

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

**A EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL COM A ANTECIPAÇÃO DA PARTE
INCONTROVERSA DO PEDIDO**

Wiliam Loro de Oliveira

PIRACICABA

2008

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

A EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL COM A ANTECIPAÇÃO DA PARTE
INCONTROVERSA DO PEDIDO

Wiliam Loro de Oliveira

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

2008

**A EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL COM A ANTECIPAÇÃO DA PARTE
INCONTROVERSA DO PEDIDO**

Wiliam Loro de Oliveira

Banca Examinadora

.....
Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida

Orientador

.....
Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

.....
Prof^a. Dr^a. Wilges Ariana Bruscato

DEDICATÓRIA

*A minha amada esposa e amiga **ANELISE**, por existir
e compartilhar sua vida comigo e, por ter me dado
a mais linda das flores do jardim
nossa filha **RAFAELLA**, razão do meu viver e,
a quem dedico minha vida.*

AGRADECIMENTOS

A **DEUS**, pela presença constante em minha vida e por possibilitar mais essa conquista.

A meus pais **LÁZARO E IRENE**, aos quais devo tudo o que eu sou, e por ter acreditado e me dado forças para mais esta conquista.
Obrigado por tudo, amo vocês.

Aos meus irmãos **Elisabete** e **Flávio**, ela mais presente e do seu jeito, me incentivando, ele de longe me dando apoio para esta conquista.

A minha amada esposa **Anelise** e minha filha **Rafaella**, pela compreensão da privação de importantíssimas horas do convívio familiar, foi por uma boa causa.

A toda minha família por fazerem parte de minha vida, a minha conquista também é de vocês.

Aos meus verdadeiros amigos, pela consideração, e apoio nesta empreitada

Em especial ao meu orientador, mestre e amigo **Dr. Jorge Luis de Almeida**, sábio de voz serena, pela confiança, carinho e dedicação, não só na orientação deste trabalho, mas em todo o curso;

Agradeço a todos os professores, pelo carinho e dedicação dispensados durante toda a nossa convivência.

*“A verdadeira descoberta não consiste
em buscar novas paisagens,
mas em ter novos olhos.”*

Marcel Proust

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a efetividade da antecipação da parte incontroversa do pedido, extraído do § 6º do Art. 273 do CPC seu real objetivo, qual seja, a celeridade da entrega da prestação jurisdicional. O problema existente, a respeito do assunto, é como operar a efetividade do instituto, pois com os dogmas do sistema processual, sem que haja uma relativização e um estudo no sentido de abrandar o formalismo, de nada adianta o conteúdo do referido dispositivo. No mundo atual, na era globalizada, diante do quase colapso em que vive o Judiciário, é necessário encontrar novas maneiras para que a prestação jurisdicional seja entregue num tempo razoável, para que se cumpra o ideal de justiça. A sociedade não mais admite estagnação das instituições, o Judiciário já está, ainda que de maneira tímida, encontrando mecanismos tecnológicos para acelerar e simplificar a tramitação dos processos. O Direito Processual, especialmente o Civil, não pode ficar preso a dogmas antigos, com argumentos arcaicos e ultrapassados, baseados na segurança jurídica. O presente estudo mostra que é possível dar celeridade ao processo, respeitando a segurança jurídica. Entretanto, para que seja efetiva a prestação jurisdicional, com a antecipação da parte incontroversa do pedido, é necessário uma nova visão do processo, deixando de lado o excesso de formalismo e partindo para uma decisão definitiva, sobre a qual não caiba mais discussão no decorrer do processo, tal como uma cisão ou uma meia sentença, ou a execução de uma declaração baseada no pedido que se mostrou incontroverso. O fato é que o legislador vem buscando alternativas para a celeridade. Exemplo disso é o da nova execução, em que a sentença não mais põe fim ao processo e, sim, finaliza uma parte, a de conhecimento, para que seja dado início à segunda parte, qual seja o cumprimento da sentença. Já é um caminho para aceitação de uma sentença que possa ser cindida, e é nesse sentido que o presente trabalho pretende contribuir, a fim de que as idéias sejam discutidas, mas sem a sustentação de dogmas radicais que não passam de empecilhos ao desenvolvimento do sistema processual.

ABSTRACT

This paper has the scope to examine the anticipation effectiveness from the uncontroversial part from the request, drawing from Paragraph 6 of Art 273 of the CPC their real purpose is, the court provision delivering celerity. The problem concerning in the issue, is how to operate the institute effectiveness, seeing that with the dogmas of the procedural system, without a relativization and an aimed study of reducing the formalism, it is not important the device content. Nowadays, in the globalized age, before the near collapse inside the Judiciary, it is necessary to find out new methods of returning the provision in a reasonable time, to enforce the ideal of justice. The society no longer accepts the institutions stagnation, the judiciary is looking for technology mechanisms to accelerate and simplify the processing of cases. The Procedural Law, especially the Civil one, cannot be connected in antique dogmas, with archaic and outdated arguments, based on legal confidence. This paper demonstrates that it is possible to accelerate the process, respecting legal confidence. Nevertheless, to have an effective provision court, with the uncontroversial part anticipation of the application, it is necessary a new process view, forgetting the formality excess and approaching a permanent decision where discussion is not available during the process, such as a division or a half sentence, or the declaration implementation based on the request which was uncontroversial. The fact is that the legislator is looking for alternatives to the celerity. One example of this is the new execution, which the judgement no longer ends the sentence but finishes just the recognition part, to start the second part, that is the enforcement of the judgement. It is a way to the acceptance of a sentence that can be divided, and it is in this way that this project intend to contribute to the ideas that can be discussed, but without the support of radical dogma that are impediments to the system procedure development.

RESUMEN

Este trabajo tiene el alcance para examinar la eficacia de la previsión de poco parte de la solicitud, basándose en el párrafo 6 del artículo 273 del CPC de su verdadero objetivo, es decir, la velocidad de entrega de la disposición judicial. El problema relativo a la cuestión, es la forma de operar de la eficacia del instituto, ya que con los dogmas del sistema procesal, sin la cual no es una relativización y un estudio encaminado a frenar el formalismo, nada hace que el contenido de dicho dispositivo. En el mundo de hoy, en la era globalizada, antes de la caída de los que viven cerca de la judicatura, es necesario encontrar nuevas formas de que el tribunal se pronunció en un plazo razonable, para cumplir con el ideal de la justicia. La sociedad ya no acepta el estancamiento de las instituciones, el poder judicial es, sin embargo, tímida manera, la tecnología de la búsqueda de mecanismos para acelerar y simplificar el procesamiento de los casos. El Derecho Procesal, especialmente Civil no puede quedar atascado en dogmas de edad, con argumentos arcaicos y obsoletos, sobre la base de la seguridad jurídica. Este estudio muestra que es posible acelerar el proceso, respetando la seguridad jurídica. Sin embargo, para ser eficaz la prestación tribunal, con la previsión de poco parte de la solicitud, necesitamos una nueva visión del proceso, dejando de lado el exceso de formalidad y salgan de una decisión final en la que no encaja en la mayoría de los debates durante la Proceso, como una división o de la mitad oración, o la aplicación de una declaración basada en la solicitud que fue poco. El hecho es que el legislador es la búsqueda de alternativas a la velocidad. Un ejemplo de ello es la nueva ejecución, en el que la sentencia ya no pone fin al proceso y, sí, la finalización de una parte, del reconocimiento, que se da inicio a la segunda parte, que es el cumplimiento de la sentencia. Se trata de un camino a la aceptación de la pena que puede dividirse, y eso es lo que este trabajo es contribuir a fin de que las ideas que se están debatiendo, pero sin el apoyo de radicales dogma de que nada más de los impedimentos para el desarrollo del sistema de procedimiento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSUAL.....	15
1.1. Inafastabilidade do controle jurisdicional – O direito de Ação.....	17
1.2. Devido Processo Legal – Due Process of Law.....	18
1.2.1. Contraditório.....	19
1.2.2. Ampla Defesa.....	20
1.3. Igualdade.....	20
1.4. Juiz Natural.....	22
1.5. Publicidade dos atos processuais.....	23
1.6. Garantia da razoável duração do processo.....	24
Instituída na reforma do Poder Judiciário, com a EC-45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88, dispondo que a todos são assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.....	24
II – O PROCESSO COMO INSTRUMENTO.....	27
2.1. Evolução Histórica do processo.....	27
2.2. Aspectos relevantes da instrumentalidade.....	34
2.3. Formalismo processual.....	36
2.3.1. O Problema da morosidade.....	38
2.4. Efetividade X Segurança Jurídica.....	45
III – TUTELAS DE URGÊNCIA.....	50
3. Poder geral de cautela.....	50
3.1. Tutela Cautelar.....	53
3.2. Tutela Antecipada.....	54
3.3. Diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada.....	57
IV – SURGIMENTO DA PARTE INCONTROVERSA DO PEDIDO.....	61
4.1. Espécies.....	61
4.1.1. Reconhecimento parcial do pedido do autor.....	62
4.1.2. Produção de prova inequívoca.....	64
4.1.3. Incontrovérsia por confissão.....	66
4.1.4. Incontrovérsia pela revelia.....	67
4.1.4.1. Contestação genérica.....	68
4.1.5 Distinção entre não contestação e revelia.....	70
4.1.6. A não contestação no Direito Italiano.....	71
4.2. Pedido incontroverso e o cabimento da tutela antecipada.....	73
4.2.1 Natureza jurídica do provimento.....	73
4.2.4. A antecipação da incontrovérsia como distribuição igualitária do tempo no processo.....	75
4.2.5. Abuso do direito de recorrer.....	78
V – A EFETIVIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA PARTE INCONTROVERSA DO PEDIDO.....	81
5.1. Da antecipação da decisão final – efeitos da tutela.....	81
5.1.1. Pedido incontroverso e execução provisória.....	83
5.1.1.1. Decisão interlocutória ou sentença parcial.....	86
5.1.1.2. O dogma da impossibilidade da cisão da sentença.....	87
5.2. Efetividade da antecipação da parte incontroversa do pedido.....	89

5.2.1. Estabelecimento de uma decisão definitiva no curso do processo como solução para efetividade da medida.....	90
5.2.2. O Reconhecimento do pedido e decisão declaratória – execução. .	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	98
ANEXOS	104

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a análise da efetividade da antecipação da tutela face à parte incontroversa do pedido. Seu foco será o problema prático de se efetivar a antecipação da parte do pedido que se mostra evidenciado e incontroverso, procurando encontrar possíveis propostas para amenizar o referido problema.

É preciso que o processo seja prático, com menos formalismo, para que o litígio seja resolvido de maneira mais rápida e célere, contribuindo para o descongestionamento processual e a efetividade da tutela jurisdicional.

Para tanto, serão analisados vários aspectos, tais como: o problema do acúmulo de processos no Judiciário, a antecipação do pedido incontroverso e as garantias processuais constitucionais; o formalismo processual e seu excesso, e possíveis soluções para que realmente se efetive a antecipação da tutela do pedido incontroverso como forma de diminuir a angústia do jurisdicionado que tem razão, diante da morosidade da justiça.

Será abordado ainda, no decorrer no presente trabalho a instrumentalidade do processo, os seus aspectos positivos e negativos e suas conseqüências. Outro ponto é a morosidade processual e a busca da efetividade, analisando-a em oposição à segurança jurídica.

Para a análise propriamente do tema proposto, serão abordadas as formas de surgimento da controvérsia dentro do processo civil, desde o reconhecimento parcial do pedido pelo autor, passando pela produção de prova

inequívoca, pela confissão, revelia até a contestação genérica, analisando ainda aspectos do Direito Comparado, principalmente do Direito Italiano.

Com o surgimento da parte incontroversa do pedido, será analisado possíveis conflitos com o sistema processual vigente, e eventuais soluções para que se tenha uma real efetividade do provimento, baseado no pedido incontroverso.

No trabalho será analisada a evolução histórica do processo até chegar ao instituto da tutela antecipada e os aspectos concernentes ao tema proposto.

Tem, portanto, o presente trabalho o escopo analisar especificamente o disposto no §6º do Art. 273 do Código de Processo Civil, encontrando uma forma real de sua efetividade, para superar os dogmas existentes, procurando estabelecer meios de garantir que os princípios constitucionais de acesso à justiça do Art. 5º, inc. XXXV e do novel inciso do mesmo artigo, qual seja o LXXVIII, traduzido na duração razoável do processo sejam eficazmente aplicados sem, contudo, ferir os demais princípios constitucionais norteadores do processo, analisando as antinomias criadas, que não são poucas, aliás, tarefa deveras árdua.

O que se pretende de fato é traçar a efetividade do dispositivo em estudo, e demonstrar uma possível mudança no sistema processual brasileiro, para que tenhamos, quando da ocorrência da antecipação da parte incontroversa do pedido, uma decisão definitiva e seu conseqüente cumprimento como tal, e não uma decisão interlocutória, de cumprimento provisório com possibilidade de revogação a qualquer momento e também na sentença.

A elaboração deste trabalho foi baseada em pesquisa bibliográfica, atendendo aos rigores técnicos. O método de redação escolhido foi o dedutivo, dando ênfase aos pontos fundamentais, tendo como fonte de pesquisa a vasta doutrina brasileira, o Direito estrangeiro, legislação e outras fontes que se fizeram necessárias e que abordaram o tema proposto.

Serão analisadas propostas para que se encontre a efetividade do provimento, seja a da cisão da sentença, ou seja, uma decisão definitiva do pedido incontroverso no decorrer do processo; ou a execução da declaração que antecipou o pedido que se mostrou incontroverso. Referidas propostas encontrarão suporte em nosso ordenamento e servirão, sem a pretensão de serem absolutas, como forma de divisão do tempo no processo, dando efetividade ao provimento.

Portanto, com a presente pesquisa, será abordada uma revisão de antigos e ultrapassados dogmas, sem, contudo, romper com as formas processuais e sim o formalismo exagerado que emperra a distribuição efetiva de justiça.

I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSUAL

O conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida que a doutrina dá o nome de lide, na esfera do Judiciário, é resolvido através do processo. Para que esse alcance seu objetivo de solucionar a lide e entregar à parte vencedora o provimento jurisdicional, deve atender a princípios constitucionais norteadores de sua atuação.

Vamos analisar neste capítulo inicial os princípios constitucionais processuais, os quais não são infringidos quando surge uma incontrovérsia e a tutela é antecipada. Aliás, a efetividade da antecipação da parte incontroversa do pedido, ficou mais evidente com a garantia constitucional da duração razoável do processo, que será analisada no final deste capítulo.

Segundo José Afonso da Silva¹ os princípios constitucionais dividem-se basicamente entre princípios políticos constitucionais e princípios jurídico-constitucionais.

Os princípios político-constitucionais caracterizam-se pelas posturas e decisões políticas fundamentais inerentes a particular forma de existência de nação².

Já os princípios jurídico-constitucionais são constitucionais informadores da ordem jurídica nacional. São decorrentes de normas constitucionais,

¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo:Malheiros, 2007, p.92.

² SCHIMIT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Munchen, 1928, de que existe tradução espanhola, **Teoria de la constitución**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, sd. *apud*, SILVA, José Afonso, op. cit.

constituindo desdobramentos dos princípios fundamentais e dos princípios de garantias (v.g. devido processo legal, o do juiz natural, contraditório, inafastabilidade da apreciação do poder judiciário entre outros) ³.

Em se tratando de Constituição, como lei maior e diretiva do ordenamento jurídico, tem-se a hierarquia dos princípios constitucionais, os quais servirão de norte intransponível para a elaboração das mais variadas leis.

Como todo Estado Democrático de Direito, se sujeita à lei, mas da lei que tem em si a realização do princípio da igualdade e da justiça, e nos dizeres do ilustre Mestre José Afonso da Silva⁴, “realize o princípio da igualdade e a justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da equalização das condições dos socialmente desiguais”.

No que se refere ao Direito Processual, a Constituição assegura principiologicamente formas de atuação, atendendo e assegurando aos jurisdicionados procedimentos a serem seguidos, sob pena de inconstitucionalidades dos atos.

O Direito Constitucional Processual é caracterizado pelas garantias fundamentais dos princípios jurídico-constitucionais, principalmente aqueles inseridos no art. 5º, XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LVII e LX, por último o inciso inserido pela EC 45, qual seja, LXXVIII, caracterizando garantias fundamentais.

Tem-se, portanto, que pelos princípios processuais constitucionais, a Constituição faz prevalecer, de forma mediata ou imediata o substrato das noções e posturas a serem adotadas pela legislação infraconstitucional, em relação ao processo, procedimento e jurisdição.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.p.172.

⁴ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p.95.

Referidos princípios que devem prevalecer acima de quaisquer outros, decorrentes da dignidade da pessoa humana, são: do devido processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade (isonomia), da liberdade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade, razoabilidade da duração do processo.

1.1. Inafastabilidade do controle jurisdicional – O direito de Ação

Tem-se o referido princípio como a principal garantia dos direitos subjetivos. Denominado também como princípio da proteção judiciária⁵, é fundamentado no princípio da separação dos poderes.

Oriundo do inciso XXXV do Art. 5º da Constituição Federal, que dispõe: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*. A Carta Magna acrescenta a ameaça a direito, possibilitando a tutela jurisdicional mesmo a direitos simplesmente ameaçados, o que já era possível nas leis processuais.

O referido princípio apresenta duas garantias patentes. A primeira é que cabe ao Judiciário o monopólio da jurisdição, ou seja, de pacificação do conflito de interesse da convivência do homem em sociedade. A segunda se traduz na possibilidade de se invocar o Poder Judiciário sempre que existir uma lesão ou ameaça de lesão a direitos, individuais, coletivos ou difusos.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 430.

“A função jurisdicional é substitutiva da vontade das partes na aplicação do Direito: a autotutela (salvo em casos especialíssimos, como legítima defesa) é substituída pela tutela estatal, ou seja, a lide será resolvida pelos órgãos judiciários que substituem a vontade privada”.⁶

O inciso em apreço garante a invocação da atividade jurisdicional, como direito público subjetivo.

“Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inciso LV do mesmo artigo.”⁷

O Magistério de Enrico Túlio Liebman⁸ a respeito nos ensina que:

“O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representa a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos”.

1.2. Devido Processo Legal – Due Process of Law

Confere proteção especial aos cidadãos no sentido de que, ninguém será privado da liberdade – garantia maior de um estado democrático de direito – ou de seus bens sem o devido processo legal. Corroborando o referido princípio, é assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo,

⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 659

⁷ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 431.

⁸ **Manuale di diritto processuale civile**. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1973, 1/10 v. trad. portuguesa de DINAMARCO, Candido Rangel. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

também aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com todo os recursos a eles adstritos.

A seguir serão analisados os corolários do *due process of law*, contraditório e ampla defesa.

1.2.1. Contraditório

O contraditório como corolário do princípio do devido processo legal é assegurado pelo Art. 5º, LV da CF/88. É garantido a todos em processos judiciais ou administrativos. É inerente a todos os que participam do processo, sejam partes do processo ou da demanda.

Para o tema do presente trabalho, o princípio do contraditório é bastante importante, tendo em vista que, a incontrovérsia do pedido evidenciado, se perfaz com observação a este princípio.

O referido princípio se traduz na possibilidade do réu manifestar-se de modo contrário ao que foi deduzido pelo autor e vice-versa, podendo, inclusive, apresentar contraprova. É importante ressaltar que o contraditório perdura por todo o processo, inclusive na fase recursal, devendo-se dar oportunidade à parte contrária sempre que a outra parte se manifestar, salvo raríssimas exceções v.g. embargos de declaração (Art. 535 do CPC).

Outro ponto importante do contraditório, em relação a presente dissertação é que, uma vez aberta a possibilidade da parte se manifestar e assim não procede, permanecendo inerte, não se pode falar que se feriu o contraditório. Tem-se dessa forma, um dos exemplos do surgimento da incontrovérsia, a revelia, que embora tenha havido possibilidade de

manifestação de contestação, ou sendo a mesma apresentada, não foi atacado o ponto controvertido, a parte queda-se inerte, evidenciando o pedido incontroverso.

Corolário a isso, é que também não fere o contraditório a concessão de liminares *inaudita altera parte* ou de tutela antecipada⁹, o que nos interessa no presente trabalho.

1.2.2. Ampla Defesa

Extraído do mesmo dispositivo acima comentado, qual seja, o inc. LV do Art. 5º da CF, afirma a melhor doutrina, que não existe possibilidade de privação da liberdade ou dos bens das pessoas, sem lhes dar a possibilidade, no âmbito apropriado, de toda e qualquer forma de defesa possível.

“Realmente, ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens, sem que lhe propicie a produção de ampla defesa (*nemo inauditus damnari potest*) e, por via de conseqüência esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo”.¹⁰

1.3. Igualdade

O princípio da igualdade tão almejado por alguns povos e base de sustentação de um Estado Democrático de Direito, é tratado no Art. 5º. *caput* e

⁹ CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 15.

¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 60.

inciso I da CF/88, podendo ser encarado sob dois aspectos, quais sejam, igualdade formal e igualdade material.

O mencionado artigo mostra que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Tem-se, portanto, uma igualdade formal, aparentemente, mas isso só não basta, é mister a busca de uma igualdade material, na medida em que a lei deverá buscar o tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Entretanto não é tarefa fácil, o ponto de dificuldade é saber até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade.

A esse respeito, Paulino Jacques¹¹, assevera que, “O princípio da igualdade é o que mais tem desafiado a inteligência humana e dividido os homens”.

Kildare Gonçalves Carvalho¹², comentando a passagem acima, obtempera que:

“De fato, a igualdade formal, entendida como igualdade de oportunidades e igualdade perante a lei, tem sido insuficiente para que se efetive a igualdade material, isto é, a igualdade de todos os homens perante os bens da vida, tão enfatizada nas chamadas democracias populares, e que, nas Constituições democráticas liberais, vem traduzida em normas de caráter programático, como é o caso da Constituição Brasileira.”

Na clássica monografia de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ – sobre o tema princípio da igualdade, parece ter encontrado critérios sólidos e coerentes

¹¹JACQUES, Paulino, **Da igualdade perante a lei**. Rio de Janeiro: A noite, 1947. *apud*, CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito constitucional didático*. p. 401.

¹²Idem. *Ibid.*, p. 402

¹³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p.21.

sobre o tema, estabelecendo três questões a serem consideradas, com o escopo de se verificar a respeitabilidade ou não do referido princípio. Havendo o desrespeito a qualquer delas, leva indubitavelmente à ofensa a isonomia.

São elas:

“a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.”

1.4. Juiz Natural

A Constituição Federal, dentre os direitos e garantias fundamentais, estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção não podendo ninguém ser processado nem sentenciado a não ser pela autoridade competente¹⁴.

O referido princípio é um desdobramento da regra de igualdade. Resume-se no inafastável mister de predeterminação de um juízo competente tanto para o processo como para o julgamento, vedando-se toda e qualquer forma de designação de tribunais para casos determinados.¹⁵

O que se pretende com o referido princípio é a proibição de criação de tribunal de exceção, ou seja, a criação de um órgão julgador específico para

¹⁴ LENZA Pedro, **Direito constitucional esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2004. p. 428.

¹⁵ Idem. Ibid. p. 429.

julgar um caso precedente, a exemplo do que ocorreu em terras iraquianas para julgar seu ex-governante.

*“A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que 1) não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção; 2) todo têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”.*¹⁶

1.5. Publicidade dos atos processuais

Também é garantia processual constitucional a publicidade dos atos processuais, de acordo com o Art. 5º, inc LX da CF/88. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais – regra – quando estiverem em jogo a defesa da intimidade, também um direito fundamental (Art. 5º inc. X da CF/88) ou o interesse social, situações de exceção.

O referido princípio também é consagrado no art. 155 do Código de Processo Civil Brasileiro, representando umas das garantias do processo e da distribuição de justiça¹⁷.

Confere a todos, partes do processo (demanda) ou não a faculdade de assistir a todos os atos que se realizam em audiência, exceto nos processos

¹⁶ NERY Junior, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. (Série Col. Estudos de Direito de Processo Enrico Túlio Liebmann, v. 31).p. 238.

¹⁷ GRECO Filho, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol II. p. 8.

que correm em segredo de justiça, justificado pela natureza da lide e pelo interesse público, como corolário ao texto constitucional.

1.6. Garantia da razoável duração do processo

Instituída na reforma do Poder Judiciário, com a EC-45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88, dispondo que a todos são assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O que afeta ao presente trabalho é o processo judicial, resultado do direito de ação (Art. 5º, XXXV da CF/88) assunto já discorrido acima. Precisamente, quando se aplica o parágrafo 6º do art. 273 do Código de Processo Civil, além de antecipar o pedido que se mostrou incontroverso, conforme será visto adiante, distribui-se o tempo do processo entre autor e réu, equilibrando a relação processual, garantindo uma resposta jurisdicional em um tempo razoável.

Aliás, o fator tempo, dentro da ótica processual, é de suma importância, pois a justiça tardia configura-se, na maioria dos casos, como injustiça, lesando as partes, no sentido de frustrar as expectativas sociais e políticas, consubstanciadas nas garantias que o direito deveria outorgar.

A respeito, a lição de Francisco Carlos Duarte¹⁸ demonstra que:

“A demora na prestação jurisdicional em si constitui, nesses termos, uma afronta ou um agravamento da lesão da parte. Criaram-se, nesse prisma, regras voltadas ara as decisões de

¹⁸ DUARTE, Francisco Carlos. **Revista de processo** [do Instituto Brasileiro de Direito Processual]. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, nº148, junho 2007.

urgência, destinadas a amparar o direito lesionado ou ameaçado pela demora da prestação judicial.”

Com a inserção deste dispositivo no texto constitucional, fundamentou-se o preceito processual implícito no §6º do Art. 273 do CPC.

“De fato, o acesso à justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil, para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize como declarado. Demais, a norma acena para a regra da razoabilidade cuja textura aberta deixa amplas margens de apreciação, sempre em função de situações concretas.”¹⁹

Ademais, os direitos fundamentais servem, dentre suas multifacetadas utilidades, em emprestar uma interpretação constitucional às legislações de grau inferior. No que tange a presente pesquisa, o inciso incluído com a EC-45/2004, fez com que, a interpretação do §6º do 273 do CPC, passasse a ser tida como meio de garantir uma entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável.

É assim, portanto, que o referido dispositivo processual deve ser encarado a partir da EC-45, para fazer valer a garantia constitucional ali inserida.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 432.

Corroborando esse entendimento, assentando o raciocínio de um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tem-se as lições de Daniel Mitidiero²⁰:

“Não há dúvidas que existe, no direito brasileiro, direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88) e que essa proteção judicial tem se traduzir em uma prestação jurisdicional alcançada as partes em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Em uma de suas possíveis significações, o direito fundamental a um processo razoável (que é um dos elementos mínimos de nosso devido processo legal processual, de nosso processo justo) importa no dever do Estado de organizar procedimentos que importem na prestação de uma tutela jurisdicional sem “dilações indevidas” (expressa locução empregada pela Constituição Espanhola, art. 24, segunda parte).”.

Assim, o intuito do presente trabalho é reforçar o texto constitucional, irradiado na norma prevista no §6º do art. 273 do CPC, demonstrando as possíveis frustrações da antecipação da parte incontroversa do pedido e possíveis soluções para que haja uma efetividade plena do instituto ora estudado, interpretando-o e tratando-o como reflexo constitucional.

²⁰ MITIDIERO Daniel. **Direito Fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa**. In: REVISTA DE PROCESSO [do Instituto Brasileiro de Direito Processual]. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, nº148, junho 2007. p.110.

II – O PROCESSO COMO INSTRUMENTO

2.1. Evolução Histórica do processo

O estudo da evolução histórica do processo, que neste capítulo não pretende esgotar-se, se mostra relevante para que se situe o tema da presente pesquisa.

O direito processual, concebido como ciência, teve origem na obra de Oskar Von Bulow, em 1868. Antes disso as normas processuais eram extraídas de casos práticos, sem uma construção harmônica e segura, com forte influência dos romanistas e civilistas, que não diferenciavam o direito processual do substancial por não haver, na época, maturidade suficiente para tal distinção, tão nítida hodiernamente.²¹

Debatia-se à época sobre as teorias unitárias e dualistas, passando a discussão entre os romanistas alemães Windscheid e Müther, aquele defendendo a teoria unitária, com o argumento que só se chegava ao direito pela *actio*, este, por sua vez, defendia a teoria dualista, sustentava que já em Roma havia prioridade do direito sobre a ação (*actio*)²².

²¹ DINAMARCO, Candido Rangel, **Fundamentos do processo civil moderno**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. tomo I. pág.40.

²² Idem, *Ibid.*, p.43.

Já Calamadre e Carnelutti não se dedicaram a obras específicas a respeito das teorias unitárias e dualistas da ordem jurídica. Entretanto, baseiam-se nas mesmas premissas.

“Ambos, porém, têm como premissa lógica necessária a suas doutrinas a idéia (a) da inaptidão da lei para reger as relações entre pessoas, (b) da necessidade de uma atividade complementar de produção jurídica, (c) do direito que nasce da sentença²³.”

No Brasil, existia nas décadas anteriores ao surgimento do direito processual codificado, o Regulamento 737 de 1850, oriundo do Código Comercial (Lei. 556 de 25 de junho de 1850) o qual determinou que fossem editados regulamentos para fins processuais.

Antes disso houve algumas nuances provisórias de processo, no âmbito civil no Código de Processo Criminal do Império de 1832.

Inicialmente o Regulamento 737/1850 que, na verdade tratava-se de um decreto, nos seus 743 artigos, cuidava apenas de processo comercial (tribunais comerciais e processos de quebra). Em seguida, com a edição do Regulamento (decreto) 763 de 19 de setembro 1890, passou-se a tratar da maioria das causas civis.

A Constituição Republicana de 1891 que autorizou as unidades da federação a legislarem tanto a respeito de normas judiciárias como sobre leis processuais.

Pela amplitude que teve o Regulamento 737, serviu de molde para a elaboração dos diplomas estaduais. A tarefa de elaboração dos códigos

²³ Idem. Ibid., p. 49.

estaduais não era fácil, a exemplo da Lei Estadual de São Paulo, que só criou seu código de processo em 14 de janeiro de 1930 (Lei 2421/30).

“A pobreza destes (exceção feita aos Estados da Bahia e São Paulo) foi conseqüência prevista, e que realmente se positivou, do próprio sistema pluralista de codificação processual.²⁴”

Com a promulgação da Constituição de 1934, que adotou-se o princípio da unidade do Direito Processual, dispondo em seu art. 51, XIX, “a” no sentido de que compete privativamente à União *“legislar sobre direito penal, comercial, civil, aéreo e processual...”*.

Mesmo com a menção no art. 11 das Disposições Transitórias da referida Carta Constitucional, versando sobre a elaboração de um código de Processo Civil e Comercial dentro de três meses da promulgação, não aconteceu como esperado.

Só em 1939, com a edição do Decreto-Lei 1608 de 18 de setembro é que passou a existir um Código de Processo Civil. Tratava o referido diploma, de acordo com seu art.1º, que o processo civil e comercial em todo o território nacional seria regido por aquele código, exceto os feitos por ele não regulados, que constituíssem objeto de lei especial.

“A grande crítica que se fez, de pronto, a esse código de ritos, foi à limitação do seu campo, ensejando que permanecessem em vigor muitas leis processuais extravagantes, como as referentes a ações de desapropriação, de acidentes de trabalho, de renovação de letra de câmbio, executivos fiscais e tantas outras.²⁵”

²⁴ Idem. Ibid., p.30.

²⁵ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Evolução histórica do direito brasileiro (XIV): o século XIX.** <www.correioweb.com.br/cw/edição_20020902> acesso em 06.11.07

Entretanto, não se pode olvidar o avanço em matéria processual, que se teve com a edição do código de 1939.

“Quem ler a Exposição de Motivos que o precede, perceberá desde logo a preocupação do legislador pela publicização do processo, como instrumento estatal destinado à administração da Justiça. Repele-se aí, vigorosamente, a chamada concepção dualística do processo, o qual o legislador não quis simplesmente entregar às partes para uma luta privada. Procurou-se engrandecer a figura do juiz, como verdadeiro diretor das atividades processuais. E, acima de tudo, o Código fez-se eco do brilhante trabalho de Chiovenda em prol do princípio da oralidade. A adoção deste princípio no Brasil foi indubitavelmente mais intensa que no próprio Código Italiano que veio a luz alguns anos mais tarde²⁶”.

O código de 1939, no ímpeto de constituir-se em sintonia com as tendências da época, segundo processualistas de relevância, não se tratou de um diploma que possa ser considerado moderno. Evidente que houve avanços e significativos pontos de aperfeiçoamento, mas não um diploma moderno.

“Eram indisfarçáveis os defeitos dessa legislação ainda indiferente às grandes conquistas mundiais do processo civil – como via no trato da competência, dos recursos, da execução etc. Como dados evolutivos de valia teve-se então o acatamento das *tendências publicizadoras do processo*, com o proclamado reforço dos poderes inquisitoriais do juiz, ao lado do consciente apoio ao sistema do *processo oral*, então muito em voga mercê da verdadeira campanha cívica levada a efeito por Giuseppe Chiovenda não muito antes.”²⁷

²⁶DINAMARCO, Candido Rangel, op. cit. p.32.

²⁷ Idem. **A reforma do código de processo civil.** p. 22

Com a vinda de Enrico Túlio Liebman, então titular de Direito Processual da Universidade de Parma, para o Brasil em 1940 a convite do Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, recepcionado por Luis Eulálio de Bueno Vidigal, do qual se tornou muito amigo, e ampliando essa amizade a outros estudiosos, nasceu a idéia de reuniões semanais para estudos das idéias do mestre, que na Europa vinham obtendo sucesso.

Nascia daí, a Escola Processual de São Paulo, que pela sua importância, dado ao grau científico das discussões de seus membros, extrapolou os limites intelectuais e territoriais paulistas, passando a seguir para a Escola Processual Brasileira.

Um dos discípulos de Liebman, Alfredo Buzaid, inspirado em suas teorias conquistou respeito de todos com suas obras, principalmente embasados no moderno direito processual.²⁸

Foi autor do anteprojeto do atual código (Lei. 5.869 de 11 de janeiro de 1973), que entrou em vigor em 11 de janeiro de 1974.

O novo diploma foi elaborado com o patente e declarado intuito do mestre Buzaid em constituir um novo estatuto processual e não apenas pincelar retoques ao velho diploma.

O Código Buzaid foi o retrato doutrinário da época em que foi editado. Apesar de ter inovado em alguns institutos como, por exemplo, o julgamento antecipado do mérito, o chamamento ao processo, o recurso adesivo dentre outros, não estava voltado à bandeira da efetividade do processo, foco do presente trabalho.

²⁸ Idem. Ibid., p.36.

“Isso quer dizer que o legislador brasileiro de 1973 não foi inspirado por aquelas premissas metodológicas de que hoje estão imbuídos os setores progressistas da doutrina brasileira.”²⁹

O código veio à luz com inovações em relação ao diploma anterior, sendo um bom instrumento técnico. Entretanto, faltou uma visão de instrumentalidade e conseqüente efetividade, que hodiernamente, não pode faltar.

Várias foram as mudanças realizadas no processo, desde a entrada em vigor do atual diploma processual, inclusive durante a *vacatio legis*, com a lei 5.925 de 1º de outubro de 1973, que retocou uma centena de dispositivos.

Várias outras mudanças se seguiram com leis, tendo o código sido também recepcionado com a Constituição Federal de 1988, estabelecendo princípios próprios de direito processual, os quais já foram apreciados no início do trabalho.

Com a evolução da sociedade, mesmo os teóricos afirmando as ideologias próprias do processo, tratando-o como ciência autônoma, eufóricos pelos estudos realizados à luz da influência do cientista italiano, aperceberam-se que o processo devia ter como reconhecida missão a felicidade das pessoas³⁰. A felicidade aqui tem o sentido de resolução dos conflitos de interesse e pacificação social.

O direito processual atual deve ser pautado por um método em que seus resultados devam valer mais do que sua estrutura, para que possa atender o fim constitucional que dele se espera.

²⁹ Idem. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 24.

³⁰ Idem. *Ibid.*, p. 302.

Os estudiosos chegaram a uma conclusão que o bom processo é aquele capaz de oferecer uma justiça efetiva ao jurisdicionado, dando a este, no menor espaço de tempo possível, o bem da vida que lhe pertence de direito.

Dinamarco³¹ assevera com sua peculiar sapiência que:

“O processualista moderno sabe que muito menos vale a formal satisfação do direito de ação do que a substancial ajuda que o sistema possa oferecer às pessoas”.

Tem-se, portanto, que o processo deve agir como instrumento e meio para alcançar a tutela pretendida; e para que este interesse seja efetivamente tutelado, o processo deve criar condições favoráveis para isso, evitando o obscurantismo do excesso das formas, que desvirtuam o processo de sua verdadeira missão.

“A verdadeira garantia dos direitos da pessoa consiste precisamente em sua proteção processual, para o quê é preciso distinguir entre os direitos do homem e as garantias de tais direitos, que outra coisa não é senão meios processuais por obra dos quais é possível sua realização e eficácia.”³²

O legislador imbuído deste ideal entabou algumas reformas neste sentido. Uma das mais relevantes, e que teve reflexo direto no tema da presente pesquisa, foi a de 2001 e 2002, com mini-reforma processual estabelecidas com as Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02. Esta última responsável pela introdução do instituto da antecipação da parte incontroversa da demanda (§6º do Art. 273 do CPC).

³¹ Idem. Ibid., p. 303.

³² ZAMUDIO, Héctor Fix. **La protección processual de los derechos humanos**, p.51 e 54, *apud*, DINAMARCO, Candido Rangel, op. cit. p. 303.

2.2. Aspectos relevantes da instrumentalidade

A instrumentalidade da qual ora se trata, não se confunde com a instrumentalidade do processo, entendida como o conjunto de formas sistematicamente ordenadas em um procedimento, pautadas pela garantia do contraditório, ampla defesa, constituindo um método estabelecido pelo ordenamento jurídico para o exercício da jurisdição.³³

Também, não se deve confundir com a instrumentalidade das formas, instituto jurídico corolário da teoria do processo.

O caráter instrumental do processo, como tal afirmado, é característica endo-sistemática que não coincide e nem deve ser confundida com a instrumentalidade do processo, essa, entendida como e examinada com um ângulo exterior, de fora para dentro.

O lado negativo da instrumentalidade é que se tomou consciência de que o processo não é um fim em si mesmo, deve servir como meio de satisfação dos interesses da sociedade (representada pelas partes em litígio), em que suas regras não devam ser absolutas, a ponto de se sobreporem ao direito substancial e ao interesse da sociedade de pacificação dos conflitos sociais.

“O significativo valor metodológico da instrumentalidade, vista assim como fator limitativo o valor do próprio sistema processual, constitui, porém apenas um dos aspectos ou desdobramentos que ela é capaz de assumir ou proporcionar.”³⁴

³³ DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 266.

³⁴ Idem. *Ibid.*, mesma página.

Já o aspecto positivo da instrumentalidade, a contrário senso é a idéia de efetividade do processo, tema atinente ao presente trabalho. O processo não sendo um fim em si próprio, deve ter por escopo efetivamente distribuir a justiça. A efetividade deve ser entendida ainda como o meio de retirar do processo todo o proveito que ele seja apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação e sem satisfazer-se com soluções que se distanciem do ideal constitucional-sociológico legítimo.

Assim, o fim último do processo, sem descaracterizá-lo como ciência, nem retirar sua importância do mundo jurídico – que é inegável – deve ser meio e não fim, para a pacificação dos conflitos sociais de uma forma efetivamente justa, não se prendendo demasiadamente a suas regras.

Os processualistas, há algum tempo, vêm buscando aprimorar as regras processuais, para priorizar-se a instrumentalidade do processo como escopo constitucional do exercício efetivo da jurisdição.

Nesse sentido é que se insere a profícua análise do professor Candido Rangel Dinamarco³⁵:

“Para esse aprimoramento, há de ser útil a visão panorâmica das projeções que a instrumentalidade do direito processual tem sobre ele, seja para contê-lo funcionalmente na sua posição devida em invasão nas áreas que não lhe pertencem (aspecto negativo da instrumentalidade), seja para abri-lo para quanto possível na mais enérgica afirmação de sua utilidade jurídica, social e política (aspecto positivo).”

³⁵ Idem. Ibid., p.267.

2.3. Formalismo processual

O formalismo processual, corolário do aspecto negativo da instrumentalidade, deve ser superado, para que se alcance o escopo constitucional que se espera do processo.

Claro está que a instrumentalidade das formas é uma garantia e uma necessidade que servem de segurança às partes para que a jurisdição seja exercida corretamente, mas deve ser comedida.

Entretanto, o apego exagerado às formas, a ponto de elevar o processo acima do direito substancial, desvirtua o sistema, que se torna acometido do formalismo processual.

Liebman³⁶, em uma de suas conhecidíssimas lições, nos ensina que “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”. Referida lição, é o suporte às propostas de deformalização³⁷, que segundo Ada Pellegrini Grinover³⁸

“Por forma do ato processual, em oposição ao seu conteúdo entende-se a maneira como ele se expressa na realidade do processo, segundo as circunstâncias de lugar, modo e tempo de sua realização.”

O próprio ordenamento processual codificado não se entende, pois consagra em seu art. 154 a liberdade das formas, afirmando que a princípio os

³⁶ **Manuale di diritto processuale civile**. 4ª ed. Milão, giuffrè, 1983, 0. 258 , tradução por DINAMARCO, Candido Rangel. **Manual de direito processual civil I**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

³⁷ Deformalização: “reestruturação das garantias formais, quando inadequadas para casos que exigem, antes de mais nada, uma intervenção rápida” in GRINOVER Ada Pellegrini, **Conciliação e julgados de pequenas causas**, n.2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 148.

³⁸ Idem., Ibid., mesma página

atos processuais não dependeram das formas predeterminadas, só em casos que a lei exigir. Entretanto, são inúmeras as formas e regras precisas que a lei exige para a prática de atos processuais, que o princípio retro mencionado se contrapõe a sua legalidade.

Nesse contexto, o jurisdicionado fica perdido, não sabendo a quem recorrer, de um lado o seu direito que foi lesado, de outro uma justiça descrente, muitas vezes pela demora na prestação jurisdicional, corolário do excesso de formalismo.

A respeito, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, asseveram:

“Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”³⁹.

Não se trata de uma visão rebelde e reacionária às formas, ou de deformalizar o ordenamento, mas é que a sociedade chegou num ponto que anseia por resultados, e resultados práticos e efetivos, pois suas vidas estão passando, seus negócios acontecendo, e não podem ficar refém de um sistema formalista⁴⁰.

Isso já se refletia em tempos remotos, a exemplo do Direito Romano, Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo, corroboram essa preocupação que vem desde GAIO (l. 4, 30 e 31), “*o exacerbado formalismo das ‘legis actiones’ viria,*

³⁹ CAPPELLETTI Mauro, GARTH Bryant, **Acesso à justiça**, Tradução por NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. p. 24.

⁴⁰ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz, **Questões Controvertidas de Processo Civil e de Direito Material**. São Paulo: RT, 2001. p. 28.

*com o passar do tempo, torná-los odiosos, razão para qual acabaram sendo abolidas pela Lex Aebutia, e mais tarde, pelas leis Júlias*⁴¹.

Nesse ponto o legislador vem paulatinamente se esforçando para tirar o máximo de efetividade do processo, incluindo até no texto constitucional a garantia do tempo, no sentido que, o processo dure o razoável.

O legislador tomou consciência que o tempo é o maior inimigo do processo. E seu excesso de formalismo, só coopera para que esse tempo seja ainda maior e para que a sociedade tenha uma visão fúnebre de justiça, por reduzir a possibilidade de oferecimento de tutela eficaz.

Carnelutti⁴², afirmava que:

“Il valore, que il tempo há nel processo, è immenso e , in gran parte sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a um nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa”

2.3.1. O Problema da morosidade

O acúmulo de processo nos estados brasileiros é cada vez maior. Só em São Paulo, no início de 2005, foram registrados mais de dez milhões de processos em primeira instância. Contando o Estado atualmente com aproximadamente 2000 juízes em 56 comarcas⁴³, isso significa cinco mil processos para cada um, o que resulta em morosidade e muitas vezes julgados não condizentes com a realidade dos fatos.

⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz. AZEVEDO, Luiz Carlos, **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 1996. p. 40.

⁴² CARNELUTTI, Francesco, **Diritto e processo**, p. 354, *apud*, DINAMARCO, Candido Rangel, op. cit. p. 312.

⁴³ Fonte <www.tj.sp.gov.br>

O Conselho Nacional de Justiça, em seu relatório anual⁴⁴ de 2006, acabou por constatar essa realidade, conforme se depreende do trecho abaixo:

“A Constituição Federal de 1988 propiciou um sem número de demandas judiciais para o reconhecimento de novos direitos e a aplicação de direitos historicamente consagrados. Como resultado sistêmico tangível, Tribunais brasileiros passaram a movimentar toneladas de papel e a protocolar, carimbar, rubricar, distribuir, despachar e julgar milhões de ações. Por causa dessa explosão de litigiosidade, as Cortes não conseguiram conduzir os processos dentro do prazo de tempo minimamente razoáveis. Os cartórios judiciais se converteram em máquinas de fazer transcrições, emitir certificados e expedir notificações, e os juízes e servidores se transformaram em administradores de repartições emperradas, comprometendo o exercício da função jurisdicional.”

O problema é ainda maior em se tratando de segunda instância, tendo em vista que em setembro de 2005⁴⁵ o Tribunal de Justiça de São Paulo contava com 550 mil processos aguardando distribuição. Esse tipo de espera, traduzido na prática, equivale há quase cinco anos para que o último da fila se torne o primeiro,

As críticas a respeito do Judiciário não são recentes, ao contrário são reiteradas, cooperando para o descrédito da justiça. O professor Sergio

⁴⁴ FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil**. Centro de Estudos Sociais. Coimbra. 2003. <http://www.cnj.gov.br/images/stories/relatorio_anual.pdf>. acesso em 20.01.08.

⁴⁵ Revista consultor jurídico 3 de dezembro de 2005. <www.conjur.estadao.com.br> acesso em 15.02.2006.

Martins⁴⁶, citando uma passagem do livro de Jonatham Swift⁴⁷ falando de juízes dizia que:

“Ao defender uma causa, evitam cuidadosamente entrar no mérito da questão; mas não vêm apelo. Por exemplo, no sobredito caso, não querem saber quais os direitos, os títulos que tem o meu adversário à minha vaca, mas se a dita vaca era vermelha ou preta, se tinha os chifres curtos ou compridos, se o campo em que ela apascentava era redondo ou quadrado, se era ordenhada dentro ou fora da casa, a que doenças estava sujeita, e assim por diante; depois disso, consultam os precedentes, adiam a causa de tempos e tempos e chegam, dez, vinte ou trinta anos depois, a uma conclusão qualquer”

São muitas as causas da morosidade processual, dentre elas podemos destacar: crescimento populacional, excesso de serviços, juizados especiais e o despertar da população para o exercício da cidadania.

Nosso diploma processual é datado de 1973. O então Ministro da Justiça mestre Alfredo Buzaid⁴⁸, influenciado por Enrico Túlio Liebman, escreveu na exposição de motivos do Código de Processo Civil que: *“Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos novos cultos”*.

Adiante, o ilustre mestre pondera:

“Propondo uma reforma total, pode parecer que queremos deitar abaixo as instituições do Código vigente,

⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Efetividade da Execução Trabalhista**. Carta Forense – Ano V, nº 49, Junho de 2007.

⁴⁷ SWIFT, Jonatham. **Viagens de Gulliver**. São Paulo: Folha de São Paulo, 1998, p.263.

⁴⁸ BUZAID, Alfredo. **Exposições de Motivos do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1973.

substituindo-as por outras inteiramente novas. Não. Introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo e torná-lo um instrumento dúctil para administração da justiça”⁴⁹.

Buzaid, finalizando a exposição de motivos do Código de Processo Civil, em 2 de agosto de 1972, dizia que:

“Cogita-se, pois, de racionalizar o procedimento, assim na ordem civil como na penal, simplificando-lhe os termos de tal sorte que os trâmites processuais levem a prestação da sentença com economia de tempo e despesas para as partes. Evitar-se-á, assim, o retardamento na decisão das causas ou na execução dos direitos já reconhecidos em juízo”.⁵⁰

O que se pode refletir a respeito do acima descrito, é que, já naquela época, o ordenamento processual necessitava de mudanças para se adequar aos novos tempos. Porém, existia certo receio de se inovar, conflitando dois princípios antagônicos de técnica legislativa, quais sejam, o da conservação e o da inovação.

O que se verificou foi que houve uma união desses princípios, gerando um Código de Processo Civil, com intuito de adequar o direito à nova orientação legislativa dos povos civilizados.

Entretanto, a realidade que se vive hoje é completamente diferente. Em 1973 a população no Brasil era quase a metade dos dias de hoje, cerca de 93,5 milhões.⁵¹ Com o crescimento populacional, os conflitos de interesses aumentaram alavancando a demanda por “JUSTIÇA”, isso aliado a um idealismo de liberdade pós-ditadura militar, fizeram com que as pessoas,

⁴⁹ Idem. Ibid.

⁵⁰ Idem. Ibid.

⁵¹ Dados do IBGE in <www.ibge.gov.br/estatisticas/populacao> acesso em 21.01.08

buscassem a tutela de seus direitos, da maneira que os povos civilizados têm, qual seja, a via judiciária.

Um outro problema, talvez seja o de maior expressão e o culpado pela situação caótica que enfrenta o Poder Judiciário, é o excesso de formalismo processual, que acaba por distanciar ainda mais o jurisdicionado do Estado-Juiz.

O excesso de formalismo ou burocratismo⁵² faz com que demandas que poderiam ser resolvidas de modo célere, demorem anos e anos. A média de um processo em 1ª instância é de dois anos. Somado à infinidade de recursos o processo se torna interminável.

O que de fato acontece é que os magistrados ficam adstritos à forma, ao processo, se esquecendo do plano da vida, do direito material lesado, das necessidades e anseios dos jurisdicionados. A discussão por diversas vezes se compõe de aspectos processuais, deixando o direito e o conflito de interesses que foi colocado em juízo, esquecido e muitas vezes nem apreciado.

O resultado dessa disputa processual é o atraso da prestação jurisdicional, que por ser uma atividade estatal deveria ser eficiente. Aliás, o próprio ordenamento legal consumerista trata do assunto no Art. 6º, XI. Além disso, o legislador constituinte elevou a celeridade processual ao grau de direitos fundamentais, trazidos no inc. LXXVIII do Art. 5º da Constituição Federal.

⁵² REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. **Fim de Século e Justiça**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Em relação ao atraso na prestação jurisdicional, Francisco de Paula Sena Rebouças⁵³, diz que:

“Atraso na prestação jurisdicional também existe na Europa e, com menor ênfase, nos Estados Unidos da América. Não é problema típico do Brasil, como dizem. A nossa lentidão, ao contrário da que, eventualmente, se detecta nos Estados Unidos (vinculada à presunção de inocência e as garantias da defesa, às vezes ao contraditório), é uma característica do mundo jurídico formalista e administrativo impulsionado pelo ritualismo, pela ordem e pela hierarquia, cujas fontes inspiradoras sempre estiveram no continente europeu. Nessa atmosfera, o dever de eficiência acaba cedendo à exaltação do aforismo romano *“forma dat esse rei”*, além de reproduzir ao infinito a visão kafkiana do aparelho judiciário burocrático. Burocracismo, ou burocratismo, é o excesso ou abuso da burocracia, levando ao emperramento da vida administrativa, quando também não produz a corrupção, defeito que se instala com maior facilidade no serviço público. É claro que, com suas idiossincrasias, também há burocracia nas grandes empresas particulares. Mas, em princípio, quem precisa lucrar não pode transigir com a eficiência. O serviço público não precisa lucrar. Ao contrário, é de sua natureza gastar. Deve fazê-lo bem, tendo em vista o interesse público, mas tal vocação não lhe adere a mesma eficácia do setor privado.”

José Narciso da Cunha Rodrigues⁵⁴ disse em Coimbra a respeito da Justiça no novo milênio:

“O objetivo de um processo justo, como instrumento de uma decisão justa, tornou-se finalístico em benefício da forma e em detrimento da substância.”(...) “O volume de solicitações e o tipo de

⁵³ Idem. Ibid., mesma página.

⁵⁴ RODRIGUES, José Narciso da Cunha. **Perspectivas do Direito no Início do Século XXI**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. “s.n.” “s.d.”.

resposta motivaram um sentimento comum de que a justiça é lenta e pouco eficaz, o que é uma realidade.”

O fato é que da propositura de uma ação até que se passe em julgado a sentença definitiva, do início ao fim da execução subsequente, ainda que feita no mesmo processo, de acordo com as últimas alterações do CPC, que serão a seguir comentadas perfunctoriamente – pois não é o objeto do presente trabalho – são poucas as causas que duram um tempo razoável e, o tempo em matéria processual, é demais excessivo.

Assim, “a respeitabilidade do ato e a formalidade processual que se aceita, portanto, não podem estar revestidos de complexidade e de morosidade, nem retratar-se demasiadamente singela”⁵⁵.

Como enfatizado por Buzaid em 1972, necessário se faz agora, uma nova reforma no Código de processo, para adequar o Diploma legal aos dias de hoje e à nova realidade do plano da vida, sem deixar para trás a tradição processual, apenas adequando procedimentos às determinadas lides em especial, para que possamos ter e efetiva tutela jurisdicional.

Nas últimas alterações do Código de Processo Civil, o legislador já se ocupou da modernização do processo, visando a sua celeridade. Porém, como já foi dito, necessário se faz novas normas, procedimentos diferenciados, desvinculando um pouco do procedimento ordinário, da concepção do garantismo que este nos traz. Deveríamos ter a Doutrina do Direito Evidente, através da qual o Juiz deve determinar logo o Direito, se este não necessitar de provas e desde que já tenha se convencido de sua tutela.

⁵⁵ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. op. cit. p. 32-33.

José Rogério Cruz e Tucci, a respeito da morosidade e do formalismo processual, assevera que:

“Os atos do procedimento, portanto, tendo uma prévia fixação cronológica – *prazos judiciais* –, devem ser realizados no momento oportuno. Todavia, a experiência mostra que esse ideal, na grande maioria das vezes, em decorrência de múltiplos fatores, não vem cumprido (...). E retrata-se na famosa advertência, atribuída ao antigo Conselheiro De la Bruyere, de que *‘a demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura denegação de justiça!’*⁵⁶.

2.4. Efetividade X Segurança Jurídica

O estado quando chamou para si a exclusividade de solução dos conflitos de interesses da sociedade – jurisdição – vedando a autotutela, retirou do cidadão a possibilidade de com suas próprias forças solucionar a lide, ou seja, pacificar um conflito de interesse qualificado pela pretensão resistida.

Agindo assim, o legislador, baseado nos preceitos constitucionais, colocou à disposição dos cidadãos meios inerentes para realizar os seus objetivos.

Tais direitos e garantias estão contemplados no art. 5º da CF/88, dentre eles existem as garantias processuais já mencionadas acima. Referidos princípios e direitos guardam perfeita compatibilidade e harmonia entre si,

⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo: Uma Análise Empírica das Repercussões do Tempo na Fenomenologia Processual (Civil e Penal)**. São Paulo: RT, 1997. p. 14-15.

estando todos aptos a receber aplicação plena e eficaz, ou seja, como assevera Teori Albino Zavaschi:⁵⁷

“todos os direitos constitucionais, sem exceção, devem ser respeitados e cumpridos, de modo a que produzam integralmente seus efeitos, mesmo porque têm aplicação imediata por expressa determinação da Carta Política (§1º do art. 5º).”

Referida colocação parece evidente, entretanto, na prática a aplicação absoluta dos diversos princípios e direitos, constitucionalmente garantidos, não é tarefa fácil.

Podemos citar, por exemplo, sem entrar especificamente no aspecto processual, que será tratado a seguir, o direito à intimidade e vida privada e a liberdade de imprensa e a vedação de censura.

“A concordância entre direitos fundamentais eventualmente tencionadas entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras: há a regra criada pela via da legislação ordinária e há a regra criada via judicial direta, no julgamento de casos específicos de conflito.”⁵⁸

A Constituição Federal estabelece direitos e garantias fundamentais aos litigantes em juízo. Anteriormente foi tratado acima a respeito dos referidos direitos e garantias, mas em relação ao tema do presente trabalho, no aspecto da instrumentalidade, necessário se faz comentar, o direito da efetividade da jurisdição, e o da segurança jurídica, vistos sob a ótica de demandante e demandado.

⁵⁷ ZAVASCHI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 60.

⁵⁸ Idem. Ibid., p. 62.

O direito à efetividade da jurisdição, tema afeto diretamente com a pesquisa em questão, garante ao jurisdicionado, quando foi privado da autotutela, ter em mãos instrumentos fornecidos pelo estado, aptos e eficazes, para a solução de seu conflito, no sentido de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática de seu êxito.

A respeito corrobora as palavras do Min. Zavaschi⁵⁹:

“O estado monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto seja possível – a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário deve ter como contrapartida necessária do dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.”

Esse é o desafio incansável dos processualistas modernos, e é nesse aspecto que o presente trabalho pretende contribuir, no sentido de efetivação máxima dos meios processuais à disposição do jurisdicionado, enfocando o bem da vida, deixando de lado o excesso de formalismo.

Por outro lado, e na mesma hierarquia, pois se trata também de um Direito Constitucional, advindo o devido processo legal, o qual já foi oportunamente mencionado, está o direito à segurança jurídica, no sentido de que o cidadão só será privado de sua liberdade e de seus bens, após o devido processo legal.

⁵⁹ Idem. Ibid., p. 64.

Dessa forma, tanto a liberdade quanto os bens em sentido amplo (direitos subjetivos de qualquer espécie)⁶⁰ deverão permanecer com quem se considera titular e os detém até que se finde o processo, com todas as garantias a ele inerentes, inclusive a segurança jurídica.

Botelho de Mesquita⁶¹, a respeito do direito em questão, o tratou de direito a liberdade jurídica, afirma que: *“Tem por objeto a liberdade de exercer os direitos contestados, até que se demonstre judicialmente que esse direito não existe ou que pertence a outrem.”*

Trata-se, portanto, de um direito fundamental assegurado ao jurisdicionado, que também se pode chamar de *cognição exauriente*, ou seja, a solução das lides, devem preceder a procedimentos prévios, nos quais se submetem os litigantes.

Referindo-se a direitos fundamentais de igual origem, não há que se falar em hierarquia, devendo merecer tanto do legislador quanto do juiz idêntica importância.

O ponto de discórdia entre os referidos direitos está no tempo, também já analisado oportunamente. O tempo para a garantia da segurança jurídica é um forte aliado. Entretanto, para a efetividade é, no mais das vezes, um importante vilão, principalmente quando o risco da demora da prestação jurisdicional reclame uma tutela de urgência.

A solução está na harmonização dos direitos colidentes, e na visão do eminente processualista, já citado, J.J. Gomes Canotilho, consiste em:

⁶⁰ Idem. Ibid., p. 65.

⁶¹ MESQUITA, José Inácio Botelho de. **Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias**. Revista Brasileira de Direito Processual, 56:45, 1987.

“A solução conformadora deve ocorrer, isto sim, de modo a que todos os direitos colidentes sobrevivam, senão de modo absoluto, pelo menos relativizados, tendo sempre presente que o interprete ou o concretizador da Constituição deve limitar-se a uma concordância prática que sacrifique no mínimo necessário ambos os direitos.”⁶²

Para que ambos os direitos convivam em harmonia, a solução de nosso ordenamento, como o de muitos outros a exemplo do italiano, é a concessão de tutelas provisórias baseadas na urgência, que serão vistas a seguir, a fim de sejam aptas assegurar direitos em situações de risco de perecimento.

Mas entre o choque da segurança jurídica e a efetividade do processo, o legislador parece ter dado preferência à efetividade do processo, quando inseriu em nosso ordenamento na reforma de 1994 o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, que será tratado a seguir e, ainda mais, quando em uma nova reforma, introduziu a antecipação da parte incontroversa o pedido, matéria atinente ao presente trabalho.

“Efetivamente, a consagração, em nosso sistema positivo, da *antecipação dos efeitos da tutela de mérito* (CPC, art. 273), revela uma clara e inequívoca opção do legislador pela primazia do direito fundamental à *efetividade do processo* quando estiver em rota de colisão com o direito fundamental à *segurança jurídica*.”⁶³

⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra Editora, 1991, p. 136 *apud* ZAVASCHI, Teori Albino, op. cit. p. 66.

⁶³ORIONE Neto, Luiz. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2002. p.124

III – TUTELAS DE URGÊNCIA

3. Poder geral de cautela

Estando, pois o jurisdicionado subordinado ao poder estatal, no sentido de outorga obrigatória ao Estado do papel de pacificador social, tendo este o monopólio da Justiça, tem o direito de lhe ser prestado uma tutela jurisdicional adequada, que vá ao encontro de seus anseios e aflições.

Assim o Estado tem o dever e obrigação de prestar a tutela jurídica e o cidadão tem o inafastável direito e ação, já oportunamente mencionado (art. 5º, XXXV, CF/88).

No exercício do direito de ação, tem o cidadão o direito de uma eficaz prestação de serviço, para que seu problema seja solucionado, dentro de um processo que se preste a isso, que em caso de vitória, reconheça efetivamente aquele interesse pretendido.

No Livro III do nosso ordenamento processual civil, o legislador tratou do processo cautelar, cuja tutela será tratada a seguir. Aqui nos interessa é o poder conferido pelo juiz para a concessão dessas medidas que visam assegurar o resultado útil de um processo principal.

Bastante amplo é o poder cautelar do juiz – poder geral de cautela – de acordo com os artigos 798 e seguintes do CPC. Ao juiz é conferida uma discricionariedade, que diverge a doutrina. Alguns entendem que presentes os requisitos, não é dada opção de o juiz conceder ou não a cautela, pois tem o dever de concedê-la.⁶⁴

⁶⁴ NERY Junior, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 10ª ed. São Paulo: RT. p.1.115.

Claro está que a discricionariedade do juiz, no poder geral de cautela, esbarra em limites, não sendo este, portanto, ilimitado e arbitrário. Deve-se obedecer ao requisito da necessidade, determinando que só a medida realmente necessária e dentro dos objetivos da tutela acautelatória é que deve ser deferida.

Corolário esse, existe a vedação da medida cautelar de não ultrapassar os limites que definem a natureza provisória da tutela, com objetivo de garantir um fim útil do futuro provimento satisfativo.

Existem em nosso ordenamento medidas criadas pelo legislador, com especificidades próprias, com suas peculiaridades, que preenchidos seus requisitos específicos, tutelam, cautelarmente, direitos que estariam perdidos no processo principal, se não fossem tais medidas.

Entretanto, nem uma mente assaz brilhante, poderia imaginar todas as situações que pudessem demandar uma tutela cautelar, assim, conclui-se que o rol das medidas cautelares é exemplificativo.

“Os termos em que o novo Código colocou o problema da tutela cautelar genérica ou inominada são, sem dúvida, muito mais adequados do que os 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.”⁶⁵

Adiante, o mesmo autor, citando Galeno Lacerda⁶⁶, obtempera que:

⁶⁵ THEODORO Junior, Humberto, **Processo cautelar**. 21ª ed. São Paulo: Leud, 2004. p. 121.

⁶⁶ LACERDA Galeno, **Processo cautelar**. Revista Forense, vol. 246, p. 155, *apud*, THEODORO Junior, Humberto. op. cit.

“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.”

É nesse sentido que entra o poder geral de cautela do juiz, o qual sempre que vislumbrar a possibilidade de perecimento de um direito, pelo decurso do prazo, poderá tutelá-lo cautelarmente.

Todavia, é de ressaltar, que nesses casos, presentes os requisitos autorizadores de uma tutela cautelar, não pode o juiz deixar de conceder, aliás, configura-se uma obrigação inerente ao poder geral de cautela.

“Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nestes casos, pois não lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um.”⁶⁷

Assim, para a tutela dos interesses em jogo no exercício da atividade jurisdicional, e para preservação da dignidade da justiça, deve o juiz exercer o poder geral de cautela com a prudência necessária para afastar, segundo a peculiaridade de cada caso, o perigo do decurso do tempo.

Entretanto, no que diz respeito ao tema do presente trabalho, o juiz não precisará exercer o poder geral de cautela, uma vez que, o direito estará evidenciado e incontroverso, passível de antecipação, não de seus efeitos e sim do próprio interesse não mais colidido.

⁶⁷ NERY Junior Nelson. NERY Rosa Maria de Andrade. op. cit. p. 943.

3.1. Tutela Cautelar

Já foi dito que o tempo, como fator de risco, é o inimigo principal do sistema processual. Pode, entretanto, servir como aliado àquele que pretende com o processo, em que é demandado, postergar a entrega da tutela jurisdicional.

Para garantir o fim útil de um processo principal, onde interesses vão conflitar, até um provimento final de que não caibam mais recursos, necessário se fez estabelecer um meio, dentro da sistemática formalista do processo, que assegurasse o provimento satisfativo.

Surge, contradizendo a posição alemã, que enxergava na jurisdição apenas cognição e execução, tratando a cautelar como acessória à execução forçada.

Baseado no sistema italiano, com fundamento na evolução das teorias de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, com uma visão mais avançada deste último, no sentido atual de que, *serve a tutela do processo como instrumento não só para garantir os meios do processo definitivo como também para garantir a utilidade prática do processo definitivo*⁶⁸.

Dessa forma, a tutela cautelar, como procedimento dotado de suas peculiaridades, deve ser deferida, desde que preencha seus requisitos autorizadores, quais sejam a aparência de um direito e o perigo de perecimento deste.

⁶⁸ CARNELUTTI Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. vol.II. Pádua, 1933, p.60, *apud* THEODORO Junior, Humberto, op. cit. 66

Garante-se, assim, que o interesse do demandante, seja discutido em um processo posterior (principal), que seja útil, sendo esta utilidade atingida pela tutela cautelar deferida.

Entretanto, o sistema cautelar passou a ser desvirtuado de sua finalidade, qual seja, de garantir o fim útil de um processo futuro. Com o flagelo do tempo no processo, as tutelas cautelares passaram a ser um meio de diminuir o tempo de espera da prestação da tutela jurisdicional.

Começaram a surgir as chamadas cautelares satisfativas, pois, uma vez concedidas, já acautelava aquele interesse pretendido, prescindindo de uma demanda principal para sua confirmação.

Os estudiosos do processo e o legislador passaram a perceber que haveria de surgir um modo de garantir o equilíbrio na relação processual entre o autor que tem razão e o réu, que usa o processo e seu excesso de formalismo, para retardar a prestação jurisdicional. Viu-se que a tutela cautelar não era o meio eficaz, pois servia para garantir o fim útil de um processo futuro e não para tutelar o interesse logo no início do processo.

Surgia, então, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, ou de modo mais singelo, a tutela antecipada ou antecipação de tutela, tema diretamente ligado ao trabalho em tela, e que será tratado a seguir.

3.2. Tutela Antecipada

A preocupação com os malefícios que o tempo pode causar no processo não é privilégio da modernidade. Desde tempos remotos, no direito romano, haviam medidas provisórias destinadas a conceder uma proteção a um direito

lesado a quem provavelmente tivesse razão, baseado em um mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações. A essas medidas era dado o nome de *interdicitas*⁶⁹.

Modernamente, o tempo e o processo são fatores que levam o Judiciário ao descrédito. A realidade dos pleitos judiciais e a demora na prestação jurisdicional levam as pessoas a ficarem desiludidas com a “justiça”, levando a máxima que o direito tutelado tardiamente é injusto.

Carnelutti⁷⁰ já dizia que *“o tempo é um inimigo do direito, contra qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas”*

Adequar o tempo à prestação jurisdicional efetiva, ou seja, acelerar a marcha processual, despindo-a de formalismos desnecessários é uma obsessão que persegue a doutrina moderna e inspira o legislador a buscar novos caminhos para a solução dos litígios.

No mesmo sentido, mas inserido no campo das figuras cautelares, Calamandrei⁷¹ afirma como antecipação dos provimentos decisórios que:

“decide-se provisoriamente uma relação controvertida, à espera de que através do processo ordinário se aperfeiçoe a decisão definitiva. Sua finalidade é afastar situações de indefinição das quais, se fosse necessário esperar até que seja emitido o julgamento definitivo *“potrebbero derivare a uma delle parti irreparabili danni.”*

O legislador na reforma de 1994 inseriu no capítulo I do Código de Processo Civil, que trata do processo de conhecimento, a possibilidade de

⁶⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p.321-322

⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco, **Diritto e Processo**, Nápoles: Morano, 1953-1958 *apud*. DINAMARCO, Candido Rangel, op. cit.

⁷¹ CALAMANDREI, Piero, **Introduzione alla studio sistematico del provvedimenti cautelari**. Pádua: Cedam, 1936, *apud*. DINAMARCO, Candido Rangel. op. cit.

antecipação da tutela no art. 273 e parágrafos, o qual sofreu a inclusão de mais dois parágrafos: o 6º, objeto do presente trabalho; o 7º pela Lei 10.444 de 2002.

O intuito do referido dispositivo é ser uma arma poderosa contra o problema do tempo na prestação jurisdicional. Pretende-se com ele, ao contrário da tutela cautelar, antecipar os efeitos da sentença de mérito (tutela pretendida), no início do processo, baseado em um juízo perfunctório, onde se averigua a verossimilhança da alegação e o perigo de dano irreparável.

A medida deferida – antecipação da tutela – concederá ao autor o exercício do próprio direito colocado em questão. A diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada será visto adiante.

Tem-se, portanto, clara a intenção do legislador, quando deu nova redação ao dispositivo em estudo, no sentido de admitir explicitamente a possibilidade de antecipação do próprio direito do demandante posto em litígio, mas, contudo, o fez em um procedimento próprio, com suas próprias características e requisitos, diferente do procedimento das medidas cautelares.

Ocorre, dessa forma, a operacionalização das medidas provisórias satisfativas, mas agora em procedimento específico, não mais em desvio de finalidade, como ocorria com as medidas cautelares. Estas, por sua vez, com o advento da tutela antecipada, retomam sua pureza, readquirindo sua finalidade clássica, no sentido de garantir o fim útil de um processo futuro, sem tutelar o direito.

A tutela antecipada será concedida na própria ação de conhecimento, e para tanto, deverá obedecer a alguns requisitos dispostos no art. 273.

Todavia, não se pode confundir a antecipação da tutela com a antecipação da sentença que será proferida depois da instrução processual. Não se antecipa a condenação e sim os efeitos desta, seu caráter executório, ou como a nova nomenclatura, o seu cumprimento.

A respeito, valiosas as palavras de Teori Albino Zavascki⁷²:

“O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendidas como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executórios daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos.”

Com efeito, o mesmo não se pode dizer em relação ao parágrafo 6º do dispositivo em questão. E é aí que entra a discussão do presente trabalho. Pois, quando se fala em pedido incontroverso está, sim, antecipando-se a eficácia jurídico-formal (Declaração, constituição e condenação) porque, a respeito, não se fará mais discutir, e não se pode esperar o fim do processo para ter aquilo que já foi evidenciado, devendo ser antecipado. O assunto será tratado logo adiante.

3.3. Diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada

Estabelecidas as definições de tutela cautelar e tutela antecipada, cabe agora evidenciar suas diferenças, que ficaram demasiadamente claras, com a reforma de 1994.

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 48.

A medida cautelar, em sua finalidade clássica, tem como objetivo a tutela do processo. Isto quer dizer que, através dela, garante-se o fim útil de um processo futuro. Serve de instrumento para obtenção das formas adequadas a tutelar um direito, sem, contudo, satisfazê-lo⁷³.

As cautelares são tratadas em capítulo próprio no Código de Processo Civil, obedecendo a requisitos específicos autorizadores de sua concessão, estabelecidos no art. 798, que devem ser aplicados, genuinamente a tais medidas.

Já a tutela antecipada, ou antecipação dos efeitos da tutela, visa, retomando a finalidade clássica das medidas cautelares, atendidos alguns requisitos específicos, tais como, a verossimilhança da alegação e o perigo de dano irreparável, antecipar, no processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito.

Em alguns casos, pela incontroversa obtida, o que é antecipado é o próprio direito pretendido, ainda que em parte, mas não seus efeitos, sendo o objeto da presente pesquisa que será tratado a seguir.

A tutela antecipada para ser concedida deve conter pedido específico, sendo vedado a concessão ex-offício. Não pode também ser concedida fora dos limites do pedido, ou seja, não se pode antecipar algo que jamais seria concedido na decisão final.

Entretanto, há casos em que o pedido de tutela antecipada pode estar implícito, v.g. em ação de alimentos, quando se pede alimentos provisórios.

O provimento antecipado, desde que fundamentado, pode ser revisto a qualquer momento, de acordo com o §4º do art. 273 (CPC). O que, por motivos

⁷³ Idem. Ibid., p. 45.

a seguir aduzidos, não se pode aplicar ao parágrafo objeto de estudo (§6º. 273, CPC), sob pena de inconcebível antinomia.

Fica claro dessa forma que, mesmo tendo características comuns quanto à identidade constitucional que ambas exercem, as medidas cautelares e a tutela antecipada são tecnicamente diferentes¹.

Enquanto a medida cautelar, preenchidos seus requisitos necessários garante a tutela de um direito, através de um processo que seja útil, sem satisfazê-lo. A tutela antecipada satisfaz o interesse posto em juízo no início da demanda, servindo como meio de distribuição do tempo no processo, sem com isso ferir qualquer garantia processual do demandado

Zavascki⁷⁴, assevera que:

“Há caso em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que a execução esteja sob risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado, sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente.”

Em qualquer dos casos, há a tutela da pretensão do direito sem, contudo, satisfazê-lo, ou seja, entregá-lo para a execução ou exercício

Adiante, o mesmo autor⁷⁵, continua:

“Mas há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave.”

⁷⁴ Idem. Ibid., p. 49

⁷⁵ Idem. Ibid., mesma página.

Referida situação é que legitima conceder a antecipação da tutela, verossimilhança da alegação e o perigo de dano irreparável.

Estabelecidas as noções entre os institutos e principalmente o da tutela antecipada, como antecipação dos efeitos da sentença de mérito, será analisada, a seguir, a antecipação da parte incontroversa do pedido e a sua efetividade, a fim de se estabelecer o seu real significado e principal escopo, que deve ser a razoável duração do processo como garantia constitucional.

IV – SURGIMENTO DA PARTE INCONTROVERSA DO PEDIDO

4.1. *Espécies*

A tutela antecipada, vista do *caput* do art. 273 do CPC, confere ao autor - que postula em juízo - preenchidos os requisitos autorizadores, a antecipação dos efeitos da decisão final de mérito a fim de que, sendo tutelado de início, possa suportar todo o trâmite processual, para que o efeito do direito antecipado seja confirmado na sentença.

Mesmo em caso de recurso, este será recebido apenas em efeito devolutivo, o que importa na manutenção do autor vitorioso, no exercício dos efeitos, e agora com a sentença do direito concedido *initio litis*.

Mas o parágrafo 6º do dispositivo em comento, trata de hipótese que a antecipação não se dá por uma verossimilhança e por um perigo de dano irreparável, baseado em prova inequívoca. Pelo contrário, nesse caso, a antecipação é deferida com base na incontrovérsia, seja esta por reconhecimento parcial do pedido pelo réu ou pela confissão, pela revelia e ainda pela própria prova inequívoca.

A seguir, serão analisadas, sem o intuito de esgotar o assunto, as formas autorizadas de antecipação da parte incontroversa do pedido ou de parte dele.

4.1.1. Reconhecimento parcial do pedido do autor

Conforme dito anteriormente no processo de conhecimento, se o autor provar que tem direito e, além disso, que a demora do reconhecimento desse direito, pelo curso normal do processo, causar-lhe dano irreparável ou de difícil reparação, o juiz poderá, baseado na verossimilhança, antecipar os efeitos da tutela de mérito, ou seja, seus efeitos executórios.

Na prática é tutelar o direito evidente, que dada sua peculiar natureza, não pode e não deve forçar seu titular experimentar o risco que o processo lhe acarreta até uma decisão final a qual lhe assegure aquele direito *ab initio*, evidenciado.

Hodiernamente, o anseio social não é mais o ritual ordinário, baseado em ampla dilação probatória, como sendo a única capaz de garantir uma segurança jurídica dos provimentos.

Com a evolução da sociedade e sua constante transformação e o conhecimento de seus direitos, as necessidades das pessoas passaram a ser premente, passando para uma visão de justiça urgente, sem com isso sejam abolidas as garantias constitucionais processuais.⁷⁶

Assim, o direito evidente assemelha-se e é vinculado às pretensões deduzidas em juízo em que o direito da parte se mostra líquido e certo, como é o caso da concessão do *mandamus*, ou o direito documentado do exeqüente⁷⁷.

No caso do reconhecimento parcial do pedido do autor, o chamado direito evidente, está claro, está reconhecido de fato, não sendo lógico o autor

⁷⁶ Cf. item 1.1.

⁷⁷ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência, fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.308

ter que esperar até um provimento final para poder exercer aquilo que foi inicialmente reconhecido.

Ressalte-se aqui, assim como se dá em todas as hipóteses de incontrovérsia, a não antecipação dos efeitos da tutela, e sim o próprio direito que, pelo reconhecimento, não se mostra mais controverso, não havendo a necessidade de dilação probatória, pois nesse caso, só serviria para prejudicar a parte que tem razão.

“Ao reconhecer que o autor tem razão, o réu dispõe de seu direito de resistir ao pedido, fazendo desaparecer por completo a controvérsia. Neste caso, não mais razão para a demora na prestação da tutela jurisdicional”⁷⁸.

O ordenamento processual civil, mesmo após a reforma operada pela Lei 11.232/05, que alterou a sistemática do processo de execução, transformando-o em cumprimento de sentença, manteve a redação do inciso II do art. 269. Entretanto, mudou a redação do *caput*, pois não se fala mais em extinção do processo, mas em resolução do mérito.

Uma das formas de resolver o mérito - antiga extinção do processo com resolução do mérito - é o reconhecimento do réu pedido do autor. Todavia, pelo dogma de sentença una (que deve ser relativizado para uma melhor aplicação do sistema, assunto que será tratado a seguir), quando o autor tem um de seus pedidos cumulados ou parte dele reconhecidos, não pode o juiz resolver de imediato o mérito, sendo obrigado a decidir de uma só vez no final do processo com a sentença⁷⁹.

⁷⁸ DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2ª. São Paulo: RT, 2003. p.110,

⁷⁹ Idem. Ibid., mesma página.

Faz-se necessário, assim, a autorização da concessão da tutela antecipada, pois conforme dito anteriormente, não é justo e nem tem razão para ser, fazer o autor esperar até um provimento final de mérito, por um direito que o próprio réu já reconheceu..

A respeito Fredie Dedier Junior⁸⁰, baseado nas lições de Luiz Guilherme Marinoni⁸¹, dispõe que “Se é possível a realização antecipada de um direito que se afigura apenas provável (art. 273, CPC), seria uma gritante contradição não admitir a antecipação, mediante cognição exauriente, do julgamento de um dos pedidos cumulados”.

4.1.2. Produção de prova inequívoca

Interessa nessa questão o direito evidente, ou seja, conforme já o dissemos também se considera evidente e independem de prova os direitos baseados em fatos notórios, afirmados por uma e confessados por outra parte; não contestados ou admitido no processo com incontroversos e em cujo fato milita a presunção legal de existência ou veracidade (art. 334, CPC).

Não se pretende nesse ponto esgotar a teoria da prova, mas se faz necessária consideração a respeito. Assim, são notórios os fatos que, no momento da prolação da decisão judicial, o conhecimento torna-se parte da cultura normal própria de um determinado grupo social.

⁸⁰ DEDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, Oliveira, Rafael, **Curso de direito processual civil**. v. 2. Bahia: Editora Jus Podivum, 2007. p. 573.

⁸¹ MARINONI Luiz Guilherme, **Tutela antecipada, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença**, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998. p.162.

Para que o fato seja considerado notório, prescinde da manifestação da outra parte, ou seja, que ela manifeste-se aclamando sua notoriedade, basta que essa notoriedade se revele segundo a apreciação e convencimento do juiz⁸².

Existe uma impropriedade do legislador ao dispor que os fatos afirmados por uma e confessados por outra parte independe de prova, uma vez que a própria confissão é uma prova. Dessa forma, melhor seria dizer que independem de *outro* tipo de prova⁸³.

Com relação aos fatos incontrovertidos, objeto de nosso estudo, e os não contestados independem de prova exatamente por terem sido reconhecidos, não existindo mais controvérsia alguma.

Finalmente, os fatos que militam a presunção legal, que pode ser absoluta ou relativa, quando o legislador antecipando-se em relação às partes determina a presunção de alguns fatos, v. g. o art. 1597 do Código Civil, em se tratando de presunção de filhos havidos na constância do casamento advindo de maneira natural ou por inseminação artificial, homologa ou heteróloga.

Em síntese a incontroversa baseada na prova inequívoca ocorre quando a prova se mostrar apta e abalizada pelo ordenamento processual a garantir a antecipação substancial do direito material evidenciado.

⁸² Cf. ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**, 5ª ed., Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981, t.1. *apud*, DEDIER Jr, Fredie. op. cit. p. 27. Em sentido diverso, sugere que se poderia exigir da parte contrária uma declaração de que reconhece o fato como notório.

⁸³ DEDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, Oliveira, Rafael. op. cit.

4.1.3. Incontrovérsia por confissão

A confissão como meio de prova, pode ser espontânea ou provocada. Espontânea ocorre quando feita pela própria parte ou por mandatário. A provocada constará do depoimento pessoal⁸⁴. Sendo a confissão espontânea, é dispensada a prova sobre o fato provocado e, segundo o art. 350 do CPC, sendo uma circunstância determinante para que haja a dispensa do fato confessado.

No direito alemão, a confissão é forma de exclusão da necessidade de prova, e tem sido equiparado a não-contestação, no que diz respeito a seus efeitos.

“o efeito da confissão consiste em que o fato admitido não necessita de prova e deve ser considerado pelo magistrado como verdadeiro na sentença, ainda que ele não esteja convencido de sua veracidade”⁸⁵.

Admitindo a prevalência do art. 350 do CPC, temos a existência de uma prova legal. Todavia, qualquer que seja o fundamento, a confissão dispensa o autor de provar o fato, gerando um impedimento ao juiz de buscar outro convencimento que não aquele acarretado pela confissão.

⁸⁴ Cf. PASSOS, J.J. Calmon de. (Direito Processual Civil – I). Enciclopédia Saraiva de Direito, v.18, São Paulo: Saraiva. 1978. p.4 *“Na verdade, cuida-se de confissão judicial que resulta, como dito, da iniciativa do próprio confitente. Ela é requerida pela parte e tomada por termos nos autos”*.

⁸⁵ ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho processual civil**. Buenos Aires: EJEJA, 1995, v.2. p. 216. *apud* MARNONI, Luiz Guilherme, op. cit

Dessa forma, confessado o fato, o direito se mostra incontroverso, e deve ser antecipado para garantir o atendimento ao princípio da celeridade e à garantia constitucional da razoável duração do processo.

4.1.4. Incontrovérsia pela revelia

Diferente do que ocorre com a confissão que autoriza a incontroversa sem a necessidade de instrução processual, a revelia, que não deve se confundir com a não-contestação, também pode autorizar a incontroversa e a conseqüente antecipação desta, porém, os fatos alegados contra o réu revel, dependendo da necessidade, podem ser objeto de instrução no processo e se mostrar diverso daquilo alegado pelo autor.

A revelia pode se operar de três modos, quando o réu: (a) deixa de contestar, ou seja, deixa correr o prazo *in albis* para contestação, não comparecendo em juízo, deixando de integrar a lide, ocorre nesse caso a revelia formal; (b) contesta, entretanto, o faz intempestivamente; (c) contesta, todavia, não impugna precisamente aquilo que o autor alegou como seu, ocorrendo nessa circunstância, a revelia parcial se algum dos fatos não foi contestados ou a revelia substancial, quando há contestação genérica. Trataremos do assunto no próximo item.

A questão do não comparecimento do réu ao processo, tem um aspecto cultural e social, tendo em vista o país em que vivemos, em desenvolvimento, com baixo nível cultural, *“não é difícil imaginar que o réu pode não ir a juízo*

*porque, dentre outras razões, não tem noção das conseqüências e sanções decorrentes de sua omissão*⁸⁶.

O Judiciário é ainda, mesmo com toda a evolução que se mostra nos últimos tempos, algo quase intangível para pessoas de baixa renda e de pouca instrução.

Tem-se, portanto, que se deve autorizar a antecipação baseada na incontroversa, diante das peculiaridades da revelia, apenas no caso da revelia parcial e substancial, quando o réu, comparecendo, não contesta por inteiro, ou de fato contesta genericamente, ferindo o art. 302 do CPC.

Pois, no caso contrário do não-comparecimento, mesmo existindo contra o réu revel a presunção de veracidades dos fatos não contestados, essa presunção é *juris tantum*, admitida prova em contrário.

“Mesmo não podendo o réu fazer prova de fato sobre o qual pesa a presunção de veracidade, como esta é relativa, pelo conjunto probatório pode resultar a comprovação da prova em contrário àquele fato, derrubando a presunção que favorecia o autor”⁸⁷.

4.1.4.1. Contestação genérica

A regra do art. 302 do CPC dispõe que “*Cabe ao réu manifestar precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial*”. O artigo continua dizendo que os fatos não impugnados presumem-se verdadeiros, salvo as hipóteses dos incisos do mesmo.

⁸⁶ DORIA, Rogéria Dotti. op. cit. p. 95

⁸⁷ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, p. 518.

Entretanto, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, a regra não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao Ministério Público.

Dessa forma, segundo a regra do artigo em comento, afasta-se completamente do sistema processual brasileiro, a possibilidade de contestação genérica, ficando a exceção nos casos do parágrafo único.

A referida proibição é uma questão de lealdade processual, o réu deve ser um colaborador da justiça, deve deduzir uma defesa idônea capaz de fornecer subsídios ao julgador para que esse possa formar convencimento a respeito dos fatos controversos. Agindo de modo contrário, o réu em nada contribui para a elucidação da demanda, agindo de maneira desleal não só para com o processo, mas, sobretudo, com a justiça.

Ocorrendo a contestação genérica, não há em que se falar em revelia podendo ocorrer o julgamento antecipado da lide com base no art. 330, I e não do inciso II do CPC.

Ocorre que da sentença que julga antecipadamente o mérito, baseado na contestação genérica, não cabe execução imediata, ou como definiu a nova reforma, o cumprimento imediato. Assim, nesses casos, o caminho para que o autor não sofra as conseqüências do tempo, em um possível recurso protelatório, de alguém que não controverteu o direito em primeira instância, é a antecipação da tutela.

Pode o juiz, dessa forma, conceder a tutela antecipada baseada na incontroversa gerada pela contestação genérica, mesmo estando apto a proferir a decisão final, para que haja a garantia do equilíbrio do tempo na relação processual.

“Não tem sentido supor que o juiz, ao final do procedimento em que foi apresentada contestação inepta, não possa dar tutela ao direito. Isto seria premiar aquele que descumpre o seu dever de apresentar contestação idônea”⁸⁸.

Adiante o mesmo autor, finaliza dizendo:

“Assim, é de admitir a tutela antecipatória ao final do procedimento, evitando-se que o custo do duplo grau de jurisdição possa recair sobre os ombros daquele que possui um direito que não foi controvertido devido à participação indevida do réu”⁸⁹.

4.1.5 Distinção entre não contestação e revelia

A diferença é nítida, apesar de tênue, a linha que as separa. Talvez porque o legislador tratou de ambas no mesmo artigo (Art. 320, CPC). A não-contestação autoriza a presunção de veracidade dos fatos pelo autor. O réu pode comparecer em juízo e apresentar uma contestação genérica (item 4.1.4.) ou pode, mesmo comparecendo e contestando, deixar de impugnar algum fato alegado pelo autor, situação que acarreta, segundo a melhor doutrina, e de acordo com o que foi tratado anteriormente, a revelia parcial.

Percebe-se que, em ambas as situações, o réu comparece em juízo, o que não acontece na revelia formal, ou seja, aquela na qual inexistente a peça impugnatória nos autos.

Exsurge desse fato que o réu não compareceu em juízo e por questões culturais e sociais, já mencionadas, (item 4.1.4) a revelia passa por um abrandamento na doutrina processual brasileira, deixando o réu revel de ser

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit. p.120.

⁸⁹ Idem. Ibid., mesma página.

visto com um desinteressado e desidioso, pelos obstáculos que existem entre o réu carente e sua obrigação em apresentar sua defesa em juízo⁹⁰.

4.1.6. A não contestação no Direito Italiano

A antecipação da tutela, baseada na técnica da não contestação no direito italiano, é capaz de formar títulos executivos judiciais, antes da decisão final de mérito. Essa possibilidade, entretanto, “*encontrava aplicação, até a recente reforma do processo civil italiano, apenas para hipóteses típicas*”⁹¹. Uma dessas possibilidades constava no processo do trabalho, de acordo com art. 423 do CPC Italiano, primeira parte, que dizia:

“Ordinanze per il pagamento di somme – Il giudice, su istanza di parte, in ogni stato del giudizio, dispone con ordinanza il pagamento delle somme non contestate. (...)”⁹²

A referida técnica, após a reforma, - antes só aplicada em situações típicas, como o exemplo do artigo supracitado - foi generalizada e incorporada no Código de Processo Civil Italiano, na art. 186-*bis*, que assim dispõe:

“Ordinanza per il pagamento di somme non contestate – [1] Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della preciazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate parti costituite.”⁹³

Proto Pisani⁹⁴, a respeito do art. 186-*bis*, conclui que:

⁹⁰ DORIA, Rogéria Dotti. op. cit. p. 95.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 102.

⁹² Idem. Ibid., p. 103.

⁹³ Idem. Ibid., mesma página.

⁹⁴ PISANI, Andréa Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994. p. 635.

“Por força do art.186-*bis* as lides de pretensão insatisfeita e não-contestada poderão sempre dar lugar à rápida formação de título executivo, permitindo a qualquer autor, em qualquer controvérsia, obter imediatamente o pagamento das somas em dinheiro que o réu não contesta, mas pura simplesmente se nega a pagar até que dure a controvérsia”.

Entretanto, a antecipação só pode se dar nas lides que tenha por objeto soma em dinheiro, deixando de lado, por exemplo, a tutela da entrega de coisas fungíveis, ou obrigação de fazer quando há pedidos cumulados e distintos.

Marinoni⁹⁵, a respeito assevera: *“É de se estranhar, também, a razão pela qual o art. 186-bis somente admite a tutela em caso de não contestação de soma, deixando de lado hipóteses como a entrega de coisas fungíveis”*.

Entretanto, a crítica que se faz, além de restringir a antecipação apenas para as tutelas que tenham por objeto soma em dinheiro, outra que se faz com maior ênfase é que a “ordinanza” no processo de conhecimento pode ser modificável e revogável, não podendo prejudicar a decisão final de mérito⁹⁶.

A respeito do mesmo autor citado obtempera que:

“A mesma norma que prevê que a tutela conserva a sua eficácia em caso de extinção do processo, ao mesmo tempo admite – ao nosso ver lamentavelmente – que ela seja revogada no curso do processo de conhecimento⁹⁷”.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 105

⁹⁶ Idem. Ibid., p. 106.

⁹⁷ Idem. Ibid., p. 105.

Adiante Luiz Guilherme Marinoni conclui sua crítica, citando doutrinador italiano “*como diz Tarzia⁹⁸, o regime da “ordinanza” (a admissão da sua revogação e modificação) reduz enormemente o significado da inovação, contrastando com a sua função de simplificação e aceleração do processo”*.”

4.2. Pedido incontroverso e o cabimento da tutela antecipada

4.2.1 Natureza jurídica do provimento

No direito italiano existe uma discussão em relação à natureza jurídica do provimento, todavia, há uma unidade em se admitir que o referido provimento não tenha natureza cautelar.

Discutem os italianos se o referido provimento é uma espécie de declaração com predominante função executiva – assunto que será tratado adiante, como forma de real efetividade – ou, se os provimentos são “*interinais condenatórios de cognição sumária e efeito antecipatório, sendo destituída do atributo da decisoriedade, entendida como preclusão ao reexame da questão por parte do juiz que a resolveu*”⁹⁹.

No Brasil, não há dúvidas que não se deve atribuir a provimento em questão, natureza cautelar, pelas diferenças que existem entre as medidas antecipatórias e cautelares, já analisadas anteriormente (item 3.3.)

Ao analisar o caput do art. 273, com nova redação dada pela Lei 8.952/94, tem-se que, o que se antecipa são os efeitos da tutela, ou seja, precisamente seus efeitos executórios os quais são antecipados, preenchidos

⁹⁸ TARZIA, Giuseppe. **Lineamenti del nuovo processo di cognizione**. Milano, Giuffrè, 1991. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 107

⁹⁹ Idem. *Ibid.*, p.107

os requisitos da verossimilhança, prova inequívoca e perigo de dano irreparável ou ainda o abuso do direito de defesa.

Entretanto, no que diz respeito à antecipação da tutela, com lastro no parágrafo 6º do dispositivo em comento, forçoso é o entendimento diverso, pois não se trata de antecipar os efeitos da decisão final e, sim, o próprio direito que restou evidenciado, seja pelo reconhecimento parcial, pela não-contestação, ou pela contestação genérica, assuntos já tratados no presente trabalho.

“Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas a emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E por ser definitiva, desgarra-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma”¹⁰⁰.

Assim, sendo definitiva, o juiz não necessita apreciá-la quando da decisão final resolutive do mérito, pois: *“essa decisão futura (possivelmente uma sentença) sequer precisa ser de mérito”*¹⁰¹, não fazendo a menor diferença, tendo em vista que não havendo a apreciação do mérito, a decisão parcial não ficará prejudicada, uma vez que, se não houver recurso dessa decisão que fracionou o julgamento, opera-se a coisa julgada, só reversível por ação rescisória.

Em se tratando de mais de um pedido ou pedidos cumulados, nada impede que, se ocorrer a incontroversa por qualquer dos motivos já elucidados de um deles, esses pedidos poderão ser antecipado, desde que não haja subordinação entre eles.

¹⁰⁰ DEDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, Oliveira, Rafael. op. cit., p. 302

¹⁰¹ Idem, Ibid., mesma página.

Candido Rangel Dinamarco, entusiasta de um processo civil moderno, instrumental e célere crítica, a respeito, a postura do legislador pátrio, pois segundo ele, *“o legislador deveria ter ousado mais, permitindo expressamente o julgamento antecipado parcial”*¹⁰².

O mesmo autor, acerca da natureza do instituto da tutela antecipada em geral, afirma que a lei não dá a especificidade da antecipação, abrindo inúmeras possibilidades para a sua concessão ¹⁰³, O mesmo autor, acerca da natureza do instituto da tutela antecipada em geral, afirma que a lei não dá a especificidade da antecipação, abrindo inúmeras possibilidades para a sua concessão

Entretanto, quando se trata da parte incontroversa da demanda, conforme já dito, não se tem a antecipação de seus efeitos, e sim do próprio direito (interesse) que não é mais controvertido. O desafio é dar efetividade real ao provimento antecipado, pois devido à topografia do instituto, sua execução e seu combate devem ser provisórios e por agravo de instrumento, o que desvia a sua intrínseca finalidade, assunto que será tratado adiante.

4.2.4. A antecipação da incontrovérsia como distribuição igualitária do tempo no processo.

Não é raro, hodiernamente, diante dos inúmeros processos existentes no judiciário, em razão de uma estrutura frágil frente à demanda instalada, que o processo dure tempo demais. Há, nesse caso, um desafio constante no sentido de diminuir, ao máximo, sua duração sem comprometer sua estrutura,

¹⁰² DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma da reforma**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.96.

¹⁰³ Idem. Ibid., p. 143.

a fim de realmente prestar uma tutela jurisdicional, que seja capaz de atingir aos anseios da sociedade, que manifesta um crescente descrédito em relação à justiça, principalmente por esse motivo.

Barbosa Moreira¹⁰⁴, a respeito, assevera:

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

A morosidade do processo desestimula o cidadão que eventualmente tem seu direito lesado a recorrer ao judiciário, pois tem em mente – com razão – que o procedimento será lento, que sofrerá muitos males (angústias e sofrimentos psicológicos)¹⁰⁵.

A duração razoável do processo, que antes era anseio, tanto pelos estudiosos do processo como da sociedade, e que já constava de tratados internacionais, tais como A convenção Européia para proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais¹⁰⁶ (1950), em seu art. 6º, §1º, garantindo que toda pessoa tem o direito a uma audiência equitativa e pública, dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial¹⁰⁷.

Outro tratado - que tem aplicação e vigência em território brasileiro diante do disposto no art. 5º, §2º da CF/88 e também versa a respeito da duração razoável do processo - é a Convenção Americana sobre Direitos

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. p.4 .*apud*. CRUZ E TUCCI José Rogério. **O art. 475-J e o STJ**. Revista Consulex, ano XI, nº 260, Brasília:Consulex, 2007. p. 50-52.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *op.cit.* p. 120.

¹⁰⁶ Anexo I (fonte) Gabinete de Documentação e direito comparado <www.gddc.pt/direitoshumanos/textos-internacionais> acesso em 03.12.07

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *op.cit.* mesma página.

Humanos¹⁰⁸, que em seu art. 8º afirma que “*toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...*”¹⁰⁹

O legislador ciente de que é preciso buscar soluções para que a prestação jurisdicional seja entregue de modo que se presta aos anseios sociais, elevou a razoável duração do processo, ao *status* de garantia constitucional, incluindo o inc. LXXVIII no art. 5º da CF/88. Assunto esse sobre o qual já foi tratado em item específico (1.1.6.).

Desse modo, não é justo que um direito (ou parcela dele) que se mostrou incontroverso no curso de um processo que também se presta a investigar a existência de um outro (ou parcela deste) o qual ainda é controvertido e necessita de uma instrução, tenha de esperar toda a dilação probatória para ser referendado.

O sistema, assim, tem de ser dotado de um mecanismo que viabilize a realização imediata do direito incontroverso. Mas que seja efetivo, pois não adianta ter garantido aquele direito incontroverso, de maneira definitiva, se a sua execução se dá provisoriamente, sob pena de ser inócua aquela tutela que foi antecipada, de ser efetivada no momento em que precisa de sua efetivação.

“Isso porque é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido. Ninguém pode negar, de fato, que um dos corolários do direito ao acesso a justiça é o direito a uma tutela jurisdicional em um prazo razoável”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Anexo II – Fonte ONU-Brasil *in* <www.onu-brasil.org.br> acesso em 03.12.07.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.32.

¹¹⁰ *Idem*.*Ibid.*, p. 130.

Conclui-se, portanto, que a técnica da antecipação da parte incontroversa da demanda, desde que realmente efetivada, é uma forma de distribuir o tempo (risco) do processo, de maneira igualitária, entre autor e réu, sendo que, se isso não fosse possível, o autor (que eventualmente) tivesse razão, suportaria sozinho o ônus da demora da prestação jurisdicional.

4.2.5. Abuso do direito de recorrer

É sabido que existe uma sacralização do duplo grau de jurisdição, como se fosse possível ter, somente, a solução de um litígio com a apreciação por tribunais superiores.

O réu, perdedor, usa, num sistema como o nosso, de todas as artimanhas recursais, para tentar manter em seu patrimônio o bem questionado por mais tempo, ou tentar tirar vantagem do autor que tem razão, em relação ao tempo que demora a resposta jurisdicional.

“O abuso do direito de recorrer é mais grave do que o abuso do direito de defesa, pois o réu, no momento da sentença encontrará um autor menos resistente a um acordo que ofereça o tempo do processo em troca de uma vantagem patrimonial”¹¹¹.

O legislador atento a isso inseriu no art. 17, VII do CPC a litigância de má-fé, para o réu que deduzir recurso meramente protelatório. Além disso, existem outros dois aspectos relevantes, um no que diz respeito à tutela antecipada, quando o juiz a confirma ou a concede na sentença, o recurso só é recebido em seu efeito devolutivo, neste caso há um equilíbrio na demanda.

¹¹¹ Idem. **Tutela Antecipada e julgamento antecipado, parte incontroversa da demanda.** p. 162.

Outro é o art. 557 do CPC, que autoriza a negativa de recurso manifestamente inadmissível.

O fato é que, em se tratando de antecipação da parte incontroversa da demanda, deve-se encontrar um meio, para que o autor o qual teve seu direito evidenciado e incontroverso, não sofra com o abuso no direito de recorrer. Ao contrário do que acontece nas outras espécies de antecipação de tutela, não se antecipa seus efeitos executivos e, sim, o próprio direito que ficou incontroverso, devendo haver uma maneira de execução definitiva e não provisória.

Dessa forma, devia-se copiar o sistema do processo civil italiano que, com a reforma, passou a ter como regra a execução imediata da sentença, excetuando-se os casos, autorizando o tribunal a suspender os efeitos executivos imediatos na sentença, em casos de graves motivos, desde que requerido pela parte.

A A regra de agora, após a reforma do CPC italiano, objetiva a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável e *“visa a restituír a importância do juiz de primeiro grau e desestimular os recursos meramente protelatórios”*¹¹²

Além disso, a própria Constituição da República Italiana, traz em seu reformado art. 111¹¹³, a necessidade de que todo o processo seja justo, e isso inclui a duração em um tempo razoável.

¹¹² VACARELLA, Romano. CAPPONI, Bruno e CECHELLA, Cláudio. **Il processo civile dopo le riforme**, p. 279-280. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 181.

¹¹³ "Art. 111: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le part, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata." *In* HOFFMAN, Paulo. **O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 25 jan. 2008

Paulo Hoffman¹¹⁴, explicando a reforma no citado artigo da Constituição Italiana, diz que:

"A reforma do art. 111 da Constituição da República Italiana teve feição de política legislativa, dirigida mais ao legislador do que à criação de direito novo ao cidadão, bem como de permitir aos juízes interpretarem a lei de modo a considerar inconstitucionais quaisquer atividades inócuas que representassem atraso na atividade jurisdicional, além de dar aspecto constitucional ao direito de "duração razoável do processo".

Assim, outro meio para evitar o abuso do direito de recorrer, o que prejudica deveras o autor que tem razão, seria estabelecer como regra a execução imediata da sentença, balanceada com a possibilidade de suspensão dessa execução, que tem amparo na *"necessidade de conciliar a segurança, derivada do direito ao recurso, com a tempestividade da tutela jurisdicional, necessária para a realização concreta do direito de ação, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República"*¹¹⁵.

¹¹⁴ Idem. Ibid.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. . 180.

CAPÍTULO V – A EFETIVIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA PARTE INCONTROVERSA DO PEDIDO

5.1. Da antecipação da decisão final – efeitos da tutela

Quando se fala na antecipação da tutela baseada na incontroversa do pedido ou de pedidos, ou ainda de parcela dele, tem-se que, o que se antecipa não são seus efeitos executórios e, sim, o próprio objeto da lide que já não se mostra, mesmo *ab initio*, mais controvertido.

Referida decisão, apesar da incongruência de sua interpretação, é definitiva e se não for combatida pelo réu, estará apta a transitar em julgado, devendo ser executada imediatamente, e é aqui que reside o problema.

José Roberto dos Santos Bedaque, afirmando no mesmo sentido, que o que é antecipado de maneira incontroversa, tem-se decisão definitiva antecipando efetivamente aquele direito incontroverso e não seus efeitos, porque a *“Simples antecipação de seus efeitos, todavia, não gera resultado definitivo, pois nada obsta que o juiz, durante a instrução entenda inexistente o direito, embora incontroversa a afirmação do autor”*¹¹⁶.

Conforme foi dito anteriormente, o instituto está equivocadamente localizado dentro do CPC, porque não se trata de tutela antecipada, ao menos, não aquela descrita no *caput* art. 273. Não se concede baseado na verossimilhança nem no fundado receio de dano irreparável (§ 1º.), também não se baseia no abuso no direito de defesa, apesar de ser uma forma de combate a este, e de modo relevante, caracterizando como uma forma da real

¹¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias de urgência**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 332.

efetividade, não se sujeita a irreversibilidade da concessão, fazendo coisa julgada¹¹⁷.

Para que haja a real efetividade do provimento, objeto do presente trabalho, necessário se faz uma interpretação do dispositivo, de modo a extrair do mesmo, que trata-se de uma decisão parcial definitiva, pois do contrário seria letra morta, em que pese o esforço do legislador em dar celeridade ao processo.

A teoria tridimensional de Miguel Reale, distanciando-se da visão de Hans Kelsen, normativista puro, para o qual direito é norma jurídica nada mais do que isso, assevera com peculiar brilhantismo que o direito é uma combinação de fato, valor e norma¹¹⁸.

Assim, o aplicador do direito deve ter em mente essa concepção, pois deve extrair da norma seu verdadeiro valor para aplicar àquele caso concreto. Dessa forma, se o fato se mostrou incontroverso, por qualquer dos motivos já mencionados anteriormente, tem-se uma decisão parcial definitiva, porque apesar de ser concedida no curso do processo, resolve o mérito em relação àquele interesse posto em juízo e incontroverso pela parte.

Não se pode concordar com autores¹¹⁹ que, apesar de seus incontestáveis saberes jurídicos, dão ao presente instituto o caráter de provisoriedade, apenas por sua situação topográfica, de estar inserido dentro do artigo que fala de tutela antecipada e do qual se antecipa os efeitos.

¹¹⁷ Cf. “Ainda que seja dada a antecipação no caso do CPC 273 §6º (parte incontroversa do pedido), essa decisão continua a ser de natureza *antecipatória*, isto é, provisória e revogável(...). NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**, nota 4, p. 454.

¹¹⁸ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹¹⁹ Autores como Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, Athos Gusmão Carneiro.

Athos Gusmão Carneiro¹²⁰, em que pese o brilhantismo de suas idéias, vai de encontro à atual necessidade processual, e assevera que:

“(...) entendemos que a melhor solução, pelo menos na aguarda de novidades legislativas (que pessoalmente não creio oportunas), será manter sobre o caráter de antecipação propriamente dita a AT das parcelas dos pedidos não contestados, portanto, sem 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 pleno”.

É importante ressaltar que esses autores não podem valorar um instituto apenas pela sua localização, tem-se que interpretar o dispositivo de acordo com o escopo constitucional da última reforma do judiciário (EC 45/2004), que inseriu, como garantia constitucional, a razoável duração do processo. Com a interpretação do instituto, como decisão provisória, passível de reversão, estar-se-á, ferindo uma garantia constitucional, jogando por terra o esforço do legislador, apesar de tímido, em criar mecanismos para a divisão igualitária do tempo no processo.

5.1.1. Pedido incontroverso e execução provisória.

Já se mostrou que é possível que o direito (interesse) posto em juízo, ou parcela dele, em determinadas circunstâncias, pode acabar por incontroverso, antes da resolução do processo, que ainda se dá com a sentença.

¹²⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 64.

Utiliza-se o termo “ainda”, porque já se caminha para uma mudança de atitude. O legislador, na reforma do processo de execução, deu sinais de enfraquecimento da sentença, não no sentido de perder sua eficácia, mas no sentido de não ser mais ela – a sentença – que põe fim ao processo.

A sentença de fato continua tendo sua importância, porém, agora ela resolve o mérito e não mais o extingue, pois passa-se a uma segunda parte que é o de cumprimento de sentença (execução), terminando o processo com esse efetivo cumprimento.

Até pouco tempo atrás isso era inconcebível, entretanto, o trabalho dos estudiosos do processo, somado a falência do modelo executivo fizeram o legislador abrir os olhos para uma nova realidade, que tanto se tem buscado, que é a da celeridade e efetiva prestação jurisdicional.

Dessa forma, atento às recentes mudanças no sistema processual, não é difícil imaginar que se possa falar com amparo legal - dentro em breve, para realmente existir uma efetiva prestação jurisdicional - em decisão parcial de mérito definitiva, propiciadora de coisa julgada material e combatida por apelação, pois tem caráter de sentença.

Entretanto, no atual sistema, mesmo com a antecipação da parte incontroversa do pedido, ou de parte dele, operado por qualquer dos motivos, já oportunamente tratado (capítulo IV), essa decisão pela localização do instituto como parágrafo do art. 273 do CPC, ainda é encarado – equivocadamente – como sendo uma decisão provisória. E o que é pior, defendida por autores de renome, a sua reversibilidade (§4º, Art. 273, CPC),

devendo ser executada provisoriamente, agora com base no art.475-O, inserido pela Lei 11.232/05, com vigência a partir de 24 de junho de 2006.

Há, contudo, necessidade de se diferenciar execução provisória de execução de decisão provisória. A decisão que é provisória (sentença ou decisão interlocutória) é assim porque ainda pende recurso, pois ainda não há uma posição definitiva do Estado, não se operou o trânsito em julgado.

Os atos executivos, diz MARINONI¹²¹, *“alteram a realidade física e, portanto, não podem ser classificados em provisórios e definitivos”*. O mesmo autor, completa *“(...) os atos executivos praticados em virtude de uma sentença que ainda não foi confirmada pelo tribunal não podem ser chamados de provisórios”*¹²².

Assim a decisão é provisória, mas seus efeitos podem ser obtidos desde o momento da sua prolação, se o recurso contra ela dirigido for recebido apenas no efeito devolutivo.

A questão que move a presente pesquisa se dá principalmente neste ponto, ou seja, do cumprimento do incontroverso. Não se fala, aqui, ontologicamente de uma decisão provisória, pois a incontroversa transforma algo discutido em pacífico, cumprindo o papel do processo, qual seja, de pacificação social.

Não há, como alguns autores¹²³ ainda sustentam, uma antecipação da tutela, mas exatamente a tutela pretendida, ou seja, aquele direito que foi questionado em juízo e se tornou incontroverso, sendo, pois, no campo axiológico uma verdadeira decisão parcial de mérito, não podendo o juiz de

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p.186.

¹²² Idem. Ibid., mesma página.

¹²³ NERY, Junior Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit. p. 523-529

primeiro grau, tratar a respeito, se atendo, desse momento em diante, a questões que ainda são controvertidas.

Assim, a decisão é provisória, mas de mérito, não podendo ser modificada na sentença. A única possibilidade de alteração seria através de recurso (agravo, apenas por uma questão topográfica, pois tem caráter de apelação), e se este não vier, deve-se ser cumprido, mas não provisoriamente e sim definitivamente, sendo, pois, decisão definitiva. A questão é como efetivar definitivamente algo que já se mostrou incontroverso. Adiante serão mostradas, com a devida venia, possíveis soluções.

5.1.1.1. Decisão interlocutória ou sentença parcial

Pela pesquisa realizada, mostra uma tendência entre os estudiosos mais preocupados com a modernidade do sistema processual, com o escopo constitucional dado ao processo, de prezarem pela celeridade e efetividade, buscando da instrumentalidade seu aspecto positivo¹²⁴, a fim de que se tenha uma efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Com efeito, mesmo que o instituto da antecipação da parte incontroversa da demanda seja encarado como uma decisão interlocutória, que tem definição clássica como a que “não colocando um fim no processo, resolve questão incidente ou provoca algum gravame à parte ou interessado”¹²⁵, sua característica é de sentença, mas como não resolve o processo total, seria uma sentença parcial de mérito.

¹²⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 270.

¹²⁵ NERY, Junior Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, op. cit. nota 3. p. 757.

Assim, poder-se-ia dizer que sentença parcial de mérito, é o ato do juiz que acolhe a parte do pedido que se mostrou incontroverso, resolvendo o mérito em relação a este, entregando a parte seu direito incontroverso.

Sentença parcial ou decisão interlocutória, o fato é que, diante dos argumentos, o que se tem, se não houver recurso é uma decisão definitiva¹²⁶.

Em sendo assim, o recuso cabível contra essa decisão teria de ser de apelação, pois tal decisão resolve o mérito face ao direito incontroverso, que deveria ser recebida só no efeito devolutivo, como forma eficaz e efetiva deste provimento. Essa poderia ser uma solução.

5.1.1.2. O dogma da impossibilidade da extinção da sentença

Sendo a sentença, de acordo com o §1º do art. 162 do CPC, como o “ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos art. 267 e 269 desta lei”, e sendo que esses dois artigos falam da extinção do processo e da resolução do mérito, respectivamente, é de se concluir que só ela é que resolve o mérito. A redação antiga do artigo em comento era mais incisiva, dizia que a sentença é que põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito.

A nova redação, face à modificação do processo de execução, operada pela Lei 11.232/05, inseriu “resolução de mérito” ao invés de extinção do processo.

Entretanto, quando se fala em pedido incontroverso, não há que falar em dilação probatória ou instrução processual, nem há que falar em litígio, pois não há mais nada que discutir, assim, não se pode olvidar em permitir ao juiz

¹²⁶ DEDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, Oliveira, Rafael. op. cit. p. 575.

que dê uma sentença, porém, como não resolve o processo em sua plenitude, seria parcial. E, sendo parcial, quebraria o dogma de uma sentença una e indivisível.

O magistrado, quando assim decide, esgota sua atividade cognitiva, e esta não é perfunctória e sim exauriente, portanto, passível de decisão que resolva parcialmente o mérito, sendo perfeitamente apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução definitiva¹²⁷.

Tem-se, portanto, instalado uma antinomia em nosso sistema, face ao que diz o art. 162, §1º e o art. 273, §6º, ambos do CPC. Deve-se relativizar o dogma da impossibilidade de cisão da sentença, para que seja alcançado o verdadeiro escopo constitucional do processo, de efetiva prestação jurisdicional.

Com isso, faz-se necessário analisar o dogma como sendo algo posto e não imposto e sem a possibilidade de discussão. No início do sistema processual poderia ser inconcebível tal afirmação (cisão da sentença), mas hoje em dia essa referida pretensão não pode passar à margem da discussão, para a evolução do sistema processual.

Em outros países, como é o caso da Itália, já existe a possibilidade dessa cisão, no art. 186-bis, apesar da incongruência da possibilidade de reversão do provimento.

Entretanto é preciso discutir essas idéias e aperfeiçoá-las, a fim de que o processo atinja seu objetivo constitucional de pacificação de conflitos em tempo razoável.

¹²⁷ Idem. Ibid., p. 576.

Ademais, Miguel Reale já dizia, com seu peculiar brilhantismo, que *“Dogma não significa verdade que não se discute, mas significa apenas Direito posto. (...) o termo dogmática jurídica, a palavra “dogma” não significa, absolutamente, “algo que é imposto”, mas tão somente “algo que é posto”¹²⁸.*

5.2. Efetividade da antecipação da parte incontroversa do pedido.

Conforme já foi dito, para que haja uma efetividade da antecipação da parte incontroversa do pedido, é necessário interpretar o dispositivo, desvinculando-o de sua localização estrutural dentro do ordenamento processual.

Não se trata de um provimento antecipatório de efeitos, mas da incontroversa de um direito questionado em juízo. Diante disso, o que se antecipa é verdadeiramente aquilo que se pretendia com a demanda, mesmo que seja apenas um dos pedidos ou parcela deste.

O referido direito já está evidenciado e incontrovertido, e agora precisa ser efetivado, e é aqui que reside o problema. Se o dispositivo for encarado como uma decisão interlocutória, provisória, que pode ser modificada no curso do processo, cairá por terra todo o esforço legislativo e não haverá razão de ser, pois de nada adiantará reconhecer algo incontroverso se houver a possibilidade de modificação dessa decisão na sentença.

De fato, será uma incongruência se o dispositivo for interpretado sob esse prisma. O legislador poderia ter ousado mais e autorizado uma decisão

¹²⁸ REALE, Miguel. op. cit. p. 120.

parcial de mérito, combatida com apelação, pois se mostra pelo aspecto ontológico que tem a antecipação da parte incontroversa. Sabe-se que a mesma põe fim àquela questão de mérito que se tornou incontroversa, seja pela não contestação, seja pelo reconhecimento parcial do pedido, e não se mostra razoável autorizar o juiz a modificar uma situação já definidas.

Estar-se-ia desvirtuando o ordenamento, com uma patente antinomia, entre o disposto no art. 162, §1º e o art. 273, §6º do CPC. É necessário, pois, ter uma visão instrumental positiva do dispositivo antecipatório, para que se possa extrair do mesmo o escopo constitucional e garantir uma efetiva prestação da tutela jurisdicional, a fim de que o provimento se preste a tutelar os interesses de modo célere, seguro, efetivo e eficaz.

Contudo, em nosso ordenamento, essa ainda é uma tarefa árdua, mas é preciso continuar as pesquisas e estudos, para que possamos encontrar meios de assegurar a efetividade.

Este trabalho pretendeu analisar o dispositivo, eventuais incongruências do sistema processuais, dogmas a serem superados, para se ter um processo que seja uma ciência autônoma, mas que jamais supere o direito material e o bem da vida colocado em litígio.

5.2.1. Estabelecimento de uma decisão definitiva no curso do processo como solução para efetividade da medida

Através desse estudo realizado, guardadas as devidas proporções e seus objetivos, que não pretendeu esgotar o assunto, pode-se perceber que o

sistema, apesar de evoluir com as reformas, ainda se mostra falho na busca de efetividade.

Para se ter uma real efetividade do §6º do art. 273, CPC, é mister algumas mudanças de pensamento, tradicionalmente imutáveis, como, por exemplo, a cisão da sentença.

A decisão que antecipa a parte incontroversa da demanda é definitiva, não provisória. Aquilo que pode ser provisório é seu cumprimento, no caso de interposição de recurso; o que de fato, deve ser repreendido, pois não é justo que o autor espere o julgamento do recurso de algo que o réu sequer controverteu.

“É do conhecimento comum, que Liebman ressalta e enfatiza para o bom entendimento do tema, que só no *decisium* se formulam preceitos destinados a produzir efeitos sobre a vida dos litigantes ou sobre o processo mesmo, o que se dá (a) quando o mérito é julgado e, assim, o interesse de uma das partes é atendido e o de outra sacrificado...”¹²⁹

Depreende-se da lição acima transcrita, aplicando-a para a antecipação da parte incontroversa, é exatamente que o *decisium* constante naquele provimento, tutela o interesse do autor o qual tem razão e vê seu pedido se tornar incontroverso e precisa ser efetivado, mas de maneira definitiva e não provisória.

Assim, uma possível solução para a efetividade do dispositivo em questão, seria permitir uma cisão da sentença, estabelecendo uma decisão (sentença) parcial de mérito a ser combatida com o recurso de apelação, que

¹²⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 16.

por razões óbvias só seria recebida no efeito devolutivo e, não fora combatida, aplicar-se-ia o disposto no art. 475-J para o cumprimento de sentença.

5.2.2. O Reconhecimento do pedido e decisão declaratória – execução.

Outra possibilidade seria atribuir executividade a uma declaração do juiz o qual reconhece que aquele pedido se tornou incontroverso. Referida medida, que dependeria de um longo estudo, da dimensão deste ou maior, poderia também ser uma possibilidade para a efetividade da antecipação da parte incontroversa do pedido.

O legislador italiano, com forte influência da tese de Liebman, não limitou, na visão de alguns doutrinadores, a execução imediata do art. 282, apenas as sentenças condenatórias, ou seja, há possibilidade de execução também das sentenças declaratórias.

“Durante os trabalhos preparatórios à reforma processual civil italiana, ficou clara a intenção do legislador em não limitar o art. 282 à execução imediata da sentença condenatória. A questão foi debatida no Senado italiano e a proposta do senador Acone, que restringia o art. 282 às sentenças de condenação, foi rejeitada sob o argumento – apresentado pelo senador Lipari – de que numerosas sentenças declaratórias ou constitutivas poderiam ser beneficiadas pela norma”¹³⁰.

Na visão de Tarzia, a execução imediata das sentenças condenatórias é perfeitamente possível e não há dúvidas. Entretanto, nas meramente declaratórias diz:

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 193.

“Duvidoso é, ao invés, se a executoriedade provisória pode ser atribuída às sentenças meramente declaratórias; e é uma dúvida que parece ser resolvida em sentido negativo, quando à declaração não se liguem diretamente outros efeitos”¹³¹.

Extrai-se das palavras acima que no sistema italiano é possível a execução provisória de um provimento meramente declaratório. Contudo, o que se pretende demonstrar em um futuro trabalho de pesquisa mais aprofundado, é que se pode extrair uma declaração daquele reconhecimento do pedido evidenciado e incontroverso. Com isso forma-se um título executivo judicial (sentença declaratória parcial de mérito), para que seja executado em um processo autônomo, apenso aos mesmos autos, porém, onde se realizariam apenas atos concretos, destinados a efetivar aquele direito que já foi reconhecido, não dependendo mais de provas.

Solução que será muito discutida e controvertida, pois quebra com alguns parâmetros tradicionais do sistema processual. Entretanto, esta é a função de estudos como este: de procurar novas maneiras de, efetivamente, prestar a tutela jurisdicional.

¹³¹ TARZIA, Giuseppe. **Lineamenti del nuovo processo di cognizione**, op. cit. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 194.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do que foi analisado no presente trabalho, sem perder de vista os princípios processuais constitucionais, tais como: acesso à justiça, segurança jurídica, devido processo legal, ampla defesa, o legislador constituinte em suas incansáveis emendas nos trouxe algo que de há muito já era cobrado pela sociedade, a garantia da duração razoável do processo.

O que era um anseio dos jurisdicionados, ávidos por justiça, entretanto, descrentes do judiciário, frente à morosidade que ainda impera a garantia da duração razoável do processo, agora elevada ao “status” constitucional, traz um alento a uma sociedade incrédula e estafada.

Entretanto, não é com a inserção da referida garantia no âmbito constitucional que a situação melhorará da noite para o dia, necessário se faz uma evolução ao pensar o processo, devendo esse ser tratado com um meio para atingir à prestação jurisdicional e não um fim em si mesmo.

O que foi aqui proposto, a efetividade do §6º do Art. 273 do CPC, com a execução de uma declaração ou com a cisão da sentença, não tem o escopo, nem a pretensão de se contrapor às regras existentes e à posição doutrinária e jurisprudencial a respeito do assunto. Pelo contrário, o que se pretendeu, em uma análise avançada do instituto, foi demonstrar alternativas que, com a evolução do mesmo, é possível uma entrega efetiva da tutela jurisdicional, em tempo razoável, cumprindo o ideário constitucional, que tem amparo nas

convenções e tratados internacionais, pois *“um processo que dura um dia a mais do estritamente necessário não terá duração razoável e já será injusto”*¹³².

É fato que o Judiciário enfrenta sua maior crise. Os motivos são vários, falta de estrutura, número insuficiente de juízes, déficit tecnológico, cartórios abarrotados de processos, falta de pessoal e, conforme já foi dito, anseia-se pelo despertar da sociedade na busca de seus direitos, que de uma forma ou de outra, acaba encontrando no judiciário a solução de seus conflitos.

Nesse quadro os prognósticos não são favoráveis. Se nada for feito, poderá ocorrer um colapso no sistema do Judiciário atual.

O presente trabalho pretendeu, analisando o instituto da antecipação da parte incontroversa do pedido, demonstrar possíveis soluções para lhe dar efetiva aplicação. A efetividade do instituto poderá ser alcançada com a cisão da sentença, passando a ter no meio do processo uma decisão definitiva de mérito, assim que o pedido antecipado se mostrar incontroverso, esgotando-se as vias recursais. Essa alternativa é possível, e serviria para relativizar o dogma da impossibilidade de cisão da sentença.

Outra proposta, esta um pouco mais plausível, dados os dogmas existentes, seria a execução da declaração, onde com pedido evidenciado e incontroverso, seria declarado o direito, e esta declaração poderia ser executada imediatamente em um processo autônomo, que correria apenso aos autos principais, mas com a possibilidade de efetivação do provimento, sem a necessidade de se esperar o final do processo, já que o pedido em questão já se tornou incontroverso.

¹³² HOFFMAN, Paulo. **O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 25 jan. 2008

Não se tratou em romper com todo o formalismo do sistema processual, apenas com o seu excesso que, aliás, tem-se tornado a regra. É necessário que o novo seja encarado com perspectivas e horizontes abertos e não ser rechaçado com argumentos precipitados e conservadores.

Se for para aclarar o sistema processual e tornar o Judiciário mais célere, é válido rever dogmas e conceitos, sob pena de ficar estagnado no tempo, assistindo a sociedade ruir em descrença.

Viu-se que, com a antecipação da parte incontroversa do pedido, nenhum princípio constitucional é contrariado, pelo contrário, corrobora-se a garantia da duração razoável do processo. Entretanto, se não for aplicado com vistas a, efetivamente, entregar a tutela jurisdicional a quem demonstrou ter razão, em um menor espaço de tempo, revendo os dogmas processuais, o instituto se torna inócuo.

O Estado tem, com raras exceções, o monopólio da jurisdição. Sendo assim, o jurisdicionado tem o direito de exigir que ela seja prestada de maneira mais célere possível, para que se alcance o ideal de Justiça.

O direito como ciência deve ser revisto periodicamente, devendo acompanhar a evolução da sociedade. Em uma era globalizada, não podemos ficar adstritos a filigranas de formalismo jurídico.

Com efeito, reafirmando o anteriormente dito, não se pretende romper com o formalismo processual, mas acabar com seus excessos. E se para isso, for necessários rever antigos dogmas processuais, que estes sejam revistos, pois não existe verdade absoluta e permanente.

As propostas apresentadas, sem nenhuma pretensão de serem as melhores, servem de um início para uma discussão sadia, com vistas a aperfeiçoar e modernizar o sistema processual, a fim de melhorar a qualidade dos serviços prestados pelo Judiciário.

Sintetizando o escopo de todo o trabalho realizado, recorro às palavras de José Carlos de Barbosa Moreira¹³³:

"Semelhante atitude, encontrada em espíritos que se julgam progressistas, é, na verdade, a melhor aliada do conservadorismo. Apostar tudo no ideal significa, pura e simplesmente, condenar o real à imobilidade perpétua. Disse um grande estadista que é muito difícil sabermos o que precisaríamos fazer para salvar o mundo, mas é relativamente fácil sabermos o que precisamos fazer para cumprir o nosso dever."

Conclui-se com a pesquisa realizada que caminhos existem para a efetividade do instituto em análise, a cisão da sentença ou a execução da declaração do pedido incontroverso, que pelo estudo feito se torna mais viável, basta que o Judiciário e os formalistas passem a dar mais atenção ao bem da vida do que ao processo em si.

Devemos ter o enfoque em um processo prático, que sem a revisão de antigos dogmas a fim de que se tenha uma segurança jurídica com efetividade, o ideário de distribuição de uma Justiça efetiva será ilusão.

¹³³ **A efetividade do processo de conhecimento.** Revista de Processo [do Instituto Brasileiro de Direito Processual] São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994. p. 137

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Jorge Luiz de. **A Reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** coordenador: colaboradores: Alexandre Bonfanti de Lemos... [et al.] – Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1971.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil.** 11^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias de urgência.** 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRUSCATO, Wilges. **Monografia jurídica: manual técnico de elaboração.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZAID, Alfredo. **Exposições de Motivos do Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1973.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional.** 5^a ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI Mauro, GARTH Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução por NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **A morte do direito**. Adaptação e tradução por: OLIVEIRA, Heliomar Martins. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Bahia: Jus Podivum, 2007. v. 2

DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A reforma do código de processo civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, v.2.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, v.3.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. tomo I.

DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.** 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência, fundamentos da tutela antecipada.** São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Vicente Filho, **Direito processual civil brasileiro.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol II.

GRINOVER Ada Pelegrini, **Conciliação e juizados de pequenas causas.** Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 7ª ed. São Paulo: Método, 2004.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manuale di diritto processuale civile.** 4ª ed. Milão, Giuffrè, 1983, v. 258, trad. brás. de DINAMARCO, Candido Rangel. **Manual de direito processual civil I,** 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MARNONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipada e julgamento antecipado, parte incontroversa da demanda.** 5ª ed. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2002.

_____. **Novas linhas do processo civil.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MESQUITA, José Inácio Botelho de. **Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias.** Revista Brasileira de Direito Processual. nº 56. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **A Efetividade do Processo de Conhecimento**. Revista de Processo [do Instituto Brasileiro de Direito Processual] São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994.

NERY Junior, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. (Série Col. Estudos de Direito de Processo Enrico Túlio Liebmann, v. 31).

_____, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, 9ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **Questões Controvertidas de Processo Civil e de Direito Material**, doutrina jurisprudência e anteprojetos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. **Manual da monografia jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORIONE Neto, Luiz. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2002.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito Processual Civil – I**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva. 1978. v.18

PISANI, Andréa Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. **Fim de século e justiça**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/62060,1>. acesso em 10 de dezembro de 2007.

REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ano VII - nº. 152, maio 2003, pág. 22-23.

REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ano XI - nº. 260, novembro 2007, pág. 50-52.

REVISTA DE PROCESSO [do Instituto Brasileiro de Direito Processual]. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 148, ano 32 junho, 2007.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. **Perspectivas do Direito no Início do Século XXI**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. "s.n." "s.d."

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Evolução histórica do direito brasileiro (XIV): o século XIX**. Disponível em <www.correioweb.com.br/cw/ediçao_20020902> acesso em 06.11.07

THEODORO Junior, Humberto. **Processo cautelar**. 21ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996.

_____. **Tempo e Processo: Uma Análise Empírica das Repercussões do Tempo na Fenomenologia Processual (Civil e Penal)**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

ZAVASCHI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ANEXOS

ANEXO I – CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS

Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa,
Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948,
Considerando que esta Declaração se destina a assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efectivos dos direitos nela enunciados,

Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a protecção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais,

Reafirmando o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem,

Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal,

Convencionaram o seguinte:

Artigo 1.º

(Obrigação de respeitar os direitos do homem)

As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.

TÍTULO I

(Direitos e liberdades)

Artigo 2.º

(Direito à vida)

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

- a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;
- b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;
- c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreiçãõ.

Artigo 3.º

(Proibição da tortura)

Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Artigo 4.º

(Proibição da escravatura e do trabalho forçado)

- 1. Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão.
- 2. Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório.
- 3. Não será considerado "trabalho forçado ou obrigatório" no sentido do presente artigo:
 - a) Qualquer trabalho exigido normalmente a uma pessoa submetida a detenção nas condições previstas pelo artigo 5.º da presente Convenção, ou enquanto estiver em liberdade condicional;
 - b) Qualquer serviço de carácter militar ou, no caso de objectores de consciência, nos países em que a objecção de consciência for reconhecida como legítima, qualquer outro serviço que substitua o serviço militar obrigatório;
 - c) Qualquer serviço exigido no caso de crise ou de calamidade que ameacem a vida ou o bem-estar da comunidade;
 - d) Qualquer trabalho ou serviço que fizer parte das obrigações cívicas normais.

Artigo 5.º

(Direito à liberdade e à segurança)

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

- a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;
- b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;
- c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;
- d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;
- e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo;
- f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.

2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de

tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indemnização.

Artigo 6.º

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Artigo 7.º

(Princípio da legalidade)

1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida.

2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Artigo 8.º

(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Artigo 9.º

(Liberdade de pensamento, de consciência e de religião)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade

democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

Artigo 10.º

(Liberdade de expressão)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Artigo 11.º

(Liberdade de reunião e de associação)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

Artigo 12.º

(Direito ao casamento)

A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

Artigo 13.º

(Direito a um recurso efectivo)

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais.

Artigo 14.º

(Proibição de discriminação)

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Artigo 15.º

(Derrogação em caso de estado de necessidade)

1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2.º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3.º, 4.º (parágrafo 1) e 7.º

3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário-Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário-Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação.

Artigo 16.º

(Restrições à actividade política dos estrangeiros)

Nenhuma das disposições dos artigos 10.º, 11.º e 14.º pode ser considerada como proibição às Altas Partes Contratantes de imporem restrições à actividade política dos estrangeiros.

Artigo 17.º

(Proibição do abuso de direito)

Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.

Artigo 18.º

(Limitação da aplicação de restrições aos direitos)

As restrições feitas nos termos da presente Convenção aos referidos direitos e liberdades só podem ser aplicadas para os fins que foram previstas.

TÍTULO II

(Tribunal Europeu dos Direitos do Homem)

Artigo 19.º

(Criação do Tribunal)

A fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir designado "o Tribunal", o qual funcionará a título permanente.

Artigo 20.º

(Número de juízes)

O Tribunal compõe-se de um número de juízes igual ao número de Altas Partes Contratantes.

Artigo 21.º

(Condições para o exercício de funções)

1. Os juízes deverão gozar da mais alta reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou ser jurisconsultos de reconhecida competência.

2. Os juízes exercem as suas funções a título individual.
3. Durante o respectivo mandato, os juízes não poderão exercer qualquer actividade incompatível com as exigências de independência, imparcialidade ou disponibilidade exigidas por uma actividade exercida a tempo inteiro. Qualquer questão relativa à aplicação do disposto no presente número é decidida pelo Tribunal.

Artigo 22.º

(Eleição dos juízes)

1. Os juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar relativamente a cada Alta Parte Contratante, por maioria dos votos expressos, recaindo numa lista de três candidatos apresentados pela Alta Parte Contratante.
2. Observa-se o mesmo processo para completar o Tribunal no caso de adesão de novas Altas Partes Contratantes e para prover os lugares que vagarem.

Artigo 23.º

(Duração do mandato)

1. Os juízes são eleitos por um período de seis anos. São reelegíveis. Contudo, as funções de metade dos juízes designados na primeira eleição cessarão ao fim de três anos.
2. Os juízes cujas funções devam cessar decorrido o período inicial de três anos serão designados por sorteio, efectuado pelo Secretário-Geral do Conselho da Europa, imediatamente após a sua eleição.
3. Com o fim de assegurar, na medida do possível, a renovação dos mandatos de metade dos juízes de três em três anos, a Assembleia Parlamentar pode decidir, antes de proceder a qualquer eleição ulterior, que o mandato de um ou vários juízes a eleger terá uma duração diversa de seis anos, sem que esta duração possa, no entanto, exceder nove anos ou ser inferior a três.
4. No caso de se terem conferido mandatos variados e de a Assembleia Parlamentar ter aplicado o disposto no número precedente, a distribuição dos mandatos será feita por sorteio pelo Secretário-Geral do Conselho da Europa imediatamente após a eleição.
5. O juiz eleito para substituir outro cujo mandato não tenha expirado completará o mandato do seu predecessor.

6. O mandato dos juízes cessará logo que estes atinjam a idade de 70 anos.

7. Os juízes permanecerão em funções até serem substituídos. Depois da sua substituição continuarão a ocupar-se dos assuntos que já lhes tinham sido cometidos.

Artigo 24.º

(Destituição)

Nenhum juiz poderá ser afastado das suas funções, salvo se os restantes juízes decidirem, por maioria de dois terços, que o juiz em causa deixou de corresponder aos requisitos exigidos.

Artigo 25.º

(Secretaria e oficiais de justiça)

O Tribunal dispõe de uma secretaria, cujas tarefas e organização serão definidas no regulamento do Tribunal. O Tribunal será assistido por oficiais de justiça.

Artigo 26.º

(Assembleia plenária do Tribunal)

O Tribunal, reunido em assembleia plenária:

- a) Elegerá o seu presidente e um ou dois vice-presidentes por um período de três anos. Todos eles são reelegíveis;
- b) Criará secções, que funcionarão por período determinado;
- c) Elegerá os presidentes das secções do Tribunal, os quais são reelegíveis;
- d) Adoptará o regulamento do Tribunal;
- e) Elegerá o secretário e um ou vários secretários-adjuntos.

Artigo 27.º

(Comités, secções e tribunal pleno)

1. Para o exame dos assuntos que lhe sejam submetidos, o Tribunal funcionará em comités compostos por três juízes, em secções compostas por sete juízes e em tribunal pleno composto por dezassete juízes. As secções do Tribunal constituem os comités por período determinado.

2. O juiz eleito por um Estado parte no diferendo será membro de direito da secção e do tribunal pleno; em caso de ausência deste juiz ou se ele não

estiver em condições de intervir, tal Estado parte designará a pessoa que intervirá na qualidade de juiz.

3. Integram igualmente o tribunal pleno o presidente do Tribunal, os vice-presidentes, os presidentes das secções e outros juízes designados em conformidade com o regulamento do Tribunal. Se o assunto tiver sido deferido ao tribunal pleno nos termos do artigo 43.º, nenhum juiz da secção que haja proferido a decisão poderá naquele intervir, salvo no que respeita ao presidente da secção e ao juiz que decidiu em nome do Estado que seja parte interessada.

Artigo 28.º

(Declarações de inadmissibilidade por parte dos comités)

Qualquer comité pode, por voto unânime, declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34.º, se essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação. Esta decisão é definitiva.

Artigo 29.º

(Decisões das secções quanto à admissibilidade e ao fundo)

1. Se nenhuma decisão tiver sido tomada nos termos do artigo 28.º, uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições individuais formuladas nos termos do artigo 34.º
2. Uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições estaduais formuladas nos termos do artigo 33.º
3. A decisão quanto à admissibilidade é tomada em separado, salvo deliberação em contrário do Tribunal relativamente a casos excepcionais.

Artigo 30.º

(Devolução da decisão a favor do tribunal pleno)

Se um assunto pendente numa secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a secção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno, salvo se qualquer das partes do mesmo a tal se opuser.

Artigo 31.º

(Atribuições do tribunal pleno)

O tribunal pleno:

a) Pronunciar-se-á sobre as petições formuladas nos termos do artigo 33.º ou do artigo 34.º, se a secção tiver cessado de conhecer de um assunto nos termos do artigo 30.º ou se o assunto lhe tiver sido cometido nos termos do artigo 43.º;

b) Apreciará os pedidos de parecer formulados nos termos do artigo 47.º

Artigo 32.º

(Competência do Tribunal)

1. A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos artigos 33.º, 34.º e 47.º

Artigo 33.º

(Assuntos interestaduais)

Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante.

Artigo 34.º

(Petições individuais)

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.

Artigo 35.º

(Condições de admissibilidade)

1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34.º se tal petição:

a) For anónima;

b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.

3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34.º sempre que considerar que tal petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus protocolos, manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo.

4. O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.

Artigo 36.º

(Intervenção de terceiros)

1. Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, a Alta Parte Contratante da qual o autor da petição seja nacional terá o direito de formular observações por escrito ou de participar nas audiências.

2. No interesse da boa administração da justiça, o presidente do Tribunal pode convidar qualquer Alta Parte Contratante que não seja parte no processo ou qualquer outra pessoa interessada que não o autor da petição a apresentar observações escritas ou a participar nas audiências.

Artigo 37.º

(Arquivamento)

1. O Tribunal pode decidir, em qualquer momento do processo, arquivar uma petição se as circunstâncias permitirem concluir que:

a) O requerente não pretende mais manter tal petição;

b) O litígio foi resolvido;

c) Por qualquer outro motivo constatado pelo Tribunal, não se justifica prosseguir a apreciação da petição.

Contudo, o Tribunal dará seguimento à apreciação da petição se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção assim o exigir.

2. O Tribunal poderá decidir-se pelo desarquivamento de uma petição se considerar que as circunstâncias assim o justificam.

Artigo 38.º

(Apreciação contraditória do assunto e processo de resolução amigável)

1. Se declarar admissível uma petição, o Tribunal:

a) Procederá a uma apreciação contraditória da petição em conjunto com os representantes das partes e, se for caso disso, realizará um inquérito para cuja eficaz condução os Estados interessados fornecerão todas as facilidades necessárias;

b) Colocar-se-á à disposição dos interessados com o objectivo de se alcançar uma resolução amigável do assunto, inspirada no respeito pelos direitos do homem como tais reconhecidos pela Convenção e pelos seus protocolos.

2. O processo descrito no n.º 1, alínea b), do presente artigo é confidencial.

Artigo 39.º

(Conclusão de uma resolução amigável)

Em caso de resolução amigável, o Tribunal arquivará o assunto, proferindo, para o efeito, uma decisão que conterà uma breve exposição dos factos e da solução adoptada.

Artigo 40.º

(Audiência pública e acesso aos documentos)

1. A audiência é pública, salvo se o Tribunal decidir em contrário por força de circunstâncias excepcionais.

2. Os documentos depositados na secretaria ficarão acessíveis ao público, salvo decisão em contrário do presidente do Tribunal.

Artigo 41.º

(Reparação razoável)

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

Artigo 42.º

(Decisões das secções)

As decisões tomadas pelas secções tornam-se definitivas em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 44.º

Artigo 43.º

(Devolução ao tribunal pleno)

1. Num prazo de três meses a contar da data da sentença proferida por uma secção, qualquer parte no assunto poderá, em casos excepcionais, solicitar a devolução do assunto ao tribunal pleno.

2. Um colectivo composto por cinco juízes do tribunal pleno aceitará a petição, se o assunto levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se levantar uma questão grave de carácter geral.

3. Se o colectivo aceitar a petição, o tribunal pleno pronunciar-se-á sobre o assunto por meio de sentença.

Artigo 44.º

(Sentenças definitivas)

1. A sentença do tribunal pleno é definitiva.

2. A sentença de uma secção tornar-se-á definitiva:

a) Se as partes declararem que não solicitarão a devolução do assunto ao tribunal pleno;

b) Três meses após a data da sentença, se a devolução do assunto ao tribunal pleno não for solicitada;

c) Se o colectivo do tribunal pleno rejeitar a petição de devolução formulada nos termos do artigo 43.º

3. A sentença definitiva será publicada.

Artigo 45.º

(Fundamentação das sentenças e das decisões)

1. As sentenças, bem como as decisões que declarem a admissibilidade ou a inadmissibilidade das petições, serão fundamentadas.

2. Se a sentença não expressar, no todo ou em parte, a opinião unânime dos juízes, qualquer juiz terá o direito de lhe juntar uma exposição da sua opinião divergente.

Artigo 46.º

(Força vinculativa e execução das sentenças)

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.
2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela sua execução.

Artigo 47.º

(Pareceres)

1. A pedido do Comité de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.
2. Tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comité de Ministros.
3. A decisão do Comité de Ministros de solicitar um parecer ao Tribunal será tomada por voto maioritário dos seus membros titulares.

Artigo 48

(Competência consultiva do Tribunal)

O Tribunal decidirá se o pedido de parecer apresentado pelo Comité de Ministros cabe na sua competência consultiva, tal como a define o artigo 47.º

Artigo 49.º

(Fundamentação dos pareceres)

1. O parecer do Tribunal será fundamentado.
2. Se o parecer não expressar, no seu todo ou em parte, a opinião unânime dos juízes, qualquer juiz tem o direito de o fazer acompanhar de uma exposição com a sua opinião divergente.
3. O parecer do Tribunal será comunicado ao Comité de Ministros.

Artigo 50.º

(Despesas de funcionamento do Tribunal)

As despesas de funcionamento do Tribunal serão suportadas pelo Conselho da Europa.

Artigo 51.º

(Privilégios e imunidades dos juízes)

Os juízes gozam, enquanto no exercício das suas funções, dos privilégios e imunidades previstos no artigo 40.º do Estatuto do Conselho da Europa e nos acordos concluídos em virtude desse artigo.

TÍTULO III

(Disposições diversas)

Artigo 52.º

(Inquéritos do Secretário-Geral)

Qualquer Alta Parte Contratante deverá fornecer, a requerimento do Secretário-Geral do Conselho da Europa, os esclarecimentos pertinentes sobre a forma como o seu direito interno assegura a aplicação efectiva de quaisquer disposições desta Convenção.

Artigo 53.º

(Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via)

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

Artigo 54.º

(Poderes do Comité de Ministros)

Nenhuma das disposições da presente Convenção afecta os poderes conferidos ao Comité de Ministros pelo Estatuto do Conselho da Europa.

Artigo 55.º

(Renúncia a outras formas de resolução de litígios)

As Altas Partes Contratantes renunciam reciprocamente, salvo acordo especial, a aproveitar-se dos tratados, convénios ou declarações que entre si existirem, com o fim de resolver, por via contenciosa, uma divergência de interpretação ou aplicação da presente Convenção por processo de solução diferente dos previstos na presente Convenção.

Artigo 56.º

(Aplicação territorial)

1. Qualquer Estado pode, no momento da ratificação ou em qualquer outro momento ulterior, declarar, em notificação dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que a presente Convenção se aplicará, sob reserva do n.º 4 do presente artigo, a todos os territórios ou a quaisquer dos territórios cujas relações internacionais assegura.

2. A Convenção será aplicada ao território ou territórios designados na notificação, a partir do trigésimo dia seguinte à data em que o Secretário-Geral do Conselho da Europa a tiver recebido.

3. Nos territórios em causa, as disposições da presente Convenção serão aplicáveis tendo em conta as necessidades locais.

4. Qualquer Estado que tiver feito uma declaração de conformidade com o primeiro parágrafo deste artigo pode, em qualquer momento ulterior, declarar que aceita, a respeito de um ou vários territórios em questão, a competência do Tribunal para aceitar petições de pessoas singulares, de organizações não governamentais ou de grupos de particulares, conforme previsto pelo artigo 34.º da Convenção.

Artigo 57.º

(Reservas)

1. Qualquer Estado pode, no momento da assinatura desta Convenção ou do depósito do seu instrumento de ratificação, formular uma reserva a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição. Este artigo não autoriza reservas de carácter geral.

2. Toda a reserva feita em conformidade com o presente artigo será acompanhada de uma breve descrição da lei em causa.

Artigo 58.º

(Denúncia)

1. Uma Alta Parte Contratante só pode denunciar a presente Convenção ao fim do prazo de cinco anos a contar da data da entrada em vigor da Convenção para a dita Parte, e mediante um pré-aviso de seis meses, feito em notificação dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, o qual informará as outras Partes Contratantes.

2. Esta denúncia não pode ter por efeito desvincular a Alta Parte Contratante em causa das obrigações contidas na presente Convenção no que se refere a qualquer facto que, podendo constituir violação daquelas obrigações, tivesse sido praticado pela dita Parte anteriormente à data em que a denúncia produz efeito.

3. Sob a mesma reserva, deixará de ser parte na presente Convenção qualquer Alta Parte Contratante que deixar de ser membro do Conselho da Europa.

4.¹ A Convenção poderá ser denunciada, nos termos dos parágrafos precedentes, em relação a qualquer território a que tiver sido declarada aplicável nos termos do artigo 56.^o

Artigo 59.^o

(Assinatura e ratificação)

1. A presente Convenção está aberta à assinatura dos membros do Conselho da Europa. Será ratificada. As ratificações serão depositadas junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa.

2. A presente Convenção entrará em vigor depois do depósito de dez instrumentos de ratificação.

3. Para todo o signatário que a ratifique ulteriormente, a Convenção entrará em vigor no momento em que se realizar o depósito do instrumento de ratificação.

4. O Secretário-Geral do Conselho da Europa notificará todos os membros do Conselho da Europa da entrada em vigor da Convenção, dos nomes das Altas Partes Contratantes que a tiverem ratificado, assim como do depósito de todo o instrumento de ratificação que ulteriormente venha a ser feito.

Feito em Roma, aos 4 de Novembro de 1950, em francês e em inglês, os dois textos fazendo igualmente fé, num só exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário-Geral enviará cópias conformes a todos os signatários.

ANEXO II - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS Pacto de San José

Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

PREÂMBULO

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto em âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria;

Convieram no seguinte:

PARTE I

DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

Capítulo I

ENUMERAÇÃO DE DEVERES

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Capítulo II

DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena,

promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado; b) o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele; c) o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou

peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

Artigo 10º - Direito a indenização Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

Artigo 11º - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Artigo 12º - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crença, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

Artigo 13º - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Artigo 14º - Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.
3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

Artigo 15º - Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 16º - Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.
2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

Artigo 17º - Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

Artigo 18º - Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

Artigo 19º - Direitos da criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Artigo 20º - Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.

3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

Artigo 21º - Direito à propriedade privada 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

Artigo 22º - Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.

2. Toda pessoa tem direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.

3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional nem ser privado do direito de nele entrar.

6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com as convenções internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Artigo 23º - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleitos em eleições

periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Artigo 24º - Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Artigo 25º - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26º - Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Capítulo IV

SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

Artigo 27º - Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (Direito à vida), 5º (Direito à integridade pessoal), 6º (Proibição da escravidão e servidão), 9º (Princípio da legalidade e da retroatividade), 12º (Liberdade de consciência e de religião), 17º (Proteção da família), 18º (Direito ao nome), 19º (Direitos da criança), 20º (Direito à nacionalidade), e 23º (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

3. Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.

Artigo 28º - Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com a

sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

3. Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.

Artigo 29º - Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Artigo 30º - Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Artigo 31º - Reconhecimento de outros direitos

Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 69º e 70º.

Capítulo V

DEVERES DAS PESSOAS

Artigo 32º - Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

PARTE II

MEIOS DE PROTEÇÃO

Capítulo VI

ÓRGÃOS COMPETENTES

Artigo 33º

São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção:

- a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
- b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

Capítulo VI

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Seção 1 – ORGANIZAÇÃO

Artigo 34º

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos.

Artigo 35º

A Comissão representa todos os Membros da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 36º

1. Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembléia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados membros.

2. Cada um dos referidos governos pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da

Organização dos Estados Americanos. Quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

Artigo 37º

1. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois anos. Logo depois da referida eleição, serão determinados por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desses três membros.

2. Não pode fazer parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo Estado.

Artigo 38º

As vagas que ocorrerem na Comissão, que não se devam à expiração normal do mandato, serão preenchidas pelo Conselho Permanente da Organização, de acordo com o que dispuser o Estatuto da Comissão.

Artigo 39º

A Comissão elaborará seu Estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu próprio Regulamento.

Artigo 40º

Os serviços de secretaria da Comissão devem ser desempenhados pela unidade funcional especializada que faz parte da Secretaria-Geral da Organização, e deve dispor dos recursos necessários para cumprir as tarefas que lhe forem confiadas pela Comissão.

Seção 2 – FUNÇÕES

Artigo 41º

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos

constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;

d) solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;

e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;

f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44º a 51º desta Convenção; e

g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 42º

Os Estados Partes devem remeter à Comissão cópia dos relatórios e estudos que, em seus respectivos campos, submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquela zele por que se promovam os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

Artigo 43º

Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

Seção 3 – COMPETÊNCIA

Artigo 44º

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização,

pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

Artigo 45º

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção. 2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado Parte que não haja feito tal declaração.

3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos.

4. As declarações serão depositadas na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados membros da referida Organização.

Artigo 46º

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44º ou 45º seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44º, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e, c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Artigo 47º

A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44º e 45º quando:

a) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46º;
b) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção;
c) pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou
d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

Seção 4 – PROCESSO

Artigo 48º

1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;
b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar

o expediente; c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base na informação ou prova supervenientes;

d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias;

e) poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso lhe for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e

f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos humanos reconhecidos nesta Convenção. 2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão-somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

Artigo 49º

Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, f, do artigo 48º, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes nesta Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral das Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das Partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.

Artigo 50º

1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao

referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48º.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

Artigo 51º

1. Se, no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada. 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

Capítulo VIII

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Seção 1 – ORGANIZAÇÃO

Artigo 52º

1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.

2. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade.

Artigo 53º

1. Os juízes da Corte serão eleitos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção, na Assembléia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados.

2. Cada um dos Estados Partes pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Quando se propuser uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

Artigo 54º

1. Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O mandato de três anos dos juízes designados na primeira eleição expirará ao cabo de três anos. Imediatamente depois da referida eleição, determinar-se-ão por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desses três juízes. 2. O juiz eleito para substituir outro cujo mandato não haja expirado completará o período deste.

3. Os juízes permanecerão em funções até o término dos seus mandatos. Entretanto, continuarão funcionando nos casos de que já houverem tomado conhecimento e que se encontrarem em fase de sentença e, para tais efeitos, não serão substituídos pelos novos juízes eleitos.

Artigo 55º

1. O juiz que for nacional de algum dos Estados Partes no caso submetido à Corte conservará o seu direito de conhecer do mesmo.

2. Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados Partes, outro Estado Parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz ad hoc.

3. Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados Partes, cada um destes poderá designar um juiz ad hoc.

4. O juiz ad hoc deve reunir os requisitos indicados no artigo 52º.

5. Se vários Estados Partes na Convenção tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma só parte, para os fins das disposições anteriores. Em caso de dúvida, a Corte decidirá.

Artigo 56º

O quorum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes.

Artigo 57º

A Comissão comparecerá em todos os casos perante a Corte.

Artigo 58º

1. A Corte terá sua sede no lugar que for determinado na Assembléia Geral da Organização, pelos Estados Partes na Convenção, mas poderá realizar reuniões no território de qualquer Estado membro da Organização dos Estados Americanos em que o considerar conveniente a maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo. Os Estados Partes na Convenção podem, na Assembléia Geral, por dois terços dos seus votos, mudar a sede da Corte.

2. A Corte designará seu Secretário.

3. O Secretário residirá na sede da Corte e deverá assistir às reuniões que ela realizar fora da mesma.

Artigo 59º

A Secretaria da Corte será por esta estabelecida e funcionará sob a direção do Secretário da Corte, de acordo com as normas administrativas da Secretaria-Geral da Organização em tudo o que não for incompatível com a independência da Corte. Seus funcionários serão nomeados pelo Secretário-Geral da Organização, em consulta com o Secretário da Corte.

Artigo 60º

A Corte elaborará seu Estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu Regimento.

Seção 2 - COMPETÊNCIA e FUNÇÕES

Artigo 61º

1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48º a 50º.

Artigo 62º

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento

posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Artigo 63º

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Artigo 64º

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhe compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Artigo 65º

A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento as suas sentenças.

Seção 3 – PROCESSO

Artigo 66º

1. A sentença da Corte deve ser fundamentada.
2. Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual.

Artigo 67º

A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Artigo 68º

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. Artigo 69º A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção.

Capítulo IX

DISPOSIÇÕES COMUNS

Artigo 70º

1. Os juízes da Corte e os membros da Comissão gozam, desde o momento de sua eleição e enquanto durar o seu mandato, das imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos pelo Direito Internacional. Durante o exercício dos

seus cargos gozam, além disso, dos privilégios diplomáticos necessários para o desempenho de suas funções.

2. Não se poderá exigir responsabilidade em tempo algum dos juízes da Corte nem dos membros da Comissão, por votos e opiniões emitidos no exercício de suas funções.

Artigo 71º

Os cargos de juiz da Corte ou de membro da Comissão são incompatíveis com outras atividades que possam afetar sua independência ou imparcialidade, conforme o que for determinado nos respectivos Estatutos.

Artigo 72º

Os juízes da Corte e os membros da Comissão perceberão honorários e despesas de viagem na forma e nas condições que determinarem os seus Estatutos, levando em conta a importância e independência de suas funções. Tais honorários e despesas de viagem serão fixados no orçamento-programa da Organização dos Estados Americanos, no qual devem ser incluídas, além disso, as despesas da Corte e da sua Secretaria. Para tais efeitos, a Corte elaborará seu próprio projeto de orçamento e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral, por intermédio da Secretaria-Geral. Esta última não poderá nele introduzir modificações.

Artigo 73º

Somente por solicitação da Comissão ou da Corte, conforme o caso, cabe à Assembléia Geral da Organização resolver sobre as sanções aplicáveis aos membros da Comissão ou aos juízes da Corte que incorrerem nos casos previstos nos respectivos Estatutos. Para expedir uma resolução, será necessária maioria de dois terços dos votos dos Estados membros da Organização, no caso dos membros da Comissão; e, além disso, de dois terços dos votos dos Estados Partes na Convenção, se se tratar dos juízes da Corte.

PARTE III

DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Capítulo X

ASSINATURA, RATIFICAÇÃO, RESERVA, EMENDA, PROTOCOLO E DENÚNCIA

Artigo 74º

1. Esta Convenção fica aberta à assinatura e à ratificação ou adesão de todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos.
2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão.
3. O Secretário-Geral informará todos os Estados membros da Organização sobre a entrada em vigor da Convenção.

Artigo 75º

Esta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.

Artigo 76º

1. Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembléia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção.
2. As emendas entrarão em vigor para os Estados que ratificarem as mesmas na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda ao número de dois terços dos Estados Partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados Partes, entrarão em vigor na data em que eles depositarem os seus respectivos instrumentos de ratificação.

Artigo 77º

1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31º, qualquer Estado Parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados Partes reunidos por ocasião da Assembléia Geral projetos de Protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades.

2. Cada Protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados Partes no mesmo.

Artigo 78º

1. Os Estados Partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data da entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras Partes.

2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado Parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

Capítulo XI

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Seção 1 - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Artigo 79º

Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário-Geral pedirá por escrito a cada Estado membro da Organização que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário-Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados membros da Organização pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

Artigo 80º

A eleição dos membros da Comissão far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 79º, por votação secreta da Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados membros. Se, para eleger todos os membros da Comissão, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pela Assembléia Geral, os candidatos que receberem menor número de votos.

Seção 2 - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Artigo 81º

Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário-Geral solicitará por escrito a cada Estado Parte que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário-Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados Partes pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

Artigo 82º

A eleição dos juízes da Corte far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 81º, por votação secreta dos Estados Partes, na Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados Partes. Se, para eleger todos os juízes da Corte, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pelos Estados Partes, os candidatos que receberem menor número de votos.

ANEXO III - Justiça em pauta

STF deveria priorizar casos que tornem Justiça mais ágil

por Joaquim Falcão

Existe um momento fundamental na vida dos brasileiros, empresas e governos, cuja própria existência raramente é reconhecida. Dificilmente é valorizado. Em geral, passa em brancas nuvens. Trata-se do momento em que o Supremo Tribunal Federal decide quais casos vai julgar e quais não vai julgar. Quando decide o que vai decidir. É um momento crucial. É quando o Judiciário deixa de ser órgão passivo, que não pode tomar iniciativas a não ser quando provocado. Deixa de apenas reagir.

E age. Diante de milhares de processos aguardando vez, o Supremo seleciona, escolhe e valoriza o que é importante decidir. Revela aí suas prioridades e urgências. Decide sua pauta, que pode, então, encontrar ou desencontrar a pauta do povo.

Com maior ou menor conscientização, o Supremo decide em que aspecto de nossa vida econômica, cultural ou política vai interferir. A decisão sobre a pauta não é um processo mecânico, aleatório ou desprovido de significados. É escolha política. Quais os critérios dessa escolha? Quais seus objetivos e suas repercussões? Nesse momento, sim, podemos falar, saudavelmente, de uma política judicial.

O momento de fazer essas escolhas é sempre o início do ano judicial. Gostaríamos, então, com as devidas licenças, de sugerir um tema, tão ou mais importante que qualquer outro -legislação eleitoral, mensalão ou processos fiscais. Diz respeito à própria existência do Poder Judiciário como um todo. Diz respeito à sua capacidade de tomar decisões no tempo requerido pelos conflitos sociais. Diz respeito à eficácia da Justiça. Sem eficácia, inexistente legitimidade. Sem legitimidade, é difícil uma instituição obter o indispensável apoio para implementar suas decisões.

O tema é óbvio, portanto: como a pauta do Supremo pode contribuir para uma Justiça mais ágil, rápida e eficiente? Como pode combater a lentidão? A meta é fácil: incluir como prioridade da pauta os julgamentos que, provavelmente, possam reduzir os incidentes processuais, diminuir inumeráveis recursos e

encurtar a duração dos processos. São três os mecanismos à disposição do Supremo.

O primeiro lhe foi concedido recentemente pelo Congresso, por meio da Emenda Constitucional 45, de 2004: as súmulas vinculantes. Até agora, o Supremo estabeleceu apenas três súmulas. Seria conveniente, para desafogar o próprio Supremo, acelerar sua produção e focar em questões de direito processual.

Controlar o abuso de recursos. As súmulas são fundamentais e destinam-se a conter a multiplicação de processos. Como a grande maioria dos processos que chegam ao Supremo diz respeito aos interesses do Poder Executivo e como as súmulas obrigam as procuradorias e a Advocacia Geral da União, elas contribuiriam no esforço que já vem sendo iniciado de coibir, na origem, processos desnecessários.

O segundo mecanismo também foi forjado pelo Congresso pela Emenda Constitucional 45: constitucionalizou-se, como direito fundamental, o direito ao prazo razoável do processo. A norma, portanto, já existe. Falta agora uma vigorosa cultura judicial e doutrinária de implementação. Espaço para uma liderança doutrinária didática do Supremo e para o estabelecimento de critérios, limites e possibilidades de aplicação.

Finalmente, o terceiro mecanismo foi criado há décadas pelo próprio Código de Processo Civil e precisa ser mais utilizado. É o caminho privilegiado de autodefesa dos juízes de primeira instância e, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça diante dos cem processos que cada ministro recebe por dia para julgar.

Trata-se de o Supremo priorizar casos que digam respeito à litigância de má-fé e à lide temerária. Dois institutos fundamentais e subutilizados pela magistratura. Basta ver sua diminuta jurisprudência. No momento em que os tribunais e o próprio Supremo agilizarem as multas e as penas previstas na legislação, agilizarão a Justiça também.

Quando o ministro Jobim, em visita à Suprema Corte americana, informou à ministra Sandra O'Connors que nosso Supremo analisava cerca de 100 mil processos por ano, a ministra foi incisiva. "Não faça isso, presidente. Não faça

isso. O Estado democrático não necessita de mais do que duas decisões sobre qualquer caso".

O nosso direito processual precisa, urgentemente, de uma atualização democrática. Escapar dos interesses excessiva e falsamente individualizantes, de poucos, em favor dos interesses de uma Justiça ágil e de amplo acesso, de todos. A pauta do Supremo pode colaborar nessa tarefa.

*[Artigo originalmente publicado na edição deste domingo (27/1) do jornal **Folha de S. Paulo**]*

Revista **Consultor Jurídico**, 27 de janeiro de 2008.

ANEXO IV Artigo Jornalístico. JUDICIÁRIO MAIS ÁGIL.

Justiça deve cumprir a finalidade para qual foi criada

[Editorial publicado na Folha de S.Paulo, desta quarta-feira, 16 de janeiro de 2008].

A pior Justiça é a que não julga. Os prejuízos provocados pela morosidade do Judiciário brasileiro são incalculáveis, afetando desde o fluxo de caixa de empresas até elementos imponderáveis como a confiança nas instituições públicas.

O vínculo entre procrastinações forenses e harmonia cívica pode parecer distante, mas especialistas são mais ou menos unânimes em apontar a ausência de punição — ou um grande hiato entre a prática do delito e a sentença cabível — como um importante fator criminógeno.

Todas as medidas que visem a tirar a Justiça da letargia em que ela se enredou merecem consideração. Algumas ações foram tomadas no âmbito da reforma do Judiciário, como a súmula vinculante e o princípio da repercussão geral.

A primeira permite ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas fixando jurisprudência que deve obrigatoriamente ser seguida pelas instâncias inferiores da Justiça e pela administração pública. Já o segundo possibilita à mais alta corte do país deixar de apreciar processos que não tenham maiores implicações para o conjunto da sociedade, como brigas entre vizinhos ou disputas em torno de valores irrisórios.

A introdução dessas duas inovações provocou, como era de esperar, acres polêmicas. Seus defensores, entre os quais esta Folha, ressaltaram o imperativo da agilização. Já seus opositores salientaram o risco — que não deve mesmo ser ignorado — de um engessamento do Judiciário.

Apesar das promessas e alertas, as inovações, aprovadas em 2004 e regulamentadas dois anos depois, não provocaram até aqui nenhuma revolução judicial. Talvez num exercício de prudência, o STF baixou apenas três súmulas, sem conteúdo especialmente controverso.

Houve, entretanto, uma mudança que surgiu despreziosa, sem despertar maiores polêmicas, mas que está possibilitando significativa economia processual, como revelou o jornal *Valor Econômico* anteontem.

Trata-se da emenda regimental 20, aprovada pelos ministros do STF em outubro de 2006. Ela estipulou um prazo máximo de 30 minutos para a sustentação oral de cada uma das partes numa sessão, independentemente do número de processos que estejam sendo julgados e de advogados que neles atuem. Com isso, viabilizou-se o julgamento em bloco de milhares de casos. Até a emenda, cada um dos advogados envolvidos tinha direito a 15 minutos de arguição, o que na prática limitava as sessões ao julgamento de três ou quatro processos - analisar mil casos, por exemplo, implicaria conceder 250 horas de discursos aos advogados.

Os resultados não se fizeram esperar. Em apenas três julgamentos de 2007, o STF resolveu 10.316 ações repetidas, o que representa nada menos do que 8,5% das causas que chegaram à Corte no ano passado.

Não há dúvida de que esse é o caminho a seguir, sem prejuízo de mecanismos que visem a minorar riscos como a petrificação do Judiciário. É imperativo que a Justiça cumpra a finalidade para a qual foi criada, que é a de resolver — não eternizar — as disputas que surgem na sociedade.

ANEXO V Prestação jurisdicional

Tecnologia viabiliza acesso à Justiça e à celeridade

por Vera Lúcia Feil Ponciano

A questão envolvendo a morosidade da Justiça tem sido colocada no centro dos debates nacionais, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, pelo fato de esta ter contribuído para a ampliação do acesso à Justiça.

Contudo, a estrutura judicial não estava devidamente preparada para atender com eficiência e agilidade às várias demandas sociais até então reprimidas. Diante desse quadro, enfatizou-se a existência de uma “crise” da Justiça e passou a ser discutida abertamente a necessidade de reforma do Poder Judiciário.

Os objetivos da reforma, entre outros, são: tornar o Poder Judiciário Brasileiro mais transparente; garantir o acesso à Justiça e uma prestação jurisdicional célere e eficiente. Para tanto, reformas constitucionais e legais foram efetuadas. Todavia, elas não têm sido suficientes para resolver o problema, uma vez que a redução da litigiosidade e a resolução dos conflitos de modo célere e eficiente não são possíveis apenas com reformas na legislação.

A preocupação com o tempo de duração do processo judicial é mundial. Por exemplo, por meio da emenda datada de 23 de novembro de 1999, foi incorporada à Constituição italiana, no artigo 111, a cláusula do *giusto processo*. As Constituições espanhola de 1978 (artigo 24, 2) e portuguesa de 1976 (artigo 20º, 4) acolhem, da mesma forma, o direito à celeridade do processo.

No Brasil, a Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII no artigo 5º, preconizando que: *“LXXVIII — a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Entretanto, como efetivar o direito de acesso amplo à Justiça e à razoável duração do processo? Sem dúvida, é necessário também investimento em recursos humanos, tecnológicos e materiais. Assim, ao lado das reformas legais e da capacitação dos recursos humanos, é preciso que o Poder Judiciário invista na modernização de sua gestão, incorporando aos seus

serviços as ferramentas tecnológicas proporcionadas pela informatização e pela Internet. Tudo isso pode contribuir para ajudar a solucionar ou minimizar o problema da lentidão da Justiça.

Nesse contexto, a instituição como um todo deve adequar seus serviços às ferramentas tecnológicas disponíveis, com o objetivo de responder aos anseios da sociedade por maior celeridade. Desse modo, é necessária a modernização do Poder Judiciário. A plataforma eletrônica, aliada à qualificação dos recursos humanos, poderá tornar-se o instrumento pelo qual se alcançará celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, no que se refere, por exemplo, à redução do lapso temporal de recebimento, envio de informações e consultas a outros órgãos, operando-se através de sistemas integrados de base de dados.

A modernização do Poder Judiciário já se iniciou por meio da informatização dos serviços judiciários e do acesso à Internet, o que representou um grande avanço e contribuiu para uma revolução nos costumes e nas técnicas da atividade judiciária, produzindo reflexos principalmente no tempo demandado para a elaboração dos atos processuais e sua comunicação.

A utilização dessas ferramentas tecnológicas possibilitou a prestação de vários serviços, entre eles: páginas eletrônicas; intimações eletrônicas; Diário da Justiça Eletrônico; inteiro teor de acórdãos, sentenças e decisões na internet; consulta do andamento processual; Petições por meio Eletrônico; Recurso Extraordinário Eletrônico; acesso pelo magistrado das Declarações de Bens e Direitos no sítio da Receita Federal (Sistema Infojud); Sistema Bacen-Jud; Requisições Eletrônicas de Pagamento; Assinatura Eletrônica; Sistema de Sessão Plenária Eletrônica; Sistema Único de Protocolo; Gestão Eletrônica de Documentos Processuais (Justiça Federal da 4ª Região); Processo eletrônico (Lei 11.419/2006 e Resolução 13, de 11 de março de 2004 do TRF-4ª).

A utilização das ferramentas tecnológicas sem dúvida viabiliza uma racionalização e facilitação de procedimentos dos serviços judiciários, auxiliando na ampliação do acesso à Justiça e à celeridade processual.

Muito ainda precisa ser feito para se atingir a eficiência dos serviços judiciários, mas o uso intensivo dos recursos tecnológicos no sistema judiciário constitui

um meio relevante para a modernização da administração da Justiça, a fim de que o processo acompanhe a dinâmica do mundo moderno.

Da mesma forma que o computador e a Internet se tornaram popular, se dirigindo aos anseios gerais de todos os segmentos sociais, se despindo do caráter restrito e elitista que ensejaram a criação e evolução deles, é necessário que o Poder Judiciário siga o mesmo caminho, com o escopo de cumprir sua função social de pacificação dos conflitos e realização da Justiça.

Vera Lúcia Feil Ponciano: é juíza federal em Curitiba

Revista **Consultor Jurídico**, 10 de dezembro de 2007

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/62060,1>