

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ÉERICA MAGNANI LANDELL

O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2015

ÉRICA MAGNANI LANDELL

O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de especialista em
Direito Processual Civil pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
Orientador: Professor José Maria Câmara
Júnior

SÃO PAULO, 2015

ÉRICA MAGNANI LANDELL

O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de especialista em
Direito Processual Civil pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Maria Câmara Júnior
Orientador

Prof. (a)

Prof. (a)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as normas e princípios do direito processual civil diante do chamado “acesso à justiça”. Para tanto, faz-se necessário realizar um rápido esboço das linhas evolutivas do direito processual civil, em especial da atual fase que prega a instrumentalidade do processo. Com a identificação dos principais obstáculos ao acesso ao ordenamento jurídico justo, passou-se a analisar os instrumentos disponíveis para alcançar o efetivo acesso à justiça. Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi criado um novo paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, viabilizando a concretização dos direitos fundamentais por ela protegidos, entre eles o direito de ação (artigo 5º, XXXV). A legislação infraconstitucional de direito processual civil trouxe várias inovações ao longo dos últimos anos com objetivo de propiciar a efetivação do processo, criando mecanismos para inclusão de parcela da sociedade que até então não possuía acessos à ordem jurídica justa, é o caso da criação da Defensoria Pública e da assistência integral, além da gratuidade das custas judiciais aos hipossuficientes e da educação em direitos. Outros mecanismos que visam desafogar o volume de processos e viabilizar uma maior celeridade na solução de conflitos foram a criação dos Juizados Especiais e a introdução de meios alternativos de resolução de conflitos. Outrossim, inúmeras são os instrumentos de cunho processual que possibilitam que o Estado-juiz desempenhe a tutela jurisdicional, de forma a exteriorizar para o plano material, protegendo um bem jurídico ameaçado.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Instrumentalidade do processo civil. Direito processual constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1 - O DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMO INSTRUMENTO PARA O ACESSO À JUSTIÇA	8
CAPÍTULO 2 - OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA.....	10
CAPÍTULO 3 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO NOVO PARADIGMA .	12
3.1 Considerações iniciais.....	12
3.2 A constitucionalização do direito.....	13
3.3 O direito processual constitucional	14
3.4 Os princípios constitucionais do direito processual civil	15
CAPÍTULO 4 – O DIREITO DE AÇÃO.....	17
CAPÍTULO 5 - OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ADOTADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	20
5.1 Custas judiciais	20
5.2 Juizados Especiais.....	21
5.2.1 Juizados Especiais Cíveis.....	22
5.3 Tutela coletiva.....	23
5.4 Meios alternativos de resolução de conflito.....	25
5.5 Defensoria Pública e a assistência jurídica integral.....	26
CAPÍTULO 6 - AS MEDIDAS PROCESSUAIS COMO INSTRUMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA	30
6.1 Os princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade	30
6.2 Ônus processuais e as condutas das partes	32
6.3 O juiz e o processo	33
6.4 A antecipação dos efeitos da tutela (“tutela antecipada”).....	35
6.4.1 Considerações iniciais.....	35
6.4.2 O poder geral de antecipação	36

6.4.3 Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar	37
6.4.4 Os meios atípicos de efetivação da tutela antecipada	38
6.5 A atividade jurisdicional executiva.....	41
6.5.1 Considerações iniciais.....	41
6.5.2 Execução provisória.....	44
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O “acesso à justiça” é um termo consagrado pelo direito processual civil moderno, originário da clássica lição homônima de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1978), que pensou o direito processual em um novo enfoque: criando instrumentos para efetividade e eficiência da justiça.

Conforme ensina Dinamarco (2013a) o “acesso à justiça” é um termo que bem representa síntese de todos os princípios e garantias do processo moderno. É, nesse sentido, a realização de justiça, para fazer felizes as pessoas mediante a resolução dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.

De fato, os ensinamentos de Cappelletti propiciaram profundas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, que era marcado por suas preocupações endoprocessuais. Os estudiosos da fase autonomista do direito processual prezavam pela autonomia entre o direito processual e as demais normas jurídicas, isolando o direito processual dos demais ramos do direito, com o objetivo de estudá-lo com clareza. A contribuição dessa fase está nas grandes teorias processuais – sobre a natureza jurídica da ação, condições da ação e pressupostos processuais, etc.

Não obstante, a fase autonomista se afastou da realidade, externa ao próprio processo, que só foi resgatada pela fase instrumentalista, ora em curso. A atual fase entende que o direito processual civil tem finalidades exteriores a ele, dando importância ao resultado prático do processo e observando, em especial, a sua missão de produzir justiça.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 positivou o direito de acesso à justiça, ao determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV), além de prever que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (artigo 5º, LXXIV).

Ao inovar o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 dispôs de matérias do direito processual, o que acarretou na perda de eficácia de vários dispositivos da legislação ordinária e, também, em uma releitura constitucional do direito processual com a nova ordem jurídica.

A legislação infraconstitucional, em consonância com a Constituição, trouxe instrumentos e regras processuais destinados a facilitar o acesso à justiça, como a criação dos Juizados Especiais, o Código de Defesa do Consumidor, a criação da Defensoria Pública e como instituição de promoção de direitos, leis específicas que possibilitam a tutela de direitos

coletivos, entre outras inovações que ocorrem até hoje, aperfeiçoando de inúmeras maneiras o acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro.

Através desse novo enfoque, os direitos sociais básicos formalmente postos na Constituição passaram a ser *garantidos*, com meios próprios para sua efetivação, proporcionando a inclusão de certa parcela da sociedade que sempre esteve à margem da justiça, bem como dando meios para requerer a tutela de direitos difusos e coletivos que nunca haviam recebido proteção adequada no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, o processo é método de atuação do Estado-juiz para a realização e concretização de um direito material conflituoso, resultando na tutela jurisdicional. Assim sendo, a tutela jurisdicional deve ser entendida como a proteção concreta do Estado-juiz ao direito que foi lesionado ou ameaçado.

Ademais, o Estado-juiz deverá garantir meios aptos para efetivação da tutela jurisdicional, possibilitando que a proteção jurisdicional possa ser sentida para além do processo, no plano material.

O presente estudo tem como objetivo identificar os mecanismos de efetivação do acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro, além de verificar se esses são suficientes para a proteção e a inclusão de toda a sociedade e a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO 1 - O DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMO INSTRUMENTO PARA O ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à justiça sofreu algumas transformações ao longo das últimas décadas, iniciadas pelo movimento que se intitulou de Projeto Florença. O movimento, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, foi o primeiro projeto institucional que estudou a situação do Poder Judiciário em diferentes países, buscando constatar os problemas e as alternativas para o efetivo acesso à justiça. Dinamarco (2003, p.12) qualifica o Projeto Florença como “o berço da mais notável guinada metodológica da ciência processual em todos os tempos”.

O caminho escolhido pelo Projeto Florença foi a ruptura da crença tradicional na confiabilidade das instituições jurídicas. O positivismo jurídico foi repudiado e deu lugar a novas visões de outras ciências sociais (filosofia, sociologia, entre outros) de forma a pensar o direito para dar efetividade aos direitos dos cidadãos.

Assim sendo, o direito processual civil passa a ter um papel verdadeiramente instrumental, em contraposição ao pregado pelas Escolas autonomistas, que estudavam o direito processual civil isolado dos demais ramos do direito, além de negar qualquer grau de influência entre o direito processual e o direito material.

A idéia de direito processual civil como *instrumento* apto a realizar o direito material é o principal expoente da “fase contemporânea” do pensamento do direito processual civil. O “processo” passa a ser um método de atuação, ou seja, uma técnica utilizada para concretizar os direitos materiais já positivados no ordenamento jurídico, conforme ensina Dinamarco (2013a, p. 11):

É tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida. Daí a proposta de colocar o próprio sistema processual como objeto de exame a ser feito pelo *ângulo externo*, ou seja, a partir da previa fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele há de estar permanentemente comprometido. É a proposta de uma *nova perspectiva*.

Com a conscientização de que “a importância do processo está em seus resultados” (BEDAQUE, 2006, p.15), a nova perspectiva do direito processual civil – o método instrumentalista do processo – tem como objetivo a eliminação dos impedimentos do efetivo acesso à justiça.

Assim sendo, o direito processual civil passa a desempenhar a finalidade de instrumento do direito material, ou seja, o direito processual civil serve, atende e volta-se para a aplicação concreta do direito material (BUENO, 2007, v.1).

Não obstante, no prefácio à 13ª edição da obra *A Instrumentalidade do Processo*, Dinamarco (2013a) agora destaca que o caráter instrumental do direito processual civil não se limita a concretização do direito material, tendo uma “missão relevantíssima perante a sociedade – e não mais apenas perante o direito material, como se acreditava antes”. O processo é instrumento de pacificação social, sendo assim, deve contribuir para este objetivo.

Nesse sentido, Bedaque (2006, p.59) esclarece que o direito processual civil como instrumento tem o escopo de conferir eficácia a outro direito – o material (jurídico), para atingir seus escopos últimos (social e político). O objetivo imediato da atividade jurisdicional seria o jurídico, enquanto o social e o político constituiriam escopos do próprio Estado, assim:

Daí as decisões proferidas em conformidade com as regras de direito material serem aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado, salvo nos casos excepcionais em que o próprio ordenamento substancial não corresponda à realidade social de seu tempo.

Portanto, os estudos de Cappelletti e Garth em muito contribuíram para o novo entendimento a respeito do papel do direito processual civil, transformando-o em um instrumento de concretização da pacificação social, que deve ser utilizado adequadamente para amoldar o direito material à realidade social.

CAPÍTULO 2 - OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

Cappelletti e Garth (1978, p. 8) destacam duas finalidades básicas do *sistema jurídico*: (i) o sistema deve ser igualmente acessível a todos; (ii) o sistema deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. A obra *Acesso à Justiça* tem como foco a primeira finalidade, sustentando como premissa básica que “a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”.

Para tanto, foram diagnosticados os obstáculos envolvendo o acesso à justiça, resultando nas soluções chamadas *três ondas de acesso à justiça*.

A primeira onda preocupou-se em criar mecanismos para propiciar o acesso à justiça aos pobres, parcela da sociedade que sempre foi marginalizada da proteção jurisdicional, sem condições hábeis para a realização concreta de seus direitos. O professor Cassio Scarpinella Bueno (2007, v.1, p.51) observa que, diante da marginalização dos pobres do sistema jurídico, “fica difícil distinguir o plano do direito material de meras listas declaratórias de direito”.

A segunda onda aborda a representação dos ‘interesses difusos’, aqueles direitos ou interesses que não se encontram ‘subjativados’ ou ‘individualizados’ em alguém (BUENO, 2007, v.1). Essa onda de acesso à justiça percebeu que o direito processual civil tradicional apenas protegia os direitos e interesses de cunho individual. Inclusive, o Código de Processo Civil exige, para a tutela de um direito, que o seu próprio titular apresenta-se perante o sistema jurídico (“Artigo 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”).

Na terceira onda é proposto um novo enfoque ao acesso à justiça, ampliando a concepção até então conhecida. É nesta onda que novos instrumentos para efetividade e celeridade da tutela jurisdicional são buscados, pensando o processo civil enquanto realizador do direito material.

A simples criação de condições de acesso à justiça para que um direito seja levado a apreciação pelo Estado-juiz não é mais suficiente. Faz-se também necessário que a atuação do Estado-juiz possa tutelar adequada e eficazmente aquele direito, concretizando-o no plano material.

Assim sendo, é através das duas primeiras ondas que a terceira repensa o direito processual civil, almejando garantir, em sua plenitude, o que já está assegurado no plano do direito material.

O direito processual civil, que até então era pensando como um fim em si mesmo, tem um novo papel voltado para a realização de fins alheios, ou seja, torna-se um instrumento (meio) capaz de providenciar soluções aos problemas (obstáculos) identificados por Cappelletti e Garth.

As soluções encontradas por Cappelletti e Garth (as três ondas de acesso à justiça) proporcionaram algumas importantes mudanças no direito processual civil moderno, possibilitando a inclusão de um número cada vez maior de setores da sociedade na busca de tutela de seus direitos, que serão estudadas nos próximos tópicos.

CAPÍTULO 3 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO NOVO PARADIGMA

3.1 Considerações iniciais

Para entender o momento atual do direito constitucional e sua influência no direito processual, faz-se necessário verificar as mudanças sofridas pela teoria constitucional nas últimas décadas. Essas mudanças podem ser resumidas em três pontos: (i) a conquista de status normativo e de efetividade pela Constituição; (ii) o surgimento de um novo constitucionalismo, sobre bases filosóficas e teóricas diversas; e (iii) a constitucionalização do Direito, ou seja, a irradiação dos valores e princípios constitucionais por todo o sistema jurídico (BARROSO, 2008).

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a falta de efetividade das normas constitucionais fazia parte da realidade, não havendo respeito e tampouco determinação política para lhe dar cumprimento.

Assim sendo, o reconhecimento da força normativa da Constituição é recente, possibilitando a aplicação direta e imediatamente de suas normas, por meio de mecanismos adequados de tutela, como os remédios constitucionais e a atuação efetiva do Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 assumiu o papel de fonte de direitos e obrigações, com previsão expressa de uma série de direitos e garantias que não mais dependem exclusivamente da atuação do legislador infraconstitucional. Também foi dado um maior destaque ao Poder Judiciário, na qualidade de poder concretizador dos valores e dos direitos constitucionais.

Quanto às bases filosóficas e teóricas, a promulgação da Constituição de 1988 foi claramente inspirada pelos movimentos pós-positivistas que, desde o final da Segunda Grande Guerra, ascendiam no continente europeu, em detrimento do positivismo jurídico¹.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas

¹ A decadência do positivismo jurídico teve como motivo principal a associação a regimes (fascismo e nazismo) que promoveram verdadeiras barbáries sob proteção legal.

não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (BARROSO, 2005, p.6).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 foi um marco na história brasileira. Com ela o país passou de um regime ditatorial e autoritário para um Estado Democrático de Direito, pautado no regime democrático, constitucional e pluralista, buscando a inclusão social e combatendo a miséria, com previsão de proteção constitucional de novos direitos, além da conscientização da sociedade de seus próprios direitos fundamentais.

O Deputado Ulysses Guimarães², grande mentor da Constituição de 1988, batizou-a de “constituição cidadã” e “constituição coragem”, ao afirmar, em discurso na presidência da Assembleia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988, que “essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria”. Ainda sustentou que a principal inovação da Constituição de 1988 seria dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilitando a governabilidade de muitos.

Por fim temos a idéia de uma nova interpretação constitucional: a interpretação das normas infraconstitucionais passa a ser feita a partir da ótica da Constituição, que funciona como um “filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico” (BARROSO, 2009b, p. 309).

3.2 A constitucionalização do direito

Com a constitucionalização do direito, a interpretação de cada um dos ramos do direito deve ser iniciada pela Constituição, ou seja, o intérprete deverá verificar se a norma infraconstitucional é compatível com a própria Constituição, bem como deverá orientar o seu sentido e alcance visando à realização dos fins constitucionais.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, a constitucionalização do direito está associada a “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (2008, p.45), repercutindo no âmbito público – nos três poderes – e, também, na relação entre particulares. A Constituição,

² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm. Acessado em 27 de fevereiro de 2015.

na qualidade de decisão social e política de um determinado momento, traz valores que devem ser observados por todos. Seus princípios e regras condicionam a validade e o sentido das normas infraconstitucionais, sua não observância acarretará em inconstitucionalidade.

3.3 O direito processual constitucional

A Constituição Federal de 1988 trouxe algumas previsões a respeito do direito processual civil dispostas no Capítulo I do Título II (Dos direitos e deveres individuais e coletivos): o devido processo legal, a publicidade e motivação dos atos processuais, a assistência jurídica e a duração razoável do processo. Está também previsto a estrutura dos órgãos jurisdicionais, além da garantia da distribuição da justiça e da efetividade do direito.

Assim sendo, o processualista deverá pensar o processo a partir da Constituição Federal, não podendo olvidar-se que não se trata de um ramo autônomo do direito, mas sim que faz parte de um todo: do sistema unitário do ordenamento jurídico. Este pensamento foi denominado de direito processual constitucional.

A Constituição traz alguns valores que devem ser observados por todas as normas infraconstitucionais, pelos intérpretes e, também, pelo legislador. É o caso da liberdade e da igualdade, manifestações “de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*” (DINAMARCO, 2013a, p. 26).

A importância do acento constitucional do direito processual está em sua função de instrumento público de realização da justiça. A Constituição Federal o protege ao prever o direito de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV) e as garantias do devido processo legal (artigo 5º, LIV).

O direito processual civil moderno é instrumento a serviço da ordem constitucional, ou seja, o processo deve refletir as bases do regime democrático: liberdade, igualdade, contraditório, legalidade e responsabilidade (DINAMARCO, 2013a).

Conforme ensina Bedaque, o legislador constituinte percebeu a importância da constitucionalização do processo e, em bora hora, estabeleceu normas constitucionais de cunho processual “pois elevam garantias processuais ao nível máximo da hierarquia das leis, além de consagrar meios específicos para proteção de determinados direitos, com substancial ampliação da legitimidade para agir” (2006, p. 15).

Assim sendo, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, as normas infraconstitucionais de direito processual civil devem ser submetidas a uma releitura, sendo agora analisadas a partir dos princípios constitucionais. Cassio Scarpinella Bueno adverte que “não há mais espaço para que se analise, na atualidade, o Código de Processo Civil, como se ainda ele fosse o Código que veio à luz em 1973” (2007, v.1, p.71).

É claro que no decorrer dos anos o Código de Processo Civil passou por inúmeras mudanças, mas é com a interpretação constitucional, como um método de compreender o direito como um todo, que o direito processual civil passar a viver uma nova fase. A neutralidade científica e o tecnicismo exacerbado não comportam mais lugar na atualidade.

Portanto, o Código de Processo Civil e a legislação extravagante não podem ser considerados isoladamente, devendo ser interpretados a partir da Constituição Federal, verificando em que medida as leis anteriores à vigência da Constituição foram por ela recepcionadas ou em que medida as leis promulgadas após a Constituição Federal devem ser interpretadas em conformidade com o texto constitucional.

3.4 Os princípios constitucionais do direito processual civil

Os princípios constitucionais do direito processual civil estão previstos, em regra, no artigo 5º da Constituição Federal, devendo ser observado o parágrafo segundo do aludido dispositivo: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ademais, o parágrafo primeiro do artigo 5º estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, devendo ser sempre observadas na aplicação e na interpretação do direito processual visando a concretização dos direitos fundamentais.

Assim sendo, não é necessária a previsão legal de cada um dos princípios, já que o artigo 5º prevê que qualquer direito fundamental será parte integrante do sistema jurídico brasileiro, inclusive quanto aos direitos que derivam dos tratados internacionais que o Brasil seja signatário, não limitando os direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Frisa-se que os princípios constitucionais do direito processual civil difundem direitos fundamentais. Eles são a base do ordenamento jurídico, ou seja, são os elementos que dão racionalidade e lógica e ordenação, “são instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade” (BUENO, 2007, v.1, p.96). Também estabelecem diretrizes mínimas, contudo indispensáveis, que vinculam a atuação do Estado-juiz em sua função jurisdicional.

Ressalta-se a importância dos princípios constitucionais do direito processual civil na qualidade de ferramentas indispensáveis para realizar a solução de conflitos e criar condições para atuação adequada do Estado-juiz ao tutelar os mais diversos direitos.

Dessa forma, os princípios são os guias do intérprete e do aplicador do direito, possibilitando que o novo método de pensamento (o direito processual constitucional) seja observado na prática jurídica para propiciar o acesso à ordem jurídica justa.

CAPÍTULO 4 – O DIREITO DE AÇÃO

O direito de ação, como direito fundamental, está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, possibilitando que qualquer forma de pretensão possa ser levada para a apreciação do Poder Judiciário.

Assim sendo, o Estado-juíz tem o dever de fornecer àquele que o provocou uma resposta, mesmo que seja negativa no sentido de que não há direito a ser tutelado ou que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional (BUENO, 2007, v.1). O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável inclusive contra o Estado, que tem obrigação de prestar a tutela jurisdicional³.

Outro desdobramento do dispositivo é a proibição de o legislador excluir da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito. Qualquer norma infraconstitucional que subtrair do Poder Judiciário lesão ou ameaça é, portanto, inconstitucional. Conforme ensina Marinoni (2013, p.360), “a proibição da exclusão da apreciação, assim como a proibição de o juiz se negar a decidir, constituem garantias a um não fazer do Estado”, imprescindível para a efetividade do direito à tutela jurisdicional.

As normas infraconstitucionais também não poderão impor óbices ao exercício do direito de ação sob pena de violação do artigo 5º, XXXV. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 667: “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”, condenando a cobrança de taxas judiciária excessivas diante do direito à ação.

O Supremo Tribunal de Justiça também entende que a exigência do prévio exaurimento da via administrativa fere o direito à ação já que equivale a excluir do Poder Judiciário uma possível lesão ou ameaça a direito (STF, MS 23.789/PE, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 23/09/2005).

Ademais, Nelson Nery Jr. (2002) adverte que não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que a tutela seja adequada para proteção satisfatória do direito: seja de natureza preventiva, reparatória ou, até mesmo, cautelar.

Muitas vezes faz-se necessário adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado, ou seja, o concreto acesso à justiça dependerá de uma

³ Nesse sentido dispõe o artigo 126 do Código de Processo Civil: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei”.

tutela jurisdicional específica, ainda que não expressamente prevista em lei. Só assim é possível propiciar ao titular do direito material exatamente aquilo que ele obteria se tivesse ocorrido o adimplemento espontâneo da obrigação (BEDAQUE, 2006).

De fato, o direito de ação tem que relacionar-se com técnicas processuais adequadas às diferentes situações substanciais que almejam a tutela jurisdicional. O legislador infraconstitucional deve atentar-se para a complexidade do direito material: que se transforma através do tempo e, também, assume novos contornos conforme o caso concreto. Assim, as normas processuais devem ser editadas de forma aberta, possibilitando a interpretação constitucional do direito, para a solução de cada situação trazida para apreciação jurisdicional.

Um exemplo de norma processual aberta é o artigo 461 do Código de Processo Civil que determina a concessão pelo magistrado da tutela específica da obrigação, devendo ser levado em conta as necessidades de direito material do caso em concreto. Na impossibilidade material da tutela específica, o juiz determinará providências que assegurem o resultado prático esquivamente ao adimplemento da obrigação.

Nota-se que para a concretização do direito fundamental de ação é necessário à efetiva tutela aos demais direitos, que podem ser realizadas mediante as técnicas processuais previstas pelo legislador infraconstitucional. Contudo, na ausência de técnica processual adequada, por omissão do legislador, o juiz não poderá perpetuar a omissão, o que acarretaria verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça. Pelo contrário, o juiz deve encontrar a técnica processual idônea à proteção do direito material.

O art. 5º, XXXV, da CF afirma um direito de ação abstrato e atípico, mas capaz de permitir a obtenção das várias tutelas prometidas pelo direito material. Ou seja, ele garante o direito ao procedimento adequado ou à técnica processual adequada, sem, obviamente, definir qual técnica processual está garantida ao jurisdicionado (MARINONI, 2013, p.362).

Assim, a solução encontrada para a efetivação dos mais diversos direitos materiais foi a instituição de regras processuais abertas, são as regras que possibilitam a adaptação da técnica processual adequada ao caso concreto, como é o caso dos artigos 273 e 461, ambos do Código de Processo Civil. Conforme ensina Marinoni (2013), as regras abertas são repostas do legislador ao direito fundamental de ação, possibilitando a ação adequada a cada caso concreto.

Ademais, não pode ser aceita a eventual inexistência de técnica processual adequada para proteção de um direito fundamental. A falta do legislador deve ser corrigida pelo juiz, que poderá utilizar as normas abertas para prestar a tutela necessária e dar efetividade ao direito de ação.

CAPÍTULO 5 - OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ADOTADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro se equipou de alguns mecanismos visando solucionar os obstáculos de acesso à justiça.

No poder judiciário destacam-se o benefício da justiça gratuita, os Juizados Especiais e as políticas voltadas à conciliação e transação. Já as instituições que compõem o sistema de justiça desempenham também papéis fundamentais, como a atuação da Defensora Pública que personifica, de uma só vez, as três ondas de acesso à justiça⁴.

É certo que os mecanismos aqui abordados conseguiram algum progresso na efetivação do acesso à justiça, mas outras mudanças ainda são necessárias para a plena concretização do acesso à ordem jurídica justa.

5.1 Custas judiciais

O benefício da justiça gratuita tem assento constitucional desde a Constituição brasileira de 1934⁵ (ainda que a Carta de 1937 tenha sido omissa a seu respeito), esteve também presente no Código de Processo Civil de 1939⁶; e, com o advento da Constituição de 1946 (que apenas remeteu ao legislador infraconstitucional a competência de desenvolvê-la) passou a ser prevista na Lei n. 1.060/50.

Essa lei, embora não se atente aos conceitos técnicos de *assistência judiciária* e *gratuidade de justiça*, utilizando ambas as expressões como sinônimos em diversos dispositivos, ainda hoje está vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 tratou da justiça gratuita em seu artigo 5º, inciso LXXIV (“O Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”), qualificando a assistência como ‘integral’, ou seja, ampliou o benefício para além dos atos jurídicos.

⁴ Conforme defendido por Maria Tereza Aina Sadek (2014), a atuação da Defensoria Pública, navegando nas três ondas de acesso à justiça, abre as portas para a inclusão, providenciando respostas que vão desde a educação em direitos até a solução de conflitos.

⁵ Item 32 do art. 113 da Constituição de 1934: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

⁶ Capítulo II, Título VII, Livro I (artigos. 68 – 79)

Ademais a Lei n. 1.060/50 estabelece que para ter direito à justiça gratuita faz-se necessário a simples alegação de que não se dispõe de meios para arcar com as despesas (artigo 4º), tendo a Lei n. 7.510/86 dispensado a comprovação documental. A outra parte poderá impugnar e apresentar provas a respeito da inverdade da declaração, mediante o incidente de impugnação da justiça gratuita, que será processada em autos apartados e não suspende o curso do processo principal.

Não obstante o ordenamento jurídico brasileiro prever a concessão da justiça gratuita há mais de 50 anos, com as inovações trazidas pela Constituição de 1988, a medida não solucionou suficientemente o obstáculo econômico ao acesso à justiça.

O critério utilizado para concessão do benefício é muitas vezes insuficiente. Amartya Sen aduz que “a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas, em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação a pobreza” (SADEK, 2014, p. 27).

5.2 Juizados Especiais

A criação dos Juizados Especiais é uma inovação que viabiliza um maior acesso à justiça, tendo inspiração na primeira onda de acesso à justiça de Mauro Cappelletti.

Atualmente temos um verdadeiro microssistema dos Juizados Especiais, composto pelas leis n.9.099/95, n. 10.259/01 e n. 12.153/09, acarretando em um procedimento menos formal, que se orienta pelos princípios da “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”, conforme disposto no artigo 2º da Lei n.9.099/95.

Para Boaventura (2011, p. 75), os juizados especiais “têm sido reconhecidos como solução, dentro da estrutura do judiciário, de celeridade para a solução das contendas e de aproximação da decisão judicial dos cidadãos, permitindo a conciliação, a transação, a desistência de recursos e extinguindo o reexame necessário”.

5.2.1 Juizados Especiais Cíveis

Neste estudo nos interessa em especial os Juizados Especiais Cíveis. Sua competência está limitada a causas de menor complexidade, definidas por valor (que não ultrapassem a 40 salários mínimos) ou por matéria (causas previstas no artigo 275, II do Código de Processo Civil e a ação de despejo para uso próprio). Ficam excluídas da competência do Juizado Especial “as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidente de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial” (artigo 3º, § 2º da Lei n. 9.099/95)⁷.

Ademais, no âmbito dos Juizados, a validade do ato depende do atingimento de sua finalidade, não havendo um rigor formal, conforme o princípio da finalidade previsto no artigo 13 da Lei n. 9.099/95 (“Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos aos critérios indicados no art. 2º desta Lei”). Assim, ter-se-á nulidade apenas quando comprovado prejuízo para o processo (artigo 13, §1º).

Outrossim, em observância ao princípio da simplicidade, os atos processuais a serem praticados em outras comarcas estão dispensados das cartas precatórias, podendo ser utilizado qualquer meio idôneo de comunicação (artigo 13, §2º).

O parágrafo 3º do artigo 13 determina que apenas os atos processuais considerados essenciais sejam registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas.

Quanto à capacidade postulatória, a Lei n. 9.099/95 dispensa a obrigatoriedade de advogado nas causas que tenha valor até 20 salários mínimos. Contudo, caso uma das partes estiver assistida por advogado, a outra parte terá o direito de pleitear assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial (artigo 9º, § 1º). O artigo. 9º, § 2º, obriga o magistrado a alertar as partes sobre a conveniência do patrocínio do advogado, quando a causa o recomendar.

Há vedação expressa de qualquer modalidade de intervenção de terceiro, inclusive a assistência, em nome do princípio da celeridade (artigo 10, Lei n. 9.099/95). É admitida tão-somente a formação de litisconsórcio (pluralidade das partes).

⁷ Cassio Scarpinella Bueno (2011, v. 2, tomo II) ensina que o aludido dispositivo deve ser lido em consonância com as mutações pelas quais o microssistema passou desde o advento da Lei n. 9.099/95. É que, por força da Lei n. 10.259/01 e da Lei n. 12.153/09, as causas de interesse da Fazenda Pública também são passíveis de serem processadas no âmbito dos Juizados Especiais.

Outra medida interessante que possibilita o acesso à justiça é a garantia do acesso à primeira instância independentemente do pagamento de custas, taxas ou despesas (artigo 54 da Lei n. 9.099/95), ressalvados os casos de litigância de má-fé.

5.3 Tutela coletiva

A Constituição Federal de 1988 incluiu os direitos coletivos no rol dos direitos fundamentais (Capítulo 1 – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), possibilitando a tutela de uma categoria de direitos que até então não tinha amparo no ordenamento jurídico brasileiro.

Didier (2013, v. 4) ensina que a positivação dos direitos coletivos, com a previsão de meios para sua concretização, observa o princípio da inafastabilidade do poder judiciário, renovando-o e ampliando-o.

Não obstante, as regras previstas para o direito processual civil não são suficientes para tutelar de forma adequada os direitos coletivos, exigindo normas próprias que possam observar as peculiaridades da tutela coletiva, conforme ensina Bedaque:

A tutela efetiva dos interesses coletivos, próprios de uma sociedade de massa, exige a renovação do modelo clássico de processo, inadequado e insuficiente para resolver as novas questões que certamente irão surgir (2006, p.55).

Assim sendo, o direito coletivo conta com um microssistema processual para a sua tutela, composto pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), que representam o procedimento “padrão” para as causas coletivas; além de outras leis que regem procedimentos especiais, como a do mandado de segurança coletivo (Lei n. 12.016/2009), a da ação popular (Lei n. 4.717/65) e a da ação de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92).

Nota-se que o direito processual civil brasileiro é privatista, conforme o ensinamento de Dinamarco (2013a, p. 46), o processo está – supostamente – a “(...) serviço do autor e dos direitos”, havendo um embate entre o interesse individual e o interesse público (particular x Estado), nos moldes da tradicional dicotomia público-privado.

Não obstante, a realidade não mais comporta essa polarização. Há uma série de novas situações e direitos que reclamam proteção diversa à prevista para os conflitos individuais.

São os conflitos *metaindividuais*, conflitos que dizem respeito a um número de pessoas ou, até mesmo, a grupos de pessoas.

A tutela coletiva é tratada por Mauro Cappelletti como a segunda onda de acesso à justiça: a representação dos interesses difusos. Para ele, a preocupação está na defesa dos direitos coletivos pois “ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação” (CAPPELLETTI, 1978, p.26).

A solução encontrada pelo ordenamento jurídico brasileiro foi “eleger determinados condutores do processo; pessoas, entidades e órgãos, públicos ou privados” (BUENO, 2010, v. 2, t. III, p. 198) que têm condições de pedir tutela em nome de um grupo de pessoas que fruem de um direito. Em outras palavras, o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos alheios.

Nesse sentido destaca Didier (2013) que a peculiaridade do ordenamento jurídico brasileiro quanto às ações coletivas é a de que existe permissão para que, embora interessando a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por uma única pessoa.

Ainda na lição de Didier, a técnica escolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro foi a da legitimação por substituição processual autônoma e exclusiva, quanto ao rol de legitimados. A legitimação é autônoma pois o legitimado está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. Ter-se-á legitimação exclusiva nas ações coletivas de direitos individuais homogêneos, quando apenas o legitimado extraordinário puder ser a parte principal do processo, cabendo ao sujeito da relação litigiosa intervir na qualidade de assistente litisconsorcial (litisconsorte ulterior).

Ademais, a legitimação é concorrente e disjuntiva. Qualquer um dos legitimados extraordinários poderá ajuizar a ação coletiva, não havendo necessidade de litisconsórcio já que independe da vontade dos demais legitimados.

As escolhas realizadas pela legislação brasileira sobre quem tem a legitimidade extraordinária para almejar a tutela coletiva foram pautadas em “representação adequada”, ou seja, faz-se necessário que o legitimado coletivo reúna atributos que o tornem representante adequado para melhor condução de um determinado processo coletivo, em consonância ao princípio do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva,

Didier (2013, v.4, p.216) nos ensina que a análise da legitimação coletiva é realizada em duas fases:

Primeiramente, verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo. A seguir, o juiz faz o controle in concreto da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela.

Temos alguns exemplos de controle da representação adequada na jurisprudência, como a “pertinência temática”⁸ (um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e objeto litigioso) e a falta de legitimidade do Ministério Público para propor ações coletivas relativas a direitos individuais disponíveis⁹.

A eventual falta de legitimação coletiva não deve acarretar a extinção do processo coletivo, sem exame do mérito. O melhor entendimento é o que prega o aproveitamento do processo coletivo, com a substituição da parte ilegítima. Como ocorre na ação popular e na ação civil pública, em que há expressa previsão da substituição processual pelo Ministério Público ou por outro legitimado¹⁰.

Ainda que existam outras muitas particularidades da tutela coletiva, tanto previstas na legislação ou desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência, este trabalho se limita ao tema da legitimação como um poderoso meio de acesso à justiça, vencendo o obstáculo da representação dos ‘direitos difusos’.

5.4 Meios alternativos de resolução de conflitos

Os meios alternativos de resolução de conflitos são extremamente poderosos na empreitada de concretizar o acesso à justiça, embora sejam muito pouco explorados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A mediação e a conciliação são técnicas que podem ser utilizadas para facilitar o trabalho de encontrar a solução mais adequada de um conflito diretamente pelas partes, com o auxílio de um terceiro. São métodos mais eficazes de resolução de conflito justamente por proporcionarem uma maior satisfação entre as partes que participam ativamente da solução.

⁸ STF, ADI 2482, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 25/04/2003

⁹ STF, RE 248191 AgR, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 25/10/2002

¹⁰ Lei n. 4.717/65, art. 9º; Lei n. 7.347/85, art. 5º, § 3º.

A diferença entre elas está na função do terceiro imparcial. Na conciliação, o terceiro imparcial deverá propor soluções para o conflito entre as partes. Já na mediação, o terceiro promoverá a aproximação para elas mesmas interagirem e solucionarem o seu conflito.

O Conselho Nacional de Justiça, considerando que o acesso à justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, editou a Resolução n. 125/2010 para “consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios” e organizar e uniformizar os serviços de métodos consensuais de solução de conflitos, “para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça”.

Outrossim, a arbitragem também é um meio alternativo de resolução de conflitos, regulado pela Lei n. 9.307/96, em que as partes escolhem, de comum acordo, um ou mais árbitros que reconhecerão o direito aplicável à espécie.

Todos os meios alternativos (conciliação, mediação e arbitragem) são mecanismos que possibilitam o acesso à justiça, de forma mais célere, com especial preocupação com os sujeitos do conflito, possibilitando que eles conheçam e entendam seus direitos, assumindo papel de protagonistas na solução de seus conflitos.

5.5 Defensoria Pública e a assistência jurídica integral

Conforme já destacado no presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever a assistência jurídica integral, não mais limitando o acesso à justiça ao ingresso ao poder judiciário, sua abrangência é ampla e inclui: o reconhecimento de direitos, os diferentes meios de reclamá-los e as instituições encarregadas de garanti-los, como é o caso da Defensoria Pública.

O artigo 134 da Constituição Federal, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 80 de 2014, dispõe que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e

coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXXIV do artigo 5º da Constituição¹¹.

Assim sendo, Defensoria Pública, no papel de instituição apta a garantir o direito fundamental de assistência jurídica integral (artigo 5º, LXXIV), tem um grande campo de atuação visando a resolução de conflitos por diferentes meios, além da educação de direitos, da promoção da conciliação e solução extrajudicial de conflitos, da atuação em estabelecimentos prisionais e da tutela, individual e coletiva, de grupos vulneráveis.

Conforme aduz Luciana Zaffalon Leme Cardoso (2010, p. 37), o pano de fundo da Defensoria Pública é “um sistema de justiça historicamente marcado pela desigualdade de tratamento entre classes”.

Neste sentido, a Defensoria Pública é um verdadeiro agente *instrumentalizador* do direito ao acesso à justiça, possibilitando a inclusão de indivíduos que sempre estiveram à margem da sociedade. Nas palavras de José Moacyr Doreto Nascimento (2014, p.221), a Constituição Federal de 1988 consagrou a Defensoria Pública como “instituição-garantia do direito fundamental de acesso à justiça”.

O reconhecimento do direito de assistência jurídica integral e a sua efetivação possibilitaram alguns impactos na realidade social, como a redução de desigualdades e o combate de distinções entre indivíduos, principalmente aqueles desprovidos de recursos financeiros, que compõe o principal público da Defensoria.

Assim, se o direito de acesso à justiça é direito garantidor de outros direitos, ou seja, é o direito sem o qual todos os outros direitos são apenas ideais e não se concretizam; a Defensoria Pública pode ser considerada como uma porta de entrada para a inclusão social, para a concretização dos direitos fundamentais daqueles marginalizados pelo sistema. A atuação da Defensoria Pública tem a aptidão de promover a cidadania, contribuindo para o alcance de resultados socialmente mais justos.

Contudo, mesmo com a previsão constitucional da Defensoria Pública, ela ainda não foi consolidada no Brasil. A realidade é de um grande déficit de defensores públicos em todo o território brasileiro – mais de 10 (dez) mil conforme estudos publicados em 2013 pelo Instituto de Pesquisa e Econômica Aplicada (IPEA)¹², além de uma infraestrutura precária, com falta de recursos materiais e humanos.

¹¹ Art. 5º, LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

¹² Disponível em <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>. Acessado em 02 de fevereiro de 2015.

O retrato das dificuldades que a instituição tem enfrentado pode ser visto na luta pela criação da Defensoria Pública no estado de Santa Catarina, último estado a ter o órgão instalado. A Lei Complementar estadual n. 155/1997 e o artigo 104 da Constituição Estadual de Santa Catarina estabeleciam a “defensoria dativa e assistência judiciária gratuita”, passando a prestação jurídica gratuita para advogados dativos indicados pela seccional catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SC). Ambos os dispositivos foram declarados inconstitucionais pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades 3892 e 4270 (Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 25/09/2012).

Assim, somente com a Lei Complementar estadual n. 575/2012 que a Defensoria Pública foi criada no estado de Santa Catarina, estando ainda em uma situação de extrema precariedade: das 110 comarcas, apenas 24 são atendidas¹³.

A Emenda Complementar n. 80/2014 parece trazer a solução para o problema do déficit de defensores públicos. Além de ter fortalecido a autonomia da Defensoria Pública, com mudanças no artigo 134 da Constituição Federal, ela também estipulou o prazo de oito anos para a efetiva estruturação da instituição, acrescentando o artigo 98 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim, ficou estabelecido:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Portanto, diante da extrema importância da Defensoria Pública para a conquista da cidadania, a Emenda Constitucional n. 80/2014 estabeleceu uma meta a ser observada quanto ao número de defensores públicos, possibilitando a utilização de medidas judiciais se não for obedecida após o prazo de oito anos – por Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

¹³ Conforme informação no site da Defensoria Pública do estado de Santa Catarina, as comarcas atendidas são: (i) Florianópolis; (ii) Araranguá; (iii) Blumenau; (iv) Brusque; (v) Caçador; (vi) Campos Novos; (vii) Chapecó; (viii) Concórdia; (ix) Criciúma; (x) Curitiba; (xi) Itajaí; (xii) Jaraguá do Sul; (xiii) Joaçaba; (xiv) Joinville; (xv) Lages; (xvi) Mafra; (xvii) Maravilha; (xviii) Palhoça; (xix) Rio do Sul; (xx) São José; (xxi) São Lourenço do Oeste; (xxii) São Miguel do Oeste; (xxiii) Tubarão; (xxiv) Xanxerê – *acessado em 02/02/2015*

Tal medida tem por objetivo consolidar, de fato, a instituição no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a promoção dos direitos humanos, da tutela judicial e extrajudicial e da defesa dos direitos individuais e coletivos.

Uma vez consolidada, a Defensoria Pública será capaz de desempenhar plenamente seu papel de instrumento de acesso à justiça a todo cidadão que necessitar de sua proteção, concretizando, por fim, a democracia no Estado de Direito, com a justiça acessível a toda a sociedade.

CAPÍTULO 6 - AS MEDIDAS PROCESSUAIS COMO INSTRUMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA

O novo enfoque do direito processual civil para a efetivação do acesso à justiça deve também prestar especial atenção aos procedimentos judiciais utilizados na busca de tutela jurisdicional.

O Código de Processo Civil atual, datado de 1974, não teve como preocupação os escopos políticos e sociais, pecando quanto aos instrumentos de acesso à ordem jurídica justa. Somente com o advento de novas leis, que fizeram inúmeras mudanças no Código, é que foram criados meios de efetividade do processo.

6.1 Os princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade

A realização concreta da justiça deve ser a maior preocupação do direito processual moderno. Não há mais espaço para se apegar ao tecnicismo, ao formalismo indiferente aos reais anseios da sociedade.

A interpretação teleológica é de grande valia na luta do acesso à justiça, estando intimamente ligada aos princípios do devido processo legal e da instrumentalidade das formas. Como bem adverte Bedaque (2006, p. 51), a regra da instrumentalidade das formas “introduz vida ao processo”.

De fato, a fase contemporânea do direito processual civil conseguiu afastar o tecnicismo exacerbado e implantar medidas que prezam pelo efetivo acesso à justiça mediante a organização de um processo justo e sensível às mazelas sociais.

A lição de Bedaque (2006, p. 50) é precisa ao ressaltar que a técnica deve ser usada em favor da “efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo”. Ainda destaca que “não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo”.

Dinamarco (2013b, p. 356) propõe duas questões relevantes: “(a) são necessárias as formas procedimentais? (b) em caso de resposta afirmativa, qual a forma mais adequada para atingir o escopo do processo, em uma época determinada e segundo suas condições?”.

As formas procedimentais devem ser tratadas como uma garantia ao acesso à justiça: a completa ausência de previsão legal acarretaria em insegurança, desordem e incerteza. São

meios para tornar efetiva a tutela jurisdicional, asseguram o resultado do processo, uma garantia das partes em relações recíprocas e com o juiz, afastando o arbítrio do juiz e evitando o culto das formas consideradas em si mesmas.

Contudo, as previsões quanto à forma não podem olvidar a finalidade do acesso à justiça, sendo as previsões legais das formas limitadas ao necessário para concretização do resultado que se busca com o processo: a tutela jurisdicional.

O Código de Processo Civil adotou importantes princípios: da liberdade das formas¹⁴, da instrumentalidade¹⁵ e da fungibilidade. Este último princípio está implícito no ordenamento jurídico e deve ser entendido como um desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas já que tem o objetivo de manter o ato que não observou a forma prescrita mas atingiu sua finalidade.

Conforme ensina Didier (2009, v.1), o princípio da fungibilidade aproveita os atos processuais defeituosos que não causaram prejuízo para as partes, já que não há nulidade sem prejuízo. Bedaque (2006) defende que eventuais vícios do procedimento são irrelevantes se não houve prejuízo aos princípios maiores do direito processual, como o devido processo legal, sendo aplicável a fungibilidade das formas até mesmo para as nulidades absolutas, se o ato alcançou o escopo desejado - *pas e nullité sans grief*.

Os tribunais superiores já decidiram alguns casos no sentido de que para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessário demonstrar o prejuízo efetivamente sofrido:

(...) Inexistência de prejuízo para a defesa, que impugnou, no procedimento administrativo, o laudo e interpôs os recursos cabíveis. Não tendo havido prejuízo para a defesa, não há falar em nulidade: *pas de nullité sans grief* (STF, MS 24.911/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 01/10/2004)

(...) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que em nosso sistema processual "vigora a máxima *pas de nullité sans grief*, segundo a qual somente deve ser anulado o processo quando evidenciado sacrifício aos fins da Justiça" (STJ, REsp 908.340/CE, Segunda Turma, Relator o Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 21.8.2009) (STJ, AgRg no AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 4.236 – GO, Quarta Turma, Relator o MINISTRO RAUL ARAÚJO, DJe 02/04/2014)

¹⁴ Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

¹⁵ Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

De fato, o *pas e nullité sans grief* é um princípio que pode corrigir injustiças e otimizar os tramites do processo percorrido pelas partes na busca de tutela jurisdicional.

O direito processual civil, ao prezar pela instrumentalidade das formas e pela fungibilidade, aliada ao *pas e nullité sans grief*, está no caminho certo para dar efetividade ao procedimento do próprio processo.

6.2 Ônus processuais e as condutas das partes

Quando a inércia do judiciário é interrompida por alguém, tem-se o início de uma verdadeira jornada até alcançar o resultado almejado, a tutela jurisdicional. Para tanto, o indivíduo terá que arcar com uma série de ônus ao decorrer do procedimento, tendo que atuar de diversas maneiras para obter o resultado desejado. Do outro lado, o réu também deve desempenhar uma série de atos ao longo do processo.

Neste sentido, Dinamarco (2013a, p.237) sustenta que “o sistema confia aos litigantes muitas atividades como ‘imperativos do próprio interesse’, ou seja, dirige-lhes variados e seguidos ônus ao longo de todo o arco do procedimento”, nomeando como “teoria dos ônus processuais”.

Assim, o comportamento das partes não só interfere diretamente para o resultado do processo, como também é essencial para o seu desenrolar. A participação das partes se dá pelos atos destinados a gerar resultados favoráveis, sendo que o empenho de cada um refletirá no resultado do processo.

Para as partes realizarem os atos que desejam ao longo do processo, dever arcar com encargos, ou seja, ônus processuais. São vários os ônus processuais: ônus de afirmar (que geralmente acompanham as partes por todo o processo – a demanda inicial, afirmação de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos pelo réu, etc.), ônus de contestar, ônus de prova (que podem variar de intensidade conforme a natureza do litígio), ônus de recorrer, entre outros. A escolha de atuação é prerrogativa da parte, que deverá arcar com as consequências de sua ação ou omissão – por exemplo, a desistência de um meio de prova.

As partes são protagonistas do procedimento e suas condutas vão interferir diretamente no resultado do processo, *v.g.* a revelia do réu pode acarretar na admissão como verdadeiros os fatos alegados pelo autor (artigo 319 do Código de Processo Civil). O papel do juiz fica em um plano secundário já que muito depende da atuação dos litigantes.

Assim sendo, um indivíduo que consegue levar sua demanda até a apreciação do Estado-juiz, mas não possui recursos econômicos para contratar um bom advogado, estará vulnerável ao longo do processo. Ou até mesmo, um litigante que opta pelo Juizado Especial Cível, para não precisar gastar dinheiro com advogado, e se vê num embate com alguém que pode contratar um time de renomados advogados, certamente estará em uma posição de desvantagem.

Não obstante, Dinamarco (2013a, p. 241/242) adverte que o sistema jurídico está sujeito a essas distorções inevitáveis, não sendo justo “avaliá-lo a partir desses acontecimentos anormais, nem correto ver nos resultados assim aleatoriamente distorcidos por esses autênticos ‘acidentes de percurso’ algo que interfira no ‘escopo’ que anima o sistema processual”. Ainda conclui afirmando que “o grau de aplicação de cada um à defesa de suas pretensões dá a medida da profundidade do conflito e da importância que ele representa em sua vida”.

Em que pese a impecável lição de Dinamarco, os ônus processuais podem se tornar obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa, podem distanciar a apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito, sendo um ponto sensível no direito processual civil moderno.

Ainda que o papel do juiz no processo tenha sido reformulado pelo direito processual civil moderno, dando maior importância a seus atos e amenizando os problemas causados pelos ônus processuais, não é suficiente para a integral solução, restando situações contaminadas com as ‘distorções inevitáveis’.

6.3 O juiz e o processo

O direito processual civil moderno, na proposta instrumentalista, deu novos traços ao papel do juiz no processo. Agora, o juiz está na posição de condutor do processo, com participação ampla no contraditório realizado pelas partes.

O princípio do contraditório está expresso no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”. A leitura atual deste princípio tem dupla abrangência, conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno:

A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz (2007, v.1, p.109).

Assim sendo, as partes têm direito ao contraditório, entendido como direito de influenciar na formação da convicção do juiz, desempenhado ao longo de todo o processo. O juiz, por sua vez, torna-se responsável por verificar se há condições concretas do exercício do contraditório pelas partes, ou seja, se as partes podem e conseguem trazer os elementos externos ao plano do processo, garantindo amplas e reais possibilidades de participação. É esta função do juiz que tem extrema importância para amenizar os obstáculos causados pelos ônus processuais, conforme explicitado no item anterior.

Certo que o juiz passivo e mero espectador não tem mais espaço no ordenamento jurídico moderno. Agora, suas novas obrigações possibilitam uma adequada atuação jurisdicional. Segundo lição de Dinamarco:

(...) a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para identificação dos fatos e enquadramento em categorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e sobretudo para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas em lei (2013a, p.231).

Em sua função de guiar o processo e conceder tutela jurisdicional, o juiz deverá atentar ao caso concreto e, com sensibilidade e sabedoria, buscar no ordenamento jurídico as normas cabíveis para solucionar com justiça as particularidades de cada caso.

De fato, com todos os ônus processuais enfrentados pelas partes, a atuação do juiz é peça chave para o acesso à ordem jurídica justa, dependendo dele em boa parte para “a presteza da obtenção dos resultados” (DINAMARCO, 2013a, p.236).

6.4 A antecipação dos efeitos da tutela (“tutela antecipada”)

6.4.1 Considerações iniciais

A tutela antecipada foi uma inovação trazida para o ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 8.952/1994, que reformou o Código de Processo Civil visando solucionar os problemas de efetividade no procedimento ordinário.

O antigo procedimento ordinário tinha como marca a morosidade, motivo pelo qual, objetivando a concretização da tutela jurisdicional, os operadores do direito passaram a distorcer a natureza da “ação cautelar inominada”, utilizando-a como técnica de sumarização do procedimento ordinário.

Assim sendo, o advento da Lei n. 8.952/1994, bem como da Lei n. 10.444/02, deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, passando a prever o novo instrumento de efetivação à tutela jurisdicional: a antecipação dos efeitos da tutela.

Ademais, a tutela antecipada está em conformidade com o direito fundamental de ação, protegido pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, ou seja, o direito a tutela jurisdicional efetiva, e deve ser entendido como um instrumento para a concretização do acesso à ordem jurídica justa.

Deste modo, a tutela antecipada possibilita a proteção adequada e efetiva de diversos conflitos de direitos. Conforme ensina Marinoni (2011, p.26), “o sujeito só é titular de um direito quanto tem uma posição juridicamente protegida, isto é, quando o direito proclamado pela norma atributiva dispõe de uma forma de tutela que seja adequada a sua proteção”.

Para a proteção adequada de direitos, muitas vezes faz-se necessário conceder a tutela o mais rápido possível. São casos em que a típica morosidade da justiça acarretaria em danos irreparáveis, inclusive com o perecimento do direito.

Portanto, a tutela antecipada deve ser entendida como a possibilidade de “precipitação da produção dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, os quais, de outro modo, não seriam sentidos no plano exterior ao processo” (BUENO, 2009, v.4, p.9).

Além da importância da tutela antecipada como instrumento de celeridade do processo, Marinoni (2011, p.24) também destaca que, se usada corretamente, poderá contribuir para a restauração da igualdade no plano processual:

E claro que por de trás da ideia de “efetividade” existe outro valor muito mais relevante, que é o da “igualdade real”. O processo não pode ser

pensado a distancia da premissa de que o poder tem por fim remover os obstáculos que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana. O processualista, portanto, quando formula os seus conceitos, não está autorizado a desconsiderar as diferenças sociais daqueles que buscam a Justiça. É importante lembrar, ainda, que é fundamental para o encontro da real efetividade do processo a tomada de consciência de que são de natureza variada os bens envolvidos nos litígios. O novo processo não é mais um “processo neutro”, mas um processo que sabe que, da mesma forma que todos não são iguais, os bens que constituem os litígios não têm igual valor jurídico.

Assim sendo, é possível afirmar que a tutela antecipada é um instrumento que possibilita o acesso à justiça, tutelando adequadamente e efetivamente casos de conflitos que não podem dar o luxo de aguardar o desenrolar de todo o trâmite procedimental para ver o seu direito protegido pelo Estado-juiz.

O objetivo deste trabalho não é um estudo profundo sobre a tutela antecipada. Os pontos aqui abordados almejam demonstrar a importância do instrumento para a efetividade do processo.

6.4.2 *O poder geral de antecipação*

Inspirado no poder geral de cautela do artigo 798 do Código de Processo Civil (previsão legal da atipicidade cautelar), a Lei n. 8.952/94 positivou o poder geral de antecipação, que consiste, conforme lição de Didier (2012, v.2), no poder atribuído ao magistrado para conceder medidas provisórias e sumárias que antecipam a satisfação do direito afirmando, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais (artigo 273 e § 3º do artigo 461).

Trata-se de um verdadeiro “dever-poder geral de cautela” (BUENO, 2009, v.4.) vez que não há faculdade para o magistrado. Se presente os pressupostos legais, o magistrado deve conceder o pedido de antecipação de tutela.

Os pressupostos legais para a concessão da tutela antecipada são a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, conforme o *caput* do artigo 273. Além do mais, deve ocorrer “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou o “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, incisos I e II do mesmo dispositivo.

Ademais, o § 2º do artigo 273 prevê um pressuposto negativo, ou seja, uma situação de fato que não deve estar presente: o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Este pressuposto tem lugar pois a tutela antecipada é proferida em juízo de cognição sumária (poderá ser revogada e modificada a qualquer tempo, conforme artigo 273, § 4º), assim, seus efeitos práticos não deveriam acarretar em uma situação irreversível, viabilizado a volta ao *status quo ante* se for necessário.

Outrossim, vale destacar que o *caput* do artigo 273 exige o requerimento da parte para a concessão da tutela antecipada, vedado a atuação oficiosa do magistrado. Didier (2012, v.2) esclarece que, como a tutela antecipada dá-se sob a responsabilidade objetiva do beneficiário, que deverá arcar com os prejuízos causados a outra parte se reformada a decisão, a concessão de ofício não seria mesmo possível.

6.4.3 *Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar*

A Lei n. 10.444/2002 acrescentou o § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Assim, criou-se uma espécie de fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar, para afastar eventuais dificuldades técnicas e dar proteção jurisdicional adequada, ainda que o pedido de tutela tenha sido feito equivocadamente.

De fato, a tutela antecipada e a tutela cautelar são técnicas utilizadas para a otimização da prestação jurisdicional, nos moldes do artigo 5º, XXXV e LXXVIII da Constituição Federal, não havendo espaço para rigorismos técnicos na busca pelo acesso à justiça.

Ainda que o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil não autorize o deferimento de tutela antecipada quando o pedido é de cautelar, a melhor interpretação, diante do princípio da instrumentalidade das formas, bem como dos artigos 154, 244 e 250 do Código de Processo Civil, é que “a forma do ato processual não pode frustrar o atingimento de sua finalidade substancial” (BUENO, 2009, v.4, p.131).

Dessa forma, uma vez presente os pressupostos exigidos pelo artigo 273 ou pelo artigo 798, o magistrado deve conceder a medida requerida, seja em forma de tutela antecipada ou de tutela cautelar.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela interpretação da fungibilidade ampla e recíproca entre a tutela antecipada e a tutela cautelar:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA - PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CARÁTER SATISFATIVO - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - POSSIBILIDADE - ART. 273, PAR. 7º, DO CPC - INTERESSE DE AGIR - EXISTÊNCIA, IN CASU - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Nos termos do art. 273, § 7º, do CPC, admite-se a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela, sendo possível, portanto, o recebimento do pedido cautelar como antecipação da tutela; II - O entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que carece interesse de agir a parte que apresenta medida cautelar com pedido de antecipação de tutela, não se coaduna com a jurisprudência do STJ sobre a matéria. (STJ, REsp 1150337/MG, Terceira Turma, Relator MINISTRO Massam Uyeda, DJe 11/11/2010)

Outrossim, a fungibilidade só poderá ser reconhecida quando presentes os pressupostos previstos em lei para a medida almejada pelo requerente, isto ocorre pois os pressupostos para cada uma das medidas (tutela antecipada e tutela cautelar) nem sempre coincidem.

A tutela antecipada dispensa a presença de *periculum in mora* em algumas situações, quando o réu abusar do direito de defesa ou praticar atos protelatórios (artigo 273, II) ou quando houver pedidos, total ou parcialmente, incontroversos (artigo 273, § 6º). Assim, nas duas hipóteses, não há correspondência com os pressupostos da tutela cautelar, não havendo fungibilidade entre as duas medidas.

Portanto, ter-se-á fungibilidade, nos moldes do § 7º do artigo 273, nas situações em que presentes os pressupostos comuns à tutela antecipada e à tutela cautelar: o *fumus boni iuris* e *periculum n mora*.

6.4.4 Os meios atípicos de efetivação da tutela antecipada

O § 3º do artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe que, para a efetivação da tutela antecipada, o magistrado poderá utilizar o conjunto de medidas previstas nos artigos 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. Conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno (2009, v.4), a despeito do silêncio da lei, não há motivo para negar a aplicação do § 6º do artigo 461 quando necessário.

Assim sendo, o magistrado tem a sua disposição meios atípicos de efetivação da tutela antecipada, para compelir o réu a fazer ou não fazer alguma coisa, bem como a dar alguma coisa, móvel ou imóvel. O magistrado avaliará qual a melhor forma para a satisfação do pedido de tutela em cada caso concreto.

Ademais, o magistrado também poderá aplicar multa (*astreintes*), inclusive de ofício, para compelir o réu a atender a decisão judicial. A *astreintes* tem natureza coercitiva e é instrumento de pressão psicológica destinado a fazer com que o próprio réu cumpra o dever imposto na ordem judicial. Ela poderá ser aumentada ou diminuída, conforme as circunstâncias fáticas supervenientes, v.g. o cumprimento parcial pode fundamentar a diminuição da multa, assim como o não cumprimento pode acarretar o aumento.

O correto é o magistrado fixar a multa observando as peculiaridades de cada caso, com razoabilidade e proporcionalidade. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a *astreintes* deve ser “o suficiente para inibir o devedor e sensibilizá-lo de que é muito mais vantajoso cumpri-la do que pagar a respectiva pena pecuniária. Por outro lado, não pode o valor da multa implicar enriquecimento injusto do devedor” (STJ, REsp 1185260/GO, Terceira Turma, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 11/11/2010).

Questão polêmica na doutrina e recém pacificada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Repetitivo REsp 1200856/RS¹⁶, diz respeito ao momento de exigibilidade da multa do artigo 461, havendo três correntes a saber:

1ª Corrente: Reconhece a possibilidade da execução provisória da multa imediatamente, sem qualquer limitação ou condição, independentemente da confirmação por sentença. Esse posicionamento é defendido por Cassio Scarpinella Bueno, Nelson Nery Junior¹⁷, entre outros doutrinadores, bem como já foi assim decidido nos seguintes julgados: STJ, AgRg no REsp 1422.691/BA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 24.2.14; STJ, AgRg no AREsp 200.758/PR, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, DJe 19.2.14.

2ª Corrente: afasta a possibilidade da execução provisória da multa antes de seu trânsito em julgado. Nesse sentido, Marinoni (2008, v.3, p.82) afirma que o que “atua sobre a vontade do réu é a ameaça do pagamento da multa. Esta, assim, não perde o poder de coerção apenas porque o réu sabe que não terá que pagá-la, na hipótese de o julgamento final não confirmar a tutela antecipatória”. É o entendimento sustentado nas decisões SRJ, AgRg no

¹⁶ STJ, REsp 1200856/RS, Corte Especial, Relator MINISTRO SIDNEI BENETI, DJe 17/09/2014

¹⁷ “Quanto à execução *stricto sensu* da decisão antecipatória da tutela específica, deve ser feita imediatamente, sem necessidade de prestação de caução. Eventual inversão no resultado da demanda, com o julgamento de improcedência do pedido, resolver-se em perdas e danos em desfavor do requerente da medida” (2010, p.702)

REsp 1.173.655/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJe 26.4.12; STJ, AgRg no AREsp 50.196/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe 27.8.12.

3ª Corrente: admite a execução provisória da multa, desde que a tutela antecipada tenha sido confirmada por sentença ou acórdão e que o recurso contra a decisão não tenha sido recebido no efeito suspensivo. É uma posição intermediária entre as duas primeiras correntes, estabelecendo dois requisitos para a execução provisória: (i) o pedido de *astreintes* seja julgado procedente nas sentença ou acórdão; e (ii) o recurso interposto contra essa sentença ou acórdão não tenha sido recebido no efeito suspensivo. Foi o posicionamento tomado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1347726/RS, Relator Ministro MARCO BUZZI, DJe 04/02/2013. Esse posicionamento não possui referência na doutrina.

A Corte Especial consolidou o entendimento da terceira corrente, por prestigiar a segurança jurídica e evitar que o autor se beneficie indevidamente de importância em dinheiro que, ulteriormente, possa a vir saber que não faz jus.

De fato, a terceira corrente parece ser um equilíbrio entre as duas primeiras, prestigiando a efetividade da multa do artigo 461 sem deixar de lado a segurança jurídica. Já a segunda corrente não tem cabimento na ordem jurídica atual pois, ao postergar a execução da multa apenas para após o trânsito em julgado, retira completamente sua função de influenciar a vontade do réu e compeli-lo ao acatamento da decisão judicial.

Não obstante, para o efetivo acesso à justiça, ou seja, para a concretização da tutela antecipada, o melhor entendimento seria pela exigibilidade imediata da multa do artigo 461 (a primeira corrente), justamente diante da natureza coercitiva da multa. Isto porque, a sua exigibilidade “subsiste mesmo em caso de a decisão final ser desfavorável ao exequente” (BUENO, 2010, v.3, p.467), o pensamento contrário teria o condão de tornar inócua a fixação da multa e conspirar contra sua natureza jurídica¹⁸.

Por fim, vale destacar que os artigos 461 e 461-A priorizam a tutela específica, ou seja, o magistrado deve atentar-se em dar ao autor aquilo que tem direito no plano material, de forma a coincidir, tanto quanto possível, o resultado da tutela jurisdicional e o cumprimento da obrigação caso não houvesse ocorrido lesão do direito. Assim, o “resultado prático

¹⁸ Contudo, o entendimento jurisprudencial pare ser contrário: “O interesse nas *astreintes* encontra-se visceralmente ligado ao êxito da parte na ação principal, êxito esse que acaba por se caracterizar como uma condição resolutiva da multa cominatória: se procedente o pedido, convalida-se; se improcedente, perde efeito retroativamente” (STJ, REsp 1245539/SP, Terceira Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 29/04/2014).

equivalente”, bem como as perdas e danos, devem ser pensados apenas em último caso, quando a efetivação da tutela específica não for mais possível.

6.5 A atividade jurisdicional executiva

6.5.1 Considerações iniciais

A efetividade do processo não se resume ao seu acesso. A decisão jurisdicional, ao propiciar a tutela de direitos, necessita contar com meios de dar efetividade. Assim, a atividade jurisdicional executiva deve ser entendida como um desdobramento do direito de ação (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), originária e suficientemente exercido por provocação da inércia do Estado-juiz almejando a pacificação dos litigantes, e exercitável ao longo do processo (BUENO, 2010, v.3).

Dessa forma, são os efeitos externos ao plano processual, que viabilizam proteger e realizar materialmente os direitos tutelados, restaurando a ordem jurídica violada ou evitando que tal violação ocorra.

A atividade jurisdicional executiva sofreu inúmeras modificações desde o advento do Código de Processo Civil em 1973. As Reformas do Código de Processo Civil, em especial as oriundas das leis n. 8.952/1994, 8.953/1994, 10.444/2002, 11.232/2005, 11.382/2006, alteraram intensamente o “processo de execução”, acarretando em uma nova sistemática da tutela executiva, inclusive com modificação de sua base de princípios, tudo isso visando uma maior efetividade da tutela jurisdicional.

Atualmente, o princípio da autonomia, que pregava que a atividade jurisdicional executiva necessitava de um processo próprio (“processo de execução”), não pode mais ser aplicado de forma rígida no direito processual civil, sendo substituído pelo princípio do sincretismo já que um mesmo processo “admite que atividades jurisdicionais cognitivas e executivas realizem-se sem solução de continuidade” (BUENO, 2010, v.3, p.48).

Já o princípio do título executivo prega que a tutela jurisdicional executiva depende da prévia definição do direito, em um título judicial ou extrajudicial, vez que *nulla executio sine titulo*. A função do título executivo é de documentar a certeza, a exigibilidade e a liquidez de um direito, o que viabiliza a prática de atos executivos visando à satisfação do direito já reconhecido pelo Estado-juiz.

Insta destacar que, apesar do artigo 475-N, I, do Código de Processo Civil, mencionar expressamente apenas “sentenças” como título executivo judicial, o melhor entendimento, em consonância com o princípio constitucional de direito à ação, é também considerar as decisões interlocutórias, em especial a antecipação de tutela, e os acórdãos como título executivo judicial. Nota-se que tanto as decisões interlocutórias quanto os acórdãos podem ser documentação hábil que define a certeza, a exigibilidade e a liquidez de um direito. Um documento que reconhece suficientemente um direito ameaçado ou lesionado deve ser considerado título executivo, possibilitando a satisfação daquele direito.

Ademais, o princípio da patrimonialidade estabelece que a execução recai sobre o patrimônio do executado e não na sua pessoa. Contudo, com as Reformas do Código de Processo Civil, este princípio tem sofrido mitigações em busca de uma tutela jurisdicional mais eficiente, diante de novas medidas que visam atuar na vontade da pessoa.

São técnicas executivas que criam para o executado uma onerosidade ao não cumprir a determinação judicial, como, por exemplo: a multa do *caput* do artigo 475-J; as multas admitidas no artigo 461, §§ 4º a 6º; a redução, pela metade, dos honorários advocatícios do artigo 652-A, §µ. Cassio Scarpinella Bueno ensina que estas técnicas coercitivas não agridem o artigo 1º, III, da Constituição Federal (a dignidade da pessoa humana):

(...) buscam atuar na vontade do executado, colocando para ele uma alternativa a ser escolhida: sujeitar-se voluntariamente à jurisdição (que é imperativa) ou sujeitar-se a ela independentemente de sua vontade e, até mesmo, independentemente de sua colaboração porque a jurisdição é também substitutiva (v.3, p.51).

Outra patente alteração trazida pelas Reformas do Código de Processo Civil diz respeito ao princípio da tipicidade dos atos executivos. Tradicionalmente, o princípio da tipicidade dispõe que os atos executivos praticados pelo Estado-juiz são aqueles tipicamente previstos em lei, de forma prévia e exaustivamente.

Esse princípio protege duplamente o executado ao satisfazer a exigência de garantir a intangibilidade da esfera de sua autonomia e, também, possibilitando algum grau de previsibilidade acerca dos meios de atuação executiva possível (MEDINA, 2013).

A razão da tipicidade dos atos executivos é justificada a partir de uma perspectiva tradicional da compreensão do princípio do “devido processo legal”. Busca-se, com a diretriz, restringir os deveres-poderes do magistrado

para atuar em detrimento do executado e de seu patrimônio (BUENO, 2010, v.3, p.54)

Não obstante, vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, em especial após as Reformas do Código de Processo Civil, o entendimento da atipicidade das medidas executivas, de forma a priorizar a participação do juiz na elaboração da solução dos litígios e possibilitando que a atividade jurisdicional prestada seja adequada ao caso concreto.

Assim, diante da liberdade concedida ao magistrado para estabelecer as medidas executivas necessárias, a tutela jurisdicional se aproximará o máximo possível da pretensão violada ou, ainda, poderá impedir que a violação ocorra. Nesse sentido:

Ante à multiplicidade e à complexidade das situações litigiosas que podem ser levadas a juízo, tais mecanismos não podem ser previstos num rol taxativo, *numerus clausus*, pois há risco de se excluir direitos igualmente mercedores de tutela (MEDINA, 2013, p. 51).

Portanto, entre a tipicidade e a atipicidade dos atos executivos, o melhor entendimento é pelo cabimento da atipicidade quando a lei não eleger expressamente o mecanismo executivo ou quando a escolha existente não se mostrar suficiente no caso concreto.

O artigo 612 do Código de Processo Civil estabelece que a execução é realizada no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. Assim, os atos executivos devem ser realizados com vistas à satisfação do exequente – princípio do resultado ou da utilidade.

Ademais, o artigo 620 trata do chamado princípio da menor gravosidade ao executado, impondo que, havendo vários meios de promover a execução, o juiz deverá optar pelo modo menos oneroso ao devedor.

A importância desses princípios revela-se justamente, pois, na realização dos atos executivos, busca-se obter a maior vantagem ao credor desde que tais atos realizem-se de forma menos prejudicial possível ao devedor.

Assim sendo, ambos os princípios devem ser observados na tutela jurisdicional executiva, viabilizando, dessa forma, a execução equilibrada: “um verdadeiro resultado desejável da esmerada aplicação, em cada caso concreto, dos princípios do resultado e da menor gravosidade da execução” (BUENO, 2010, v.3, p.57).

6.5.2 Execução provisória

A execução provisória é um meio importante para a efetividade do processo justamente por possibilitar o início de atos de execução para a satisfação do exequente, antes mesmo do trânsito em julgado do título executivo. Ressalta-se que a provisoriedade não está nos atos executivos, mas sim no título que fundamenta a decisão, que dependerá de ulterior confirmação jurisdicional. Os atos executivos realizam-se de forma definitiva.

A Lei n. 11.232/2005, ao revogar o artigo 588 do Código de Processo Civil, também revogou a limitação que impedia a prática dos atos finais na execução provisória (levantamento de dinheiro, alienação de domínio, anulação de ato ou negócio jurídico, etc.). Atualmente, para a prática de tais atos faz-se necessário a prestação de caução pelo exequente.

O artigo 475-O, III, exige caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos para o “levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado”. Cassio Scarpinella Bueno esclarece que a regra tem por objetivo “minimizar ou, até mesmo, eliminar os eventuais danos que o executado pode vir a sofrer com a execução provisória” (2010, v.3, p.193).

O Superior Tribunal de Justiça entende que a caução vincula-se à idéia de risco processual e não puramente a prática de um ato abstratamente considerado ao longo do procedimento:

(...) A simples penhora e avaliação do bem não constituem atos que importem em alienação de propriedade, nos termos do que estabelece o art. 475-O, III, do CPC, de maneira que não se faz necessário, nesse momento, exigir dos exequentes a prestação de caução suficiente e idônea. (STJ, 3ª Turma, MC 13.346/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.10.2007, p. 165)

(...) Ademais, sendo o escopo precípua da caução prevenir provável risco de grave dano de difícil ou incerta reparação a que exposto o executado com o prosseguimento da execução, ressoa inequívoca a prescindibilidade desta garantia no caso em julgamento, ante o expressivo vulto do patrimônio partilhável. (STJ, 4ª Turma, REsp 1.283.796/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE 22/02/2012)

Assim, o juiz não pode arbitrar a caução de ofício, sem o pedido do interessado. É o próprio executado que deve requerer a prestação de caução demonstrando a iminência de um

prejuízo ou de algum risco que virá a sofrer, diante da responsabilidade objetiva do exequente (artigo 475-O, I).

Ademais, a execução provisória tende a se converter em definitiva, após o trânsito em julgado do título executivo. No entanto, caso o recurso contra a sentença venha a ser provido, extingue-se a execução provisória e as partes devem ser restituídas ao estado anterior, conforme inteligência do artigo 475-O, II, do Código de Processo Civil.

O aludido dispositivo dispõe que os prejuízos sofridos pelo devedor deverão ser liquidados no mesmo processo, com inversão dos polos. Essa indenização corresponde aos prejuízos emergentes dos atos executivos e, se for o caso, dos da liquidação provisória, bem como do lucro cessantes.

José Miguel Garcia Medina faz uma ressalva quanto à previsão de liquidação por arbitramento no inciso II do artigo 475-O. Para ele, o legislador não quis se referir à liquidação prevista nos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil, já que não é todo caso que a perícia será necessária. O melhor entendimento é afastar a interpretação literal para compreender “arbitramento” como “a fixação, pelo juiz, com base em critérios e dados indicados na decisão, da indenização devida ao executado” (2013, p.262).

Certamente, a interpretação literal do artigo 475-O, II, acarretaria, a depender do caso concreto, em um ônus puramente burocrático e com pouca utilidade para determinar o valor da indenização.

A restituição das partes ao estado anterior não autoriza que o terceiro adquirente do bem alienado seja afetado. A execução provisória é completa, devendo ser preservada a alienação do bem do executado. O terceiro adquirente tem a sua esfera jurídica resguardada, não tendo o executado direito a reaver o bem alienado.

Essa medida visa garantir eficácia no sucesso das alienações dos bens penhorados, protegendo o terceiro adquirente do que vier ocorrer no plano processual. O executado não terá direito a reaver o bem alienado, mas poderá perseguir o valor do bem e face do exequente, com os acréscimos legais referentes às perdas e danos.

Assim sendo, o artigo 686, V, do Código de Processo Civil, que exige que o edital de hasta pública informe a existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados, deve ser interpretado como uma simples advertência que aquele bem advém de uma execução provisória. Dessa forma, os interessados e, em especial, o arrematante, terão ciência da origem do bem e estarão seguros diante da especial proteção à esfera jurídica de terceiro.

Não obstante, na hipótese do adquirente do bem ser o próprio exequente, o artigo 475-O, II, tem plena aplicação, retomando ambas as partes, exequente e executado, ao estado anterior, não havendo qualquer proteção ao exequente adquirente.

Portanto, a efetividade é o valor que se destaca na execução provisória. O exequente poderá dar início aos atos executivos independentemente do trânsito em julgado, desde que observe as regras sobre a responsabilidade objetiva dos supracitados incisos I e II do artigo 475-O do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

O direito processual civil é instrumento de pacificação social, tendo a função primordial de harmonizar o direito material à realidade social e, assim, solucionar os mais diversos conflitos sociais.

A fase contemporânea do pensamento do direito processual civil prega uma postura instrumentalista, objetivando o aprimoramento do sistema processual. Não há mais espaço para uma atitude puramente técnica e dogmática, ao contrário, com as inovações que viabilizam o processo como instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa.

Assim sendo, o “acesso à justiça”, conforme os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1978), foi ponto fundamental que contribuiu para o pensamento do direito processual em um novo enfoque, buscando inovações para dar efetividade e eficiência à justiça.

A Constituição Federal de 1988, acompanhando as inovações do movimento pós-positivista, estabeleceu o direito processual civil como instrumento a serviço da ordem constitucional, de forma que o processo passou a refletir as bases do regime democrático do Estado Democrático de Direito: a liberdade, a legalidade a pacificação social.

Assim, o direito processual moderno torna-se um instrumento público de realização da justiça, sintetizado no artigo 5º, XXXV, da própria Constituição Federal. É o direito de ação, um direito fundamental que abre as portas do Poder Judiciário para apreciação de toda e qualquer pretensão, concedendo a tutela jurisdicional.

Com o direito processual civil constitucional, juntamente com o viés instrumentalista, adveio a criação de medidas para alargar a via de acesso ao Poder Judiciário, eliminando as diferenças de oportunidades diante das desigualdades socioeconômicas. Para tanto, foi aperfeiçoada a previsão de justiça gratuita, foram criados os Juizados Especiais visando dar celeridade aos processos mais simples, além de ter sido criada a Defensoria Pública como instituição incumbida de promover os direitos dos cidadãos, entre outras diversas medidas que foram analisadas ao longo deste trabalho.

Ademais, muitas outras medidas de cunho processual foram incluídas no ordenamento jurídico brasileiro visando à efetividade do processo. Por exemplo, a positivação do princípio da instrumentalidade das formas, acompanhado pelo princípio implícito da fungibilidade, possibilitando o aproveitamento dos atos processuais defeituosos que não causaram prejuízo às partes.

Outrossim, as condutas da partes e do juiz no processo ganharam novas diretrizes. O juiz passa a ocupar uma posição de condutor do processo, com participação ampla no contraditório, devendo ter sensibilidade ao analisar os conflitos. Já as partes, protagonistas do processo, apesar de todas as inovações legislativas, ainda arcam com ônus processuais que podem se tornar verdadeiros obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa.

Diante da morosidade do processo, a Lei n. 8.952/1994 reformou o Código de Processo Civil e incluiu a tutela antecipada visando solucionar os problemas de efetividade da tutela jurisdicional. Assim, a tutela antecipada possibilita a proteção adequada e efetiva de direitos que, se fossem aguardar todo o desenvolvimento do processo, certamente pereceriam antes do desfecho processual.

Outro ponto importante é a efetividade da decisão jurisdicional mediante a tutela jurisdicional executiva. É o momento que o plano material sentirá os efeitos daquilo que foi decidido no plano processual. Atualmente o Código de Processo Civil conta com uma sistemática da atividade jurisdicional executiva com inúmeras medidas que objetivam dar ao demandado exatamente o que é de seu direito reconhecido em decisão judicial, transitada em julgado ou não, conforme for o caso.

De fato, a atual postura dos processualistas possibilita a resolução de conflitos com decisões justas, propiciando justiça e igualdade social. Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro ainda clama por transformações para aperfeiçoar o sistema, diante dos inúmeros conflitos jurídicos que surgem na nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. 2005. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acessado em 27 de fevereiro de 2015.

_____. *Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos*. São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf. Acessado em 27 de fevereiro de 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo; influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário: volume 2, tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimentos especiais do Código de Processo Civil, Juizados Especiais comum: ordinário e sumário: volume 2, tomo II*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público: volume 2, tomo III*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva: volume 3*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos: volume 4*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma fenda na justiça: a Defensoria Pública e a construção de inovações democráticas*. São Paulo: Hucitec, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela: volume 2*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo: volume 4*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana. *Defensoria Pública*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução: volume 3*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5º, inciso XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 357-368

MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NASCIMENTO, José Moacyr Dorreto. A Defensoria Pública e a lei de assistência judiciária: releitura constitucional da gratuidade processual e outros elementos. In: RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares. *Temas aprofundados da Defensoria Pública: volume 2*. 1. ed. Jus Podivm, 2014.

NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri (Organizador). *Temas aprofundados da Defensoria Pública: volume 1*. 1. ed. Jus Podivm, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.