prova inequívoca.

Traça-se um confronto entre as idéias positivistas e progressistas sobre o tema, firmando nossa posição frente a essas duas correntes doutrinárias.

Procura-se demonstrar que a efetividade e a celeridade do processo, tão desejadas, não são sinônimos de insegurança e, tampouco, de injustiça ou de pressa, mas de uma prestação de um serviço público, que pela característica da imprescindibilidade e necessidade, deve levar em consideração o anseio do jurisdicionado, na solução definitiva do conflito de interesses instalado. Sim, porque é chegado o momento de parar de tentar satisfazer o interessado apenas com sentenças e decisões que definam a titularidade do direito controvertido. É imperioso que o Poder Estatal realize, efetivamente, a entrega do Direito, por meio de uma execução célere e eficaz, coibindo abusos e contumácias indesejadas.

Por outro dizer, não basta decidir quem tem o direito, é preciso entregá-lo ao seu legítimo titular.

Evidentemente, a proposta não tem a pretensão de contrapor todo o pensamento doutrinário sobre a matéria, mas, ao contrário, procura apontar algumas linhas sobre a evolução do Direito e da sociedade, com o escopo de contribuir “para a tomada de consciência, a discussão teórico-prático e a modificação de valores e posturas na busca de uma visão jurídica mais pluralista, democrática e antidogmática”¹.

Para esse fim, pretende-se demonstrar que dentre as inovações trazidas pela Lei 10.444/02, há o parágrafo 6º do artigo 273, do Código do Processo Civil (CPC), que parece ter possibilitado a cisão da sentença de mérito, pondo fim ao antigo dogma do Direito Positivo, de tal sorte a ensejar a constituição de título judicial executivo, permitindo que, no ponto incontrovertido da demanda, o Estado imponha o cumprimento da obrigação.

¹ WOLKMER, A. C. *Introdução ao pensamento jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XIII.

CAPITULO I – PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1.1. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.

1.1.1. *Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional.*

Para Nelson Nery Júnior²:

é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de ramos novos do Direito Processual.

O Direito Constitucional Processual caracteriza-se pelas garantias fundamentais insertas na Constituição Federal, dentre eles aquelas mencionadas no artigo 5.º, nº XXXV, artigo 8.º, nº III. Regula, em síntese, o Direito Constitucional Processual, as formas e instrumentos de garantia para a atuação da constituição. A Constituição faz prevalecer, nas relações processuais de toda espécie (trabalho, penal, civil) os princípios que devem prevalecer acima de quaisquer outros, isto é, o do devido processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural e publicidade.

O Direito Processual Constitucional, de sua vez:

exterioriza-se mediante (a) a tutela constitucional do processo, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da constituição e (b) a chamada jurisdição constitucional das liberdades, composta pelo arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais, como o mandado de segurança individual e

² NERY JÚNIOR, N. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2000, p.20.

coletivo, ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a exigência dos juizados especiais³.

Ambos compõem a denominada Justiça Constitucional, que se consubstancia na forma e instrumentos de garantia para a atuação da Constituição.

Como não se pretende, neste trabalho, analisar individual e pormenorizadamente todas as regras processuais incluídas ou existentes na Constituição, listam-se, apenas aquelas necessárias a embasar o tema central aqui defendido, por sua conveniência.

1.1.2. Devido Processo Legal.

O devido processo legal é princípio norteador do qual decorrem, como visto anteriormente, todos os demais princípios das diversas áreas do Direito. Compreendem o devido processo legal, princípio essencial inserido na Carta Política de 1.988, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio da isonomia, o princípio do direito de ação, o princípio do contraditório (que se abordará a seguir), dentre outros.

Em linhas gerais, o princípio do devido processo legal se fixa na defesa da vida, da liberdade e da propriedade, no sentido mais amplo e abrangente.

O princípio da unidade da Constituição:

obsta que haja prejuízo de um princípio em relação ao outro, mas que sejam harmonizados, observadas a coerência, unidade e concordância entre normas constitucionais para, a cada situação ocorrente, observar-se o princípio do devido processo legal e a tutela da garantia e liberdades fundamentais⁴

³ DINAMARCO, C.R. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo. Malheiros. 2001. vol. I, p. 53.

⁴ MESQUITA, E. M. de. *As tutelas cautelar e antecipada*. Coleção Estudos de direito de processo. V. 52. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002, p. 39.

Bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law*, segundo Nelson Nery Junior⁵, para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.

Entretanto, como não adotado tal cláusula, se mostra absolutamente necessário afirmar que há critérios a serem estabelecidos quanto à incidência ou reconhecimento do princípio fundamental – devido processo legal – para que não ocorram contradições entre direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o estado de direito nem atende ao interesse público⁶.

1.1.3. Contraditório.

Interessa, em especial, o princípio do contraditório, em razão do tema desta dissertação – antecipação da tutela nos pedidos incontroversos.

O princípio do contraditório, contemplado no artigo 5º, nº LV da Constituição, é garantia inerente às partes envolvidas no processo, isto é, desde o autor, passando pelo réu, pelos litisconsortes, oponentes, assistentes, chamados, Ministério Público, independentemente, neste último caso, da condição de sua atuação.

Constituindo-se em manifestação do princípio do estado de direito, encerra os princípios da igualdade das partes (isonomia) e do direito de ação, ao garantir indistintamente aos litigantes o amplo exercício do direito de ação quanto o exercício do direito de defesa.

⁵ *Ibid*, p. 31.

⁶ *Ibid*, p. 42.

Diferentemente do processo penal, que contempla o princípio da verdade real (obviamente porque em jogo o direito da liberdade individual – direito fundamental), no processo civil (imperava o da verdade formal) a respeitar o princípio do contraditório basta que os litigantes tenham a oportunidade de se fazer ouvir no processo, desde o ato postulatório (petição inicial e contestação), passando pelo probatório até o recursal, respeitado o princípio da igualdade de tratamento.

Assim é que, exercido o direito de ação (inicial), o réu ou aqueles outros de sua relação direta ou indireta (litisconsórcio, oponentes, assistentes, etc...), devem ser formalmente citados para o exercício do direito de defesa, assegurando-se aos litigantes o direito de igualdade e imparcialidade em todos os atos e termos do processo, até final decisão passada em julgado. É, por outro dizer, a garantia da própria lei dos meios para que os litigantes do processo participem, efetivamente, por meios idôneos, da defesa do interesse em conflito.

Nesse diapasão tem igualmente participação importante, o juiz, destinatário das provas, devendo ele próprio exercer o contraditório, pois, como afirma Dinamarco, “é do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz⁷”.

Com efeito, não há faculdades ao juiz na direção do processo, mas deveres e poderes, os quais devem ser exercidos de modo a assegurar uma prestação jurisdicional séria, imparcial e, sobretudo, justa. Afina-se a esse entendimento, o artigo 16 do Código de Processo Civil Francês que estabelece que: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório”⁸.

⁷ DINAMARCO, C.R. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo. Malheiros. 2001, p. 214.

⁸ *Ibid*, p. 220.

No prefácio de seu livro *Instituições de Direito Processual Civil*, Dinamarco, afirma:

O pensamento moderno caminhou para a afirmação de um intenso coeficiente ético e deontológico no sistema processual, especialmente endereçado ao espírito do juiz, de quem hoje todos esperam um solene compromisso de realizar processos justos e équos e terminar o processo com a oferta de uma efetiva justiça substancial aos litigantes⁹.

No entanto, como é curial, a efetiva participação das partes, depende do conhecimento prévio, de tal sorte a possibilitar a realização satisfatória do contraditório. Assim é que, deduzida a postulação inicial (atividade do autor) o réu ou réus, bem como os interessados (litisconsortes), devem ser citados para exercício do direito de defesa. É dessa dinâmica do pedir-alegar-provar, como afirma Dinamarco, que decorre o princípio processual constitucional da publicidade dos atos processuais, sem o que, não há efetividade de oportunidade de participação dos litigantes, o que feriria outro princípio, qual seja, o da isonomia.

A supressão ou restrição desse princípio, só ocorre em casos especiais e específicos, quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem (artigo 5º, nº LX, da CF).

A despeito e não obstante à obediência a princípio em comento deve-se considerar os institutos de preservação da boa-fé processual e da lealdade, para colimação da aceleração do processo, para uma aplicação mais intensa e eficaz do poder geral de cautela, das tutelas de emergência, sem paternalismo fomentador do formalismo, excesso de manifestação de partes (o comum “digam – digam”), possibilitando, sempre que possível e legitimado (nos demais princípios), o julgamento antecipado.

⁹ *Ibid*, prefácio.

1.2. Poder Geral de Cautela.

Fazendo um pequeno retrospecto histórico a respeito do Poder Geral de Cautela, Ovídio A. Baptista da Silva¹⁰ cita que o artigo 798 do atual Código de Processo Civil não é novidade. Ele foi inspiração italiana, chamada pela doutrina de “poder cautelar geral”, proveniente do artigo 324 do Projeto Carnelutti, cuja redação era a seguinte:

Quando do estado de fato da lide surgir razoável receio de que os litigantes cometam violência ou pratiquem antes da decisão atos capazes de lesar, de modo grave e dificilmente reparável, um direito controverso, ou quando no processo uma das partes se encontre em situação de grave inferioridade em face da outra, o juiz pode tomar as providências provisórias que julgar adequadas para evitar que o dano se verifique.

Este dispositivo, por sua vez, provém de um mais antigo, que é do instituto das inibitórias do velho direito peninsular que o Código de 1865 suprimira.

Também o Código de Processo Civil português deriva da mesma origem, porém, com concepção um pouco diversa:

Artigo 399. Quando alguém mostre fundado receio de que outrem antes de ação ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos regulados neste capítulo, as providências adequadas à situação, nomeadamente a autorização para a prática de determinados atos, a intimação para que o réu se abstenha de certa conduta, ou a entrega dos bens móveis ou imóveis, que constituem objeto da ação, a um terceiro, seu fiel depositário.

A redação do código português traria duas vantagens, comparadas às leis italianas e brasileiras: omite referência “aos fatos da lide” e evita o conceito de “medidas provisórias”. Dessa forma, o “poder cautelar geral” corresponderia ao exercício de “poder de polícia judiciária”, decidindo um mero incidente da lide e não uma “demanda cautelar”. A outra é a de que, enquanto as “medidas provisórias”,

¹⁰ SILVA, O. A. B. *Do Processo Cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 109-112.

sem conteúdo de ação, são invariavelmente incidentais (jamais antecedentes ou preparatórias), as “ações cautelares inominadas” tanto podem ser incidentais, quanto simplesmente preventivas, sem caráter preparatório de alguma outra demanda.

O Código de 1939 disciplinava o “poder cautelar geral”, em termos até mais gerais e, na opinião de Ovídio A. Batista da Silva, mais apropriados, no artigo 675, *in verbis*:

Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I – quando do estado de fato da lide, surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II – quando, antes da decisão, for possível a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes; III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.¹¹

Hoje, está o poder cautelar geral do juiz consagrado nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, inseridos no Livro III “Do Processo Cautelar”, Título Único “Das Medidas Cautelares”, Capítulo I “Das Disposições Gerais”, sede das denominadas medidas cautelares atípicas ou inominadas, porque se situam fora daquelas previstas especificamente pelo legislador.

Os artigos estão assim redigidos, *in verbis*:

Artigo 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Artigo 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

De acordo com a hipótese prevista na lei, o julgador, valendo-se de seu poder geral de cautela, pode ordenar as “medidas provisórias que julgar adequadas”

e que não estiverem especificamente previstas na lei, sempre que elas forem urgentes e necessárias para evitar um dano ao direito da parte ameaçado de lesão grave ou de difícil reparação. Consagrando-se aí, as medidas cautelares inominadas.

Há que se exigir do juiz prudência e rigor quando se trata de poder geral de cautela, no entanto, certa dose de elasticidade é necessária, sem que esta leve ao arbítrio e ao desapego de critérios.

Nesse sentido, manifestaram-se Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Marina Labate Batalha¹²:

A amplitude da liberdade conferida ao juiz para o exercício da cautelaridade não pode ser cingida a linhas definitórias, comportando standards elásticos confiados ao prudente critério do juiz. Não se trata de legitimar o arbítrio judicial, desapegado de parâmetros ou critérios, mas de legitimar a discricionariedade do juiz, em atenção ao interesse social envolvido no litígio, a fim de atender às necessidades de urgência de medidas ante a irremovível lentidão dos processos.

Discordando da também respeitável opinião de Ovídio A. Baptista da Silva, inicialmente referida neste capítulo, Humberto Theodoro Junior comenta o artigo 798 nos seguintes termos¹³:

Com esse dispositivo o novo Código realçou a existência de um poder geral de cautela conferido ao juiz, poder esse que já se admitia implicitamente no artigo 675 do Código revogado, mas que a jurisprudência relutava em admitir em toda sua extensão.

Aproximando-nos, portanto, das grandes codificações européias, adotando ostensivamente remédio processual similar ao *einstweilige Verfügung* do direito austríaco e do alemão, do *contempt of Court* dos ingleses, e dos *provvedimenti d'urgenza* dos italianos.

Os termos em que o novo Código colocou o problema da tutela cautelar genérica ou inominada, são, sem dúvida, muito mais adequados do que aqueles usados pelo legislador de 1939. Revelam, a toda evidência, que a enumeração das medidas arroladas no capítulo II sob a epígrafe de “procedimentos cautelares específicos” é meramente exemplificativa.

¹¹ *Ibid*, p. 109-112.

¹² BATALHA, W. de S. C; BATALHA, S. M. L. *Cautelares e Liminares*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1995, p.70.

¹³ THEODORO JÚNIOR, H. *Processo Cautelar*, 15ª ed. São Paulo. Universitária de Direito, 1994, p.99.

Poderá surgir, a qualquer momento, a necessidade de a parte solicitar do juiz providências acautelatórias, assecuratórias, não especificamente mencionadas neste livro. E o juiz poderá deferi-las, tendo em vista, evidentemente, a situação do caso, aplicando o seu poder cautelar geral.

Segundo Vicente Greco Filho¹⁴, o artigo 799 do Código de Processo Civil é exemplificativo, não restringe o poder geral de cautela do magistrado, ao contrário, determina (e não apenas o autoriza) que dele se utilize nas situações imprevisíveis.

Afirma o autor:

Se o poder cautelar é amplo, não é, porém, ilimitado ou arbitrário. Deve ele manter-se nos estritos termos da essência das medidas cautelares, qual seja, a provisoriedade, a proteção direta ou indireta de um direito que pode ser deferido no futuro e à sua real necessidade.

Não pode, pois, o juiz, ao deferir medidas cautelares, quando da mesma natureza do pedido principal, ultrapassar os limites máximos do próprio direito hipoteticamente a ser concedido, nem antecipar a execução para ganhar tempo, na satisfação do possível credor, nem violar a coisa julgada. Ainda não deve o juiz pretender substituir pela providência cautelar o cabimento de um processo de conhecimento ou executivo e também substituir, por uma providência inominada, a medida expressamente disciplinada que, por falta de requisito legal, não pode ser concedida.

O referido autor cita exemplos de alguns dos processos cautelares inominados mais comuns:

- a) suspensão das deliberações sociais;
- b) sustação do protesto de títulos;
- c) medidas contra o risco de dilapidação de fortunas;
- d) proibição de usar nome comercial;
- e) utilização provisória de servidão de passagem;
- f) remoção cautelar de administradores.

O artigo 797 do Código de Processo Civil autoriza o juiz, como exceção, a determinar medidas cautelares sem a audiência das partes. A redação é a seguinte, *in verbis* : “Artigo 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

¹⁴ GRECO FILHO, V. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 13ª ed. vol. III. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 156-157.

Temos, portanto, três espécies fundamentais de provimentos cautelares, contidos no Livro III: a) as medidas cautelares de ofício do artigo 797; b) as medidas cautelares decretáveis a pedido das partes do artigo 798; e, finalmente, c) as verdadeiras ações cautelares, nominadas e inominadas.

João Penido Burnier Júnior dedica um capítulo de sua obra¹⁵ ao “Poder Cautelar Geral do Juiz”.

Destaca medidas que o juiz, com base em seu poder cautelar geral, poderá adotar para evitar dano previsto no artigo 798, conforme autorizado pelo artigo 799 que são:

- a) autorizar ou vedar a prática de determinados atos;
- b) ordenar a guarda judicial de pessoas;
- c) ordenar o depósito de bens;
- d) impor a prestação de caução.

E comenta:

A especificação da lei é bastante ampla, mas é certo que não será boa solução considerá-la exaustiva, porque medidas diferentes poderão ser reputadas indispensáveis para assegurar a eficácia do processo principal e deverão ser concedidas, desde que não violem a intimidade das pessoas, direitos indisponíveis e garantias constitucionais¹⁶.

Cabe aqui uma indagação feita pela doutrina: O poder cautelar do juiz, inclusive o geral, pode ser exercido *de ofício*? Ou depende de provocação das partes?

A exemplo de vários outros, o tema é polêmico. Como vemos a seguir, parte da doutrina é formal e legalista, não aceitando que o juiz possa determinar medidas cautelares atípicas de ofício; outra é bastante liberal e entende que o magistrado

¹⁵ BURNIER JUNIOR, J. P. *Do Processo Cautelar*. São Paulo: Interlex, 2002, p. 50.

pode sempre agir de ofício, o que não significa ser arbitrário, posto que respaldado na lei; por fim, uma terceira corrente, que se harmoniza com as duas anteriores, aceita que, excepcionalmente, nas hipóteses previstas em lei ou, para assegurar a ordem pública, o juiz pode e deve agir de ofício.

Wilson de Souza Campos Batalha é adepto da primeira corrente. Entende que “o juiz não pode de ofício determinar medidas cautelares genéricas ou específicas, senão quando expressamente autorizado por lei”¹⁷.

Luciana Diniz Nepomuceno¹⁸, discorrendo sobre este assunto menciona a posição de três doutrinadores:

Igualmente ao posicionamento de Wilson de Souza Campos Batalha, Pestana de Aguiar posiciona-se no sentido da impossibilidade de concessão *ex officio* de medidas cautelares atípicas, porque:

Se o artigo 797 só admite a medida cautelar de ofício em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, a está limitando às hipóteses especificamente previstas na norma legal. De outro modo não haveria necessidade de se referir à expressa autorização legal. Bastaria o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (artigo 798) [...] Por fim, como corolário do princípio *ne procedat iudex ex officio*, há de se convir que o poder cautelar geral só cabe nas medidas provocadas pelo interessado.

Luciana Nepomuceno ainda menciona a posição de Galeno Lacerda, autorizando a medida de ofício. Vejamos: [...] para Galeno Lacerda¹⁹ o poder cautelar geral seria “*um poder puro idêntico ao do pretor romano*”, através do qual a lei concede ao juiz uma “*notável liberdade discricionária*”, seja nas cautelares nominadas, seja nas inominadas”. Porém, salienta-se que esse autor adverte que a

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ BATALHA, W. de S. C; BATALHA, S. M. L. *Cautelares e Liminares*. 2^a ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 66.

¹⁸ NEPOMUCENO, L. D. *A antecipação da tutela na ação rescisória*. Belo Horizontes: Del Rey, 2002, p. 94-95.

¹⁹ LACERDA, G. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. VIII, tomo I, p.157.

discrecionariedade, que qualifica o poder cautelar geral, não se confunde com a arbitrariedade.

Ainda segundo o referido doutrinador, a discricção não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da lei.

Em outras palavras, discricção se traduz na liberdade de escolha de soluções dentro da finalidade legal, não significa, porém, arbítrio subjetivo, deformador do justo e exato valor **objetivo** dos fatos submetidos à apreciação do agente público, juiz ou administrador²⁰.

A mesma autora menciona o posicionamento assumido por Humberto Theodoro Junior, de postura “intermediária”, que seria a mais acertada (consoante também é o nosso entendimento e dos adeptos da terceira corrente anteriormente mencionada), porque harmoniza as soluções anteriores.

Segundo Humberto Theodoro Junior²¹, o procedimento da cautelar atípica é o mesmo da medida específica e, assim, instaurado a partir do exercício do direito de ação (cautelar), por parte de seu titular, traduzido no seguinte parágrafo:

Como regra, portanto, as medidas cautelares inominadas devem ser objeto de processo cautelar instaurado ou provocado pela parte, no exercício do direito de ação. Só excepcionalmente, nos casos em que a lei prevê expressamente a possibilidade de atividade cautelar ex officio é que o juiz poderá adotar medidas provisórias atípicas sem provocação da parte.

No entanto, para a manutenção da ordem jurídica e na defesa desta, quando ameaçada de lesão, o julgador pode agir de ofício, sem provocação da parte, adotando as medidas cautelares que reputar necessária. Confira-se:

Seria ilógico e contraproducente admitir-se que a tutela dos poderes oficiais do juiz ficasse condicionada à iniciativa e disponibilidade da parte. Impõe-se, dessa forma, reconhecer que, quando está em jogo a garantia do próprio processo em andamento e do interesse estatal na efetiva aplicação da lei, as medidas cautelares inominadas, compreendidas dentro dos limites

²⁰ *Ibid*, p. 139.

²¹ THEODORO JUNIOR, H. *Processo cautelar*. 15^a ed. São Paulo. Universitária de Direito, 1994, p.100-101.

dos poderes processuais do juiz, tanto podem ser tomadas a requerimento da parte, como ex officio.²².

O poder geral de cautela do juiz e os limites de sua atuação no processo, em suma, compreendem o poder-dever que tem o magistrado de decidir todas as questões que lhe forem apresentadas, segundo o disposto na lei, ou com certa discricionariedade ou maleabilidade, nas hipóteses que ela assim o autorize.

1.3. Tutela de Urgência.

As tutelas de urgência, como é curial, compreendem todos os expedientes de ordem processual que, amparados pelo direito material e atendidas as condições da ação e os pressupostos processuais (*fumus boni juris* e o *periculum in mora*), possibilitem que a prestação jurisdicional evite, tanto quanto possível, o dano ou o agravamento do dano ao direito subjetivo. Por outras palavras, compreende a adoção de providências antes de iniciado ou mesmo depois de iniciado o processo, mas antes de seu desfecho natural e definitivo, para afastar situações graves de risco de dano.

É preciso lembrar, todavia, que há nítida diferença entre tutela e prestação jurisdicional. Em que pese o tom acadêmico, parece conveniente traçar a distinção, a fim de evitar confusão no entendimento. Sobre essa distinção, compartilho do entendimento de Humberto Theodoro Junior que, ao discorrer sobre esse assunto, afirma:

que a prestação jurisdicional compreende a pacificação do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes). Assim, quando o provimento jurisdicional reconhece e resguarda in concreto o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. Todo litigante que ingressa em juízo, observados os pressupostos processuais e as condições da ação,

²² *Ibid*, p. 102-103.

tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo), mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional²³.

Passa a ser relevante esse assunto, na exata medida que não se ignora que da efetividade do processo civil, depende a realização do direito material. Logo, a tutela de urgência deve estar adequada ao tipo e a modalidade do conflito submetido à tutela jurisdicional, de tal sorte a possibilitar que sejam prescritos os remédios jurídicos necessários, eficazes e assecuratórios do resultado prático do processo ou do direito buscado.

1.3.1. Tutela Cautelar.

Depois da reforma processual, muito se confundiu (e não raro ainda hoje se confunde) a diferença entre medida cautelar e antecipação de tutela. Parece, no entanto, de fácil compreensão que o que diferencia a tutela cautelar da tutela antecipada é justamente o campo de sua incidência.

Assim, conquanto ambas as medidas pertençam ao gênero comum da tutela de urgência, são diversos os requisitos para a sua concessão e o campo de atuação.

A tutela cautelar, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “é espécie do gênero tutela urgente. Surge, com efeito, para eliminar uma situação de perigo que coloque em risco uma pretensão”²⁴.

Desta forma, patente que o objeto da tutela cautelar é a tutela do próprio direito material e não a proteção do processo de conhecimento, dado que:

²³ THEODORO JUNIOR, H. *Tutela jurisdicional de urgência: medidas cautelares e antecipatórias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

²⁴ MARINONI, L. G. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992, p. 59.

a tutela cautelar é uma forma de prestação jurisdicional voltada a impedir que o decurso do tempo do processo impeça a realização do possível direito alegado pela parte. Seu móvel é sem dúvida a urgência. Ela deve atuar sempre que a tutela de conhecimento se mostre insuficiente e incapaz para atender a uma pretensão urgente de direito material. Tem por objetivo assegurar a possibilidade de satisfação futura do direito a ser reconhecido²⁵

Defende Humberto Theodoro Junior, que “as medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte promovente”²⁶.

Mas, Rogéria Dotti Doria²⁷, justifica:

Não têm razão os processualistas que afirmam que o processo cautelar não poderia proteger a realização de um direito porque este pode vir ao final a ser declarado inexistente. O equívoco é evidente. Quando se diz que a tutela cautelar assegura a realização futura de um direito, o que se está a afirmar é que essa tutela protege ou garante a possibilidade de realização de um provável direito afirmado pela parte. Em outros termos, assegura-se a satisfação de uma pretensão de direito material, ainda que mais tarde fique comprovado que tal pretensão referia-se a um direito inexistente.

Ainda citando Ovídio A. Batista da Silva, afirma a doutrinadora que:

na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontram-se sob ameaça de um dano irreparável²⁸.

E arremata Rogéria Dotti Dória:

Admitindo-se a instrumentalidade e levando-se em consideração que o processo se traduz em uma forma idealizada para possibilitar a realização da Justiça e satisfação dos direitos, nem haveria como se aceitar que a tutela cautelar visa-se garantir o próprio processo de conhecimento. Seria o mesmo que confundir o objetivo com o meio criado para a sua concepção ou, em outros termos, declarar a importância do processo ainda que vazio, afastado de todo o seu conteúdo²⁹.

²⁵ DORIA, R. D. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT. 2^a. ed., 2004, p. 36.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, H. *Tutela jurisdicional de urgência*. 2^a. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 5.

²⁷ *Ibid*, p. 37

²⁸ SILVA, O. B. S. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1993, vol. III, p. 27.

²⁹ DORIA, R.D. *Op. cit.*, p. 37-38.

O conflito de posicionamento entre os processualistas é bastante interessante, podendo até gerar dúvida quando se analisa, no campo hipotético, um caso concreto, como, por exemplo, na tutela cautelar, cujo objetivo é a produção antecipada de prova ou a nunciação de obra nova.

Porém, mesmo nessas situações em que a concessão visa possibilitar a verificação liminar ou a interrupção da seqüência do dano, com vistas ao contraditório, o objetivo primordial, sem dúvida é, no final, a realização do direito material.

Nesse aspecto, portanto, compartilho do entendimento de Rogéria Dotti Doria, sobretudo porque o que interessa na tutela cautelar é justamente a preservação do direito ameaçado.

1.3.2. Tutela Antecipada.

O instituto da antecipação da tutela, como conceito relativamente distinto da tutela cautelar, foi integrado ao Direito Brasileiro com a Reforma de 1994. No entanto, antes mesmo do advento da Reforma, mas de forma restritiva, o Código de Defesa do Consumidor já previa essa forma de tutela:

Artigo 84 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Parágrafo terceiro - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.³⁰

³⁰ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 6ª. ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

A antecipação da tutela, quando instituída no ordenamento jurídico brasileiro, não foi “perfeitamente compreendida pelos operadores do Direito nem adequadamente assimilada pela doutrina”³¹. Atualmente, porém, a despeito de alguns deslizes de interpretação – por vezes vê-se postulações específicas de antecipação de tutela deduzidas como medida cautelar e vice-e-versa –, não há grandes conflitos quanto a sua definição e aplicação.

Com efeito, parece bastante satisfatório definir a tutela antecipada, como sendo a tutela jurisdicional que proporciona à parte provisoriamente, mas com contorno de definitivo, o próprio direito material que constitui objeto da pretensão efetiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.

Relembrando o que se aduziu sobre a tutela cautelar, diferencia-se a tutela antecipatória, precisamente no campo de atuação, que incide diretamente sobre o objeto da pretensão.

De toda sorte, é indiscutível que o instituto veio de encontro à angústia quanto a demora da prestação jurisdicional, notadamente no Processo de Conhecimento, em especial no procedimento ordinário.

Entendendo que a lide é fator de perturbação da paz social e quanto mais rápido exista a composição da lide e a resolução dos conflitos, afasta-se da sociedade, a *vis inquietativa* gerada pela demora do processo, o legislador pátrio resolveu admitir a tutela antecipada de direitos³².

Quiçá a dificuldade de compreensão pelos operadores do direito, mencionada por Dinamarco, fora marcada, de início, pela questão envolvendo a verossimilhança, como um dos requisitos para a concessão da antecipação da tutela. Com o passar do tempo e uma melhor interpretação doutrinária e jurisprudencial do instituto, a premissa para a concessão arrefeceu quanto a

³¹ DINAMARCO, C. R. *A reforma da reforma*. 6ª ed. rev e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 90.

³² SANTOS, A. J. da S. *A tutela antecipada e execução específica*. São Paulo: Copola, 1995, p. 14.

verossimilhança, que deu lugar ao *fumus boni juris* e ao perigo de dano irreparável ou de difícil e incerta reparação.

Não raramente, nas hipóteses aplicáveis, o *fumus boni juris* dá lugar, preferivelmente, ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, como, efetivamente, não poderia deixar de ser, posto que é assegurada a reversibilidade da tutela antecipada, nos exatos termos do parágrafo 4º, do artigo 273 do Diploma Processual.

Partindo-se da premissa defendida por Antônio Jeová da Silva Santos, é preciso que se tenha em mente, que não se mostra admissível que por receio ou insegurança, a tutela jurisdicional deixe de conceder a antecipação postulada, sobretudo contra grandes grupos econômicos, sob argumentos que não convencem.

Se a intenção do legislador pátrio assim como a função instrumental do processo é a pacificação dos conflitos, parece intuitivo que a concessão da tutela antecipada nos casos aplicáveis, com a determinação, por exemplo, do depósito do valor questionado à ordem e disposição do juízo processante, pode ensejar uma rápida e eficaz solução do conflito, uma vez que inibiria ou desestimularia que o “depositante-requerido”, via de regra assistido por grandes escritórios de advocacia, utilizasse os artifícios da lei processual para postergar ao infinito uma obrigação de pagar.

Vale aqui, a respaldar o que se assevera, citar duas situações concretas, preservando-se o sigilo e a identificação dos envolvidos, nas quais (ações ordinárias de rescisão de contrato por inadimplemento de obrigação cumulada com restituição de valores desembolsados – contratos de adesão), analisados por juízos competentes distintos.

a) na demanda que houve a antecipação da tutela (restituição), a requerida procedeu ao depósito, buscou e concretizou convença, pondo fim ao litígio.

b) na outra que não houve a antecipação, o processo arrasta-se há mais de cinco anos, encontrando-se em fase de recurso.

É preciso, de outro, que também se tenha coragem para aplicar a regra do parágrafo 4º do artigo 273, do CPC – a revogação. Não se pode esquecer que as tutelas de urgência ou medidas liminares são apreciadas em cognição sumária e como tal, passíveis de indução a erro ou, quando não, a contraprova da verossimilhança e do perigo de dano alegados.

O instituto da tutela antecipada deve, pois, ser encarado como instrumento processual, que se presta à efetividade do processo.

CAPITULO II – A MOROSIDADE DA JUSTIÇA E O PROCESSO

2.1. Aspectos Gerais sobre a Morosidade da Justiça.

Para abordar sobre a tutela antecipada quando incontroverso o pedido ou parte deste, parece indispensável, até como justificativa do entendimento que se pretende defender, discorrer sobre a morosidade da justiça, assunto muito em voga nos tempos presentes.

Ao ponderar sobre o tema, logo vem à mente a ineficiência do aparelho judiciário, como corolário da própria expressão *morosidade da justiça*. Entretanto, é enganoso tal (pré) conceito, porquanto esse *mal* não decorre exclusiva e necessariamente de um único fato. Envolve a morosidade vários fatores, dentre os quais – porque impossível abordá-los todos, uma vez que não é objetivo deste trabalho – destacam-se, principalmente, a vetusta legislação processual (Legislativo), a ineficiência e desestímulo dos servidores públicos (Executivo), o positivismo jurídico (Poder Judiciário) e a ausência de melhor capacitação profissional e moral (Advocacia).

Iniciando pela responsabilidade do Legislativo nesta questão, forçoso é reconhecer a falta de interesse, para não dizer de tecnicidade e conhecimento jurídico, do legislador pátrio em formular leis que possibilitem a celeridade do processo, que limitem as formalidades indesejáveis e dispensáveis, que deixem de privilegiar o poder público (um dos maiores “clientes” do poder judiciário).

É bem verdade que contemporaneamente a elaboração deste trabalho foi sancionada a Lei nº 11.187, de 20 de outubro de 2.005, para entrar em vigor noventa dias depois de sua publicação, que alterou os artigos 522, 523 e 527 da Lei 5.869,

de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil –, extinguindo, ressalvadas as hipóteses de urgência ou perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, bem como nas de inadmissão de recurso de apelação e seus efeitos, o agravo de instrumento.

Sem dúvida, tal medida possibilitará uma aceleração na apreciação dos recursos de apelação que se avolumam e acumulam nos tribunais, porquanto, é cediço; essa extinta forma recursal compreende represamento dos julgamentos de recursos seqüenciais da própria ação, dada a primazia que gozava, até então, o processamento do recurso de instrumento, sobre os demais.

Outra norma bem vinda é a Emenda Constitucional 045, de 08 de dezembro de 2004, que regula o processamento dos recursos especial e o extraordinário no STF e STJ, que acrescentou o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, inovando com o instituto da argüição de relevância e a repercussão geral para a inadmissão do recurso extraordinário, com a seguinte redação:

§ 3º . No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Em que pese as sólidas e valorosas inovações trazidas pela Emenda Constitucional 045, os institutos antes destacados – repercussão geral e argüição de relevância – sugere, de forma velada, uma pretensão do Poder Público em obstaculizar ou limitar o acesso à Justiça, especificamente no que toca a mais alta Corte do País.

A presunção velada que se aduz, reside no fato de a apreciação dos requisitos intrínsecos da relevância, assim como ocorria anteriormente, pode estar sujeita a questões de ordem política, o que não é desejável. Sim, porque não

obstante concluir-se que do atual sistema constitucional o STF compreenda uma Corte Constitucional Federal, verifica-se que tal perfil não se mostra absoluto em razão da carência de legitimidade para apreciar, em último e definitivo grau, as questões constitucionais que lhe são submetidas, já que é órgão do Poder Judiciário, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República, sem critério de proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes³³.

Por outras palavras, a ilegitimidade a que se refere, está na nomeação vitalícia dos ministros e no fato de que os Poderes Judiciário e Legislativo não participam eficazmente da escolha de seus membros, como seria correto, cabendo ao Executivo, com exclusividade, a indicação e nomeação.

Sem dúvida, essa circunstância faz do STF uma Corte de Justiça Política, a despeito e não obstante do evidente notável saber jurídico e reputação imaculável dos ministros indicados e nomeados (artigo 101 e parágrafo único CF).

De toda sorte e conquanto possa advir uma grita geral em razão dessa limitação (política ou não) pelos operadores do direito e daqueles outros indicados nos incisos do artigo 103 da Constituição Federal, é fato presente, e não há como negar, pois basta simples acesso ao número de processos distribuídos no STF, que citada Corte de Justiça se tornou uma via recursal a mais, quando o espírito constitucional não acenava nesse sentido.

É inegável, com efeito, que o Poder Judiciário vem se transformando numa enorme “agência de cobrança”, dela utilizando-se o devedor, escudado nos meandros legais, de toda a sorte de expedientes para protelar ao máximo o cumprimento da obrigação de pagar.

³³ NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.22.

Neste aspecto, andou bem a Emenda Constitucional 045, ao limitar o acesso ao recurso extremo, quer em decorrência da relevância, quer da repercussão geral. Com efeito, e discorrendo especificamente a argüição de relevância, a restrição se afigura benéfica, uma vez que o direito de *acesso à justiça* transformou o STF num terceiro grau de jurisdição, dada a sua função de interpretar, ampla e exclusivamente, as questões constitucionais, exercendo um papel paradigmático na sua aplicação. O STF tornou-se o guardião da Constituição Federal e da integridade do Direito Nacional, pois a Constituição de 1988 reservou-lhe, nas causas civis comuns, a função de aplicar as normas e princípios constitucionais.³⁴

Notadamente, a amplitude trazida pelo ideário do acesso à justiça, tornou constitucional uma infinidade de matérias, uma vez que a Carta Política de 1988 passou a regular Direito Civil, Penal, Comercial, Processual, Tributário, Financeiro, etc...

Daí afirmar-se, legitimamente, que a limitação imposta pela Emenda Constitucional 045, por meio da argüição de relevância, súmula vinculante e do instituto da repercussão geral, ser salutar, porque visa otimizar os serviços judiciários.

Ainda nesse espírito, a novel Lei de Recuperação Judicial que destaca, no parágrafo único do artigo 75, os princípios da celeridade e da economia processual. A intenção foi positiva, mesmo sabendo-se lento um processo falimentar, diante da busca incessante, do falido, naqueles casos de fraude, de prolongamento do processamento, para eximir-se das responsabilidades patrimoniais e penais.

³⁴ LAMY, Eduardo de A. *Reforma do judiciário*. São Paulo: RT, 2005, p 171.

A norma é positiva e bem vinda, cabendo aos operadores do direito de modo geral – juízes, promotores, advogados, peritos, etc... – a observação desses princípios.

No apagar das luzes do ano de 2005, anote-se a aprovação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei 52/04, que altera, significativamente, o Código de Processo Civil, no tocante à unificação do processo de conhecimento e o de execução. As alterações atingem a citação e a possibilidade de oferecimento de bens para assegurar a dívida, afastando a necessidade de duas citações, ou seja, na fase de conhecimento e de execução, o que era ilógico e contraproducente, porquanto o réu já tinha conhecimento do processo e do seu resultado (sentença), o que passará a ser feito na pessoa do advogado, por meio de intimações.

Ponto significativo da norma relaciona-se a execução e que sem dúvida agilizará o processamento, é a mudança que veda ao devedor a opção de oferecer bens à penhora para satisfazer o crédito, vale dizer, não há mais a figura do oferecimento de bens à garantia do juízo da execução. Segundo o novo artigo 475-J, havendo a condenação e o reconhecimento da existência da dívida, o réu será intimado, na pessoa de seu advogado, para pagar o débito em 15 dias. Deixando de pagar, responderá pelo pagamento da multa de 10% sobre o valor da condenação. Eventual recurso para discussão da liquidação, segundo o § 1º, do artigo 475-I, será processado apenas no efeito devolutivo, o que, sem dúvida, coibirá os recursos protelatórios e outras querelas que tais.

Para Pierpaolo Cruz Bottini:

A aprovação deste projeto desata alguns nós que impedem a resolução de conflitos e litígios civis. O novo paradigma da execução civil terá impactos que não se limitam ao restrito círculo dos operadores jurídicos, mas afetará, sem dúvida, de maneira positiva, as relações econômicas, o ambiente de negócios, o mercado de crédito e as transações comerciais, oferecendo à

sociedade um instrumento de resolução célere e eficaz de conflitos e a segurança indispensável para o seu desenvolvimento³⁵.

Ao aduzir sobre o tema, dissecando-o em mitos, afirma José Carlos Barbosa

Moreira, que:

antes de reformar a lei processual mandam a lógica e o bom-senso que se proceda ao diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam. Se o nosso intuito *v.g.* é o de acelerar a máquina da Justiça, necessitamos saber quais as peças que estão rendendo menos, e como penetra no mecanismo a areia que as desgasta. Sem essa prévia verificação, nenhum critério sólido teremos para empreender o trabalho da reforma. Corremos o risco de sair a atacar moinhos de vento, enquanto deixamos em paz e sossego os verdadeiros inimigos³⁶.

Respeitada a autoridade do posicionamento, deve-se reconhecer que o Poder Legislativo tem colaborado com aquilo que lhe compete. Todavia, essas medidas isoladas ainda se mostram tímidas e insuficientes para possibilitar a celeridade processual, angustiadamente desejada pelo jurisdicionado, que litiga em busca da satisfação do “seu” direito material.

É evidente que o Código de Processo Civil em vigor, está a merecer uma reforma mais ampla, na busca da supressão de dogmas que envolvem o processamento das ações e que tratam o processo cientificamente, quando seu objeto primordial é a realização do direito material. E tal providência, sem dúvida, cabe ao poder legislativo.

Enquanto isso não ocorre mais efetivamente e a par das alterações legislativas, abordando, agora, sobre a cota parte de responsabilidade do poder executivo, há o inegável despreparo dos funcionários (muitos desestimulados pela carreira e outros acovardados pela segurança do cargo).

³⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Justiça célere e eficiente*. O Estado de São Paulo, edição de 31/12/2005, Caderno A, p. 02.

³⁶ MOREIRA, J. C. B. de. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Vol. 2, nº 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001, p.80.

Para lançar essa afirmativa, tem-se em mente o princípio do *da mihi factum dabo tibi jus*, por meio do qual o juiz aplica o direito ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado. É certo, com efeito, que cabe ao autor precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhe o adequado enquadramento legal. Essa é a interpretação mais coerente que se pode extrair do artigo 282 do Código de Processo Civil.

Não se justifica, então, que o processo civil mantenha sua característica científica, com amplas e intermináveis formalidades burocráticas, porque a pacificação dos conflitos postos à apreciação do poder público – Estado-Juiz –, reside justamente na realização do direito material do jurisdicionado; vale dizer, daquele que pede ou daquele que contrapõe o pedido.

Aqui se encaixa o que se afirmou antes acerca do desestímulo e do desinteresse dos servidores. Basta observar, com efeito, que dentre as formalidades desnecessárias no processamento, importa considerar a certificação de cada ato praticado, ou seja, desde a autuação da ação até o mero encaminhamento de uma intimação para a imprensa, exige o diploma processual e as normas de serviço da corregedoria geral da justiça (no Estado de São Paulo), que o funcionário certifique a realização do ato, como condição imprescindível a sua conformação. Porque certificar, por exemplo, a autuação, se isso é inerente ou consequência natural decorrente da distribuição? Quanto tempo se perde com essa medida burocrática? Há quem defenda que isso serve de garantia à parte e segurança dos atos processuais praticados. É verdade, mas, então, o que se deve fazer com o princípio processual que impõe às partes zelarem pela higidez dos atos praticados?

As Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, possibilitam que atos processuais sejam praticados independentemente do comando judicial (a constante ida dos autos à conclusão). Contudo, não se pode ignorar, de outro, a tecnocracia de alguns juízes e promotores de justiça que, sob o argumento da segurança, deixam de agir de modo progressista, encarando o processo como ciência.

Bem analisada a questão, pode-se afirmar sem receio que, depois do despacho inicial, sobretudo nos procedimentos ordinários, somente haverá necessidade de pronunciamento judicial na fase do saneador, vale dizer, apresentada a contestação, o servidor pode encaminhar publicação de intimação da parte contrária para réplica ou impugnação e, advindo documento novo, proceder a intimação do réu para dizer, só então encaminhando o processo para análise do juiz. Da mesma forma, em relação aos ofícios respondidos, diligências não cumpridas por oficial de justiça, cartas citatórias devolvidas sem cumprimento, manifestação sobre laudos periciais e de avaliação e, por fim, até na fase recursal. Tal agir, além de acelerar o processamento, possibilita que o juiz, numa única intervenção, possa solucionar todas as questões pendentes.

O positivismo jurídico, de outro, é uma relevante contribuição, pelo Poder Judiciário, da morosidade da justiça, além, é claro, da imperiosa necessidade do aumento de cargos de juízes, varas e servidores.

É evidente que não se pretende, com tal posição, impor restrições à garantia do devido processo legal e ao princípio da legalidade, até porque, certamente, levariam ao aprofundamento e não à solução da crise em que se debate o Poder Judiciário, como quer José Inácio Botelho Mesquita³⁷, que ainda afirma: “Decisões

³⁷ MESQUITA, J. I. B. de. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Vol. 2, nº 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001, p.91.

rápidas se obtém adequando-se o número de juízes ao número de causas que se obterá decisões rápidas e seguras”.

Não é só isso. É preciso romper as barreiras e o temor para afirmar que, por despreparo ou por tecnicismo exagerado, os juízes acabam centralizando em si o processo de uma forma criticável.

É certo que o volume de feitos em andamento, estimulados por várias razões, contribuem, mas a forma prolixa e insegura de algumas decisões, convenham-se, beira o exagero.

Ora, para fundamentar a concessão de uma liminar ou antecipação de tutela, é necessário, apenas, que incida sobre a hipótese o convencimento do juiz, em cognição sumária, sobre o fato alegado e prova apresentada, aliado à norma jurídica aplicável ao caso concreto. Não se afigura necessária uma fundamentação além desse limite, sobretudo diante da possibilidade presente de revogação imediata.

Assim é que, presente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, escudado pela verossimilhança aferível dos elementos trazidos à apreciação, pode e deve o juiz, cercado-se ou não de garantia ou de caução, determinar a realização ou não do ato buscado liminarmente pela parte.

A impressão que se tem, algumas vezes, é que pela insegurança dos elementos processuais, uma fundamentação extensa e prolixa seria necessária. Mas qual. Se toda medida liminar ou antecipatória fosse concedida mediante a plena certeza e convicção definitiva, ter-se-ia, então, a prestação jurisdicional plena e não uma antecipação ou liminar.

No entanto, essa já é outra questão, que não convém aqui tratar porque permeia temas que não interessam ao contexto deste trabalho.

De resto, em boa hora, chega ao Poder Judiciário Paulista a mediação, cuja característica primordial é a busca pela pacificação dos litígios, sem as regras formais, mas indo além da simples questão posta, quer dizer, a procura pela identificação dos pontos periféricos que geraram o conflito entre as partes envolvidas, solucionando-o ou, quando não, buscando solucioná-lo definitivamente.

Por fim, e delineando a ausência de melhor capacitação profissional e moral, é preciso dizer, também, que a culpa pela morosidade deve ser imputada, na sua cota parte, àqueles profissionais da advocacia menos ciosos do compromisso de seu grau e da moral, que estimulam os litígios, sobretudo nas obrigações de pagar.

Ainda que não lastreado em levantamento quantitativo, a experiência e a vivência profissional mostram que cerca de 60% a 70% dos processos em curso, guardam direta relação com tal obrigação, utilizando-se do judiciário para postergar o cumprimento de pagamento, confiando no elevado número de feitos em curso.

Uma advocacia mais séria e voltada unicamente à solução do interesse do constituinte; a lealdade entre os profissionais e os órgãos da justiça, por ora, compreendem escritos inseridos nas normas, com aplicação pouco constante, infelizmente.

Outros fatores podem ser citados como colaboradores da morosidade: a Lei de Responsabilidade Fiscal, que limita a atuação do Poder Judiciário, impedindo a criação de novas Varas, concursos de Juízes e servidores. O duplo grau de jurisdição obrigatório, também colabora com a morosidade, dado que cliente certo e usual do Poder Judiciário é o próprio poder público (Federal, Estadual, Municipal, Autárquico) que, com abuso de poder, edita leis, decretos-leis e que tais em seu único favor, geralmente com o escopo de fugir da responsabilidade de pagamento

ou, quando não, retardá-lo pelo maior tempo possível (de preferência “empurrando-o” para a outra gestão).

Contudo, é na reforma da legislação processual que se encontrará a tão almejada celeridade. A Emenda Constitucional 045, o projeto de lei do Recurso de Agravo de Instrumento, a Lei de Recuperação Judicial e as reformas legislativas de 1999, 2001 e 2002, embora tímidas, possibilitam um alento aos jurisdicionados. Porém, a reforma deverá, necessariamente, estar vinculada aos pontos antes destacados.

A morosidade da justiça, sem dúvida, é o fato gerador e motivador deste trabalho, pois a despeito da timidez, tem a pretensão de contribuir, de alguma forma, para que o direito material se realize plenamente, por meio de um direito processual menos dogmático e burocrático. Portanto, deve-se deixar evidenciado que este trabalho não tem a pretensão de representar uma solução, mas uma pequena colaboração no sentido de ver os dogmas processuais colocados em prol da realização do direito material e pacificação dos conflitos.

2.2. Evolução Histórica do Processo.

O sistema do processo atual adotou a terminologia “pós-moderno”, sendo que até chegar aqui, o processo passou por três fases evolutivas, segundo Eduardo Melo de Mesquita³⁸:

a) A fase voltada ao individualismo, resultado de uma postura liberal que rejeitava a monarquia absoluta e o feudalismo, no qual o indivíduo tinha aversão à ingerência estatal.

³⁸ MESQUITA, E. M. de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002, p.137.

b) Fase de insuficiência do sistema para realizar uma isonomia real entre os indivíduos, que era apenas formal (prevista em lei); o Estado passa a atuar mais na vida da sociedade, prejudicando as garantias e direitos individuais, minimamente previstos no contexto legal.

c) Fase pós Revolução Industrial (após a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX), que desborda o direito processual e a legislação ordinária e, no âmbito constitucional, volta-se à proteção dos direitos fundamentais e segurança do bem estar social.

Surge, na terceira fase, a necessidade de romper com o formalismo exagerado que prejudicava as relações de vida, dinâmicas, “urge a oxigenação da atividade cognitiva, tornando-a fecunda, criativa e apta a atender aos reclamos sociais”.³⁹

Caracterizou-se esse momento histórico como um tempo de mudanças. Os idealistas que defendiam a efetividade do processo abriram a consciência para se pensar no processo como dotado de definidas destinações institucionais e que deveriam cumprir seus objetivos, sob pena de tornar o processo socialmente ilegítimo.

Cândido Rangel Dinamarco⁴⁰ destaca as iniciativas de Mauro Cappelletti e Vittorio Denti, cujos seguidores na Itália, em toda Europa e em terras americanas, formam um grupo unido em torno da idéia que se convencionou chamar *acesso à justiça*, denominado posteriormente de *acesso à ordem jurídica justa*.

Dinamarco entende que o processo civil moderno é um *processo de resultados* e não um processo de conceitos e de filigranas. Afirma, ainda, que as propostas doutrinárias agora são também dos legisladores que revelam:

³⁹ *Ibid*, p.139.

[...] a tomada de consciência de três premissas fundamentais: a abertura do processo aos influxos metajurídicos que a ele chegam pela via do direito material, transmigração do individual para o coletivo (Barbosa Moreira) e a necessidade de operacionalizar o sistema, desburocratizá-lo ou deformalizá-lo tanto quanto possível, com vista a facilitar a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar.⁴¹

Fazendo uma análise dos Códigos de 1939 ao de 1973, o mesmo autor anota que a reforma operada com a edição do Código de 1973 não foi grandiosa, mas representou um avanço no que diz respeito à técnica processual. O Código de 1939 não rompeu totalmente com a tradição lusitana das Ordenações e não se afinou com as tendências da época como se esperava (notadamente a norte-americana como se vê da Exposição de Motivos do Min. Francisco Campos), mas teve alguns pontos significativos de aperfeiçoamento do sistema.

A reforma de 1973 apenas retocou a lei velha – o *Código de Buzaid* – e que retratava o pensamento jurídico-processual tradicional. Era necessário que se aperfeiçoassem os institutos à luz da cultura brasileira na década dos anos setenta, abrilhantada pelo trabalho do Mestre Enrico Tullio Liebman, na reunião de celebridades por ele modelada, na Escola Processual de São Paulo. Faltou prestigiar a figura do *consumidor* dos serviços judiciários, a *tutela coletiva*, o empenho pela *universalização da tutela jurisdicional* e efetivo acesso à ordem jurídica justa.

A Constituição Federal de 1988 trouxe alterações importantes ao sistema processual brasileiro, por meio da “especial atenção aos dois pólos do direito processual constitucional, ao definir garantias e princípios voltados à tutela constitucional do processo e ao fortalecer o arsenal de medidas integrantes da jurisdição constitucional das liberdades”.⁴² Passa a imperar, a garantia do

⁴⁰ DINAMARCO, C. R. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p.21.

⁴¹ *Ibid*, p. 22.

⁴² *idid*, p. 27.

contraditório, do devido processo legal, a exigência da motivação das decisões judiciais, a garantia do juiz natural; a inovação com os institutos do *mandado de injunção* e do *habeas data*; a consagração de regras de tutela jurisdicional coletiva e a dignidade constitucional dada aos Juizados de Pequenas Causas e à Ação Civil Pública; além disso, previu o recurso especial.

O processo civil vai se modelando como um *processo civil de massa* com a criação do Código de Defesa do Consumidor (1990) e a Lei da Ação Civil Pública (1985).

Na seqüência, vieram as pequenas reformas do Código de Processo Civil, iniciada em 1994 pela Lei 8.950, de 13 de dezembro de 1994, passando pela Emenda Constitucional 045, de 08 de dezembro de 2004, ultimando-se (neste tempo), com a Lei nº 11.187, de 20 de outubro de 2005.

O movimento foi impulsionado pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela seccional brasiliense do Instituto Brasileiro de Direito Processual e, depois, absorvido pela Escola Nacional da Magistratura em 1992, por incumbência do Ministério da Justiça.

Em seguida, formou-se uma comissão revisora, presidida pelo diretor da Escola, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça e secretariada pela Desembargadora Fátima Nancy Andrichi, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Integraram-na o Min. Athos Gusmão Carneiro, também do Superior Tribunal de Justiça e os estudiosos Ada Pellegrini Grinover, José Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Humberto Theodoro Júnior, Celso Agrícola Barbi, Sérgio Sahione Fadel e José Eduardo Carreira Alvim.

Esse seletto grupo foi responsável por uma série de anteprojetos de lei endereçados a capítulos especificados no código, os quais foram encaminhados pelo então Dep. Nelson Jobim ao Congresso Nacional.

Cândido Rangel Dinamarco transcreveu em sua obra⁴³, as diretrizes da reforma, na palavra do presidente da Comissão Revisora, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e as resumiu, enfatizando que o objetivo da reforma era remover óbices à efetividade do *acesso à justiça* que estariam em quatro fundamentais *pontos sensíveis* do sistema, representados:

- a) pela admissão em juízo;
- b) pelo modo-de-ser do processo;
- c) pela justiça das decisões;
- d) pela sua efetividade, ou unidade.

O objetivo é permitir uma justiça mais efetiva e mais rápida e “traz a bandeira da efetividade do processo e condiz com o método que privilegia o consumidor dos serviços judiciários, num processo civil de resultados como querem os modernos pensadores”.⁴⁴

2.3. Princípio da Instrumentalidade do Processo.

Humberto Theodoro Junior defendendo o vínculo da instrumentalidade entre o Direito Processual e o material, conclui que “é intuitiva a importância do direito processual para o funcionamento do sistema planejado pelo direito material, devendo-se concluir que ‘da efetividade do processo depende a atuação das regras substanciais’”⁴⁵, em decorrência da autonomia científica entre esses direitos, dado

⁴³ *Ibid*, p. 31

⁴⁴ *Ibid*, p. 32.

⁴⁵ THEODORO JUNIOR, H. *Tutela jurisdicional de urgência: medidas cautelares e antecipatórias*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 3.

que o Direito Processual “só se justifica pela necessidade de solucionar problemas surgidos em relação à observância dos preceitos do segundo”.

No entanto, sem deixar de reconhecer tal aspecto, Dinamarco afirma que:

a técnica e a ciência do processo, precisam ser adequadamente aplicadas na função dos artífices da justiça, para que o processo possa efetivamente cumprir seu escopo fundamental, pacificando e fazendo prevalecer os autênticos valores da sociedade⁴⁶.

Compartilho do entendimento de Dinamarco, pois é possível afirmar que a instrumentalidade do processo deve, sempre, estar à disposição da realização do direito material; atuar não só como meio de pacificação dos conflitos, mas com o compromisso com o justo. É possível que o processo seja solene, sem perder de vista o ideal de justiça, sobretudo porque o juiz, como destinatário da prova, pode e deve determinar as diligências que julgar necessárias para a perfeita distribuição da “justiça”.

Para respaldar esse entendimento, busca-se, mais uma vez, apoio nas lições de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁷:

Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça. Assim ligado aos escopos a realizar e sobremodo de praticar a justiça ao pacificar os litigantes, tem-se o conceito de processo justo, hoje corrente na teoria processual. Justo será, em primeiro lugar e acima de tudo, o processo que ofereça resultados justos aos litigantes em sua vida comum. Mas, para ter-se razoável segurança de que o processo oferecerá resultados substancialmente justos, ele há de ser justo em si mesmo, mediante tratamento isonômico dos litigantes, liberdade de atuar na efetiva defesa de seus interesses, participação efetiva do juiz, imparcialidade e etc...

Destarte, sem esquecer os princípios processuais insculpidos propositadamente na Constituição Federal, como forma de demonstração da indissociabilidade entre o processo e o direito subjetivo, o que se defende é que na

⁴⁶ DINAMARCO, C.R. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.

busca pela pacificação e realização deste, haja flexibilização do emprego dos meios, vale dizer, que formalismo excessivo dê lugar ao resultado prático.

Deseja-se, pois, a instrumentalidade a serviço da efetividade.

2.4. Da Efetividade do Processo.

Em linha geral, efetividade do processo, significa realizar plenamente os objetivos perseguidos pelo processo.

Evidentemente, quando se faz essa afirmação, são considerados todos os elementos que envolvem a simplicidade ou complexidade da matéria discutida, como, por exemplo, (simplicidade) ser dispensável a produção de prova testemunhal em ação de despejo fundada em falta de pagamento (a prova do pagamento é o recibo) e (complexidade) um julgamento antecipado quando a controvérsia dependa diretamente de perícia.

Por vezes se confunde efetividade com celeridade, o que não guarda qualquer relação, como visto no exemplo antes citado.

A efetividade do processo convive com a celeridade de forma harmoniosa, quando há total desapego a formalismos exagerados e excessivos, quando o juiz, vislumbrando a tentativa de procrastinação, por exemplo, impõe o andamento segundo as regras, coibindo a prática desses atos.

Se uma Justiça é lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço⁴⁸.

⁴⁷ *Ibid*, p. 61.

⁴⁸ MOREIRA, J.C.B. *Revista da escola paulista da magistratura*. Vol. 2, n. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001, p. 75.

CAPÍTULO III – DOS ATOS DO JUIZ

Partícipe da relação processual, em que, porém, não figura como parte, o juiz é quem dirige o processo (artigo 125), nele praticando atos de natureza diversa e com diferentes objetivos. Esses atos estão definidos no artigo 162 do Código de Processo Civil e consistem em despachos, decisões interlocutórias e sentenças, cada qual conceituada nos parágrafos que integram o dispositivo referido.

É bem de ver que há outros atos praticados pelo juiz que não se inserem na enumeração exaustiva do dispositivo, ou seja, a inquirição das partes e das testemunhas, inspeção judicial, dentre outros.

De qualquer forma e a despeito dos demais atos praticados, a sentença, a decisão interlocutória e o despacho “têm um ponto comum de convergência, que é o seu ‘núcleo decisório’”⁴⁹.

Pelo contexto deste trabalho merece ênfase, apenas, aqueles atos especificados no artigo de lei, para que não se perca o enfoque principal: a decisão da sentença de mérito.

⁴⁹ ARAGÃO, E.D. Moniz. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. II, p. 60.

3.1. Despacho.

Na categoria dos atos praticados pelo juiz, o despacho, que pode ser ordinatório, ou de mero expediente e de ofício, em tempos de acentuada crítica a morosidade da justiça, não merece maior destaque, sobretudo porque nas três espécies apenas impulsionam o processo, o que, como afirmado anteriormente, pode ser praticado pelo Escrivão (cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária), eis que nele não se decide qualquer incidente.

O juiz, com efeito, não necessita despachar o recebimento da contestação e mandar abrir vista à parte contrária (ordinatórios), como, também, por não decidir incidente algum, não precisa mandar que o processo siga sua tramitação natural (de mero expediente), mas pode e deve mandar intimar a parte a dar andamento ao feito (*ex officio*) independentemente da provocação da outra.

A classificação dos despachos em ordinatórios, de mero expediente e de ofício, não tem, em termos práticos, qualquer relevância, haja vista que todos têm função única: impulsionar o processo. Nada decidem e, portanto, são irrecuráveis.

Importante é a distinção entre despacho de mero expediente e despacho que atinge o direito da parte. Assim é que:

todos os despachos que visem unicamente à realização do impulso processual, sem causar qualquer lesão ao direito das partes, serão de mero expediente. Caso, porém, ultrapassem esse limite e acarretem ônus ou afetem direitos, causando algum dano (máxime se irreparável), deixarão de ser de mero expediente e ensejarão recurso⁵⁰.

3.2. Decisão Interlocutória.

⁵⁰ *Ibid*, p. 66.

Segundo o parágrafo 2º, do artigo 162 do Código de Processo Civil, “é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”. Portanto, decisão interlocutória é o pronunciamento do juiz para resolver um antagonismo de conteúdo específico, que pode ou não impedir a marcha do processo para a sentença.

O Código adotou a denominação “decisão interlocutória”, para distingui-la dos despachos e das sentenças. Enquanto naqueles a atividade do juiz limita-se a simples impulsão do processo, estas resolvem o mérito, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor.

Segundo ensina Humberto Theodoro Júnior⁵¹, “Chiovenda demonstrou a impropriedade da expressão *sentença interlocutória*, pois, em seu significado próprio, sentença tem por objetivo o resultado final do processo, enquanto a *interlocução* é apenas o meio de preparar a solução última do feito”.

Importante é destacar que somente a solução de questão incidente que não encerre do processo atende a definição legal de decisão interlocutória. Todavia, considerando que nem todos os incidentes são resolvidos por tal ato, como, por exemplo, a falta de representação ou a ilegitimidade de parte que, mesmo sem solução do litígio (artigo 267), põe fim ao processo, o ato compreende sentença terminativa e não decisão interlocutória.

É de se recordar, a par disso, o ensinamento de E. D. Moniz Aragão, no sentido de que “A questão incidente não se confunde com as questões prejudiciais, previstas no artigo 5º, que serão solucionadas, sempre, em sentença incidente, como preceitua o art. 325”⁵².

Lembra ainda o renomado Professor, que:

⁵¹ THEODORO JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil.* , 37ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. I, p. 201.

⁵² ARAGÃO, E.D. Moniz. *Comentários ao código de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. II, p. 59.

tampouco se confundem com decisões interlocutórias, que resolvam *questões incidentes*, as verdadeiras sentenças com que o juiz soluciona *processos incidentes*, como se dá, por exemplo, com a exibição de documento ou coisa que se acha em poder de terceiro, o qual será citado (art. 360) para responder, cabendo ao juiz, no final do processo incidente, *proferir sentença* (art. 361) ordenando a exibição (art. 362)⁵³.

De resto, a decisão interlocutória deve ser adequadamente fundamentada, ainda de modo conciso, sob pena de nulidade, segundo dispõe o artigo 165.

3.3. Sentença: conceito, elementos, partes e estrutura.

O conceito de sentença decorre da própria disposição legal (artigo 162), que a define “como o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Segundo o conceito tradicional, o que importa, pois, não é o conteúdo (apreciação ou não do mérito), mas a força de por fim ao processo.

É válido lembrar, sobre esse tema, que “é emitida com prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídica processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, isto é, exercerem a pretensão à tutela jurídica”⁵⁴.

A sentença surge dos conflitos de interesses, estabelecidos por normas de direito, que são traçadas abstratamente como previsão a ser observada nas relações intersubjetivas, oriundas da convivência dos homens em sociedade.

Os elementos, partes e estrutura da sentença estão definidos no artigo 458 do Código de Processo Civil. Não é demais precisar, que é a reunião de condições intrínsecas e formais que dá validade à sentença, sendo considerada nulas aquelas que não atenderem a tais requisitos.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ MIRANDA, P. de. Comentários ao Código de Processo Civil, ed. 1974, v.V, p. 395. *Apud* THEODORO JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 37^{ed}. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 441.

Muito embora não venha relacionado nos requisitos legais, a ausência de assinatura do juiz no julgado, incorre em nulidade. Evidentemente, essa não é causa comum. Nessa condição, são nulas as sentenças que não contém relatório ou o apresenta de modo incompleto; aquelas cujo fundamento é omissivo a respeito de ponto central ou relevante da defesa, como decadência, prescrição; aquelas que não procedem à análise das questões de fato indispensáveis ao deslinde da causa, contudo, não são nulas as sentenças cujo relatório é sucinto, dado que a exigência está sedimentada nas razões do convencimento do julgador.

A sentença válida deve, obrigatoriamente, apreciar as questões fáticas e de direito, analisando as teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa, enfim, deve esgotar, completamente, a prestação jurisdicional, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte o pedido.

3.3.1. Limites.

Compõem os requisitos essenciais da sentença a motivação, a parte dispositiva (a conclusão e o desfecho da sentença), a clareza e a precisão.

Com efeito, prescreve o artigo 128 do diploma processual: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Assim é, pois que, deve limitar o ato à causa de pedir, sendo vedado, nos termos do artigo 460 do citado diploma, “ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Por outro lado, segundo assinala o

parágrafo único, a “sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”.

Como está patente, é nulo o ato judicial que decide além do pedido (*ultra petita*), ou sobre matéria estranha ao pedido alterando-o ou alterando a causa de pedir (*extra petita*) e/ou não aprecia completamente o pedido (*citra petita*).

Os limites da sentença, pois, estão diretamente vinculados ao pedido ou causa de pedir e à contestação. Mesmo assim, a nulidade, nesses casos, será apenas parcial, dado que, assegurado o efeito suspensivo do recurso, o tribunal deverá retirar da sentença aquilo que ultrapassou o pedido.

Porém, ter-se-á por nulidade absoluta, somente quando incidente na hipótese do julgamento *citra petita* e de modo específico, ou seja, “quando a matéria omitida pelo decisório de origem não esteja compreendida na devolução que o recurso de apelação faz operar para o conhecimento do tribunal”⁵⁵.

Pela regra do artigo 515, § 1º do Código de Processo Civil, como é curial, o Tribunal pode julgar todas às questões, mesmo que não apreciadas em primeiro grau, sem contar, ainda, a possibilidade do julgamento imediato, mesmo que a sentença recorrida seja extintiva (§ 3º).

O Tribunal, portanto, deixará de conhecer apenas quando a matéria não for de ordem pública ou não suscitada no recurso voluntário da parte quanto aos direitos disponíveis.

3.3.2. Efeitos e Eficácia.

⁵⁵ THEODORO JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 37ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001. Vol. I, p. 454.

Talvez o efeito principal da sentença, seja por fim a função do juiz no processo, por meio da prestação jurisdicional. Obviamente, outros efeitos decorrem e têm a mesma importância, podendo-se citar aqueles que geram situações jurídicas aos litigantes, denominadas por Humberto Theodoro Júnior⁵⁶ como “efeitos materiais”.

Como se sabe, as sentenças se classificam em:

- a) condenatórias;
- b) constitutivas;
- c) declaratórias.

A sentença condenatória é aquela que gera um título executivo que possibilita ao vencedor utilizar-se da execução forçada, caso o vencido não cumpra, espontaneamente, a obrigação imposta no julgado, ao passo que a constitutiva cria ou extingue relação jurídica entre os demandantes, enquanto a declaratória afirma certeza sobre a relação jurídica deduzida.

Outros efeitos podem decorrer da sentença, como a hipoteca judicial em caso de condenação no pagamento de prestações pecuniárias (artigo 466 CPC), sendo indispensável seu registro no cartório, por ato do credor (artigo 1492 CCiv); bem como nos casos de preempção do direito de demandar (artigo 268 CPC).

A sentença, por segundo o que dispõe o artigo 468 do Código de Processo civil, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Como afirma Liebman:

⁵⁶ *Ibid.* p. 459.

a sentença vale como comando, pelo menos no sentido de que contém a formulação autoritativa duma vontade de conteúdo imperativo; e basta isso para que se possa falar, ao menos do ponto de vista formal, do comando nasce a sentença. Consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim, imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato⁵⁷.

Para não alongarmos a questão da vinculação a sentença à coisa julgada material ou formal (que não é objeto do tema essencial deste trabalho, limitamos a afirmar que a eficácia da sentença, na hipótese em estudo (de antecipação da tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles mostrar-se incontroverso), está diretamente vinculada ao trânsito em julgado, como preceitua o artigo 467 do C.P.Civil, com vista à formação do título executivo judicial.

⁵⁷ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 51/54.

CAPÍTULO IV – A QUESTÃO INCONTROVERSA

4.1. Natureza e Espécies.

Aborda-se, doravante, em complemento ao princípio do contraditório (1.1.3. supra), a incontrovérsia, com a intenção de estabelecer as circunstâncias em que pode ocorrer, como forma de fixar parâmetros para concessão da antecipação da tutela.

Cabe lembrar que controvérsia é sinônimo das posições antagônicas tomadas pelas partes do processo; portanto, todos os fatos alegados pelo autor da ação e contrapostos pelos integrantes do pólo passivo – réu e/ou terceiros – compõem a dinâmica do processo.

Os fatos alegados podem ou não ser contrapostos e, dependendo da não contraposição ou de outros fatos, ter-se-á a incontrovérsia por reconhecimento e ou pela confissão e, ainda, por prova inequívoca ou legal, que serão analisados individualmente.

Importante é destacar que é em razão do antagonismo que se instala a instrução probatória (provas), com o fim de que seu destinatário (o Juiz), realize a prestação jurisdicional – sentença – pacificando os interesses controvertidos.

A prova tem, objeto, finalidade e destinatário. São objetos da prova os fatos da causa, aqueles deduzidos pelas partes como fundamento da ação, ao passo que a finalidade é a formação da convicção sobre a certeza e existência dos fatos. O destinatário, até por conta da regra processual, dispensa maiores comentários.

Respeitado o princípio Constitucional da idoneidade, os meios de prova variam conforme a natureza do fato, podendo, esse mesmo fato ser provado por vários meios. Em relação à forma, a prova pode ser testemunhal, documental e material (perícias, exames, etc...).

A Lei Processual Civil disciplina os meios de prova – testemunhal, documental e material –, sua pertinência, oportunidade e forma da produção.

Entretanto, a lei dispensa a prova relativa aos fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela outra (*confissão*), os admitidos como incontrovertidos no processo (*por confissão real, em decorrência dos efeitos da revelia e ou inobservância de impugnação específica*) e, de resto, aqueles em cujo favor milita presunção de veracidade ou de existência (*quando a lei disciplina a forma a ser feita a prova*).

Por outro lado, os fatos por provar devem ser controvertidos, pois que, onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se reduz à mera aplicação do Direito. Assim, impõe-se a prova quando há questões de fato a serem resolvidas, de modo que só podem ser objeto de prova os fatos contestados ou não admitidos como verdadeiros pela parte contrária àquela que os alega.

Em síntese, a “prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre o que versa a lide”⁵⁸, contudo, essa condição (destinatário), exige do juiz a análise da pertinência, relevância e necessidade da prova a ser produzida, respeitado o princípio da ampla defesa, cujo objetivo é o de justamente assegurar a utilização pelos litigantes de todos os meios legais à obtenção de um provimento jurisdicional que lhes seja favorável e justo.

4.2. Incontrovérsia por Reconhecimento.

Uma das formas de estabelecer-se a incontrovérsia é pelo reconhecimento. Como se sabe, a contestação é a peça fundamental da defesa do réu, em que se concentram todas as razões de resistência à demanda inicial do autor, que não sejam necessariamente canalizadas às outras respostas⁵⁹.

Assim é que, como providência exclusivamente de defesa, não amplia os limites estabelecidos pela inicial, estando restrita a resistir à pretensão deduzida. Instalado o antagonismo, representado pela afirmação do autor de ocorrências dos fatos constitutivos de seu alegado direito e pela oposição do réu a estas, fazendo afirmações contrárias, vale dizer, dessa lógica legal de afirmações e negações, resulta que cabe ao réu a importante missão de responder à petição inicial, eis que a omissão de algum ponto nesse dever gera o reconhecimento do fato ou fatos alegados pelo autor.

⁵⁸ SANTOS, M. A. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, vol. IV, p.32.

⁵⁹ DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.460.

Dá-se, pois, a incontrovérsia por reconhecimento, pois a falta de contestação específica sobre determinado fato (como, por exemplo, negar apenas parte da dívida cobrada) estabelece a verdade formal da afirmação da parte.

Os artigos 302 e 319 do Código de Processo civil penalizam a resposta inadequada e faz incidir presunção de verdade sobre os fatos alegados pelo autor e não refutados adequadamente na contestação. É evidente que a resposta falha ou a confissão nas questões de direito indisponível, não autoriza que incida tal presunção, uma vez que, como direito considerado fundamental, está fora do reconhecimento jurídico do pedido, ou seja, não produz efeito legal e nem autoriza a antecipação da tutela (*v.g.* renúncia aos alimentos, artigo 1707 C.Civil).

A contestação, destarte, contempla dois ônus distintos, mas diretamente relacionados entre si, ou seja, o de responder e o de, na resposta, contrapor ou impugnar todos os fatos alegados na inicial.

Afora a hipótese da contestação insuficiente ou inadequada, dá-se por reconhecimento a incontrovérsia em decorrência da revelia e dos seus efeitos da revelia.

A falta de resposta gera a revelia, que compreende a inatividade do demandado. Nessa hipótese, o demandado deve ser tratado como revel e, portanto, afastado do contraditório, até que e enquanto permaneça nessa condição (artigo 322). Aludimos apenas ao processo de conhecimento, sem abordar outros procedimentos que por sua natureza e peculiaridade (p. ex. processo de execução, monitório, etc), não interessam ao contexto deste trabalho, dado que não contemplam o instituto da revelia.

Nada obsta, porém, que o réu, citado, compareça no processo – seja em audiência, no rito sumário, seja por petição nos autos, no rito ordinário – e não

ofereça defesa oral ou escrita. Ainda assim, não poderá ser considerado revel, dado que, mesmo presente nos autos, reconhece, expressamente a veracidade dos fatos alegados contra si, mas contra eles não se opõe. Nesse caso, o que se tem é a falta de contestação, a admissão ou aceitação de verdadeiros os fatos alegados pelo autor; vale dizer, incontrovérsia por reconhecimento.

“O artigo 319 redigiu a regra de dispensa abstrata da prova: se uma parte afirma e outra não nega, tem-se como verídica, sem necessidade de prova, a afirmação”⁶⁰.

A despeito disso e como é curial, não se há ignorar a exceção do § 2º, do artigo 277 e dos artigos 302 e 320 do Código de Processo Civil.

Evidentemente, não há de se confundir revelia com os efeitos que gera, pois que *os efeitos* (revelia = inatividade) incidem quando a resposta não se dá de forma absoluta, isto é, quando o réu deixa de impugnar algum ou alguns dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor. A presunção decorrente desses, incide sobre fatos e, muito embora não se caracteriza como meio de prova, “constitui um expediente que atua o campo do fato e da prova, facilitando a uma das partes a obtenção do reconhecimento, pelo juiz, da ocorrência do fato de seu interesse”⁶¹.

Os artigos 302 e 320 do Código de Processo Civil indicam os casos em que há exclusão da presunção de veracidade. Assim, não se presumem os fatos não impugnados se:

- a) for admissível a seu respeito a confissão (fato constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo de direito indisponível – incisos I, do artigo 302 e II, do artigo 320 e artigo 351);

⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª. ed. revista e aumentada, com atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 195.

⁶¹ *Ibid*, p. 536.

- b) a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considere da substância do ato ou indispensável a prova do ato (incisos II, do artigo 302 e inciso III, do artigo 320);
- c) estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto (inciso III, artigo 302).

O § 2º do artigo 277, a seu turno, dispõe que deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (artigo 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o Juiz, desde logo, a sentença.

Assim, o reconhecimento do pedido compreende uma declaração de vontade, na qual o réu manifesta-se disposto a submeter-se à pretensão do autor e, como

[...] negócio jurídico que é, fundado na ampla liberdade negocial assegurada às pessoas, é admissível e eficaz ainda quando o sujeito tivesse fortes razões para prosseguir resistindo. Esse ato é verdadeiramente uma voluntária sujeição ou, por outras palavras, um reconhecimento jurídico do pedido. Se inexistisse a obrigação pela qual ele havia sido chamado ao processo, por força desse negócio jurídico unilateral agora ela passa a existir⁶².

Portanto, excluídas as exceções legais, o reconhecimento do pedido, por ato unilateral com que o réu renuncia ao direito de resistência à pretensão do autor, no todo ou em parte do pedido (artigo 269, II), possibilita a antecipação da tutela, com lastro no § 6º, do artigo 273 do Código de Processo Civil.

4.3. Incontrovérsia por Confissão.

⁶² *Ibid*, p. 364.

Estabelece-se, ainda, a incontrovérsia, pela confissão. Segundo a conceituação do artigo 348, “Há confissão quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”.

A confissão, portanto, que não se confunde com a revelia (como dito, esta compreende inatividade ou desídia do réu), incide sobre fatos e não sobre direitos subjetivos ou obrigações.

De qualquer forma, é meio de prova como quer o diploma processual, segundo expressa nos artigos 334, inciso II e 348 a 354, sendo irrevogável (artigo 214), até porque, nada obsta que a parte confesse o pedido em parte, fazendo incidir sobre esse ponto específico a incontrovérsia e em outro ponto do pedido contrapor-se, gerando o antagonismo.

Desse modo, quem confessa, concorre para a incontrovérsia relativamente ao fato confessado, pois que configura circunstância determinante da dispensa da prova sobre o fato confessado. Se os fatos controvertidos e relevantes dependem de prova e, sobre estes incide a confissão, deve-se concluir que independem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária.

Evidentemente que nem todos os fatos são passíveis de confissão. Para que esta se aperfeiçoe é necessário: a) que a confissão seja própria ou pessoal; b) que favoreça a parte contrária e desfavoreça o confitente; c) que seja suscetível à renúncia; e) que não esteja sujeita a forma especial.

Ademais, não se pode ignorar que, em razão do livre convencimento e apreciação da prova, a confissão não vincula o juiz (por não se confundir com o reconhecimento do pedido ou com a renúncia ao direito, como visto acima) em dadas circunstâncias, devendo a prova dos fatos ser realizada, valendo relembrar,

nas hipóteses de direito indisponível e quando houver exigência legal de que a prova do ato jurídico se revista de forma especial.

A não vinculação do juiz prende-se à valoração desta frente aos fatos alegados pela parte a quem favorece a confissão. Entretanto, não havendo controvérsia e incidindo a confissão como reconhecimento da verdade dos fatos, feito por um dos litigantes, de forma a criar para o outro a prova daqueles fatos e, por fim, sendo aquela clara e expressa, a moral buscada pela instrução da causa é substituída pela certeza legal, que o juiz não pode repelir.

Compõe, outrossim, requisito da confissão, que seja feita por agente capaz de obrigar-se (artigo 213 do C.Civil), porquanto não prejudica terceiros, assim como a de um dos cônjuges não obriga o outro, quando a ação versar sobre bens imóveis ou direitos sobre imóveis alheios.

A confissão pressupõe a vontade de dizer a verdade quanto aos fatos. É uma declaração de verdade, voluntariamente feita⁶³, somente anulável por erro de fato ou coação (artigo 214 C.Civil).

Para Pontes de Miranda⁶⁴:

O conteúdo da confissão não é de direito material, mas sim de direito formal, extrínseco. Apenas põe no processo declaração confessória, para se confirmar o que a outra parte alegou, e passa ter-se como verdade. Não se há de pensar em ato negocial, que constitua; é apenas declarativo. Mas, mesmo como acontece com reconhecimento da filiação, no campo do direito material (errados, Paul Eltzbacher, *Die Handlungsfähigkeit*, 164 e 200 s., Luigi Cosattini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, 68, s., e outros). Como ato jurídico *stricto sensu* é como temos de classificar, e sempre o fizemos (e.g., Tratado de Direito Privado, Tomo IX, § 963, 1). Trata-se de meio de prova, que provém de manifestação unilateral de conhecimento.

Os fatos confessados pelo litigante são tidos por provados, pelo reconhecimento que deles este faz como verdadeiros. “Pela confissão há

⁶³ SANTOS, M. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, vol. IV, p. 101.

concordância entre as partes, relativamente ao mesmo fato, e isso, geralmente, constitui um limite ao poder do juiz, no sentido de que deverá, regra geral, sem necessidade de maiores indagações, tomar o fato como base de sua resolução”⁶⁵

Em suma, confissão é meio de prova e, como tal, possibilita a antecipação da tutela.

4.4. Incontrovérsia por Prova Inequívoca.

Há fatos, como se sabe, que independem de provas, como define o artigo 334 do Código de Processo Civil. Interessa, aqui, os notórios e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade, porquanto os demais já foram abordados anteriormente.

Obviamente que não se extrai do dispositivo legal uma dispensa da prova, mas, sim, uma inversão do ônus, vale dizer, cabe à parte, contra quem incide a presunção, demonstrar a existência do fato ou a sua inverdade.

Excluem-se, também aqui, aquelas exceções anteriormente abordadas (item 4.2).

Não dependem de prova e geram incontrovérsia, os fatos notórios, considerados como “aqueles que entram naturalmente no conhecimento, na cultura ou na informação normal dos indivíduos, com relação a um lugar ou a um círculo social, no momento em que o juiz tem que decidir”⁶⁶ e os de fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, vale dizer, o título de crédito em poder do devedor, dispensa prova do pagamento.

⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª. ed. revista e aumentada, com atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 323.

⁶⁵ SANTOS, M. A. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 2, p.320.

⁶⁶ COUTURE, Eduardo J. *Apud* THEODORO JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 37ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979 e 2001, p.360.

Os fatos notórios dispensam a prova, porque já são conhecidos, não havendo necessidade de se interpretar a verdade por meio de prova, como, de regra, se dá com os demais fatos alegados pelas partes e delas conhecidos; mas desconhecidos do juiz, exigem instrução, como modo de formar convicção e decidir a respeito do direito controvertido em favor daquela que efetivamente, demonstrar a verdade com as provas que produzir.

A prova legal ou inequívoca, por sua vez, não pode ser suprida por qualquer outro meio, como ocorre, por exemplo, com o documento particular que, ainda que a lei exija a prova escrita, a confissão da parte quanto a existência do contrato particular, suprirá a falta deste.

A prova legal ou inequívoca, igualmente, não admite confissão extrajudicial verbal quando a prova escrita seja obrigatória nos termos do parágrafo único do artigo 353 do Código de Processo Civil.

A prova legal ou inequívoca, a que alude o artigo 366 do Código de Processo Civil, vem representada, dentre outros, pelos artigos 62, 69, 220, 109, 215, 1711 caput c.c. o 1714 do Código Civil, vale dizer, somente se faz prova dos fatos, atendidos os requisitos legais que o ensejam. De recordar-se, de outro, que a disposição o artigo 400, inciso I e II, do Código de Processo Civil, impossibilita, na hipótese sob exame, a produção de prova testemunhal, quando for da essência do fato a prova documental.

Deve-se ressaltar, com efeito, que o artigo 366, contempla uma restrição ao livre convencimento,

[...] exigindo não se considere provado um ato, para o qual a lei determine a forma como de sua substância, senão pelo meio probatório que se revista dessa forma. Quer dizer que, sempre que o ato dependa de forma especial,

não pode ser admitida a sua prova por outro meio senão o que revestir aquela forma⁶⁷.

Assim é que, a liberdade concedida ao juiz na apreciação da prova (artigo 131) encontra limite no presente artigo quando a lei exige determinada forma para se provar o ato; são as chamadas provas legais.

Em apertada síntese, tem-se a incontrovérsia por prova inequívoca ou legal, a força e a eficácia que o direito material atribui aos documentos para que sejam probatórios dos atos, fatos ou negócios jurídicos, ou de atos processuais; todavia, é preciso que a lei que rege a sua função lhe dê total eficácia probatória (v.g. artigos 365, 366, 369, 370, segunda parte, 374. 375, dentre outros).

CAPÍTULO V – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NOS PEDIDOS INCONTROVERSOS

5.1. Natureza da Decisão Antecipada segundo a Doutrina Positivista.

Como visto nos itens anteriores, iniciando-se pela morosidade até chegarmos a eficácia da sentença, o que se constata é que sob o argumento forte da segurança jurídica, há certo acanhamento no enfrentamento de situações jurídicas novas em relação ao sistema reinante há longo tempo.

Ainda que uma norma jurídica venha ao encontro de um reclamo geral, via de regra é recepcionada de forma cautelosa e, por vezes, preconceituosa diante do sistema normativo vigente (sentença única).

⁶⁷ SANTOS, M. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, vol. IV, p. 156.

Constate-se, por exemplo, que depois do acréscimo do § 6º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, pela reforma de 07 de maio de 2.002, Lei nº 10.444, os doutrinadores, de um modo geral, defendem a injustiça de se impor ao autor da demanda a esperar a realização de um direito que não se mostra controvertido, mas não se posicionam contra o sistema da sentença única, preferindo uma via alternativa (liminar).

Para Rogéria Dotti Dória⁶⁸, por exemplo, a antecipação da tutela havendo incontrovérsia de parte ou de um dos pedidos, dá-se por meio de decisão interlocutória, porque “não é possível ao órgão julgador apreciar imediatamente uma parte da lide através da sentença (ato judicial final) e deixar de analisar outras questões que dependam de instrução probatória”. Defende, todavia (e contraditoriamente a nosso ver), que:

Traçando um paralelo, verifica-se que o novo § 6º do artigo 273 trouxe para o processo de conhecimento aquilo que já era possível no processo de execução, ou seja, a satisfação da parte do crédito não impugnada. Com efeito, o § 2º do artigo 739 permite o prosseguimento da execução em relação à parte não embargada, justamente porque em relação a ela não existe mais discussão⁶⁹.

Athos Gusmão Carneiro, é outro a defender a unicidade da sentença:

Melhor, portanto, a nosso sentir, manter o antigo e prestigiado princípio da ‘unicidade da sentença’, cujo rompimento demandaria norma duvidosa. [...] será melhor manter sob o caráter de antecipação propriamente dita a AT das parcelas ou pedidos não contestados, portanto sem a formação de coisa julgada, subsistindo a possibilidade de sua alteração ou revogação na pendência da demanda. A decisão interlocutória será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno⁷⁰

⁶⁸ DORIA, R. D. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2ª. ed. rev. atual. de acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.1, p.82-83.

⁶⁹ *Ibid*, p.82.

⁷⁰ CARNEIRO, A. G. *Da antecipação de tutela*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 64.

No mesmo sentido posicionam-se Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvin Wambier⁷¹, a demonstrar excessivo dogmatismo, consagrando princípio dogmático vetusto, em detrimento da efetividade do processo.

Para justificar a celeridade, escuda-se na regra do artigo 520, VII do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei nº 10.352 de 20.12.2001, que estatui sobre o efeito exclusivamente devolutivo da apelação, quando confirmada antecipação da tutela.

Não merecem encômios as posições tradicionalistas aqui expostas. A postura defendida por Rogéria D. Doria afigura-se contraditória, porquanto a execução só se dá por força de título executivo judicial ou extrajudicial. No caso da decisão defendida pela citada processualista, não haveria título capaz de ensejar a execução como idealizada pelo paradigma (§ 2º do artigo 739). E, mesmo no caso de a sentença ser recebida no efeito devolutivo (artigo 520, VII), ainda assim cuidar-se-ia de execução provisória, que, efetivamente, não atende o anseio do jurisdicionado, que se estaria obstado no direito de ver cumprida definitivamente, pelo vencido, a obrigação devida.

Essa posição é contrária a intenção do legislador, pois como afirma Humberto Theodoro Júnior⁷²:

que casos há em que raramente se conseguirá a atuação compulsória do devedor faltoso para realizar a prestação determinada. Há, no caso, questões de ordem prática e ordem jurídica, criando obstáculos à execução forçada da medida. Subordinada a eficácia da medida ou cumprimento de uma obrigação a uma atividade ou abstenção do devedor, na ordem prática, fica a prestação na dependência de sua vontade, contra qual o Estado nem sempre dispõe do meio adequado para exigir o implemento específico. Na ordem jurídica, encontra-se o tradicional repúdio ao emprego da força contra a pessoa para constrangê-la ao cumprimento de qualquer obrigação, retratado no princípio geral em que *nemo potest cogi*

⁷¹ WAMBIER, L. R. *Breves comentários à 2ª. Parte da reforma do Código de Processo civil*. 2ª. ed. rev., atualiz., e ampl. Co-autoria com Teresa Arruda Alvin Wambier. São Paulo: RT, 2002.

⁷² THEODORO JUNIOR, H. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 308.

ad factum (ou ninguém pode ser obrigado a fazer algo – que a lei não prescreve).

Ora, se o que se quer é a efetividade e a celeridade do processo, deve-se ter em mente, considerando, ademais, que se cuidar de cognição exauriente (incontroversa) e, por isso, segura, que a decisão que antecipa a tutela deve conhecer parcialmente o mérito, com o fim de gerar um título executivo, com toda a sua força coercitiva e não apenas uma decisão interlocutória, cercada pela provisoriedade, em cujos atos nem sempre o Poder Público têm força para impor sua ordem.

5.2. Natureza da Sentença Antecipada. Possibilidade da Cisão da Sentença de Mérito.

Já afirmamos em capítulo específico, que a sentença de mérito, como definida pelo artigo 162, § 1º, “*é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito*”, observados os requisitos essenciais do artigo 458 do citado *Codex*, isto é, que compreende prestação jurisdicional capaz de ensejar título executivo judicial.

Também abordamos no item 1.3.2. sobre a concessão da tutela antecipada. Apresentamos posicionamento, depois da reforma que instituiu o § 6º no artigo 273 do Código de Processo Civil, de grande parte da doutrina que defende a possibilidade da antecipação da tutela na parte incontroversa do pedido ou de parte dos pedidos cumulados, inclusive com dispensa o *periculum in mora*, mas que se mostram contrários a cindibilidade da sentença de mérito.

Doravante, são verificados os efeitos da concessão quando incontroverso o pedido, procurando expor uma visão crítica ao sistema dogmático da sentença

única, como vistas a efetividade e celeridade do processo, nas hipóteses de incontrovérsia, com amparo em doutrina mais progressista.

Essa, sem dúvida, é a razão primordial deste trabalho que, como antes enfatizado, tem a pretensão de gerar uma discussão sobre o tema, buscando quebrar o dogma da sentença única, como parece ter sido a intenção do legislador.

Portanto, cuida-se, a partir deste ponto, de firmar posição acerca da possibilidade de execução do título judicial gerado a partir da “sentença parcial de mérito” decorrente da antecipação da tutela jurisdicional na parte incontroversa da demanda.

A regra processual, antes do advento da reforma, não permitia que o ato judicial especificado (sentença) fosse cindido ou dividido, a despeito da incontrovérsia sobre parte do pedido ou dos pedidos, com o fim de atender, de forma eficiente e célere, o direito material não controvertido.

No entanto, com o advento do parágrafo 6º do artigo 273 do CPC, leva, forçosamente, a uma análise diversa das defendidas pelos processualistas tradicionais, como se estabelecerá mais adiante, pois que parece ter sido intenção do legislador que dentre as questões postas à apreciação do Poder Estatal, o que for incontrovertido, venha a ser realizado (executado) imediatamente, por meio de um título judicial.

Para embasar a posição adotada, optamos, aproveitando a conotação acadêmica deste trabalho, por buscar definir de modo teleológico uma diferença que vislumbramos entre *tutela antecipada* e *antecipação de tutela*, com o propósito de justificar o entendimento aqui defendido em relação à possibilidade de cisão da sentença na hipótese do § 6º do artigo 273, não obstante, como veremos adiante, parte da doutrina dispensa essa diferença para defender a cindibilidade.

É preciso esclarecer, na busca da distinção a que se alude (antecipação da tutela), que o regramento específico não só define, como, ainda, vincula expressamente condições para a concessão da antecipação da tutela.

Pois bem, da leitura do artigo 273 e seus parágrafos 1º, 2º., 3º., 4º. e 5º., pode-se inferir, sem grande esforço, tratar-se de decisão interlocutória, concedida como adiantamento provisório do pedido do autor, sem audiência da parte contrária, desde que presente a verossimilhança (se bem que atualmente superado esse requisito), o perigo de dano irreparável e a aparência do direito.

Não se olvide, com efeito, que a medida, por força do § 4º, pode vir a ser revogada a qualquer tempo, em razão da análise cognitiva sumária da questão posta de forma unilateral e sob a ótica do interesse do autor.

É, pois, medida de urgência ou tutela de urgência, cuja aplicação é restrita às hipóteses de grave lesão ao direito controvertido ou litigado.

Por tutela antecipada, linguagem adotada pelo legislador na redação do § 6º, deve-se entender a **entrega definitiva** da pretensão do autor (ou do réu em situações específicas), por meio de prestação jurisdicional de mérito específico e limitado – que doravante se denominará de *sentença de mérito parcial* – depois de e quando superado o contraditório da fase postulatória e presente a incontrovérsia sobre parte de um ou mais dos pedidos.

Distingue-se da antecipação da tutela, pela ausência dos requisitos intrínsecos, ou seja, de prova de verossimilhança, do *periculum in mora* e da aparência do direito, que dão lugar à condicionante única: **a incontrovérsia**, que significa **ausência de um confronto de afirmações em torno de um fato alegado pelo autor**⁷³

⁷³ DINAMARCO, C. R.. *A reforma da reforma*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.95.

Vale dizer, enquanto na *antecipação da tutela* são indispensáveis os requisitos do perigo de dano, da aparência e da verossimilhança para a sua concessão, na *tutela antecipada* basta a incontrovérsia de uma parte ou de um dos pedidos cumulados.

Portanto, é requisito essencial da *tutela antecipada*, estabelecida no § 6º, do artigo 273, a instauração do contraditório, limitada a fase postulatória (contestação), de tal sorte a possibilitar ao Estado-Juiz a aferição da ausência de litígio em torno de um dos pedidos ou parte do pedido.

Assim se defende, porque ao aludir à incontrovérsia, o juiz estará analisando mais do que a simples verossimilhança; estará fundado num exame de certeza. Não se deve, igualmente, perquirir acerca da presença de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, nem sendo a hipótese cogitar-se da ausência de risco de irreversibilidade.

Não se exige, da mesma forma, o manifesto propósito protelatório do réu. Basta, apenas, a incontrovérsia e a desnecessidade de produção de outras provas para que se aplique o § 6º do artigo 273, podendo, inclusive, a decisão conter matiz irreversível. É que, sendo a decisão fundada na incontrovérsia, decorre de juízo de certeza, dando azo a uma cognição exauriente⁷⁴.

Portanto, cumprido esse requisito e presente a incontrovérsia, que se estabelece pela ausência de lide em torno do pedido ou de parte do pedido, pode e deve o juiz conceder a *tutela antecipada*, por meio ato jurisdicional que denominamos de sentença de mérito parcial, limitada ou específica.

A construção aqui defendida, isto é, da cisão da sentença de mérito, com escopo de constituição de título executivo, pode não ser imediatamente aceita (mas

⁷⁴ CUNHA, L. J. C. da – o § 6º do artigo 273 do CPC – Tutela Antecipada ou julgamento antecipado parcial da lide. Disponível em <http://www.cpc.adv.br>. Acesso em 20 out 2004.

merece ponderação e debate como meio de evolução do nosso Direito), até por força do conservadorismo reinante, que se agarra a dogmas estabelecidos e que raramente são enfrentados e desmitificados, mesmo pelos grandes nomes da doutrina pátria.

Ao discorrer sobre este tema específico, afirma Cândido Rangel Dinamarco, que “quando essa incontrovérsia abranger todos os fatos relevantes para julgar o *meritum causae*, daí decorre a total desnecessidade de provar e o juiz estará autorizado a antecipar o próprio julgamento da causa, mediante sentença e não em termos de tutela antecipada (artigo 330, I)”⁷⁵.

Até aqui, nada de novo. Mais adiante, porém, afirma o autor que o “legislador não quis ousar mais, a ponto de autorizar nesses casos um parcial julgamento antecipado do mérito, prevalecendo a rigidez do procedimento brasileiro, no qual o mérito deve ser julgado em sentença e a sentença será sempre uma só no processo (artigo 459, c/c artigo 269, II e artigo 162, § 1º)”.

Marcato, tal qual Cândido Dinamarco, assegura que a solução encontrada pelo legislador sobre a parte incontroversa do pedido ainda é muito tímida, *verbis*:

Como a falta de impugnação especificada gera conseqüências semelhantes às da revelia (CPC, artigo 302), deveria haver permissão para que, em relação ao pedido incontroverso, houvesse verdadeiro julgamento antecipado, nos moldes do artigo 330. Teríamos hipótese de decisão interlocutória de mérito, perfeitamente compatível com o sistema processual, que define os atos decisórios não pelo conteúdo, mas pelos efeitos gerados no processo (artigo 262). Simples antecipação de efeitos não gera resultado definitivo, pois nada obsta que o juiz, durante a instrução, entenda inexistente o direito, embora incontroversa a afirmação do autor. É claro que a contestação parcial torna altamente provável o acolhimento da pretensão não atacada, mas não está afastada a improcedência do pedido, cujos efeitos foram antecipados por força do par. 6º.⁷⁶

⁷⁵ *Ibid*, p. 96.

⁷⁶ MARCATO, A.C. *CPC interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p.804.

É possível verificar, no entanto, a limitação à crítica, não admitindo a possibilidade de cisão do processo, mesmo porque pela precariedade poderia o juiz revogar a medida.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves, da mesma forma, lança críticas à nova redação do artigo, mas apegando-se ao texto literal afirma que essa redação “traz a falsa impressão de que a antecipação só cabe na hipótese de pedidos cumulados, em que um ou mais deles tenham ficado incontroversos. Mas não é assim: ainda que haja um único pedido, a medida poderá ser concedida se parte dele ficar incontroversa. Por exemplo, se o credor ajuíza uma demanda de cobrança, e o réu impugna apenas parte do débito, tornando o restante incontroverso, o autor pode pedir que o juiz antecipe a tutela em relação a essa parte”⁷⁷.

E prossegue:

A nova sistemática, adotada pelo par. 6º do artigo 273, não foi a ponto de permitir uma cisão do julgamento, autorizando o juiz a desmembrar a sentença em duas partes: a primeira, em que julga a parte incontroversa; e a segunda, e posterior, em que julga o restante. A sentença continua sendo única, e nela o juiz apreciará, em caráter definitivo, todos os pedidos formulados. No entanto, a pretensão incontroversa poderá ser atendida desde logo, por meio da concessão de tutela antecipada, que terá caráter provisório e deverá ser substituída, ao final, pela sentença.⁷⁸

O que se percebe, pelas posições doutrinárias até aqui citadas, é que se procurou preservar uma exceção, isto é, a possibilidade de ocorrer um caso isolado ou um entre mil, a possibilidade ou necessidade de reversão da *tutela antecipada*, o que, efetivamente, se afigura pouco provável, se considerados os poderes, deveres e responsabilidades do juiz (Cap. IV, Seção I).

Em que pese o renome e a cultura dos doutrinadores citados, não se pode olvidar que o Direito é construído sob divergências e disparidades de opiniões.

⁷⁷ GONÇALVES, M.V.R. *Novo curso de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p.297.

⁷⁸ *Ibid*, p.29.

Nesse passo, revelam às posições antes transcritas, excessiva timidez e conservadorismo.

Refletindo sobre a questão é imperioso divergir da postura adotada pela doutrina e afirmar, que o novo regramento (§ 6º, artigo 273), estabeleceu, de modo efetivo, a revogação do dogma do Direito Positivo em relação à sentença única, possibilitando a cisão da sentença de mérito.

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

Custa crer que da dicção do dispositivo não se possa inferir a intenção evidente do legislador em estabelecer mecanismo para tornar efetiva a prestação jurisdicional, quando presente a condição estabelecida – incontrovérsia.

Contrariamente, qual seria a função do dispositivo, se a decisão não assegurasse, por antecipação, a execução do direito material incontroverso? Seria razoável (sem questionar se justo), que mesmo com uma tutela antecipada o titular do direito material se sujeitasse as artimanhas recursais (ou furor recursal) e seus efeitos, para só então, depois, iniciar a execução do incontroverso?

Ora, “se o pedido é incontroverso e é mínima a probabilidade de que aquilo que foi antecipado não seja reafirmado no julgamento”, como afirma Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁷⁹ (em contradição até com o entendimento esposado), não se mostra razoável, então, não admitir a cisão do julgamento, possibilitando o surgimento de um título executivo judicial, que permitirá a satisfação mais rápida do direito material.

⁷⁹ *Ibid*, p. 298

E é Dinamarco⁸⁰, mais uma vez, que indica o rumo à satisfação plena e rápida do direito material, com abandono das filigranas do Direito Processual.

Uma das características do processo civil moderno é o repúdio ao formalismo, mediante a flexibilização das formas e a interpretação racional das normas que as exigem, segundo os objetivos a atingir. É de grande importância a regra da instrumentalidade das formas, concebida para conduzir a essa interpretação e consistente na afirmação de que, realizado por algum modo o objetivo de determinado ato processual e não ocorrendo prejuízo a qualquer dos litigantes ou ao correto exercício da jurisdição, nada há a anular ainda quando omitido o próprio ato ou realizado com transgressão as exigências formais. Não há nulidade sem prejuízo (Cód. de Proc. Civil, arts. 244 e 249, §§ 1º e 2º). As exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados afins: o que substancialmente importa é o resultado obtido e não tanto a regularidade no emprego dos meios.

Desprezando-se a forma da redação do dispositivo sob comento, encontramos apoio na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni que afirma:

A tutela antecipatória, no caso de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, antecipa o momento (compreendido este momento como o final do processo) do julgamento do pedido. Antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária. (...) Se o julgamento ocorre quando não faltam provas para a elucidação da matéria fática, não há juízo de probabilidade, mas sim juízo capaz de permitir a declaração da existência do direito e a conseqüente produção de coisa julgada material⁸¹

E, arremata:

[...] tais tutelas, justamente porque constituem respostas aos *direitos evidentes*, são fundadas em cognição exauriente. Ou seja, elas só cabem quando o direito estiver evidenciado, seja pela prova, seja pelo reconhecimento parcial ou pela não-contestação. É absurdo pensar que a coisa julgada material é conseqüência necessária da cognição exauriente, ou, *ao invés, que sua ausência é resultado imediato da cognição sumária*. É bom lembrar que a sentença sempre é fundada em cognição exauriente, pouco importando a sorte do eventual recurso que em relação a ela for interposto⁸²

Também Fredie Didier Jr., citado por Athos Gusmão Carneiro⁸³ defende,

⁸⁰ DINAMARCO, C.R. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 39.

⁸¹ MARINONI, L.G. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT., 1993, p. 152.

⁸² MARINONI, L. G. *Apud* DORIA, R. D. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 123.

⁸³ CARNEIRO, A. G. *Da antecipação de tutela*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 63.

peremptoriamente, que a 'topografia' do instituto estaria equivocada, por não se cuidar de tutela antecipada, mas sim de *resolução parcial da lide*, com solução do mérito propriamente dito: 'Em síntese: a decisão que aplicar o § 6º do artigo 273 é uma decisão interlocutória que versa sobre parte do mérito, definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza, não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva'. Estaríamos, destarte, frente a 'mais uma modalidade de julgamento conforme o estado do processo (arts. 329 a 331 do CPC). Eis a sua topografia ideal' (artigo Doutrina in *Gênese*, 26/716-720; *A Nova Reforma Processual*, 2a ed., Saraiva, 2003, n. 4.2, pp. 67 e ss.).

5.3. Do Recurso na Sentença Parcial de Mérito.

É bem verdade que dessa construção que aqui se buscou denominar de *sentença de mérito parcial ou específico*, surgem questões a serem resolvidas, como, por exemplo, o recurso cabível.

Embora o artigo 522 do CPC decline apenas as decisões interlocutórias como passíveis de recuso de agravo de instrumento, é legítimo interpretar que tal ato judicial – *sentença de mérito parcial* – fosse agravável, porque não põe termo ao processo, mas a uma questão dentro dele, vale dizer, questão incontroversa.

Entretanto, e se estando a apregoar aqui a cisão da sentença de mérito como meio de possibilitar a execução da tutela antecipada, o recurso de agravo de instrumento se revela contra-senso, porquanto a decisão interlocutória não se insere no rol dos títulos executivos judiciais, justamente o que se anseia ao defender esta posição.

O recurso aplicável para esse fim específico, então, só pode ser o de apelação (artigo 513).

Não há inconvenientes, do ponto de vista processual. Com efeito, admitida e decidida a questão incontroversa e havendo recurso da parte vencida, bastará que o juiz determine, segundo os poderes conferidos pelos artigos 125 e 262 do CPC e o

poder geral de cautela, o desmembramento do processo, possibilitando o prosseguimento da ação em relação à parte do pedido ou pedidos controvertidos.

Essa providência, que reflete celeridade e efetividade, é largamente admitida no procedimento penal e não encontra obstáculo ou vedação legal na esfera do Direito Processual Civil, dado que das hipóteses enumeradas no artigo 125 defluem outras, como, por exemplo, aquelas previstas nos artigos 105, 110 *caput*, 407, 418, 437 e 440, isto porque, não se exime de sentenciar ou despachar o processo, por força de lacuna ou obscuridade da lei.

5.4. Considerações outras sobre a Cisão da Sentença de Mérito.

De qualquer forma, não sendo a posição aqui defendida – cisão da sentença de mérito – a melhor interpretação ao dispositivo invocado, sem dúvida, estamos diante de uma antinomia entre a regra geral (artigo 162, § 1º) que se constitui num verdadeiro dogma do Direito Processual e a peculiar ou especial (§ 6º, artigo 273).

Se, ao dispor a lei, sobre poder-dever do Juiz em antecipar o pedido naquilo que restar incontroverso – evidentemente, reforça-se, depois de superado o contraditório da fase postulatória, quando se verificará a condição imposta pelo dispositivo – não se afigura lógico ou razoável entender que não poderá o Juiz proferir sentença de mérito parcial ou limitado e específico na parte da pretensão que não houver lide.

A sentença a que referem os artigos 162, § 1º, 269, II e 459, é inegável, são terminativas do processo, por meio das quais a prestação jurisdicional põe fim ao litígio instalado.

Na hipótese do § 6º, não há que se falar em litígio justamente em face da incontrovérsia. Inexistente o litígio, a sentença é de mérito específico, não se confundindo com aquela cuja função é a pacificação dos interesses antagônicos ou controvertidos.

Na interpretação dos dispositivos legais, não se pode deixar de buscar amparo na obra do Professor Carlos Maximiliano⁸⁴, que ensina:

Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata. Prefere-se o trecho mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e mais em harmonia com a lei em conjunto, os usos, o sistema do Direito vigente e as condições normais de coexistência humana. Sem embargo da diferença de data, origem e escopo, deve a legislação de um Estado ser considerada como um todo orgânico, exequível, útil, ligado por uma correlação natural.

O que se pretende afirmar, ao citar a lição acima, é que o dispositivo criado, dado o seu contexto específico e restrito à parte incontrovertida do pedido – esgotado o contraditório da fase postulatória –, gerou antinomia com a regra geral (artigos 162, § 1º, 269, II e 459) ou, quando não, uma inconciliabilidade parcial entre as normas, o que importa em aparente contradição no ponto em contraste.

Como corolário da pretensão e sua plausibilidade, não é demais afirmar que:

Não se trata a tutela antecipada de medida cautelar, concedida diante das regras e princípios que disciplinam essa espécie do processo civil contencioso. Cuida-se, ao contrário, de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no caput do artigo, nos seus dois incisos e no seu parágrafo segundo, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a tutela jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos.

Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais (e não materiais) com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal (artigo

⁸⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e Aplicação do Direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria Globo, 1933, p. 150/151.

807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente⁸⁵.

Conforme explica José Roberto dos Santos Bedaque, “o direito processual deve ser estudado pelo prisma da instrumentalidade substancial, ou seja, todos os seus institutos fundamentais constituem meios para tornar efetiva a tutela jurisdicional. Esse é o resultado que se busca com o processo”⁸⁶.

O legislador foi inovador na busca da solução do direito material, pois o que realmente importa e deve prevalecer é a pacificação do controvertido e não do incontrovertido; a ordem material sobre a processual.

Embora se cuide de parágrafo de artigo específico, deve ser levada em conta a coerência do instituto criado, com vista à efetividade do processo como meio de atingir o direito material; vale dizer, dar a cada um o que é seu, sem apego a formalismos que a vida contemporânea não mais tolera.

A manutenção do dogma sobre a unicidade da prestação jurisdicional – uma só sentença – é de ordem cultural e conservadora, que deve ser afastada em face das disposições novas e atuais, que atendam com maior eficiência aos interesses dos jurisdicionados.

Mantém-se o conservadorismo, sob a falsa premissa da segurança, quando, parece evidente, que do dispositivo se depreende efetiva técnica de aceleração e de instrumentalidade do processo, como meio de atingir o direito material objetivado.

Em suma, não se defende a instabilidade ou a insegurança ou, ainda, a criação de um direito alternativo, mas a flexibilização de um dogma ultrapassado, insensível e conservador, absolutamente detrimetoso para a vida contemporânea.

⁸⁵ BERMUDES, S. *A Reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Liv. Freitas Bastos, 1995, p.35.

⁸⁶ BEDAQUE, J. R. dos S. *Direito e processo, a influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.92.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Afirmamos, depois de analisadas as questões que envolvem a morosidade da justiça, a insatisfação do jurisdicionado, bem assim a instrumentalidade e a efetividade do processo e a segurança jurídica, que a proposta aqui defendida, não tem a pretensão de contrapor todo o pensamento doutrinário sobre a matéria, mas, ao contrário, apontar algumas linhas sobre a evolução que o dispositivo, sob uma visão progressista e menos acanhada que parece propiciar, exclusivamente com a finalidade de contribuir para que se efetive a prestação jurisdicional de forma mais célere, mas sem perder de vista a segurança, com desapego a formalismos e

filigranas dogmáticas que só servem para macular e alvejar de críticas todos quantos formam a Administração da Justiça.

É inadmissível, com efeito, que na atual conjuntura, quando se está a admitir recursos via *Internet* e *fac-símile*, o Direito queira fazer ouvidos moucos a uma nova ordem, optando por dogmas velhos.

Sem dúvida alguma, é um tema bastante difícil de ser enfrentado e que certamente gerará, de plano, impacto e repulsa por contraposições abalizadas e fundamentadas. Contudo, também as críticas servem de estímulo ao estudo, pois, como antes afirmado, o Direito é construído sob divergências e disparidades de opiniões.

O novo deve ser analisado com atenção e não ser descartado por argumentos consolidados e conservadores. É imperioso que conceitos sejam revistos e, se for o caso, superados, com o dinamismo da vida moderna, pois, as leis não podem ser atualizadas ou editadas no mesmo tempo ou prazo da evolução da vida, daí porquê devem ser adequadas e interpretadas de forma que melhor atenda o interesse público.

Partindo-se da premissa que *JUSTIÇA* constitui um verdadeiro ideal, porquanto nenhuma verdade é absoluta ou permanente, ao Direito caberia uma atualização constante e prudente, segundo a dinâmica social.

Como tal pretensão não desborda além da utopia, haja vista não só a ineficiência do órgão legislativo, mas, também, a celeridade da evolução da vida, deposita-se no poder judiciário, órgão estatal competente para impor fim aos conflitos com vista à paz social; a esperança de que a moral e o aparentemente justo prevaleçam sobre aquilo que é formal, ou seja, a sociedade anseia na aplicação da letra fria da lei ou do parâmetro legislativo, que os homens encarregados de sua

interpretação não privilegiem o formalmente correto em detrimento do evidentemente justo.

Some-se a isso, a morosidade da justiça – pelas razões mais ou menos aparentes que se queira entender ou enxergar – na entrega definitiva do direito material.

Obviamente, estas questões não são novas, como sabemos, motivo pelo qual, várias tentativas têm se instalado, com a nítida intenção de acelerar os procedimentos, no afã de permitir efetividade às prestações jurisdicionais, em benefício do jurisdicionado.

Assim é que, tomado

pele crescente impulso questionador e pela busca da renovação que atravessam as diversas instâncias do Direito positivo tradicional, torna-se imperioso mencionar, hoje, a presença cada vez maior de teóricos acadêmicos e operadores jurídicos práticos que assumem no magistério, na atividade profissional e no fórum discurso e postura crítica⁸⁷

Efetivamente, pesam contra as correntes críticas jurídicas do atual sistema, preconceitos, para não dizer ranços, contra tudo aquilo que possa desmistificar o dogmatismo, sob o pálio da segurança jurídica.

É evidente que não se pretende, aqui, defender o direito alternativo ou o pluralismo jurídico com ou sem parâmetros ou a crítica jurídica representada por enfoques díspares dos dialéticos radicais ou liberais democratas ou dos sistêmicos abertos e dos niilistas. Absolutamente não!

Deve-se ponderar, com efeito, que

O rigor científico afere-se pelo rigor das medições. As qualidades intrínsecas do objeto são, por assim dizer, desqualificadas e em seu lugar passam a imperar as quantidades em que eventualmente se podem traduzir. O mundo é complicado e a mente humana não o pode compreender completamente. O senso comum faz coincidir causa e intenção; subjaz-lhe uma visão do mundo assente na ação e no princípio da criatividade e da responsabilidade individuais. O senso comum é prático e pragmático; reproduz-se colado às trajetórias e às experiências de vida de

⁸⁷ WOLKMER, A. C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 125.

um dado grupo social e nessa correspondência se afirma fiável e securizante. O senso comum é transparente e evidente; desconfia da opacidade dos objetos tecnológicos e do esoterismo do conhecimento em nome do princípio da igualdade do acesso ao discurso, à competência cognitiva e à competência lingüística. O senso comum é superficial porque desdenha das estruturas que estão para além da consciência, mas, por isso mesmo, é exímio em captar a profundidade horizontal das relações conscientes entre pessoas e entre pessoais e coisas. O senso comum é indisciplinar e imetódico; não resulta de uma prática especificamente orientada para o produzir. Reproduz-se espontaneamente no suceder quotidiano da vida. O senso comum aceita o que existe tal como existe; privilegia a ação que não produz rupturas significativas no real. Por último, o senso comum é retórico e metafórico; não ensina, persuade⁸⁸.

Naturalmente que a 'crítica jurídica', presentemente, não é mais monopólio dos teóricos, filósofos, sociólogos ou juristas, mas transcende para o plano empírico das práticas sociais participativas, seja quanto ao indivíduo profissional, seja quanto a grupos, associações e movimentos sociais. Desta feita, o interesse por novo direcionamento e fundamentação para o Direito é perceptível ao largo e emergente número de autores 'antidogmáticos', que trabalham em diversas áreas técnicas do Direito, fazendo crítica intradogmática, ou seja, operam refletindo no interior da própria dogmática jurídica⁸⁹.

Em resumo, o que não se pode mais aceitar é que os antigos dogmas jurídicos não sofram críticas, assim como aqueles que sempre o aceitaram passivamente, privilegiando uma segurança jurídica em detrimento de uma celeridade e efetividade racional.

⁸⁸ SANTOS, B. de S. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2003, p. 07, 28 e 98.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 7^a. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, E.D. Moniz. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. II, p.60.

ASSIS, Araken de. *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Sílvia Marina Labate. *Cautelares e Liminares*. 2^a. ed. São Paulo: LTr, 1995.

⁸⁹ WOLKMER, A. C. , A. C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 125/126.

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

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995.

BIRCHAL, Alice de Souza. *Tutelas Urgentes da Família no Código de Processo Civil: sistematização e exegese*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11^a. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Justiça Célere e Eficiente*. Jornal "O Estado de São Paulo", edição 31/12/2005, página A-2, Caderno A. Disponível em <http://www.estadao.com.br>.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. *O Princípio do Contraditório no Processo: doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Do Processo Cautelar*. São Paulo: Interlex, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 5^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19^a. ed. São Paulo. Malheiros, 2003.

CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 6^a. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. 24^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 37^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONRADO, Paulo César. *Introdução à Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

COUTURE, Eduardo J. In. THEODORO JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 37^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979 e 2001.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Princioplógicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O § 6º do artigo 273 do CPC – Tutela antecipada ou julgamento antecipado da lide*. Disponível em <http://cpc.adv.com.br>. Acesso em 20 out 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, 3v.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5ª. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A reforma da reforma*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2ª. ed. rev. atual. de acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992 (v. 1/3).

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRIEDE, Reis. *Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória*. São Paulo: LTR, 2000.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GOMES, Sergio Alves. *Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. Vol.I São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 13ª. ed. vol.III. São Paulo: Saraiva, 1998.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. VIII, tomo I.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo. Revista dos Tribunais, 1994.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 51/54

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 3ª ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 3ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *CPC interpretado*. 1ª. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. In. DORIA, R. D. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 123.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria Globo, 1933.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As Tutelas Cautelar e Antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Revista do Advogado: a revisão de Código de Processo Civil*. São Paulo: AASP, Abril 2004. v.24.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Vol. 2, nº 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

_____. *Revista Forense: as novas tendências do direito processual; uma contribuição para o seu reexame*. Rio de Janeiro, número 03, 1993.

_____. *Revista Trimestral de Direito Público: liminares; limites constitucionais à discricionariedade judicial*. São Paulo: Forense, Maio / Junho 2002. v. 98.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed. revista e aumentada, com atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. 1974, v.V, p. 395. In. THEODORO JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 37ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro..* 21ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Vol. 2, nº 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *A Antecipação da Tutela na Ação Rescisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. rev. e atual. Com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v.21).

NUNES, Antonio Luiz. *Cognição Judicial nas Tutelas de Urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

PISTRI, Gerson Lacerda. *Dos Princípios do Processo: os princípios orientadores*. São Paulo: LTr, 2001.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª. ed, 3ª. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *A Tutela Antecipada e Execução Específica*. Campinas: Copola Livros Ltda. 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo. Forense, 2004. v. 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro. Forense. 1982, vol. IV.

_____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. Volumes 1 e 2.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do Processo Cautelar*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1993, vol. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 21.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 37ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Tutela Cautelar: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. v. 4.

_____. *Tutela Jurisdicional de Urgência: medidas cautelares e antecipatórias*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. *Processo Cautelar*. 14ª. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2ª. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. 3ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª. Parte da reforma do Código de Processo civil*. 2ª. ed. rev., atualiz., e ampl. Co-autoria com Teresa Arruada Alvin Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva., 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANEXOS

ANEXO I

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 52, DE 2004

(Nº 3.253/04, na Casa de origem)

(De Iniciativa do Presidente da República)

Aprovado pelo Congresso Nacional.

Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. O

Congresso Nacional decreta: Artigo 1º Os arts. 162, 269 e 463 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 162.

§ 1º Sentença é o ato do juiz proferido conforme os arts. 267 e 269 desta lei.

“Artigo 269. Haverá julgamento de mérito:

“Artigo 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

Artigo 2º A Seção I do Capítulo VIII do Título VIII do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 466–A, 466–B, 466–C:

“LIVRO I

.....

TÍTULO VIII

.....

CAPÍTULO VIII

Da Sentença e da Coisa Julgada

SEÇÃO I

Dos Requisitos e dos Efeitos da Sentença

.

Artigo 466–A. Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.

Artigo 466–B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Artigo 466–C. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

.

Artigo 3º O Título VIII do Livro I da Lei nº 5.969, janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 475–A, 475–B, 475–C, 475–D, 475–E, 475–F, 475–G e 475–H, compondo o Capítulo IX, “DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA”:

“LIVRO I

.....

TÍTULO VIII

.....

CAPÍTULO IX

Da Liquidação de Sentença

Artigo 475–A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede–se à sua liquidação.

§ 1º Do requerimento de liquidação de sentença será a parte intimada, na pessoa de seu advogado.

§ 2º A liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

§ 3º Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no artigo 275, inciso II, alíneas **d** e **e** desta lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido.

Artigo 475–B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do artigo 475–J desta lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência.

§ 2º Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exeqüenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária.

§ 3º Se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do § 2º deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.

Artigo 475–C. Far-se-á a liquidação por arbitramento quando:

I – determinado pela sentença ou convencionado pelas partes;

II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Artigo 475-D. Requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo.

Parágrafo único. Apresentado o laudo, sobre o qual poderão as partes manifestar-se no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá decisão ou designará, se necessário, audiência.

Artigo 475-E. Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Artigo 475-F. Na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum (artigo 272).

Artigo 475-G. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença, que a julgou.

Artigo 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento.

Artigo 4º O Título VIII do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 475-I, 475-J, 475-L, 475-M, 475-N, 475-O, 475-P, 475-Q e 475-R, compondo o Capítulo X – “Do Cumprimento da Sentença”:

“LIVRO I

.....

TÍTULO VIII

.....

CAPÍTULO X

Do Cumprimento da Sentença

Artigo 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

§ 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

§ 2º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

Artigo 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no artigo 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º o exeqüente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no **caput** deste artigo, a multa de 10% (dez por cento) incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de 6 (seis) meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.

ANEXO II

Reportagem Gisele Guedes no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 27 de novembro de 2.005, segunda-feira, página A4.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado aprecia nesta quarta-feira (23/11) o Projeto de Lei 52/04, que modifica profundamente a estrutura das regras do processo civil brasileiro. Segundo o secretário da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Pierpaolo Cruz Bottini, trata-se de uma das mais importantes das 23 propostas que compõem a reforma processual.

O PL 52/04 ataca um dos principais problemas da morosidade ao transformar o processo de conhecimento e o de execução numa só ação. Ou seja, pode-se deixar de exigir que o cidadão ou a empresa tenha de entrar novamente na Justiça para cobrar dívidas já reconhecidas na fase processual em que se discute o mérito do direito. Muitas vezes a fase de execução é mais longa do que a de conhecimento.

A proposta também prevê que a liquidação da sentença seja feita no processo de conhecimento e não mais em uma ação específica para o cálculo do quanto é

devido. Permite ainda a liquidação provisória enquanto eventual recurso é discutido. O relator do projeto na Comissão, senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), irá propor ainda que o réu, ao ser intimado a informar quais são e onde se encontram os bens de seu patrimônio sujeitos a penhora, tem de atender à intimação em cinco dias.

Segundo o advogado processualista Gabriel Seijo, as mudanças “alteram radicalmente a concepção de sistema do Código de Processo Civil de 1973, na tentativa de acabar com entraves à eficácia das decisões judiciais”.

Seijo aponta outro avanço da proposta no que diz respeito à celeridade: os Embargos à Execução, que hoje também são uma nova ação, em impugnação ao cumprimento da sentença, um incidente processual com natureza mais célere. O especialista, contudo, faz uma ressalva ao parágrafo 1º do artigo 475-L, que normatiza o procedimento.

O dispositivo considera como “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. Para Seijo, tal parágrafo deve causar polêmica por abrir a possibilidade de que se interfira na coisa julgada.

Como aponta Gabriel Seijo, as mudanças não vão acabar com a patologia daqueles que usam a Justiça com má-fé para protelar o cumprimento de decisões e não surtirão os efeitos esperados sem que cartórios judiciais sejam dotados de infra-

estrutura. Mas, juntas, as mudanças farão com que o cidadão não passe uma vida esperando para receber aquilo que a Justiça já reconheceu como direito.

Se aprovado pela CCJ do Senado, o PL 52/04 será votado pelo Plenário e, em seguida, volta para ser avaliado pela Câmara dos Deputados. De lá, segue para sanção da Presidência da República.

ANEXO III

Editorial – *O Estado de São Paulo*. Edição de 29 de novembro de 2.005, terça-feira, página A3.

Só o cidadão que já passou pela experiência sabe, pois quem não passou jamais imaginará a enorme distância que existe entre 'ganhar' na Justiça e 'levar'. A pessoa que recorre ao Poder Judiciário para cobrar o que lhe é devido, mesmo depois de ter enfrentado todos os custos, esforços probatórios, coleta documental, entraves burocráticos, profusão de recursos, expedientes protelatórios (em favor do devedor) e insuportável consumo de tempo, e, mesmo depois de vencida essa corrida de obstáculos, se vê galardoada com uma sentença favorável, transitada em julgado, nem por isso receberá 'o que é seu'. Para tanto, precisará encarar um longo novo processo, o de execução, o qual, mesmo com suas especificidades que o distinguem da fase inicial da lide, a de 'conhecimento', não deixa de dar ao credor demandante a desalentadora sensação de que 'está começando tudo de novo'. Não resta dúvida de que, afora a genérica morosidade, por todos considerada a característica mais dramática (e por vezes trágica) de nossa Justiça, a distância entre uma decisão judicial e a produção de seus efeitos na vida cotidiana, especialmente dos que foram

lesados em bens e valores e recorreram aos tribunais para reavê-los, é uma das distorções que mais contribuem para a decepção, a frustração e a descrença dos cidadãos, em relação à tutela jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Daí a grande importância do Projeto de Lei iniciado na Câmara (PLC 52/2004) em 6 de agosto de 2004, de iniciativa do Ministério da Justiça, e que está para ser votado na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado. Alterando o Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973), o projeto dispõe sobre o cumprimento da sentença que condena ao pagamento de quantia certa para que a execução ocorra na mesma relação processual cognitiva. Dessa forma, deverá haver uma aceleração nos procedimentos que julguem o recebimento de dívidas ou indenizações, evitando que pessoas físicas ou empresas, que tenham seus créditos reconhecidos pela decisão judicial, sejam prejudicadas pela necessidade de enfrentar novos e longos processos de 'execução', para recebê-los. Há uma oportuna citação, na Exposição de Motivos desse projeto, segundo a qual 'a execução é o calcanhar-de-aquiles do processo', complementada por observação de lúcida abrangência para toda a nossa vida jurídica, nestes termos: 'Nada mais difícil, com freqüência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do Direito.' Em termos mais diretos isso quer dizer que nem sempre o que foi elaborado pelo legislador com a melhor técnica e os melhores propósitos, no campo da preservação do direito das pessoas - e é bem possível que aí se enquadre boa parte de nosso Código de Processo Civil vigente - ao aterrissar na realidade dos fatos, nos conflitos de interesse que exigem tutela jurisdicional, tem condições de aplicabilidade imediata, de molde a impedir que a Justiça deixe de ser feita, por falta de tempestividade. Quando se diz que a Justiça brasileira é excessivamente morosa - e que pelo próprio emperramento pode tornar-se 'injusta' -,

a crítica se refere à demora dos processos até a decisão judicial, aos excessos de recursos processuais e de instâncias jurisdicionais, o que muitas vezes propicia a protelação deliberada, a chicana provocada pela má-fé das partes, pelas artimanhas usadas na busca de ultrapassagens de prazos prescricionais etc., mas, sobretudo, àquele enorme lapso de tempo, lógica, jurídica e eticamente injustificável, que medeia entre uma sentença transitada em julgado e seu efetivo cumprimento, por quem de direito, ou o real ressarcimento da parte reconhecidamente lesada. Este é um ponto crucial, pois é disso que se tira toda a inferência sobre o fato de, efetivamente, valer ou não a pena o recurso à Justiça. E, numa palavra, este é o meio de a sociedade aferir se a Justiça merece ou não sua confiança e respeito. Com todas as mudanças que, por certo, haverá de receber ou absorver em sua tramitação pelas Casas do Congresso, o PLC 52 já pode ser considerado o capítulo mais importante da Reforma do Judiciário que segue curso no País - mesmo que em ritmo ainda longe do desejável.

ANEXO IV

"O homem desceu até o fundo do poço do poder, até a fonte de sua própria existência" - por Joseph Ratzinger

Na aceleração do ritmo dos desenvolvimentos históricos na qual nos encontramos, parece-me que destacam-se, sobretudo, dois fatores como marcas de um desenvolvimento que antes começara a mover-se somente lentamente: de um lado temos a formação de uma sociedade mundial, na qual os poderes políticos, econômicos e culturais singulares têm sua atenção voltada uns para os outros sempre mais e, nos seus espaços diversos, tocam-se e interpenetram-se mutuamente.

Por outro lado, temos o desenvolvimento das possibilidades do homem, do poder, de fazer e destruir, que -para muito além de tudo com que se estava acostumado até agora- levanta a pergunta pelo controle jurídico e moral do poder. Assim, é altamente urgente a pergunta acerca de como as culturas que entram em contato podem encontrar fundamentos éticos que possam conduzir sua comunhão ao caminho justo e construir uma configuração comum, responsável juridicamente, que dome e ordene o poder.

Éticas e culturas

Que o projeto "Etos Mundial", exposto por Hans Küng [teólogo suíço], encontre uma tal procura, indica, no mínimo, que a questão está em debate. Isso também vale quando se aceita a perspicaz crítica que [o professor de filosofia na Universidade de Munique e na Universidade de Salzburg] Robert Spaemann ensaiou contra esse projeto. Pois, aos dois fatores mencionados, pode-se adicionar um terceiro: no processo de contato e interpenetração das culturas, as certezas éticas, que até aquele momento eram sustentadas, encontram-se amplamente despedaçadas. A pergunta, especialmente no contexto dado, acerca do que é, afinal, o bem e por que, mesmo que com prejuízo para nós próprios, devemos fazê-lo, permanece sem resposta.

Parece-me evidente que a ciência como tal não pode gerar etos, que, portanto, uma consciência ética renovada não pode surgir como produto de debates científicos. Por outro lado, é certamente também indiscutível que a alteração fundamental da imagem humana e mundial, a qual se deu a partir da evolução dos conhecimentos científicos, está essencialmente ocupada com a ruptura de velhas certezas morais. De forma concreta, a função da política é colocar o poder sob a medida do direito e assim ordenar seu uso razoável. Deve valer não o direito do mais forte, mas a força do direito. O poder na ordenação e no emprego do direito é o pólo oposto à violência, pela qual nós entendemos o poder sem o direito e contra o direito. Por isso é importante para cada sociedade superar a desconfiança em relação ao direito e suas ordenações, pois apenas assim a arbitrariedade pode ser proscrita e a liberdade pode ser vivida como uma liberdade comumente compartilhada. A liberdade sem direito é a anarquia e, por isso, é a destruição da liberdade.

Interesse comum

A tarefa de colocar o poder sob a medida do direito remete, portanto, à pergunta seguinte: como se forma o direito e como o direito deve ser constituído a fim de que seja veículo da justiça, e não um privilégio daqueles que têm o poder de estabelecer o direito? A questão de que o direito não deve ser um instrumento de poder de poucos, mas a expressão do interesse comum a todos, parece resolvido, pelo menos pelos instrumentos de formação democrática da vontade. Apesar disso, me parece, permanece ainda uma pergunta. Já que dificilmente há unanimidade entre os homens, somente às vezes permanece a delegação como instrumento imprescindível da formação democrática da vontade, outras vezes, a decisão da maioria, com o que, segundo a importância da pergunta, ordens de grandeza distintas podem ser empregadas para a maioria, mas também as maiorias podem ser cegas ou injustas. A história o mostra de maneira claríssima. Quando uma maioria, por maior que seja, reprime, com leis opressoras, uma minoria, por exemplo, religiosa ou racial, pode-se, nesse caso, ainda falar de justiça, de direito de modo geral? Assim, o princípio da maioria continua a deixar em aberto a pergunta acerca dos princípios éticos do direito, portanto, daquilo que, em si, sempre permanece injusto ou também, de maneira inversa, aquilo que, de acordo com sua natureza, é um direito imutável, que antecede qualquer decisão pela maioria e que deve ser respeitado por ela. Os tempos modernos formularam um acervo de tais elementos normativos em diversas declarações de direitos humanos e os retiraram do jogo das maiorias. Agora, com a consciência presente, podemos nos dar por satisfeitos com a evidência interna desses valores. Há em vigor, portanto, valores em si, os quais decorrem da essência do ser humano e por isso são intocáveis por

todos os portadores dessa essência. À extensão de uma tal idéia devemos voltar novamente mais adiante, ainda mais que essa evidência é, atualmente, de alguma maneira admitida em todas as culturas. O islã tem um catálogo de direitos humanos próprio, diverso do ocidental. A China é, com efeito, atualmente marcada por uma forma cultural, o marxismo, originado no Ocidente, mas ainda coloca, até onde me foi informado, a pergunta se não se trata, no caso dos direitos humanos, de uma típica invenção ocidental, a qual deveria ser questionada.

A natureza do poder

Eu não gostaria de tentar definir a natureza do poder em si, mas de esboçar os desafios que resultam das novas formas de poder que se desenvolveram na última metade do século passado. No primeiro período do pós-guerra era dominante o pavor diante do novo poder de destruição, o qual cicatrizou nos homens com a invenção da bomba atômica. O homem se viu, de repente, capaz de destruir a si próprio e a seu mundo. Surgia então a pergunta: quais mecanismos políticos são necessários para afastar essa destruição? Como podem tais mecanismos ser criados e tornados eficazes? Como podem ser mobilizadas potências éticas que moldam tais formas políticas e lhes conferem efetividade?

Na prática, por um longo período, foram a concorrência entre os blocos de poder reciprocamente opostos e o medo de iniciar a própria destruição com a destruição do outro que nos protegeram dos horrores da guerra nuclear. A demarcação recíproca do poder e o medo em torno da própria sobrevivência revelaram-se as forças salvadoras. Nesse meio tempo, não nos assombra mais tão intensamente o medo diante de uma grande guerra, mas o medo diante do onipresente terror que pode atacar e mostrar-se efetivo em qualquer local. Assim, a pergunta pelo direito e pelo

etos se deslocou: de que fontes se alimenta o terror? Como é possível ter êxito na missão de banir essa nova doença da humanidade a partir do seu interior?

Tutela da razão?

Ao mesmo tempo, é assustador que, ao menos em parte, o terror se legitime moralmente. As mensagens de Osama Bin Laden apresentam o terror como a resposta que os povos sem força e oprimidos dão à arrogância dos poderosos, como a justa punição à sua presunção e às suas arbitrariedade e crueldade blasfemas. Para os homens em determinadas situações políticas e sociais, tais motivações são evidentemente persuasivas. Em parte, o comportamento terrorista é apresentado como uma defesa de uma tradição religiosa contra o ateísmo da sociedade ocidental. Nesse ponto, impõe-se uma pergunta à qual nós igualmente devemos retornar: se o terrorismo é também alimentado por meio do fanatismo religioso (e ele o é), a religião é então um poder capaz de curar e salvar ou então, antes, um poder arcaico e perigoso que edifica falsos universalismos e, dessa forma, instiga a intolerância e o terror? A religião não deve, nesse caso, ser colocada sob a tutela da razão e ser cuidadosamente restringida? Com isso surge então a pergunta: quem pode fazer isso? Como se faz isso? Mas a pergunta geral permanece: a gradual extinção da religião, sua superação, deve ser encarada como um progresso necessário da humanidade, a fim de que ela alcance o caminho da liberdade e da tolerância universal, ou não? Nesse meio tempo, uma outra forma de poder foi deslocada para o primeiro plano, a qual, num primeiro momento, parece ser puramente benéfica e merecedora da aprovação de todos, mas, na realidade, pode

se tornar um novo tipo de ameaça aos homens. O homem é agora capaz de fabricar homens, produzi-los, por assim dizer, em um vidro com reagente. O homem se torna produto, e com isso se altera a relação dos homens consigo mesmo no seu fundamento mesmo. Ele não é mais um presente da natureza ou do Deus criador; ele é seu próprio produto. O homem desceu até o fundo do poço do poder, até a fonte de sua própria existência. A tentação de agora finalmente construir o homem direito, a tentação de fazer experimentos com humanos, a tentação de encarar os homens como lixo e eliminá-los não é uma fantasia de moralistas inimigos do progresso. Quando antes se nos impôs a pergunta se a religião é realmente uma potência moral positiva, então agora deve emergir a incerteza acerca da confiabilidade da razão. Afinal de contas, a bomba atômica também é um produto da razão; afinal de contas, a criação e a seleção de seres humanos foram inventadas pela razão.

Tutela da religião?

Portanto, agora a razão, inversamente, não deveria ser colocada sob supervisão? Mas por meio de quem ou de quê? Ou talvez a religião e a razão deveriam se demarcar mutuamente e cada uma deveria indicar os nichos da outra e a levar a seu caminho positivo? Nesse ponto coloca-se outra vez a pergunta: como em uma sociedade mundial, com seus mecanismos de poder e suas forças incontroláveis - assim como com os diversos pontos de vista do que seja direito e moral - pode ser encontrada uma evidência ética válida que tenha força de motivação e realização suficientes para responder aos desafios mencionados e ajudar a resistir-lhes? Primeiramente, é natural lançar-se um olhar nas situações históricas que são comparáveis às nossas, tanto quanto for possível verificar elementos de

comparação. Em todo caso, vale a pena lançar um breve olhar sobre o fato de que a Grécia conheceu suas "Luzes", que o direito legitimado pelos deuses perdeu sua certeza e de que se precisou indagar acerca dos mais profundos fundamentos do direito. Assim nasceu o pensamento: do lado oposto ao direito legal, que pode ser injusto, deve haver um direito, deve certamente existir um direito que vem da natureza, que vem do ser do próprio homem. Esse direito deve ser encontrado e compõe, então, o corretivo para o direito positivo. Mais próximo de nós, o olhar recai sobre uma dupla ruptura, que no começo dos tempos modernos se colocou a favor da consciência europeia e forçou o caminho para os fundamentos de uma nova reflexão acerca do conteúdo e da fonte do direito. Temos, inicialmente, o rompimento das fronteiras do mundo europeu, cristão, que se dá com o descobrimento da América. Agora o homem se depara com povos que não tomaram contato com a estrutura cristã de crença e de direito, que até então fora a fonte do direito para todos e a ele dava sua forma. Não há nenhuma comunhão jurídica com esses povos. Mas são eles então desprovidos de direito, como alguns afirmaram naquele tempo e como foi amplamente praticado por muito tempo, ou há um direito que perpassa todos os sistemas jurídicos, que aponta para homens como homens no seu ser um para o outro e os une? A segunda ruptura no mundo cristão ocorre dentro da própria cristandade pela fragmentação da fé, pela qual a comunidade de cristãos foi dividida -comunidades que se confrontaram reciprocamente em parte de maneira hostil. Novamente, trata-se de desenvolver um direito comum que antecede o dogma, ao menos um direito mínimo, cujos fundamentos não devem mais repousar na fé, mas na natureza, na razão do homem. O direito natural permaneceu, sobretudo na Igreja Católica a figura de argumentação com a qual ela recorre -nas discussões com a sociedade secular e com as comunidades de outras crenças - à

razão comum e busca os fundamentos para o entendimento acerca dos princípios éticos do direito em uma sociedade secular plural. Mas esse instrumento, infelizmente, se tornou gasto, e eu não gostaria, por isso, de me apoiar nele nesta discussão. A idéia do direito natural pressupôs uma noção de natureza na qual a natureza e a razão vão uma à outra. Essa visão da natureza, com a vitória da teoria da evolução, despedaçou-se.

Interculturalidade

Como último elemento do direito natural, o qual desejava ser, em um nível mais profundo, um direito racional, pelo menos nos tempos modernos, permaneceram os direitos humanos. Eles não são compreensíveis sem o pressuposto de que o homem como homem, simplesmente por sua filiação à espécie humana, é um sujeito de direitos, que sua existência carrega em si valores e normas que devem ser descobertos, mas não inventados. Talvez à doutrina dos direitos humanos devesse hoje em dia ser acrescida uma doutrina acerca dos deveres humanos e dos limites do homem, e isso poderia ajudar a atualizar a pergunta se não pode haver uma razão da natureza e, portanto, um direito racional para os homens e sua posição no mundo. Uma tal discussão deveria hoje ser constituída e exposta de maneira intercultural. Para os cristãos, tratar-se-ia da criação e do criador. No mundo indiano, a isso corresponderia o conceito de darma, a legitimidade interna do ser; na tradição chinesa, a idéia das ordenações do céu. Para mim, a interculturalidade compõe hoje uma dimensão indispensável para a discussão acerca dos fundamentos do ato de ser humano, que não pode ser conduzida nem unicamente dentro do universo cristão nem totalmente dentro de uma tradição racional ocidental. Ambas parecem, de acordo com o modo como se compreendem, universais e pretendem sê-lo

também de direito. Na realidade, elas precisam reconhecer que atingem somente partes da humanidade e também somente são inteligíveis a partes da humanidade. O número de culturas concorrentes é, de fato, muito mais limitado do que quer parecer em um primeiro olhar. É importante, sobretudo, notar que dentro dos espaços culturais não há mais unidade, mas que todos os espaços culturais são moldados por tensões profundamente arraigadas em sua própria tradição cultural. No Ocidente, isso é bem evidente. Mesmo quando a cultura secular de uma racionalidade restrita, acerca da qual Habermas nos deu um impressionante retrato, é amplamente dominante e entende a si mesma como elo, o entendimento cristão da realidade é, como tem sido até o momento, uma força efetiva. Ambos os pólos encontram-se em proximidade ou tensão diversas, em uma disposição de aprendizagem recíproca ou em uma recusa, mais ou menos enfática, de um em relação ao outro. O espaço cultural islâmico também é moldado por semelhantes tensões; do absolutismo fanático de um Bin Laden até as posturas que estão abertas a uma racionalidade tolerante estende-se um vasto arco. O terceiro grande espaço cultural, a cultura indiana, ou melhor, os espaços culturais do hinduísmo e do budismo, são, por sua vez, moldados por tensões semelhantes, mesmo que elas, ao menos para o nosso olhar, distingam-se de maneira menos dramática. Também essas culturas se vêem sujeitas tanto à reivindicação da racionalidade ocidental quanto às interpelações da fé cristã, estando ambas presentes ali. As culturas tribais da África e as culturas tribais da América Latina, novamente lembradas por certas teologias cristãs, completam esse quadro. Elas se mostram, de uma maneira ampla, como alicerces de uma racionalidade ocidental, mas também como alicerce da reivindicação universal da revelação cristã. O que decorre de tudo isso? Primeiramente, assim me parece, a não-universalidade factual das duas grandes

culturas do Ocidente -a cultura da fé cristã assim como a cultura da racionalidade secular-, por mais que as duas, em todo o mundo e em todas as culturas, cada uma do seu modo, contribuam em sua configuração. Nossa racionalização secular, por mais que ilumine nossa razão formada no Ocidente, não é sensata para qualquer "ratio"; ela, como racionalidade, em sua tentativa de se fazer evidente, se depara com limites. Sua evidência está factualmente vinculada a determinados contextos culturais e precisa reconhecer que, como tal, não pode ser compreendida por toda a humanidade e, por isso, nela, não pode operar nem mesmo de modo geral. Em outras palavras, a fórmula mundial, seja ela racional, ética ou religiosa, com a qual todos concordam e que poderia então sustentar o todo, não existe. Em todo caso, ela é atualmente inalcançável. Por isso, o assim chamado etos mundial permanece também uma abstração. O que há então para ser feito? Em relação às conseqüências práticas, eu concordo amplamente com o que Habermas expôs acerca de uma sociedade pós-secular, acerca da disposição de aprendizagem e da autolimitação de ambos os lados. Eu gostaria então de resumir minha própria visão em duas teses e concluir com isso.

Duplos limites

1) Nós vimos que há patologias na religião que são extremamente perigosas e que tornam necessário encarar a luz divina da razão como um, por assim dizer, órgão de controle, a partir do qual a religião sempre deve se deixar purificar e organizar novamente, o que foi, aliás, também a noção dos padres da igreja. Em nossa reflexão, porém, mostrou-se que também há patologias da razão (do que, hoje em dia, a humanidade em geral não tem exatamente consciência), uma hybris da razão, a qual não é menos perigosa, ao contrário, devido à sua potencial eficiência, muito

mais ameaçadora: a bomba atômica, o homem como produto. Por isso, por outro lado, a razão também deve ser lembrada em seus limites e aprender a disposição de ouvir as grandes tradições religiosas da humanidade. Quando ela se emancipa completamente e coloca de lado essa disposição de ouvir, essa capacidade de correlação, ela se torna destruidora. Eu falaria de uma necessária correlação entre razão e fé, entre razão e religião, as quais são convocadas para uma purificação e salvação recíproca, que se carecem mutuamente e que precisam reconhecer isso. 2) Essa regra fundamental deve ser então concretizada, no contexto intercultural de nossa atualidade, de forma prática. Sem dúvida, são a fé cristã e o racionalismo secular ocidental as duas partes principais dessa correlação. Pode e deve-se dizer isso sem falso eurocentrismo. Ambas as partes determinam a situação mundial em uma medida tal como nenhuma outra dentre as forças culturais. Mas isso certamente não significa que dever-se-ia colocar de lado as outras culturas como uma espécie de "quantité négligeable" [em francês no original: "quantidade negligenciável"]. Isso seria com certeza uma hybris ocidental, pela qual nós pagaríamos caro e, em parte, já pagamos. É importante para esses dois grandes componentes da cultura ocidental deixarem-se comprometer com um ouvir, com uma verdadeira correlação com essas culturas. É importante levá-las para dentro na tentativa de uma correlação polifônica, na qual elas próprias se abram para uma complementaridade essencial entre razão e fé, de modo que um processo universal de purificação possa se desenvolver, no qual as normas e os valores essenciais de alguma forma conhecidos ou pressentidos por todos os homens possam adquirir uma nova intensidade luminosa, de sorte que novamente possa vigorar na humanidade aquilo que segura o mundo.

ANEXO V

"Os secularizados não devem negar potencial de verdade a visões de mundo religiosas" - por Jürgen Habermas

O tema proposto para nossa discussão evoca uma pergunta que o historiador Ernst Wolfgang Böckenförde apresentou nos anos 60 por meio da seguinte fórmula concisa: o Estado liberal e secularizado consome pressupostos normativos que ele mesmo não pode garantir? Nisso se expressa a incerteza de que o Estado constitucional democrático possa renovar os pressupostos da sua existência a partir de seus próprios recursos, assim como a suspeita de que ele está voltado para tradições autóctones quanto a concepções de mundo ou religiosas, em todo caso, de modo coletivamente obrigatório, éticas. Isso colocaria o Estado, obrigado a uma neutralidade quanto a concepções de mundo, em dificuldade em vista do "fato do pluralismo". Entretanto somente essa inferência não fala contra a própria suposição. Em primeiro lugar, gostaria de especificar o problema de acordo com dois pontos de vista. Sob o ponto de vista cognitivo, a dúvida relaciona-se à questão se um domínio político, após uma total positivação do direito, ainda é acessível a uma justificação secular quer dizer, não religiosa ou pós-metafísica (1). Ainda que se conceda uma tal legitimação, subsiste, quanto ao ponto de vista motivacional, a dúvida se uma coletividade pluralista quanto a concepções de mundo pode ser estabilizada de um

modo normativo, portanto para além de um simples *modus vivendi*, pela subordinação a um entendimento de fundo, na melhor das hipóteses formal, limitado a procedimentos e princípios (2). Mesmo que se possa desmanchar tal dúvida, permanece o fato de que ordenamentos liberais se encontram direcionados para a solidariedade de seus cidadãos, e suas fontes poderiam, em consequência de uma secularização "descarrilada", fracassar completamente. Esse diagnóstico não pode ser recusado, mas não precisa ser entendido como se os cultos entre os defensores da religião estivessem, a partir disso, criando, até certo ponto, uma *mais-valia* (3). Em vez disso, vou sugerir que se entenda a secularização cultural e social como um processo didático duplo, que obriga as tradições do Iluminismo assim como as doutrinas religiosas a uma reflexão acerca de suas respectivas fronteiras (4). Em vista de sociedades pós-seculares, coloca-se a questão acerca de que atitudes cognitivas e quais expectativas normativas o Estado liberal precisa atribuir aos seus cidadãos crentes e descrentes no convívio entre si (5).

1. O liberalismo político (que eu defendo sob a forma especial de um republicanismo kantiano) é entendido como uma justificação não-religiosa e pós-metafísica dos fundamentos normativos do Estado constitucional democrático. Essa teoria encontra-se na tradição de um direito racional, que prescindia das suposições fortemente cosmológicas ou soteriológicas das doutrinas do direito natural, clássicas e religiosas. A história da teologia cristã na Idade Média, especialmente a escolástica tardia espanhola, pertence naturalmente à genealogia dos direitos humanos. Mas os fundamentos da legitimação da violência neutra quanto a concepções de mundo do Estado têm sua origem, no final das contas, nas fontes profanas próprias da filosofia dos séculos 17 e 18. Somente muito mais tarde, a teologia e a igreja dominaram as exigências espirituais do Estado constitucional revolucionário. No século 20, a fundamentação

pós-kantiana dos princípios constitucionais liberais ocupou-se menos com os vestígios do direito natural objetivo (como da ética material de valores) do que com formas históricas e empíricas de crítica. A tarefa central é a de esclarecer por que o processo democrático vale como um procedimento de uma normatização legítima: enquanto ele preencher as condições de uma formação de opiniões e vontades inclusiva e discursiva, ele fundamenta uma suposição da aceitabilidade racional das conseqüências; e por que a democracia e os direitos do homem, no processo de elaboração de uma Constituição, delimitam-se mutuamente a partir de uma mesma fonte: a institucionalização jurídica do procedimento de normatização democrática exige a garantia concomitante dos direitos fundamentais políticos e liberais. O ponto de referência dessa estratégia de justificação é a Constituição, que os cidadãos associados dão para si mesmos, e não a domesticação de uma violência do Estado subsistente, pois essa precisa primeiro ser gerada nos caminhos que perfazem a entrega da Constituição democrática. Uma violência de Estado "constitutiva" (e não apenas domada constitucionalmente) é legítima até o seu âmago. Ao passo que o positivismo da vontade do Estado - com raízes no período imperial - na teoria do direito de Estado alemã deixou um esconderijo para uma substância ética "do Estado" ou "do político" livre do direito, não há, no Estado constitucional, um sujeito dominador que se nutra de uma substância anterior ao direito. À luz dessa herança problemática, a pergunta de Böckenförde foi entendida como se uma ordem constitucional completamente positivada tivesse necessidade da religião ou de algum outro "poder de contenção" para a segurança cognitiva de seus fundamentos de validade. De acordo com tal leitura, a reivindicação de validade do direito positivo deve estar dirigida para uma fundamentação nas convicções pré-políticas e éticas de comunidades religiosas ou nacionais, pois uma tal ordem jurídica não pode ser

somente legitimada, auto-referencialmente, a partir de procedimentos jurídicos gerados democraticamente. Mas, contra uma compreensão do Estado constitucional baseada no direito hegeliano, a Constituição processualista, inspirada por Kant, insiste numa fundamentação dos fundamentos constitucionais, autônoma, racionalmente aceitável para todos os cidadãos, de acordo com sua pretensão. **2.** Parto do princípio de que a Constituição do Estado liberal pode financiar sua necessidade de legitimação de modo auto-suficiente, ou seja, a partir dos efetivos cognitivos de um orçamento argumentativo independente de tradições religiosas e metafísicas. Todavia, mesmo sob essa premissa, permanece uma dúvida quanto ao ponto de vista motivacional. Os pressupostos de existência normativos, do Estado constitucional democrático são, com respeito ao papel dos cidadãos do Estado, que se compreendem como sujeitos do direito, mais exigentes do que em relação ao papel dos cidadãos da sociedade, que são objetos do direito. De quem é objeto do direito espera-se somente que, ao apreenderem suas liberdades (e reivindicações) subjetivas, não ultrapassem as fronteiras legais. Algo diverso do que ocorre com a obediência diante de leis de liberdade compulsórias dá-se com as motivações e atitudes que se esperam de cidadãos do Estado no papel de co-legisladores. Estes deveriam apreender seus direitos de comunicação e participação de forma ativa, e não somente tendo em vista seus próprios interesses, mas de um modo que seja orientado pelo bem da comunidade. Isso exige um gasto motivacional dispendioso, que não pode ser obrigado legalmente. Um dever de participar das eleições seria, num Estado de Direito democrático, um corpo estranho na mesma medida que uma solidariedade decretada. A disponibilidade de ser responsável, dado o caso, por concidadão estranhos e que permanecem anônimos e de aceitar interesses gerais devem ser apenas esperados de cidadãos de coletividades liberais. Por isso as

virtudes políticas, mesmo quando são apenas "cobradas" em forma de troco, são essenciais para a existência de uma democracia. Elas pertencem à socialização nas práticas e modos de pensamento de uma cultura política liberal. O status da cidadania, até certo ponto, está encaixado numa sociedade civil que vive de fontes espontâneas -se se quiser, "pré-políticas". Disso não segue que o Estado liberal seja incapaz de reproduzir seus pressupostos motivacionais a partir de seus próprios efetivos seculares. Os motivos para uma participação dos cidadãos na formação política de opiniões e vontades alimentam-se, por certo, de planos de vida éticos e formas de vida culturais. Práticas democráticas, porém, desenvolvem uma dinâmica política própria. O Estado de Direito da Constituição democrática não garante, de fato, somente liberdades negativas para os cidadãos civis preocupados com seu próprio bem-estar; com a dispensa de liberdades comunicativas, ele também mobiliza a participação dos cidadãos na disputa pública acerca de temas que concernem a todos coletivamente. Assim, por exemplo, nos debates atuais em torno da reforma do Estado de Bem-Estar Social, da política de imigração, da Guerra do Iraque e da eliminação do serviço militar obrigatório, trata-se não somente de políticas singulares, mas sempre, também, da interpretação duvidosa dos princípios constitucionais e, implicitamente, do modo como nós, à luz da diversidade de nossos modos de vida culturais, do pluralismo de nossas concepções de mundo e convicções religiosas, queremos nos compreender como cidadãos da Alemanha e como europeus. De fato, numa retrospectiva histórica, um pano de fundo religioso comum, uma língua comum e, sobretudo, o despertar da consciência nacional foram benéficos para o surgimento de uma solidariedade cidadã altamente abstrata. As disposições republicanas nesse meio tempo, porém, desprenderam-se amplamente desses lastros pré-políticos. Pensem-se nos discursos ético-políticos acerca do

Holocausto e da criminalidade em massa: eles tornaram os cidadãos alemães conscientes da Constituição como aquisição.

3. De acordo com as considerações feitas até agora, a natureza secular do Estado constitucional democrático não apresenta nenhuma fraqueza intrínseca ao sistema político como tal. Com isso, não estão sendo colocadas de lado causas externas. Uma modernização descarrilada da sociedade no seu todo poderia muito bem tornar o vínculo democrático frouxo e enfraquecer o tipo de solidariedade para o qual o Estado democrático, sem que a possa obrigar juridicamente, está orientado. Evidências para um tal esmigalhamento da solidariedade cívica mostram-se no contexto mais amplo de uma dinâmica politicamente descontrolada formada pela economia mundial e a sociedade mundial. Mercados, que não podem ser democratizados como administrações estatais, assumem, de modo crescente, funções de comando em setores da vida que até então eram mantidos coesos de forma política ou pelas de formas de comunicação pré-políticas. Dessa forma, não somente esferas privadas, em uma taxa crescente, são redirecionadas para mecanismos de ação cuja orientação é o sucesso, orientação que em cada caso depende de preferências próprias; também a esfera que é vencida pelas pressões públicas de legitimação está encolhendo. O privatismo cívico é fortalecido pela desencorajadora perda de função de uma formação de opiniões e vontades democrática, que por enquanto somente funciona nas arenas nacionais pela metade e por isso não alcança mais os processos decisórios deslocados para planos supranacionais. Também a esperança, em via de desaparecer, de um poder de configuração político da comunidade internacional estimula a tendência da despolitização dos cidadãos. Em vista dos conflitos e das gritantes injustiças sociais de uma sociedade mundial altamente fragmentada, cresce a decepção com cada

novo insucesso no caminho (primeiramente adotado após 1945) de uma constitucionalização do direito dos povos. Um ceticismo radical quanto à razão é, por princípio, estranho à tradição católica. Mas o catolicismo teve dificuldade para lidar, até os anos 60 do século passado, com o pensamento secular do humanismo, do iluminismo e do liberalismo político. Assim, hoje novamente encontra ressonância o teorema de que uma modernidade contrita só pode ser auxiliada para fora de um beco sem saída por meio de uma orientação religiosa dirigida para um ponto de referência transcendental. Considero melhor a questão se uma modernidade ambivalente irá se estabilizar a partir das forças seculares de uma razão comunicativa, que não deve ser levada ao extremo por meio de uma crítica da razão, mas que deve ser tratada de forma não-dramática, como uma questão empírica em aberto. Com isso, não quero incluir o fenômeno da permanência da religião em um ambiente ainda secularizado como um fato puramente social.

4. Em oposição à moderação ética de um pensamento pós-metafísico, do qual subtrai-se todo conceito obrigatório acerca da vida boa e exemplar, nas Escrituras sagradas e nas tradições religiosas articularam-se intuições acerca do erro e da libertação, do fim salvador de uma vida experimentada como sem solução, que, por séculos, foram sutilmente soletradas até a exaustão e mantidas hermeneuticamente despertas. Por isso, na vida comunitária de sociedades religiosas, contanto que elas somente evitem o dogmatismo e a coação moral, pode permanecer algo intacto que alhures se perdeu e que, somente com o conhecimento profissional de especialistas não pode ser restabelecido -refiro-me a possibilidades de expressão e sensibilidades suficientemente diferenciadas para uma vida fracassada, para patologias sociais, para o malogro de projetos individuais de vida e para a deformação de contextos desfigurados de vida. A interpenetração entre cristandade e metafísica grega não

produziu apenas a forma espiritual da dogmática teológica e a helenização - não em todos os aspectos - benéfica da cristandade. Também fomentou uma apropriação de conteúdos genuinamente cristãos pela filosofia. Esse trabalho de apropriação transformou o sentido originariamente religioso, mas não o deflacionou ou consumiu de modo que o esvaziasse. A tradução da crença na imagem de Deus presente no homem para a dignidade igual - e a ser necessariamente observada por todos os homens - é uma tal tradução salvadora. Ela torna acessível o conteúdo de conceitos bíblicos para além das fronteiras de uma comunidade religiosa para o público genérico dos que não crêem ou crêem em outra coisa. Benjamin foi um que às vezes obtinha sucesso em tais traduções. Assim, é do próprio interesse do Estado constitucional circular de forma que mantenha contato com todas as fontes culturais das quais se alimenta a consciência normativa e a solidariedade dos cidadãos. Essa consciência, que se tornou conservadora, espelha-se no discurso da "sociedade pós-secular". Com isso não se aponta apenas para o fato de que a religião se afirma num ambiente crescentemente secular e de que a sociedade, por agora, conta com a permanência das comunidades religiosas. O termo "pós-secular" também não confere às sociedades religiosas apenas o reconhecimento público pela contribuição funcional que ela executa em vista da reprodução de motivos e atitudes desejáveis. Na consciência pública de uma sociedade pós-secular, espelha-se muito mais um juízo normativo que tem conseqüências para o contato político entre cidadãos não-crentes e crentes.

5. De um lado, a consciência religiosa foi forçada a processos de acomodação. Toda religião é, originariamente, "imagem do mundo" ou "doutrina compreensiva", também no sentido de que reivindica a autoridade de estruturar uma forma de vida no seu todo. Essa reivindicação de um monopólio interpretativo e de uma configuração

abrangente da vida a igreja teve de abandonar devido às condições impostas pela secularização do saber, da neutralização da violência do Estado e da liberdade geral de credo. Com a diferenciação funcional de sistemas sociais parciais, também a vida das comunidades religiosas separa-se dos seus ambientes sociais. O papel do membro da comunidade diferencia-se daquele do cidadão. E, como o Estado liberal se direciona para uma integração política dos cidadãos que ultrapasse um mero *modus vivendi*, essa diferenciação das instâncias das quais alguém é membro não pode se esgotar numa acomodação cognitivamente despreziosa do etos religioso a leis da sociedade secular impostas. Muito mais do que isso, o ordenamento jurídico universalista e a moral social igualitária precisam ser unidos, a partir de dentro, ao etos da comunidade de tal forma que um, consistentemente, resulte do outro. Essa expectativa normativa, com a qual o Estado liberal se defronta com as comunidades religiosas, coincide com os próprios interesses delas à medida que se lhes abre a possibilidade de desempenhar, para além do espaço público político, uma influência própria sobre a sociedade como um todo. De fato, o peso das conseqüências da tolerância, como mostram as regras de aborto mais ou menos liberais, não se divide simetricamente entre crentes e não-crentes. A compreensão da tolerância própria de sociedades pluralistas que possuem uma Constituição liberal não encoraja apenas os crentes, no convívio com quem não crê ou crê de outro modo, a perceber que eles precisam contar, de modo racional, com a permanência de um dissenso. Por outro lado, a mesma percepção, no quadro de uma cultura política liberal, é exigida dos não-crentes no contato com os crentes. A neutralidade, quanto às concepções de mundo, da violência do Estado - que garante as mesmas liberdades éticas para cada cidadão - é incompatível com a generalização política de uma visão de mundo secularizada. Cidadãos

secularizados, enquanto se apresentarem nos seus papéis de cidadãos, não devem negar, fundamentalmente, um potencial de verdade a visões de mundo religiosas nem colocar em questão o direito dos concidadãos crentes de contribuir, por meio de uma linguagem religiosa, para com discussões públicas. Uma cultura politicamente liberal pode esperar até mesmo dos seus cidadãos secularizados que tomem parte dos esforços em traduzir contribuições relevantes da linguagem religiosa para uma linguagem que seja publicamente acessível.