RENAN FREDIANI TORRES PERES

Restrições à Antecipação da Tutela

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Antonio Carlos Marcato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

RENAN FREDIANI TORRES PERES

Restrições à Antecipação da Tutela

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Associado Dr. Antonio Carlos Marcato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial desse trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

**Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

P512r Peres, Renan Frediani Torres
Restrições à antecipação da tutela / Renan
Frediani Torres Peres . -- São Paulo: USP / Faculdade de
Direito, 2015.
184 f.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Marcato
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo,
USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito
Processual Civil, 2015.

1. Tutela jurisdicional. 2. Direito processual
civil. I. Marcato, Antonio Carlos. II. Título.

CDU

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução (Kazuo Watanabe).

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao meu orientador, Professor Doutor Antonio Carlos Marcato, cuja generosidade e dedicação ao ensino me inspiram e me incentivam a continuar me dedicando aos estudos. Obrigado pela oportunidade e pela confiança desde o início.

Agradeço aos Professores Doutores José Carlos Baptista Puoli e Marcelo José Magalhães Bonicio pela participação em meu exame de qualificação, com tantas contribuições relevantes ao trabalho.

Agradeço a minha família e a Beatriz pelo amor, incentivo, ajuda, paciência e constante apoio.

Agradeço a todos os amigos do escritório Barbosa, Müssnich e Aragão, em especial ao Felipe Galea e aos demais membros da Equipe FES, que tanto auxiliaram e possibilitaram minha dedicação a esse trabalho.

RESUMO

O tema proposto para o presente estudo refere-se à análise, dentro do contexto das tutelas antecipadas, dos seus pressupostos positivos e negativos, de algumas das restrições impostas pela legislação vigente a hipóteses de concessão, bem como à viabilidade da sua aplicação na situação atual da sua interpretação pela doutrina e pela jurisprudência. Procurou-se demonstrar a aplicação dessas normas restritivas, bem como a justificativa para a sua aceitação dentro do conceito da segurança jurídica e do contexto fático em que cada um dos casos analisados está inserido. Ademais, foi desenvolvido estudo crítico sobre as hipóteses em que se admite a relativização dessas restrições, as razões que levam a tal resultado e as consequências daí advindas para o cenário jurídico brasileiro. Todos os pontos mencionados foram baseados principalmente na análise do direito das partes a uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, sempre com enfoque no direito processual constitucional, destacando-se a importância do respeito ao devido processo legal nesses casos e a importância de se garantir à parte um processo célere e de duração razoável.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Tutela jurisdicional tempestiva. Restrições. Vedação. Devido processo legal. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The theme of this study is the analysis, within the context of preliminary injunctive relief mechanisms and their positive and negative prerequisites, some of the restrictions imposed by current legislation on the cases where such relief can be granted, as well as the feasibility of their application in the current situation of their interpretation by the doctrine developed by legal scholars and the jurisprudence from the courts. An effort is made to demonstrate the application of these rules and the justification for their acceptance within the concept of legal security and the factual context of each of the cases analyzed. Additionally, there is critical analysis of the situations where these restrictions can be relativized, the reasons for that result and the consequences for the Brazilian legal scenario. All these points are based mainly on analysis of the right of parties to obtain effective and timely protection from the courts, always with focus on constitutional procedural law, highlighting the importance of respect for due legal process as well as the importance of assuring speedy administration of justice.

Keywords: Preliminary injunctive relief. Judicial protection. Restrictions. Prohibitions. Due process of law. Legal security.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: DELIMITAÇÃO DO TEMA E A SUA RELEVÂNCIA DENTRO DO CONTEXTO DAS ÚLTIMAS REFORMAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	8
1. TUTELA JURISDICIONAL E O DIREITO DA PARTE AO RESULTADO JUSTO E TEMPESTIVO.....	13
1.1.O direito à tutela jurisdicional.....	13
1.2.Direito processual constitucional.....	25
1.2.1. O devido processo legal.....	30
1.2.2. O direito à prestação tempestiva, efetiva e a um processo célere e de duração razoável.....	36
1.3.As tutelas jurisdicionais diferenciadas e as cognições sumárias no sistema processual brasileiro.....	49
2. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO E SUAS PECULIARIDADES.....	61
2.1.As tutelas de urgência no direito brasileiro.....	61
2.2.A antecipação da tutela: conceito e dispositivos legais aplicáveis.....	65
2.2.1. Pressupostos positivos ou requisitos.....	71
2.2.1.1. Requerimento da parte.....	71
2.2.1.2. Prova inequívoca e verossimilhança da alegação.....	73
2.2.1.3. Dano irreparável ou de difícil reparação.....	77
2.2.1.4. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.....	80
2.2.1.5. Incontrovérsia de um ou mais pedidos.....	82
2.3. As tutelas antecipadas no Projeto do Novo Código de Processo Civil.....	83
3. RESTRIÇÕES À ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	88

3.1. Pressuposto negativo da antecipação de tutela: a reversibilidade.....	90
3.1.1. A relativização da reversibilidade da tutela antecipada.....	95
3.1.2. A necessidade de prestação de caução.....	104
3.2. A exigência legal de haver pedido inicial para possibilitar a concessão da antecipação de tutela.....	107
3.2.1. A necessidade do requerimento da parte para o deferimento da tutela antecipada e a legitimidade para a formulação do pedido.....	107
3.2.2. A possibilidade da concessão de antecipação de tutela de ofício pelo magistrado.....	111
3.3. A revogabilidade das antecipações de tutela e as propostas de estabilização dos seus provimentos.....	117
3.3.1. A provisoriedade das tutelas sumárias.....	117
3.3.2. A revogabilidade das tutelas antecipadas.....	120
3.3.3. A estabilização da tutela antecipada, o Projeto de Lei nº 186/2005 e o Projeto do Novo Código de Processo Civil.....	123
3.4. A antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.....	132
3.4.1. Cabimento da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.....	132
3.4.2. Hipóteses legais de restrição à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.....	137
3.4.3. Restrições às liminares em mandado de segurança.....	143
3.4.4. Questões polêmicas envolvendo as medidas antecipatórias relacionadas à saúde pública.....	146
3.5. As medidas de urgência e os procedimentos arbitrais.....	152
3.5.1. A existência de compromisso arbitral, os poderes do árbitro e as situações de urgência.....	152
3.5.2. Restrição à competência dos árbitros para a análise das medidas de urgência.....	157
CONCLUSÃO.....	161
BIBLIOGRAFIA.....	163

INTRODUÇÃO: DELIMITAÇÃO DO TEMA E A SUA RELEVÂNCIA DENTRO DO CONTEXTO DAS ÚLTIMAS REFORMAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em decorrência das garantias constitucionais orientadoras do modelo do Estado Liberal, a doutrina processual consolidou os conceitos da necessidade de participação efetiva das partes no processo, a garantia do contraditório pleno e exauriente, da ampla defesa, sempre no intuito de facilitar que a prolação da decisão final do processo ocorresse baseada em um maior grau de certeza jurídica e material possível.

Todavia, a evolução do Estado Liberal para o modelo Social, no qual, aos cidadãos, além de todas as garantias em face do poder estatal, foram conferidos direitos necessários ao gozo pleno do conceito de bem estar social, tornou evidente a incapacidade do modelo processual ordinário de cognição plena e exauriente de cumprir o papel de entrega efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional de direito ao cidadão.

A relação entre o tempo e a justiça geralmente é considerada antagônica. Por um lado, é inevitável que se aguarde o decurso de certo lapso temporal para que as demandas sejam julgadas com mais segurança. Ainda que se considere um sistema ideal extremamente eficiente e de funcionamento perfeito, é necessário o respeito a certas regras e garantias processuais básicas, o que pode fazer com que o tempo acabe prejudicando o direito da parte interessada.

Em não sendo possível abrir mão da segurança para julgamentos finais, a prática processual admite a utilização de técnicas, a fim de assegurar que, durante o curso do processo, uma das partes reconquiste a posição de equilíbrio inicial por meio de tutelas diferenciadas, sempre, obviamente, observando-se o equilíbrio entre as partes e os valores da segurança e da celeridade.

Em outras palavras, observou-se que, em muitos casos, a busca plena da verdade e da declaração final do direito pelo Poder Judiciário, observando-se o

contraditório pleno entre as partes, não se mostrava adequada à prestação da tutela, pois a demora decorrente do cumprimento do procedimento integral previsto na legislação aplicável implicava na intempestividade da tutela jurisdicional que, muitas vezes, tornava-se inútil ou inócua.

Diante dessa conjuntura, as atenções dos operadores do direito se voltaram aos modelos de cognição sumária, passando-se a defender uma libertação dos modelos de prestação jurisdicional baseados em verdade quase absoluta, para uma solução mais célere, com a entrega do bem da vida de forma tempestiva, para, então, promover a pretendida paz social.

Na legislação brasileira, dentre as reformas nesse sentido, merece destaque a implementação da antecipação da tutela jurisdicional como regra geral do sistema, de caráter instrumental, provisório e baseado em verossimilhança do direito, além da existência de risco de dano à parte requerente, mas sempre condicionada à posterior etapa cognitiva completa, na qual há o juízo de certeza, possibilitando o exaurimento do objeto da lide.

A tutela antecipada, atualmente, está inserida em um contexto de valorização da sumarização da tutela civil, pois, ainda que indiretamente, esse instituto corresponde a instrumento eficaz para a rápida solução das controvérsias ou, no mínimo, para a tempestiva outorga da prestação jurisdicional ao demandante nas hipóteses abertas previstas em lei¹, contribuindo para a diminuição do número de processos que superlotam o Judiciário.

O objetivo concreto da tutela antecipada nos moldes do sistema processual atual é, assim, antecipar a produção de efeitos práticos do provimento pretendido pela parte, no intuito de minimizar os danos causados pela demora do processo, sendo que, além de provisória, ela implica na satisfação do interesse material.²

Contudo, na prática atual, o modelo processual positivado da antecipação de tutela não vem atendendo integralmente ao escopo constitucional do processo justo, tempestivo e efetivo.

¹ LUCON, P. H. dos S. *Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito*. Disponível em <<http://novo.direitoprocessual.org.br/>>. Acesso em 1.5.2013.

² BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 279 e 280.

Tal questão decorre da existência de algumas normas atualmente previstas no Código de Processo Civil brasileiro, que preveem restrições ao direito da parte aos pleitos antecipatórios, em alguns casos específicos.

É exatamente esse o principal ponto objeto do estudo que se pretende realizar: dentro do contexto das tutelas antecipadas, dos seus pressupostos positivos e negativos, pretendemos analisar algumas das restrições impostas pela legislação vigente a algumas hipóteses de concessão, bem como a viabilidade da sua aplicação na situação atual da sua interpretação pela doutrina e pela jurisprudência.

Muito se discute sobre essas normas restritivas e sua aplicação atual, inclusive, em alguns casos, sobre a sua constitucionalidade. De todo modo, no geral, respeitando-se o direito da parte ao pleito principal (garantido constitucionalmente) e à antecipação de tutela (sem proibi-la de forma ampla e irrestrita), entende-se que são válidas as referidas restrições legais.

Contudo, mesmo assim, os operadores do direito vêm mitigando em muitos casos a sua aplicação, relativizando a aplicação das leis restritivas existentes e liberando a antecipação da tutela em casos aparentemente nos quais ela era proibida, em prol dos valores já mencionados e, principalmente, da busca final pela justiça.

Assim, o presente estudo deverá se iniciar, em seu primeiro capítulo, com a análise das tutelas jurisdicionais em si, com enfoque no direito processual constitucional, dentro do qual se destacará a criação do conceito do devido processo legal e a sua aplicação à questão em análise, bem como a importância da tempestividade e da efetividade da prestação, com o objetivo de garantir à parte um processo célere e de duração razoável.

Desse modo, o estudo chegará ao tema das tutelas jurisdicionais diferenciadas, dentro do qual serão analisadas algumas cognições sumárias no sistema processual brasileiro e o início da sua aceitação em sistema legislativo brasileiro.

A partir do capítulo 2 dessa dissertação é que se desenvolverá precisamente o tema do presente estudo: as tutelas de urgência previstas na legislação processual

atual, abordando principalmente a tutela antecipada (tema central), suas características e os requisitos para a sua concessão, inclusive a proposta de alteração prevista no Projeto do Novo Código de Processo Civil – sendo que todas as informações sobre esse projeto de lei constantes desse trabalho foram obtidas no texto completo consultado no Parecer da Comissão Temporária do Código de Processo Civil sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil, cujo relator é atualmente o Senador Vital do Rêgo.

O terceiro e último capítulo será especificamente desenvolvido no intuito de conceituar e tratar sobre questões polêmicas relacionadas a cinco principais restrições à antecipação da tutela: (i) o seu pressuposto negativo da reversibilidade, em que se abordará a sua constante relativização pela doutrina e pela jurisprudência, além da questão da necessidade de prestação de caução; (ii) a exigência legal de haver pedido inicial para possibilitar a concessão da antecipação de tutela, no qual será desenvolvido o ponto da legitimidade para a formulação de pedido dessa natureza e a possibilidade de concessão de medida de ofício pelo magistrado; (iii) a revogabilidade das antecipações de tutela, na qual será analisado também o instituto da estabilização da tutela antecipada, ainda não incorporado ao direito brasileiro, apesar de existirem propostas nesse sentido; (iv) as leis restritivas da concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, inclusive no caso de mandado de segurança, em que se desenvolverá a análise contrária sobre a necessidade de criação de restrições às medidas antecipatórias relacionadas à saúde pública e (v) a concessão de medidas de urgência em procedimentos arbitrais.

Diante da inexistência de entendimento pacífico – seja em sentido favorável ou contrário – sobre todas as restrições legais, o que prejudica a segurança jurídica das partes interessadas, diversas dificuldades são enfrentadas por aqueles que necessitam da prestação do Poder Judiciário brasileiro, ainda que na tentativa de proteger um direito iminentemente ameaçado. De fato, além da efetividade, da tempestividade e da justiça, deve-se assegurar às partes a segurança jurídica, que

consiste também no respeito às previsões aos dispositivos legais, no intuito de que as partes possam ter ciência do que esperar do procedimento processual.

Como reflexo direto da importância do tema e da preocupação técnica que ele enseja, ressalta-se o já mencionado Projeto do Novo Código de Processo Civil, que demonstra uma nítida opção político-social dos legisladores atuais entre valores, de modo a privilegiar a celeridade do processo e a busca de uma tutela jurisdicional justa e tempestiva.

Para os idealizadores desse projeto, tais mudanças sociais exigiram um grau mais intenso de funcionalidade e eficiência, o que ensejaria a necessidade de um novo Código de Processo Civil. Dentro da perspectiva de tornar as leis processuais menos complexas e mais ágeis, o projeto também tem por objetivo a solução de problemas e a redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código.

No contexto do proposto neste projeto, conforme será desenvolvido em maiores detalhes na sequência, diversas alterações estruturais foram propostas às tutelas de urgência, no geral, no intuito de privilegiar a entrega do bem da vida e evitar a demora injustificada.

Enfim, essa proposta de lei mencionada, além desse confronto de garantias e princípios constitucionais, justifica a necessidade do contínuo estudo do tema proposto, que passará a ser desenvolvido a partir desse momento.

1. TUTELA JURISDICIONAL E O DIREITO DA PARTE AO RESULTADO JUSTO E TEMPESTIVO

1.1.O direito à tutela jurisdicional

No cotidiano os indivíduos se envolvem em conflitos uns com os outros, relativamente a bens materiais ou situações desejadas, ou indesejadas, nem sempre chegando a uma solução negociada, o que é inerente a uma sociedade com interesses diversos, mas com recursos limitados.

Em alguns casos, são pretensões que encontram resistência na pessoa que poderia satisfazê-las e não o faz; em outros, a própria ordem jurídica exclui que sejam satisfeitas por ato do sujeito envolvido.

Em qualquer hipótese, se não houver a resignação do sujeito quanto ao bem da vida que constitui objeto da pretensão, o caminho permitido para tentar a satisfação é o processo, sendo indiferente a quem está com a razão.³

Vale ressaltar a existência de meios alternativos para solução de controvérsia, como a arbitragem, a conciliação e a mediação, que têm conquistado grande espaço no meio jurídico atualmente, e que estão sendo estudadas pela comunidade acadêmica. Porém, como o objeto do presente se refere a questões relacionadas aos processos judiciais, tais meios não serão apresentados em maiores detalhes.

É, portanto, por meio do processo que a lei permite ao autor buscar perante o Estado a tutela de seu direito invocado, solucionando-se o conflito inicial pelo exercício da jurisdição.

Em todos os povos – e mais notadamente no Estado de Direito –, é natural que o exercício da jurisdição se submeta a um complexo conjunto de regras jurídicas, destinadas, ao mesmo tempo, a assegurar a efetividade dos resultados, que é a tutela jurisdicional, e a permitir a participação dos interessados pelos meios mais racionais de definição e delimitação da atuação dos juízes.

³ DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1v. p. 53-54.

Realmente, falar em direito é falar em alternativas de suporte à possibilidade da sua realização, distribuídas pelo sistema, dentre as quais se sobressai o compromisso constitucional do Estado de prestar a tutela judiciária ou jurisdicional quando houver ameaça ou lesão a quaisquer direitos.

Para alcançá-la, faz-se indispensável o exercício ao direito de ação ou jurisdição, incrustados na diretriz constitucional em referência, cujas alargadas dimensões ensejam, na visão contemporânea, o direito a uma tutela adequada à pretensão encaminhada ao Judiciário, com seus relevantes consectários.⁴

O sentido lexical da palavra tutela é o de proteção, definido em dicionário como “proteção exercida em relação a alguém ou a algo mais frágil”.⁵

Assim, ao se analisar o contexto judicial do termo em questão, a ideia de “tutela” invoca genericamente a noção de proteção oferecida a algum interesse eventualmente lesado, prestada pelo Estado, por meio da edição de normas jurídicas – constitucionais e infraconstitucionais – que estabeleçam direitos e deveres jurídicos e a consequência da sua violação, predispondo meios capazes de impedir ou reparar a ameaça e a lesão a tais direitos.⁶

Para Dinamarco, a tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição, ou a outorga do provimento jurisdicional como contraposto ao direito de ação da parte. É, sim, o efetivo resultado justo, extremamente ligado ao conceito de processo civil atual e, portanto, à busca de resultados, apoiando-se, nesse sentido, no conceito de Liebman de que o direito à tutela jurisdicional somente pertence a quem tem razão, jamais a quem “ostenta um direito inexistente”.⁷

É possível, assim, definir a tutela jurisdicional como resultado da atividade em jurisdição que visa à proteção do patrimônio jurídico, seja ele meramente material, meramente processual, situações mistas, ou, ainda, a própria declaração da inexistência do direito, no caso do réu de uma ação.⁸

⁴ COMOGLIO, L. P. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 12-13.

⁵ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁶ DI MAJO, A. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1985. p. 4-7.

⁷ DINAMARCO, C. R. Tutela jurisdicional. In: _____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 798.

⁸ OLIVEIRA, C. A. A. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 108.

Como visto, o conceito de tutela jurisdicional é extremamente relacionado à relativização do binômio direito-processo que, por sua vez, decorre em grande parte do princípio da instrumentalidade do processo.

Para Bedaque, um dos aspectos fundamentais para a eliminação do litígio está na maior aproximação entre direito material e processo, posto que as relações entre um e outro são intensas, e o perfeito conhecimento processual depende da correta identificação desse nexos.

De acordo com tal processualista, a natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial, o que significa que a eficácia do sistema processual será medida por sua utilidade para o ordenamento jurídico material e a pacificação social.

Pretende-se, assim, menos tecnicismo e mais justiça, pois, para o referido autor, não interessa uma ciência processual conceitualmente perfeita que não consiga atingir os resultados necessários.⁹

Com relação à diferença entre as espécies de tutela, importa dizer que ela decorre das circunstâncias inerentes à situação específica submetida à proteção jurisdicional.

Na grande maioria das vezes, é o próprio direito material que determina a espécie de tutela. Será ela declaratória, condenatória ou constitutiva, por exemplo, em função da relação jurídica substancial e da pretensão exposta pelo autor da ação.

A crise de incerteza ou de inadimplemento conduz às tutelas declaratórias e condenatórias. Já o direito à modificação jurídica, autoriza a tutela constitutiva.

Tanto a tutela declaratória quanto a constitutiva implicam o reconhecimento de um direito. Nesse caso, distinguem-se em função da própria natureza do direito afirmado: será declaratória se o provimento pretendido visar à eliminar dúvida objetiva acerca da existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica;

⁹ BEDAQUE, J. R. dos S. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19.

já a constitutiva, se o acerto acarretar a alteração de um estado jurídico preexistente, sendo o seu objeto um direito à modificação jurídica.¹⁰

Essas referências atestam, por si mesmas, a conexão entre direito material e tutela jurisdicional, sendo oportuno acrescentar o caso da denominada tutela diferenciada, cujo recorte se dá à luz do direito material que esteja a merecer amparo, dado absolutamente inegável nos domínios da doutrina.

Atualmente, disserta-se muito sobre tutela jurisdicional diferenciada como fator decisivo para a efetividade do processo. Trata-se, na verdade, de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo buscado. Como o escopo varia em cada situação que se inicia perante o órgão jurisdicional, não se justifica manter inalterável o tipo de tutela.¹¹

Seja como for, a tutela jurisdicional como produto do exercício da jurisdição e como resposta ao direito constitucional se afigura envolvida por alguns caracteres ineludíveis, até mesmo decorrentes das estruturas do justo processo, sem o que padeceria ilegitimidade.

No direito italiano, por exemplo, o Código Civil contém um livro inteiro dedicado ao tema, denominado “Della tutela dei diritti” (Libro Sesto), dentro do qual se encontra o título “Della tutela giurisdizionale dei diritti” (Titolo IV).

Para a doutrina italiana, o significado da expressão tutela jurídica de direitos é semelhante ao adotado no Brasil, representando a garantia constitucional de tutela de todos os direitos subjetivos perante o Poder Judiciário, de forma que o legislador não possa subtrair das pessoas esse seu direito.

Além disso, também se fala em direito processual substancial para indicar as diversas espécies de tutela jurisdicional estabelecidas no ordenamento material que, embora tenham natureza processual, adquirem posição intermediária entre as normas substanciais que preveem direitos subjetivos e as que disciplinam o modo de atuação da tutela.¹²

¹⁰ BEDAQUE, J. R. dos S. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 31.

¹¹ OLIVEIRA, C. A. A. de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62.

¹² BEDAQUE, J. R. dos S. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

Tomado apenas como exemplo e sem a pretensão de realizar aprofundado exame do que se verifica, a esse propósito, no direito italiano, fato é que a dicção legislativa adotada naquele Código Civil estrangeiro revela um posicionamento, em perspectiva, que identifica na tutela jurídica - jurisdicional ou não - fonte de proteção essencialmente votada ao direito subjetivo.

A despeito da crítica da doutrina italiana ao fato de as regras citadas anteriormente estarem previstas no Código Civil – pois, como já mencionado, afora algumas questões específicas, elas possuem conteúdo nitidamente processual –, o dado relevante para a análise aqui desenvolvida é a concepção intuitiva tanto do legislador, como até mesmo da doutrina, de pensar na proteção decorrente da atividade jurisdicional como algo voltado ao direito subjetivo e não diretamente ao seu titular.

É natural que o centro das atenções, no direito processual, tenha se voltado à concretização da eficácia do processo; afinal, se ele é instrumento colocado à disposição da realização do direito material, é imprescindível que cumpra sua função. Isso explica o porquê de, nos últimos tempos, ter crescido a atenção para o proveito real da atividade jurisdicional e permite compreender a necessidade de estudo da tutela jurisdicional, em especial quanto ao seu sentido integral e fundamento normativo.

Importa destacar que há outros meios alternativos de solução de conflitos, se as pessoas neles envolvidas estiverem dispostas a buscar tais mecanismos, com exceção da autotutela, proibida pelo Estado moderno, salvo em situações excepcionais, exigindo a adoção das vias legais existentes para a solução de todos os conflitos.

O melhor exemplo está na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que encontra cada vez mais espaço de aplicação, especialmente em virtude dos diversos problemas relacionados à efetividade dos provimentos enfrentados pelo Poder Judiciário.

Além disso, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados pela Lei nº 9.099/1995, funcionam como importantes válvulas de escape para diminuição da litigiosidade na sociedade brasileira, permitindo o acesso aos serviços judiciários de

peessoas que normalmente não o utilizariam, tendo em vista o alto custo de suas atividades, a complexidade de seus procedimentos e a demora de seus resultados.

A questão do acesso à justiça é, nos moldes propostos pelos estudos pioneiros de Cappelletti e Garth, um assunto extremamente conflituoso e difícil de ser equacionado, por envolver vários fatores de ordens diversas, tais como o econômico e o cultural.¹³

Não é possível, nem desejável, no presente trabalho, mencionar todos os aspectos que envolvem tal tema. Contudo, há que se ressaltar que, no Brasil, assim como em tantos outros países do mundo, há vários obstáculos que impedem o acesso das pessoas à justiça, tais como a pobreza e a falta de cultura e informações, além da inexistência de programas e posturas oficiais a esse respeito.

Desse modo, de que adiantaria a garantia da inafastabilidade, se grande parte da população não consegue sequer acessar a justiça para fazer valer seus direitos?

O paradoxo existente no sistema brasileiro chega até mesmo a permitir a existência de “poderes paralelos” aos do Estado, impostos pela força e pelo medo, nas classes menos favorecidas da população, muitas vezes por organizações criminosas, amparadas principalmente pela exclusão social e pelo descaso dos órgãos oficiais encarregados de cuidar desse tipo de problema.

A melhor resposta a tal questionamento está no alargamento do enfoque normalmente dado à inafastabilidade do acesso à justiça, para que se possa vislumbrar também, nessa garantia, o dever estatal de permitir que todos tenham consciência de seus direitos.

Fixada a ideia de que o controle jurisdicional é inafastável, chega-se à conclusão de que a inafastabilidade é uma garantia permanente no sistema brasileiro, ao menos para boa parcela da população, absolutamente inócua.

O fundamento da tutela jurisdicional no direito brasileiro está no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹³ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antono Fabris, 2002.

A Constituição não exige que essa lesão ou ameaça seja proveniente do Poder Público, o que permite concluir que estão abrangidas tanto as decorrentes de ação ou omissão de organizações públicas, como aquelas originadas de conflitos privados.

Ressalve-se que não se afirma a proteção judicial efetiva apenas em face de lesão existente, mas também da sua potencialidade ou ameaça a direito. Assim, tal proteção abrange também as medidas cautelares ou antecipatórias destinadas à proteção a direito.

Identificar no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o direito constitucional de ação ou a garantia da inafastabilidade da jurisdição significaria apenas, em outras palavras, extrair do referido preceito a possibilidade de deduzir pretensões em juízo, variando a concepção, em certa medida, de acordo com a teoria adotada a respeito do próprio conceito do direito de ação.

Nesse caso, tal direito poderia ser considerado de forma abstrata (direito ao provimento jurisdicional), concreta (direito à sentença favorável) e mista ou eclética (direito à sentença de mérito, favorável ou não).

É evidente que o processo existe para a realização do direito material, e todas as suas garantias se sintetizam no acesso à justiça, não se resumindo apenas à possibilidade de perseguir um direito em juízo, ou à admissibilidade do pleito pelos órgãos judiciários. Envolve também a obrigação de que seja apreciado e decidido segundo o devido processo legal; daí o direito à jurisdição, agasalhado no artigo 5º, XXXV, ser inseparável da garantia do inciso LIV do mesmo dispositivo.¹⁴

¹⁴ CUNHA, S. S. *Fundamentos do direito constitucional*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v. p. 186-187.

As declarações internacionais acentuam o direito à jurisdição e a sua efetividade: (i) “Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres, ou do fundamental de qualquer ação criminal contra ele” (Declaração Internacional dos Direitos do Homem, art. X); (ii) “Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédios efetivos para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (id., art. VIII); (iii) “Toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil” (Pacto Internacional Sobre Direitos Civil e Políticos, art. 14); (iv) “Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação

O processo, como se entende pacificamente, em que pese sua autonomia sistemática e normativa, é um instrumento à disposição da realização do direito material, somente se justificando como tal.

Para tanto, deve-se pugnar para o alcance de sua real efetividade; daí a necessidade de se buscar para além do plano meramente formal uma concepção da garantia constitucional da ação e da tutela jurisdicional que dela decorrerá.

Assim, é adequado enxergar no mencionado artigo da Constituição Federal, sob diversas perspectivas, que ele assegura: (i) o direito constitucional de ação - independentemente da teoria adotada para sua conceituação -, por permitir o acesso ao Poder Judiciário pela demanda, formalmente deduzida (petição inicial), que será apreciada pelo Estado-juiz; (ii) o resultado formal do acesso à Justiça, ou seja, o pronunciamento a respeito do litígio deduzido em juízo, sua composição; e (iii) o resultado prático do processo, ou seja, a efetiva preservação do direito material e do bem da vida pretendido pelo litigante vencedor (plano concreto ou substancial).

Embora todas as perspectivas acima indicadas sejam indispensáveis, nos parece que a mais importante é a que se encontra no plano concreto ou substancial, pois ali se localiza o problema da efetividade da tutela jurisdicional e do processo.

A afirmação de que o direito à tutela jurisdicional é devido a quem tem razão leva a pensar no direito material objeto da lide como consequência daquilo que, conforme a cognição judicial, tenha sido demonstrado no processo, o que pode ter ocorrido de maneira limitada, seja em sua profundidade ou extensão.¹⁵

A tutela antecipada é exemplo claro de que a tutela jurisdicional pode ser prestada com base em um grau de cognição limitado, podendo inclusive ocorrer que aquele por ela beneficiado não obtenha um provimento final favorável, demonstrando o caráter provisório ínsito a esse tipo de provimento.

penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, fiscal, trabalhista ou de qualquer outra natureza" (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, art. 8º, §1º); e (v) "Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido, ou a qualquer outro recurso efetivo, perante juízes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais" (id., art. 25, §1º).

¹⁵ KAZUO W. *Da cognição no processo civil*. 3 ed. São Paulo: DPJ, 2005.

Enfim, quem vai ao Poder Judiciário deseja a sentença favorável, mas deseja também, mais que isso, o resultado concreto do processo (como, por exemplo, a constituição ou desconstituição da relação jurídica, o pagamento da indenização devida, a entrega do bem, o cumprimento da obrigação de fazer, ou de não fazer etc.).

Numa visão bem simples, mas realista, vale lembrar que, na prática do dia a dia do foro, quem se vale do processo não quer simplesmente a sentença, mas sim a entrega, de fato, do que o demandado lhe deve. Falar em resultado prático do processo nada mais é que pensar no seu enfoque, de ordem metodológica, como “o resultado do ato processual sobre a vida das pessoas e suas relações com os bens ou com outras pessoas em sociedade”.¹⁶

Se o processo tem aptidão para permitir a prolação de uma sentença favorável, mas se o resultado da mesma não se concretiza no plano material, a tutela jurisdicional foi prestada de forma incompleta. Isso não significa desconsiderar o seu aspecto jurídico. A proteção outorgada pelo Estado-juiz é também, antes de tudo, proteção ao patrimônio jurídico daquele que se sagra vencedor em juízo. Mas, no conceito de tutela jurisdicional, os dois planos devem estar presentes: o jurídico e o material.

Para que seja possível determinar o significado de um direito fundamental à tutela jurisdicional é necessário, como uma etapa preliminar, delimitar o significado da expressão “tutela jurisdicional”, estabelecendo seu fundamento e de que modo e a quem ela é proporcionada.

Direito à tutela jurisdicional e efetividade do processo são ideias que se implicam mutuamente e por vezes se confundem, numa exacerbação do conceito de tutela jurisdicional que, vista como corolário da efetividade do processo, passa a englobar em si todos os pressupostos da concretização de um verdadeiro acesso à justiça.

Segundo Barbosa Moreira, a problemática essencial da efetividade do processo poderia ser resumida em cinco pontos a cujo respeito haveria um mínimo

¹⁶ DINAMARCO, C. R. Tutela Jurisdicional. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 2 t. p. 813.

de consenso: (i) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; (ii) esses instrumentos devem ser utilizáveis, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos; (iii) condições propícias devem ser asseguradas para a exata e completa restituição dos fatos relevantes; (iv) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus; e (v) tal resultado deve ser atingido com o mínimo dispêndio de tempo e energia.¹⁷

Dessa maneira, “processo efetivo” seria aquele que, observando o equilíbrio entre os princípios da “segurança” e da “celeridade”, fosse capaz de proporcionar às partes o resultado determinado pelo direito material.¹⁸

Não é objetivo desse trabalho tratar da efetividade do processo de maneira geral e, por consequência, de todos os pontos que a comporiam, mas tão somente do direito fundamental à tutela jurisdicional, ou seja, do direito a que o resultado do processo assegure à parte vitoriosa o bem da vida a que faz jus, segundo o ordenamento.

A efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos tem sido estudada por meio de duas perspectivas diferentes: (i) a de direito material (estudo do direito subjetivo, pretensão de direito material, ação de direito material) e (ii) a de direito processual (estudos dos institutos e técnicas processuais para melhor tutelar os direitos por meio do processo), sendo a pesquisa dos aspectos constitucionais do processo civil o ponto de confluência dessas duas correntes.

A concretização da pretensão de direito material se dá por meio do processo, que constitui exigência da promessa estatal de tutela jurídica, originando a pretensão processual com o pedido veiculado pela propositura da ação. Segundo Kazuo Watanabe, Pontes de Miranda foi o precursor dessa colocação no Brasil, adotada em linhas gerais por Celso Neves e Ovídio Baptista da Silva.¹⁹

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, J. C. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-28.

¹⁸ BEDAQUE J. R. S. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49.

¹⁹ WATANABE, K. *Da cognição no processo civil*. 3 ed. São Paulo: DPJ, 2005. p. 23-25.

Nesses estudos constitucionais, o problema do acesso à justiça tem merecido consideração particular, tendo como ponto de partida o estudo do já mencionado inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Nesse caso, o sentido é o de assegurar “uma tutela qualificada contra qualquer forma de negação de justiça”, abrangente tanto das situações processuais como substanciais, raciocínio válido tanto no plano material, para se entender existente um direito a ser tutelado, como no processual, para se concluir pela presença de instrumentos processuais adequados à proteção efetiva do direito.²⁰

Como esse trabalho se enquadra na vertente de estudo da tutela constitucional do processo, que será mais adiante pormenorizadamente analisada, a perspectiva de direito material se mostra particularmente útil para a compreensão do significado de um direito à tutela jurisdicional.

Nesse sentido, conceitos de “pretensão material” e “ação de direito material” se constituem em instrumentos para a clareza analítica na conceituação desse direito, conforme o enfoque metodológico atual do estudo do direito processual civil, caracterizado pela relativização do binômio direito-processo²¹.

É lugar comum na doutrina processual civil atual a afirmação de que o direito de ação garante a tutela jurisdicional efetiva. No entanto, tal assertiva deve ser entendida como o resultado de toda a evolução ideológica por que passou a dogmática processual civil desde sua origem até seu atual momento metodológico.

Em acréscimo, a fundamentação constitucional do direito à jurisdição ou direito à ação, tão corrente entre processualistas brasileiros, não se apresenta como exclusividade da doutrina nacional, mas também se coloca em outros sistemas jurídicos.²²

²⁰ WATANABE, K. *op. cit.*, p. 21-31.

²¹ “Um passo adiante à fase instrumentalista, representando seu momento culminante ao demonstrar que o nexo de instrumentalidade é mais intenso do que se supunha, com resgate da real função do direito processual” (BEDAQUE, J. R. S. *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 9-26).

²² PISANI, A. P. *Lezione di diritto processuale civile*. 5 ed. Jovene, 2006. p. 32-33; RICCI, G. F. *Principi di diritto processuale generale*. 3 ed. Torino: Giapichelli, 2001. p. 97; TARZIA, G. *Lineamenti del processo civile de cognizione*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 7; SOUSA, M. T. de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Lex, 1999. p. 33-34.

Segundo consolidado pela doutrina brasileira, o direito de ação é um direito público, subjetivo e exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode se recusar a prestar tutela jurisdicional. Porém, o Estado juiz não está obrigado a decidir em favor do autor, devendo aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever do magistrado de fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso, que sua omissão configura caso de responsabilidade judicial.

Assim, podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação.²³

Conclui-se, nesses passos, que o direito fundamental à jurisdição se encontra recortado segundo as diretrizes do movimento do acesso à justiça, expandindo-se, destarte, para dimensões um pouco além daquelas aparentes, resultando no seu enlace com a assistência jurídica e judiciária sem sentido amplo, na condição de garantias imprescindíveis a sua própria vitalidade e eficácia.

Deve-se ter presente, à vista do exposto, que a ordem jurídica, notadamente em função das diretrizes constitucionais, filia-se a uma concepção de acesso à justiça em sentido bem amplo, fator suficiente para exigir a derrubada de barreiras não somente econômicas, mas, sobretudo, culturais, com o fito de se assegurar o ideal, ou seja, o acesso a uma ordem jurídica justa.

Desse ponto de vista, o que se aclama como parte integrante do direito à jurisdição é a própria efetividade do processo, no sentido da entrega de tudo quanto o direito em disputa envolva em prol daquele reconhecido como seu titular.

Contudo, vale ressaltar que muitas vezes o processo acaba por não cumprir a sua função. Para Bedaque, por exemplo, em alguns casos as questões de natureza exclusivamente processual acabam tomando proporções desnecessárias e ofuscam as matérias de mérito, que sequer chegam a ser examinadas. O referido doutrinador ainda conclui, em síntese, com o questionamento sobre a valorização do tecnicismo em detrimento da efetiva justiça.

²³ NERY JR., N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 136.

Realmente, as últimas alterações legislativas do Código de Processo Civil brasileiro e o advento do projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil trouxeram diversas alterações e sugestões de alteração procedimentais nesse sentido. Tal constatação é extremamente relevante para o presente estudo, em que se pretende evoluir na análise das restrições às tutelas antecipadas, que, apesar de, em muitos casos, representarem forma de segurança jurídica às partes, não podem servir de impasse para a concretização da justiça nos casos concretos.

1.2. Direito processual constitucional

O direito à prestação da tutela jurisdicional – antecipada ou não –, que é a principal base do objeto do presente estudo, insere-se em uma abordagem metodológica do processo civil dedicada a compreendê-lo a partir dos preceitos determinados pela Constituição.

Tal enfoque parte do pressuposto de que o direito processual é o conjunto de princípios e regras destinados à regulamentação do meio estatal de solução de controvérsias que, como ramo do direito público voltado para a disciplina de uma função do Estado, exige o direito constitucional como ponto de partida para sua adequada compreensão.

Nesse sentido, é possível definir o direito processual constitucional como o método consistente no exame do sistema processual e dos institutos do processo a partir da Constituição e das relações mantidas com ela.²⁴

Não se trata de ramo autônomo do direito processual, mas de enfoque metodológico e sistemático a partir do qual o processo é examinado em suas relações com a Constituição Federal, não como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas como instrumento público de realização da justiça.²⁵

²⁴ DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1v. p.188-190.

²⁵ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 78-81.

Segundo esse enfoque, influências recíprocas entre Constituição e processo se expressam – em sentidos inversos – na “tutela constitucional do processo”, feita pelos princípios e regras constitucionais e na “jurisdição constitucional”, composta pelos mecanismos processuais diretos e indiretos voltados a garantir a efetividade das normas constitucionais.

Para Dinamarco, o direito processual constitucional é um método de exame do processo de acordo com as garantias e os princípios constitucionais, incluindo a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades.²⁶

Desde sempre processualistas com mente aberta vêm sinalizando essa intensa aproximação entre a Constituição e o processo, apontando, ademais, o papel influente que esse último deveria ocupar na realização das diretivas e direitos por aquela assegurados.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover ensina que, atualmente, a tendência processual é inegavelmente constitucionalista, sendo que o direito público não representa apenas a fonte do Poder Público contra o indivíduo, mas também configura a sua defesa relativamente à autoridade.

Acentua-se a ligação entre Constituição e processo civil no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: esse é o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade.²⁷

O direito fundamental à tutela jurisdicional (seja em caráter antecipatório ou definitivo), sendo uma norma estipulada pela Constituição, deve ser compreendido como parte integrante da “tutela constitucional do processo”, definida como o estudo dos princípios e regras constitucionais que o regem.²⁸

Tal perspectiva metodológica pressupõe a interpretação e a aplicação da legislação pelas normas constitucionais que, estipulando limites formais e materiais

²⁶ DINAMARCO, C. R. *op. cit.* p. 190.

²⁷ GRINOVER, A. P. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 13.

²⁸ DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1v. p. 193-200.

para a atividade legislativa, exigem do jurista uma tarefa não mais compreendida como revelação das palavras da lei, mas sim como uma construção de significados, baseada nos direitos fundamentais, cabendo a ele, diante da inadequação entre uma norma e a Constituição, demonstrar a sua inconstitucionalidade.

É esse o significado da afirmação de que o direito processual civil e todos os seus institutos devem ser compreendidos de maneira a realizar os direitos fundamentais tais como assegurados no plano constitucional, verificando-se, a partir do “modelo constitucional do direito processual civil”, a constitucionalidade dos dispositivos que regem o processo.

A tutela constitucional do processo é representada pelos princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a sua existência. Trata-se de imperativos cuja observância é essencial à ordem político-constitucional do país.

Em sentido inverso ao da tutela constitucional do processo se apresenta o sistema processual como fator de efetividade das normas ditadas no plano constitucional, que ele promove de modo direto e de modo indireto.

A tutela da Constituição Federal pelo processo, como a chama Dinamarco, acaba produzindo, em alguns casos, verdadeiras mudanças informais, o que se dá quando os julgados dos tribunais se encaminham no sentido de alterar substancialmente o significado antes atribuído a alguma norma ou garantia.

Essas mudanças são legítimas porque, sendo o juiz um intérprete da ordem jurídica como um todo, cumpre-lhe decidir com atenção à lei posta e, também, aos princípios gerais do direito.

Como consequência, o continuado exercício da jurisdição faz com que, em algumas matérias, os textos legais e mesmo os constitucionais recebam interpretação à luz de valores vigentes no presente, não aceitos ou, ainda, dimensionados ou interpretados de modo diferente no momento de sua edição.

Dá-se a influência direta do processo sobre a vida da Constituição Federal sempre que a própria norma constitucional é examinada e concretamente efetivada mediante a atividade do juiz.

Isso acontece no julgamento de causas que incluam discussão sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre uma norma de direito infraconstitucional e outra, situada em nível constitucional (controle difuso de constitucionalidade) ou, ainda, quando, perante o Supremo Tribunal Federal é proposta a ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade).

Em ambas as hipóteses, o reconhecimento da incompatibilidade importa afastamento da eficácia da norma infraconstitucional, para preservação do princípio da supremacia da Constituição Federal.²⁹

No que diz respeito à tutela constitucional do processo, é fato que o sistema processual é tutelado por uma série de preceitos constitucionais, ditados como padrões a serem atendidos pelo legislador, ao estabelecer normas ordinárias sobre o processo e pelo intérprete - notadamente o juiz -, encarregado de captar o significado de tais normas, interpretando os textos legais.

Essa tutela reside nos chamados princípios e garantias constitucionais, de índole acentuadamente política, e que correspondem a importantíssimas opções do moderno Estado de direito. Em última análise, a tutela constitucional do processo consiste na projeção da índole e das características do próprio Estado sobre o sistema processual.

Falar em acesso à ordem jurídica justa, ou na garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional, por exemplo, é invocar os próprios fins do Estado moderno, que se preocupa com o bem comum.

Valorizar o princípio do contraditório, por sua vez, equivale a trazer para o processo um dos componentes do próprio regime democrático, que é a participação dos indivíduos como elemento de legitimação do exercício do poder e imposição das decisões tomadas por quem o exerce.

Nesse sentido, cuidar da garantia do devido processo legal no processo civil significa traduzir em termos processuais os princípios da legalidade e da supremacia da Constituição, também inerentes à democracia moderna.

²⁹ DINAMARCO, C.R. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1v. p. 193-196.

Da mesma forma, garantir a imparcialidade nos julgamentos mediante o estabelecimento do juiz natural equivale a assegurar a impessoalidade no exercício do poder estatal pelos juízes, agentes públicos que não devem atuar segundo seus próprios interesses, mas para a obtenção dos fins do próprio Estado.

Mas a tutela constitucional do processo não seria efetiva se as grandes linhas-mestras desenhadas pela Constituição (princípios) não ganhassem eficácia imperativa mediante as correspondentes garantias.

Vale ressaltar que o objetivo deste estudo não é diferenciar princípios de garantias. De todo modo, apenas para esclarecimento, menciona-se a explicação apresentada por Dinamarco, de que as garantias constitucionais correspondem a preceitos dotados de sanção, isto é, sua inobservância afetará de algum modo a validade ou eficácia do ato transgressor, que não pode prevalecer sobre os dispositivos constitucionais.

Por isso é que geralmente esses dispositivos reveladores dos grandes princípios são encarados como garantias, a ponto de ser comum o uso indiferente dos vocábulos “princípio” e “garantia” para designar a mesma ideia.³⁰

A Constituição impõe expressamente algumas garantias e princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie - civil, penal, trabalhista, jurisdicional ou não -, a saber: o devido processo legal, a inafastabilidade do controle jurisdicional, a igualdade, a liberdade, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural e a publicidade.

Contém, ainda, as linhas das quais se infere o duplo grau de jurisdição, ao estruturar basicamente o Poder Judiciário e indicar a competência recursal dos tribunais, embora não lhe dê contornos de autêntica garantia.

Além disso, formula a exigência de motivação das decisões judiciais, que não se qualifica como princípio porque lhe falta o caráter de ideia-mestra, ou ponto de partida: trata-se de exigência técnica das mais importantes e de grande responsabilidade, pelo perfil político-democrático do processo, sendo uma projeção especificada do *due process of law*.

³⁰ DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1v. p. 198-200.

A Constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como garantia-síntese, e que é o acesso à justiça. Assim, mediante esse conjunto de disposições, ela quer afeiçoar o processo a ela própria, de modo que ele reflita, em menor grau, o que em escala maior está na base do próprio Estado de direito.

A Constituição quer um processo pluralista, de acesso universal, participativo, isonômico, liberal, transparente, conduzido com impessoalidade por agentes previamente definidos, com observância das regras etc., porque assim ela exige que o próprio Estado seja e assim é o modelo político da democracia.

A efetividade dessas disposições constitui garantia da (relativa) universalização da tutela jurisdicional, com a desejada redução dos resíduos não jurisdicionáveis, bem como do aprimoramento processual e de seus resultados, segundo os parâmetros do processo justo e equo.

Muitos desses princípios, garantias e exigências convergem a um núcleo central e comum, que é o devido processo legal, porque observar os padrões previamente estabelecidos na Constituição e na lei é oferecer o contraditório, a publicidade, possibilidade de defesa ampla etc.

São perceptíveis e inegáveis as superposições entre os princípios e as garantias constitucionais do processo, sendo impossível delimitar áreas de aplicação exclusiva de cada um deles, até mesmo em razão dessa convergência e, também, porque nenhum deles se conceitua por padrões rigorosamente lógicos, mas sim políticos.³¹

1.2.1. Devido processo legal

O direito à tutela jurisdicional se exercita por meio de instrumento próprio: o processo. A pretensão nascida da ameaça ou violação a direito subjetivo decorrente das diretrizes normativas do sistema é levada ao Judiciário por meio do processo,

³¹ DINAMARCO, C.R. *Instituições do processo civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1v. p.202-203.

arena onde se estabelece o confronto entre os sujeitos processuais, mediado por regras e princípios que distribui entre eles ônus, prerrogativas, direitos e deveres.

Para que esse mecanismo de resolução de conflitos funcione de modo a viabilizar a pacificação com justiça, há de se assegurar uma relação processual presidida por parâmetros éticos não descartáveis, legitimando, ao final, a solução imposta por seu intermédio.³²

A razão fundamental se situa na dificuldade incontornável de se contar com o assentimento dos litigantes no tocante ao objeto da decisão judicial que os vincule, nos moldes do entendimento sobre o qual foi constituída, e menos ainda no tocante à justeza de seus fundamentos, até pela relatividade do entendimento sobre os valores jurídicos em jogo e a inviabilidade natural de consenso a respeito.

Portanto, se as regras do jogo se fizerem observar, a solução só pode ser justa, independentemente do resultado.

É nessa acepção que repousa o preceito do *due process of law*, como proficientemente esclarece Oscar Vilhena Vieira, pois a ideia de devido processo, além de ter adquirido relevância para a tomada de decisões de natureza jurídica e política, ainda tem exercido influência em outros campos da atividade humana que demandam legitimidade.

Nesse sentido, há os critérios procedimentais para a validação de pesquisas, certificação de ideias e inventos, promoção de carreiras, demissão de empregados etc., todos eles como uma política de resolução de conflitos, estimulada pelo devido processo legal, tendo em vista que os julgamentos e as decisões não devem ser aceitos pelo seu mérito, mas sim porque os procedimentos utilizados os tornam legítimos para a produção dos respectivos resultados.³³

Foi nessa perspectiva que o princípio do devido processo legal emergiu com vigor, para mediar relações entre o cidadão comum e os agentes dos poderes constituídos para, de um lado, evitar a inexorabilidade da expropriação arbitrária de direitos e, de outro, emprestar legitimidade democrática ao exercício do poder.

³² BEDAQUE, J. R. dos S. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 20.

³³ VIEIRA, O. V. ; SCARBIN, F. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 20.

A origem histórica da cláusula do *due process of law* é do direito inglês, especificamente da edição do ano de 1215 da Magna Carta, pelo Rei João Sem Terra. Esse documento, que em sua origem constituiu garantia conferida pelo rei aos senhores feudais, tornou-se um verdadeiro embrião para a imposição de leis pela nobreza, às quais o próprio monarca deveria se submeter.³⁴

Especificamente no capítulo 39 do referido documento, assegurava-se que nenhum homem livre poderia ser privado de seus bens sem um julgamento por seus pares (*judgment of his peers*) e em desatendimento à lei da terra (*law of the land*). A terminologia *law of the land* foi substituída por *due process of law* somente com a edição do *Statute of Westminster of the Liberties of London*.

Durante alguns séculos, a discussão a respeito do devido processo legal ficou em segundo plano, diante da divisão de poder existente na Inglaterra entre o rei e o Parlamento. Contudo, com o advento de algumas rugas entre esses dois polos de poder, a leitura da cláusula do *due process of law* passou a ser insuficiente sob seu aspecto unicamente processual.

Assim, pela necessidade de impor a Magna Carta ao próprio poder estatal, passou-se a interpretar a cláusula do devido processo legal pelo seu aspecto substantivo, na medida em que era preciso impor um verdadeiro “controle de validade dos atos estatais”³⁵, o que culminou com a edição do *Petition of Right* em 1628, verdadeiro embrião dessa nova forma de se interpretar a lei da terra.

Como colônia inglesa, os Estados Unidos da América também tiveram, desde sua constituição em 1776 a cláusula do devido processo legal como cultura jurídica.

Inicialmente incorporada sob seu aspecto meramente processual, houve naturalmente uma evolução para reconhecer em tal cláusula um caráter substantivo, em decorrência de tomadas de posições sucessivas da Suprema Corte americana, originadas da possibilidade de se rever atos normativos inconstitucionais que restringiram indevidamente “os bens jurídicos mais valiosos da pessoa humana, tutelados constitucionalmente”.

³⁴ GRINOVER, A. P. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 23-24.

³⁵ BRAGA, P. S. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. São Paulo: Jus Podvim, 2008. p. 164.

Essa garantia, incorporada pela Constituição americana na 5ª e 14ª Emendas, ganhou o mundo, com o tempo, e logo se instalou nas principais constituições da Europa e América: Alemanha, Itália, Espanha, Argentina, México, Panamá etc.³⁶

No Brasil, a garantia do devido processo legal tardou a chegar no ordenamento constitucional. Somente na Constituição Federal de 1988 é que esse conceito foi incorporado explicitamente ao ordenamento jurídico nacional, momento em que se dispôs, em seu artigo 5º, LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Seu aperfeiçoamento tornou-o aplicável sob dois ângulos, ou seja, para corrigir distorções das leis de defeituosa elaboração – *substantive due process of law* – e visando ao regramento ético-moral dos processos e dos procedimentos utilizados pelo Estado para o cumprimento de suas atividades, notadamente na gestão de conflitos de interesses envolvendo particulares – *due process of law*.³⁷

Vale afirmar que o devido processo legal se manifesta como um megaprincípio³⁸, em torno do qual giram os demais postulados do processo civil constitucional. Isso significa que, no plano processual, ele corresponde a um direito-garantia que, com vistas à intervenção da arbitrariedade, institui uma série de prerrogativas e ônus para as partes, de forma que a relação se desenvolva em igualdade, para a obtenção de um resultado justo.³⁹

³⁶ BRAGA, P. S. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. São Paulo: Jus Podvim, 2008. p. 167 e seguintes.

³⁷ “A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana, no final do Século XVIII. Decorre daí a imperatividade do legislador de produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao Direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário” (NERY JR., 2004, p. 67-68).

³⁸ CRETELLA NETO, J. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41.

³⁹ “O devido processo legal procedimental está intrinsecamente associado à proposição de que ninguém deve ser juiz em causa própria; logo, de que processos judiciais devem ser organizados de forma a assegurar resultados os mais imparciais possíveis. Ao decidir sobre a restrição de direitos a indivíduos, bem como sobre a imposição de obrigações concretas a cada um, os juízes deveriam atender a uma série de requisitos formais que favorecessem uma decisão consequente com aquilo que foi apresentado em igualdade de condições pelas partes no processo” (VIEIRA; SCABIN, 2006, p. 480).

O devido processo legal é uma convergência de uma série de princípios e garantias constitucionais de processo. Como bem notado por Nelson Nery Jr., a Constituição Federal poderia ter previsto apenas o devido processo legal, o que tornaria o caput e os incisos do artigo 5º, em sua grande maioria, absolutamente desnecessários.⁴⁰

A observância dos preceitos previamente estabelecidos na Constituição Federal e na lei permite respeitar o devido processo legal. Isso quer dizer que, ao se oferecer decisões motivadas, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa e a publicidade, está sendo respeitado tal princípio. Há, portanto, uma posição mais relevante do devido processo legal sobre os demais princípios, garantias e regras constantes no ordenamento jurídico.⁴¹

A doutrina tem muita dificuldade de conceituar o devido processo legal e precisar contornos exatos de garantia, porque tal conceito é vago e possui uma amplitude deliberadamente indeterminada. A finalidade de se estabelecer uma cláusula aberta é exatamente a possibilidade de se amoldar essa garantia às exigências de cada situação de vilipêndio aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Direito ao processo justo é, em primeiro lugar, o direito ao processo assegurado pela inafastabilidade do controle jurisdicional, imposta pela Constituição Federal mediante a garantia da ação.

Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com as garantias mínimas de meios e resultados, mediante a oferta de julgamentos justos. Os meios adequadamente empregados são o melhor caminho para se atingir bons resultados.⁴²

No Brasil, no campo específico do direito processual, a regra do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal tem o valor supremo de demonstrar a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de

⁴⁰ NERY JR., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 87.

⁴¹ LUCON, P. H. dos S. *Devido Processo Legal Substancial*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 28.8.2014.

⁴² DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1 v. p. 252-253.

modo que ninguém poderá sofrer efeitos de atos jurídicos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei.⁴³

O devido processo legal impõe, portanto, uma autolimitação no poder do Estado no monopólio do exercício da jurisdição, no sentido de que ele será cumprido com as limitações contidas nos princípios e garantias constitucionais e demais regras fundamentais do processo.

O perfil processual resultante do devido processo legal é o do processo justo e equo, ou seja, regido por garantias mínimas de meios e de resultados. Assim, com o ingresso em juízo, é indispensável que o processo corra sob garantias mínimas de meios, com a observância dos princípios e garantias constitucionais e de resultados, por meio de julgamentos justos, céleres e úteis.

Dessa forma, não basta que o juiz empregue os meios adequados se ele vier a decidir tardiamente ou de forma inútil para a parte, tampouco que ele se aventure a decidir sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei.⁴⁴ O que realmente importa para o processo são seus resultados justos, céleres e úteis, sempre respeitando-se a essência das normas constitucionais processuais.

Falar-se em “devido”, ou em “procedimentalmente correto” passou a significar muito pouco do conteúdo da cláusula. Vincenzo Vigoritti, atento à mudança, defende que na garantia do devido processo legal a palavra “due” não pode ser entendida como simplesmente “regular”, sendo mister se levar em conta que ela deve revelar algo superior, baseado na natureza e na razão. Assim, conclui que somente o termo justo (“giusto”) pode exprimir o conteúdo ético da cláusula em questão.⁴⁵

Merece destaque, ainda, a advertência no sentido de que a relevância do devido processo legal é tão acentuada, a ponto de não ser permitido seu aprisionamento numa fórmula vazia, com o que se tornaria viável legitimar, por meio

⁴³ LUCON, P. H. dos S. *Devido Processo Legal Substancial*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 28.8.2014.

⁴⁴ “[...] o processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas. [...] segundo a experiência multissecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos” (DINAMARCO, 2001, p. 108 e 246).

⁴⁵ VIGORITTI, 1973, p. 30.

de seu postulado, decisões desumanas e injustas, a serviço das quais, realmente, ele nem se encontra e nem poderia estar.⁴⁶

Hoje em dia é assente o entendimento de que o acesso à justiça não se cinge à possibilidade de o indivíduo ingressar com seu pedido em juízo. A própria garantia da ação e de acesso seria inócua se o Estado, na promessa de resolver os conflitos, não tivesse também a capacidade, por meio do processo, de obter os resultados esperados: um provimento justo, eficiente e tempestivo.

As garantias constitucionais do processo asseguram mecanismo adequado à solução das controvérsias. São garantias de meio e de resultado. Estão diretamente relacionadas não apenas aos instrumentos processuais adequados, mas também a um resultado suficientemente útil e eficaz, justificando a necessidade de se valer dessa atividade estatal.

Além disso, proporcionam vias processuais aptas à resolução dos conflitos de interesses, para que a tutela jurisdicional obtida ao final do processo seja dotada de efetividade.⁴⁷

1.2.2. O direito à prestação tempestiva, efetiva e a um processo célere e de duração razoável

Conforme exposto anteriormente, a tutela não reside somente no provimento em si mesmo como ato processual – seja ele final ou interlocutório –, nem no

⁴⁶ “Mas atenção: a tortura com o objetivo de confissão já fez parte do devido processo legal. Por isso o processo não é estático. Como diz Galeno Lacerda, não se pode pensar o *due process of law* só como preservação de um rito, como um valor absoluto e abstrato, a justificar as devastações concretas que um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana causam à parte inerte. Não é isto fazer justiça. Não é para isso que existe o processo [...]. O princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a devida igualização das partes no debate judicial” (PORTANOVA, 2005, p. 146-147).

⁴⁷ “Acesso à justiça, ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto e *giusto*” (BEDAQUE, 2009, p. 74-75).

procedimento predisposto para que tal provimento seja possível, mas também nos efeitos exteriores ao processo, especialmente no que diz respeito às relações entre as pessoas.

A preocupação com a tempestividade da tutela à parte e com o julgamento do processo em tempo razoável não é restrita ao direito brasileiro, tendo sido inclusive materializada em comandos constitucionais em diversos países, como Itália⁴⁸, Portugal⁴⁹ e Espanha⁵⁰, além da sexta emenda à constituição dos Estados Unidos

⁴⁸ Artigo 111 da Constituição italiana: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. □ □ Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.”

⁴⁹ Artigo 20 da Constituição portuguesa: “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva. 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

⁵⁰ Artigo 24 da Constituição espanhola: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. 3. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

da América⁵¹, da regra nº 1 das Federal Rules of Civil Procedure⁵² e do artigo 3º do Código de Processo Civil francês⁵³.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 no Brasil, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, a interpretação dos valores celeridade e julgamento em tempo razoável como comandos constitucionais ficou mais fácil e direta, caracterizando-se como princípio constitucional, conforme disposto no referido artigo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁵⁴

No âmbito infraconstitucional, deixando de lado regras específicas a respeito do tema em questão, mas que praticamente nunca foram observadas, tais como a do artigo 281 do Código de Processo Civil, que estabelece o prazo de dez dias no procedimento sumário para o juiz proferir sentença, há pelo menos uma regra indicadora de alguma preocupação do sistema com o tempo de duração das demandas judiciais.

Trata-se do disposto no artigo 125, inciso II, do Código de Processo Civil, segundo o qual incumbe ao juiz velar pela “rápida solução do litígio”.

Com relação ao significado das expressões “razoável duração do processo” e “celeridade de sua tramitação”, como bem denota a doutrina, vale dizer que devem

⁵¹ “AMENDMENT VI. In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.”

⁵² “RULE 1. SCOPE AND PURPOSE. These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed and administered to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding.”

⁵³ “Article 3. Le juge veille au bon déroulement de l'instance; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires.”

⁵⁴ “O processo com duração excessiva, além de ser fonte de angústia, tem efeitos sociais graves, já que as pessoas se veem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas vantagens, das mais diversas naturezas” (LUCON, 2007, p. 1397).

atender a critérios objetivos, já que não é possível o tratamento dogmático apriorístico da matéria.⁵⁵

Assim, a verificação de casos concretos necessariamente deve levar em conta diversos fatores, de acordo com a doutrina sobre o tema, tais como: (i) a complexidade do assunto; (ii) o comportamento dos litigantes; e (iii) a atuação do órgão jurisdicional.⁵⁶

Portanto, não há uma pré-definição de conceitos. Trata-se de conceitos abertos, assim colocados na Constituição Federal propositadamente, para que sejam amoldados e tomem a forma necessária dentro das necessidades de direito material que a circunstância levada ao judiciário ensejar.

Quanto à tutela antecipada, que é o principal tema do presente estudo, a ausência de definitividade do provimento em si nada tem a ver com os efeitos projetados, os quais, provisórios ou não, tutelam o sujeito que seja por ele beneficiado, gerando consequências práticas para fora do âmbito processual.

O fato de que tais consequências possam beneficiar aquele que ao fim seja considerado desprovido de razão não determina essa afirmação, uma vez que a tutela jurisdicional é prestada ao que tem razão segundo o processo, dado o grau de cognição desenvolvido pelo órgão jurisdicional.

No caso das tutelas antecipadas, sendo menor o grau de cognição, pode-se chegar a conclusões diferentes das alcançadas ao final. No entanto, se efeitos concretos foram projetados para fora do processo e sobre as relações entre as pessoas, a tutela foi prestada, mesmo que apenas provisoriamente.

Aliás, acelerar e antecipar são sinônimos de efetivação do procedimento, já que há tempos a doutrina aponta as cautelares e as tutelas de urgência como instrumentos processuais de efetividade e celeridade.⁵⁷ Há inclusive autores que

⁵⁵ NERY JR., N. *Princípios do processo Civil na Constituição Federal*. 10 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 320.

⁵⁶ CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 86.

⁵⁷ CARNELUTTI, F. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p.355; DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.302; CRUZ E TUCCI, J. R. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: *Garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 235.

buscam, com razão, a raiz constitucional das tutelas de urgência como medidas de acesso a uma justiça justa e tempestiva.⁵⁸

Da mesma forma, quanto à tutela jurisdicional diferenciada e a específica, apesar de dependerem da existência de provisões procedimentais para que possam ser prestadas, não se limitam ao próprio procedimento, consistindo principalmente nos efeitos do provimento alcançado, seja ele obtido com base em uma cognição sumária, seja ele voltado para o ressarcimento em espécie de uma lesão sofrida.

Sob o ângulo da efetividade da tutela, o que se tem presente condiz com a qualidade das medidas instituídas pela sentença, tanto quanto com sua eficácia em relação à proteção ao bem da vida objeto de postulação. Objetiva-se com isso a materialização da máxima chiovendiana de que a tutela jurisdicional deve conceder tudo que a posição jurídica garantida pelo provimento pode proporcionar.

Um dos grandes males da Justiça reside no conformismo do próprio juiz diante de certos preconceitos que tradicionalmente limitam a efetividade da tutela e o levam a atitudes passivas diante da inocuidade de certas decisões. Associado à indesejável estagnação das legislações, tal comportamento é responsável pela fraqueza judicial e pela generalizada insatisfação em face dela.

Nem sempre a tutela jurisdicional que as pessoas vêm buscar no processo se consuma com a edição da sentença que julga as pretensões contrapostas das partes. Tutela é proteção e consiste na melhora que o litigante vencedor recebe na sua situação jurídica deduzida em juízo, de modo que, terminado o processo, ele se encontre, na sua vida comum em relação ao outro litigante e aos bens controvertidos, em situação melhor que a de antes do processo.⁵⁹

Essa é a relação recorrente em termos de efetividade, nos domínios gerais da doutrina. Processo efetivo é aquele em que, observado o equilíbrio entre celeridade e segurança, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.

⁵⁸ ARRUDA ALVIM, E. A raiz constitucional da antecipação de tutela. In: ARMELIN, D. (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 426 e seguintes.

⁵⁹ DINAMARCO, C. R. O futuro do processo civil brasileiro. In: _____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 3 ed., 2000. 2t. p.755. .

Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional, mas constitui perigosa ilusão pensar que apenas lhe conferir celeridade seja suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento da segurança, valor também essencial ao processo justo.⁶⁰

Os princípios, as regras ou as garantias, como normas jurídicas que são, podem dar origem a direitos subjetivos – públicos ou privados –, bem como a interesses protegidos, capazes de suscitar pretensões da parte frente ao seu adversário ou ao próprio Estado.

Contudo, tais normas, em si, não prestam tutela jurisdicional nenhuma, que será outorgada pelo órgão jurisdicional que determinar coercitivamente a observância de tais normas ou as consequências de sua inobservância.

Certamente a fixação dessas normas e dos preceitos reguladores dos procedimentos é uma espécie de tutela jurídica, no seu sentido mais amplo, caracterizada como uma forma tutelar estática, determinada pela função estatal de definição de normas jurídicas que estabeleçam abstratamente situações de vantagem ou desvantagem em relação a algum bem da vida, bem como as consequências que devem suceder à inobservância de tais preceitos.⁶¹

Porém, resumir a questão a tais disposições remete, inclusive, ao problema do excesso de formalismo mencionado anteriormente, que tem prejudicado a busca pela verdadeira justiça no Poder Judiciário.

Nesse contexto, a base para os provimentos jurisdicionais foi transferida paulatinamente da certeza obtida por meio de um procedimento ordinário e de cognição exauriente para um de verossimilhança, com base em uma investigação perfunctória dos fatos.

A demora como meio para se obter resultados justos deu lugar à aceitação de uma medida urgente e de eficácia imediata. O conceito de segurança jurídica baseado na coisa julgada se deslocou para a efetividade, fincada na resposta

⁶⁰ BEDAQUE, J. R. dos S. *Efetividade do processo e técnica processual*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 41.

⁶¹ DINAMARCO, C. R. Tutela jurisdicional. In: ____ *Fundamentos do Processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. 2t. p. 807-811.

provisória do Poder Judiciário, que é rápida. Ou seja, operou-se, mais uma vez, não somente a incorporação de valores político-sociais agora vigentes ao processo, mas uma mudança radical na forma de se interpretar o direito e as leis.⁶²

Efetividade, de fato, não pode se resumir à celeridade, pois a peculiaridade das próprias circunstâncias do processo frente ao tempo acabam por relativizar esse conceito, a par de que, acresça-se, mostra-se indispensável não desviar a atenção da imprescindibilidade da observância dos rigores do “due process of law”, com vistas a consolidar a segurança das partes, também imprescindível.

O tempo do processo, sob o aspecto intrínseco, não é um tempo ordinário. Da mesma maneira que o espaço judiciário reconstrói um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o desenvolvimento linear do tempo cotidiano, insinuando-se como uma ação temporária que, por sua ordem e regularidade, compensa as lacunas do tempo profano; ele é inteiramente ordenado e permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica.⁶³

Como já mencionado, Barbosa Moreira resume a problemática essencial da efetividade em 5 (cinco) pontos⁶⁴, sendo que, para esse doutrinador, o processo efetivo combina prestação jurisdicional útil e eficaz com o processo justo e arrumado, nas prescrições constitucionais, fora das quais parece a legitimidade ou a justiça formal das decisões, compreendendo-se, assim, o porquê de sua atuação como modo conformador da tutela jurisdicional.

Importa acentuar, também, a última diretriz sobre a qual se estrutura a tutela jurisdicional, a concernente à segurança, compreendida como respeito às diretivas do processo justo ou due process, no sentido da constituição de um ambiente assecuratório do exercício das faculdades das partes, sem virtuais surpresas, arbitrariedades ou tolhimentos afrontosos às prerrogativas essenciais ao direito à participação e construção da decisão mais adequada e equitativa em relação à situação levada a juízo.

⁶² ARRUDA ALVIM, E. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, D (Coord.) *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152-175.

⁶³ CRUZ E TUCCI, J. R. *O tempo e o processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

⁶⁴ MOREIRA, J. C. B. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: _____. *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28.

O caminho indicado, segundo vozes abaladas, é o da segurança jurídica, que requer normas estáveis e soluções previsíveis como expedientes indispensáveis à boa convivência, sendo essa uma das funções essenciais, inclusive, do ordenamento jurídico.

O que se deseja com o primado da segurança, sob o ponto de vista estrito do processo, é a certeza da atuação das regras do processo justo, ofertando às partes a segurança necessária, sob o prisma técnico-processual, para quando estejam na busca da tutela jurisdicional que lhes permita a superação da situação lamentada.

Como contraponto a esse entendimento, há o ensinamento de Flavio Luiz Yarshell sobre o tema, pelo qual, tratando especificamente da questão da tutela antecipada, menciona a possibilidade de se beneficiar preliminarmente uma parte que não possua efetivamente o direito a seu favor.

Para ele, se a providência como antecipação de tutela representa forma – ainda que provisória – de atuação do próprio direito material e, considerando que o beneficiário da antecipação pode não ostentar o direito afirmado, é inarredável o reconhecimento de que existe tutela, ainda que provisória, em prol de quem não está amparado pelo direito material. Vale dizer: os meios atuam, ainda que provisoriamente, em prol de quem não tem razão.⁶⁵

A esse respeito, Pontes de Miranda rejeita a ideia de que a pretensão à tutela jurídica corresponderia apenas à parte vencedora, por considerar impossível que o Estado possa prometer a prestação de uma sentença favorável, uma vez que para isso seria necessário que se garantisse a infalibilidade ou, pelo menos, o reexame da sentença a qualquer tempo e por indeterminado número de vezes.⁶⁶

Uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Vive de certezas, probabilidades e riscos⁶⁷. Onde houver razões para decidir

⁶⁵ YARSHELL, F. L. *Tutela Jurisdicional e Tipicidade*. 1997. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997. p. 25-26.

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. I, p. XXXIV-XXXV.

⁶⁷ “Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente, os limites toleráveis dos riscos” (DINAMARCO, C. R. 1999. p. 238).

ou para atuar com apoio em meras probabilidades razoavelmente suficientes, que se renuncie à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros.⁶⁸

O amplo debate em voga a respeito da necessidade de acelerar os procedimentos, as reformas processuais dos últimos 20 anos, ou mesmo a própria busca atual dos motivos para a lentidão encravada no Poder Judiciário são provas dessa transição.

A partir daí, solidificou-se o entendimento sobre definir processo justo como processo célere; tutela jurisdicional como tutela tempestiva, ou, ainda, devido processo legal como o processo que, além de conferir às partes a participação em contraditório, permite que o provimento jurisdicional dele resultante seja em tempo e modo condizentes com as necessidades do direito material.⁶⁹

A partir daí também se instituiu o constitucionalismo na ciência processual. Permitiu-se a abertura para uma perspectiva metajurídica do processo civil, com a divulgação das normas e dos institutos de processo para análise, sob a égide de seus próprios fundamentos constitucionais⁷⁰.

Essa concepção nos leva a afirmar que a ausência de celeridade, de forma a perpetuar o conflito, colabora em muitos casos com a ausência de justiça.

Ao nosso ver, esse é exatamente o fundamento das principais reformas propostas para o Novo Código de Processo Civil, tanto que: (i) a exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, apresentado pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, menciona que “em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo”; e (ii) a exposição de motivos

⁶⁸ DINAMARCO, C. R. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 18.

⁶⁹ MARINONI, L. G. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição, In: CRUZ E TUCCI (Coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 207 e seguintes.

⁷⁰ DINAMARCO, C. R. O futuro do processo civil brasileiro. In: _____ *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. II. p. 730.

do já projeto de Lei nº 166/2010 cita expressamente a “harmonização da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República, incluindo-se no Código princípios constitucionais na sua versão processual, como, por exemplo, ter-se levado em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”.

O contraponto reside na afirmação de que a celeridade não é um valor que deva ser perseguido a qualquer custo. Barbosa Moreira faz ponderação ao afirmar que, apesar de uma justiça lenta demais não ser boa, uma justiça muito rápida não o será necessariamente, pois o que deve ser assegurado é que a prestação jurisdicional seja a melhor possível, acelerando-a, mas não a qualquer preço.

Contudo, acelerar o procedimento e a prestação jurisdicional não significa buscar uma justiça fulminante, em vulneração a outros princípios constitucionais. A celeridade do processo não é incompatível com a garantia das partes ao contraditório e à ampla defesa, de modo que, em nome de um rápido andamento do processo, essas garantias não podem ser violadas.⁷¹

Por outro lado, a técnica empregada e a aplicação das leis já existentes devem ter também como premissa a busca de uma duração razoável do processo, de acordo com a natureza da relação de direito material. O processo, sempre que possível, deve ser célere.

É fato que hoje não mais se ousa questionar o fundamento constitucional das tutelas antecipadas ou cautelares e das medidas urgentes que visam a debelar os efeitos deletérios do tempo no processo.

Nessa linha de não se buscar a celeridade a qualquer custo, não se pode, portanto, esquecer-se de interpretar a garantia constitucional em consonância com outras garantias igualmente estabelecidas constitucionalmente, sempre se utilizando de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Tal orientação vem ao encontro do que Dinamarco afirma, de que muitas vezes é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta, ou tempestiva; muitas vezes, também,

⁷¹ “[...] o ideal, na implantação do processo justo, é, de fato, que sua duração seja breve, mas sem impedir que o contraditório e a ampla defesa se cumpram” (THEODORO JR., 2009, p. 245).

é preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de se conduzir o processo e os direitos a rumos indesejáveis.⁷²

É preciso, então, combater as causas da lentidão da prestação jurisdicional, com vistas a efetivar, no mundo dos fatos, o comando constitucional de processo célere e efetivo.

Parte desse problema certamente decorre dos procedimentos internos de cartório, ou de fluxo administrativo dos processos dentro dos tribunais.

Estudo organizado pela Fundação Getúlio Vargas pela pesquisadora Leslie Shérída Ferraz⁷³ e pela obra de Luciana Gross Cunha⁷⁴ constatou que bem mais da metade do tempo de duração de um processo judicial no Juizado Especial Cível em São Paulo é decorrente de atividades administrativas de cartório.

Apesar de o estudo tratar especificamente dos Juizados Especiais, quem atua no dia a dia forense sabe que essa conclusão vale para os processos nos Juizados Especiais e para os judiciais em geral, tanto da Justiça Estadual quanto da Federal, tendo em vista a superlotação dos fóruns.

Por outro lado, há ainda o excesso de processos que abarrotam o judiciário atualmente e que, de forma proporcional, são em número substancialmente maior do que o de juízes nos respectivos tribunais.

Merece destaque a esse respeito os dados do Conselho Nacional de Justiça publicados em janeiro de 2013, constatando a existência, no Poder Judiciário brasileiro em geral, no ano de 2012, de um estoque de processos pendentes de julgamento de 64.018.470, além de 28.215.812 casos novos, para um total de 17.077 magistrados.⁷⁵

Ademais, concluiu-se que a quantidade de novos processos tem crescido mais significativamente que a de julgamentos e baixas. Nos dizeres do mencionado

⁷² DINAMARCO, C. R. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 13.

⁷³ FERRAZ, L. S. *Acesso à justiça – uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. São Paulo: Editora FGV, 2010.

⁷⁴ CUNHA, L. G. *Juizado Especial Cível – criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em: 28.8.2014.

relatório, esse desempenho ocasionou “a queda de 4,3 pontos percentuais (p.p.) no índice de baixados por caso novo no quadriênio”, o que indica “que não se consegue baixar nem mesmo o quantitativo de processos novos que ingressaram”.

Apesar de esses temas não se relacionarem diretamente com o objeto do presente estudo, diante da multiplicidade de fatores que geram a lentidão da justiça e a crise do Poder Judiciário pode-se dizer que há dois caminhos para aperfeiçoar a prestação da tutela jurisdicional, com estreita intimidade com esse trabalho.

São eles os da utilização de uma técnica processual adequada, que tenha como premissa a utilização do processo como instrumento de efetivação do direito material (visão instrumentalista), e os da adoção de medidas urgentes com o fito de se mitigar os efeitos deletérios do tempo no processo, nem que para isso os provimentos se baseiem mais em juízos de evidência do que de certeza.

Segundo Dinamarco, a afirmação e a plena consciência da necessidade de se extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo o proveito que deles seja lícito esperar têm sua valia, na medida em que são capazes de conduzir a uma postura mental favorável a essa ideia instrumentalista.

Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade.

Pairam ainda no ar muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com tais preconceitos e se dispor a pensar na forma como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo sistema e usando intensamente o instrumento processual para que eles possam ser efetivamente alcançados.⁷⁶

A esse respeito, hoje parece não mais prevalecer o conceito de segurança jurídica antes buscado por meio de um processo de cognição exauriente, apto a obter um resultado de certeza máximo.

⁷⁶ DINAMARCO, C. R. Instrumentalidade do processo. 6 ed.. São Paulo: Malheiros, p. 302.

A rapidez da resposta do Judiciário às demandas de direito material se tornou preponderante, tendo já se esvaído a crença na coisa julgada como principal efeito pacificador e determinante para a instituição de decisões com segurança jurídica (sem tirar a sua importância para o sistema até hoje).

Isso porque a dinâmica com que as relações de direito material se desenrolam hoje em dia enseja provimentos mais velozes e ágeis, nem que isso ocorra por meio de um juízo de verossimilhança, calcado em cognição superficial ou sumária.

No mundo dos fatos, mostra-se mais relevante ter uma decisão imediata, mesmo que baseada na evidência, do que uma decisão recheada de certeza, mas que chega atrasada ou que nunca chega.

Enfim, esse estudo permite dizer que o Direito brasileiro partiu para uma nova ótica de prestígio à celeridade e de incentivo à aceleração dos procedimentos, ainda que não a qualquer custo, que é o que defendemos. Essa ideia é desenvolvida internacionalmente por Italo Andolina e Giuseppe Vignera, que afirmam que a garantia de tutela jurisdicional é portadora do direito à celeridade do processo.⁷⁷

Nesse sentido, o conceito de segurança jurídica também abarca o de segurança na definição das demandas pela duração razoável do processo.

Isso significa que os predicados de uma tutela jurisdicional sem ilações indevidas, que a Constituição Federal (artigo 5º, LXXVIII) definiu como “duração razoável do processo”, estão ligados à ideia de segurança jurídica. A própria Constituição dispõe que no processo judicial são assegurados às partes “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A indefinição a respeito dos resultados do processo não pode perdurar por período tão longo, a ponto de se tornar a causa da inação do jurisdicionado frente a uma pretensão resistida, sob pena de deixar de cumprir o seu escopo social de pacificar conflitos.⁷⁸

⁷⁷ ANDOLINA, I. VIGNERA, G. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Turim: Giapichelli, n.º 9, 1990. p. 89.

⁷⁸ DINAMARCO, C. R. *Instrumentalidade do processo*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 159 e seguintes.

Por isso que perpetuar o estado de indefinição, agora no âmbito de um processo que nunca termina, significa, no fim de tudo, instituir um verdadeiro estado de insegurança jurídica.

É necessário, portanto, adequar a técnica à finalidade, encontrando meios aptos a permitir que a relação processual se desenvolva da forma mais adequada, para obtenção de um resultado justo sob o ponto de vista do direito material.

Isso porque, nas palavras de Bedaque, “deve o procedimento se adaptar às necessidades da relação substancial”, não somente por ela constituir a razão de ser daquela, mas também porque, à luz da tutela de urgência, “o fumus e o periculum são aferidos a partir de elementos da relação substancial”. Adequar a técnica a sua finalidade significa identificar distorções e corrigi-las, possibilitando um resultado rápido, seguro e efetivo à luz do direito material.⁷⁹

Apesar da consciência de que dependemos muito dos Poderes Legislativo e Executivo para a real realização dessa promessa de processo célere e em um tempo razoável, os operadores do direito - advogados, juízes, promotores - devem fazer sua parte, já que é deles a tarefa de operacionalizar tais preceitos constitucionais.⁸⁰

1.3.As tutelas jurisdicionais diferenciadas e as cognições sumárias no sistema processual brasileiro

O intuito exclusivo de expor essas ideias foi o de deixar a descoberto o que todos já sabem: tais como concebidos no passado, os sistemas jurídicos tradicionais

⁷⁹ BEDAQUE, J. R. dos S. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 131-134.

⁸⁰ “Em suma, impende reconhecer, numa visão isenta, não apaixonada, sobre o problema, que a implantação do processo justo não depende tanto de reformas legislativas sobre os textos dos códigos. O que sua efetiva observância demanda, na verdade, é uma nova mentalidade para direcionar o comportamento dos operadores do processo rumo à valorização dos princípios constitucionais envolvidos na garantia do que hoje se tem por ‘processo justo’. O legislador tem obrigação de aprimorar as normas procedimentais, sem dúvida. Na maioria das hipóteses, no entanto, basta aplicar o processo existente sob o influxo exegético dos princípios constitucionais para que o juízo se desenvolva de maneira a obter a otimização do processo, que se concretiza quando por ele se garante, em tempo razoável, e mediante amplo contraditório, a efetiva e adequada atuação do direito material” (THEODORO JR., H., 2009, p.251).

- entre eles os processuais - não mais se mostravam idôneos e eficazes para a realização efetiva dos direitos.

Em trabalho publicado há três décadas, já se afirmava que o sistema de valores humanos a que estava condicionada a cultura jurídica fora parcialmente destruído pela crise espiritual contemporânea, situação que determinou a substituição das matrizes filosóficas do direito privado, assim como de seus fundamentos, finalidades e dogmática, alterando-se, em consequência, a feição do próprio ordenamento jurídico.⁸¹

Ademais, o individualismo – que representava o centro de atenção e de preocupação do sistema de direito privado, determinando a criação de um processo civil predestinado quase que exclusivamente à resolução de conflitos de interesses individuais – de modo algum poderia continuar ocupando essa posição exclusivista, face o reconhecimento da existência de outros bens jurídicos, supraindividuais, igualmente merecedores da proteção estatal.

Diante desse contexto, não bastaria o reconhecimento da existência desses novos valores da cultura jurídica e a edição de normas tendentes a sua proteção e realização, como igualmente não bastaria, a toda evidência, o puro e simples repúdio ao processo, enquanto instrumento estatal voltado à resolução de conflitos.

Afinal, a ordem jurídica vem assentada na simbiose entre os sistemas de direito material e de direito processual e resulta da conjugação e da integração harmônica desses dois sistemas, que dependem um do outro, pois, sem o processo, o direito dependeria exclusivamente dos homens e poderia acabar inobservado, sendo que o contrário seria a existência de um processo sem conteúdo e sem finalidade.

Tornou-se então inevitável a revisão do sistema jurídico-processual, com a mudança da perspectiva de seus escopos e a criação de novas técnicas para tanto eficientes, dando vida às denominadas ondas renovatórias, movimentos direcionados ao acesso efetivo à justiça e caracterizados, cronologicamente, pela assistência judiciária aos necessitados.

⁸¹ GOMES, O. *Transformações gerais do direito das obrigações*. RT, São Paulo, nº 3, 1967. p. 5.

Tal assistência é dada pela representação dos interesses supraindividuais, pela necessidade de reformas estruturais, orgânicas e funcionais no conjunto geral de instituições judiciárias, nos mecanismos idôneos à obtenção de provimentos jurisdicionais e no direito material, culminando, agora, com os esforços de implementação de técnicas e instrumentos adequados à obtenção de tutela jurisdicional efetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro não ficou imune a esses movimentos de renovação, submetido que foi a uma profunda reforma do sistema processual civil, deliberadamente direcionada à criação de um processo de resultados – em contraposição ao “processo de conceitos ou de filigranas”⁸² –, assim se ajustando às novas tendências do moderno direito ligado à família romano-germânica.

Entre outras tantas alterações de inegável relevância, generalizou-se e ampliou-se a possibilidade de concessão de tutela antecipada, até então reservada a pouquíssimas situações, todas elas sempre dependentes de alguma especificidade do direito material em jogo; prestigiou-se a conciliação a um ponto nunca antes atingido; racionalizou-se a dinâmica dos procedimentos comuns e agilizou-se o sistema recursal, tornando-o mais produtivo.

Na esteira desse movimento reformista, implementaram-se os Juizados Especiais e introduziram-se no ordenamento novos instrumentos alternativos à jurisdição de resolução de conflitos, como o depósito extrajudicial, a arbitragem e, por meio da Lei n. 9.079, de 14 de julho de 1995, o procedimento monitório, há muito reclamado.

Além da compreensão de tutela jurisdicional como proteção do titular de uma situação amparada pela norma substancial, parece possível, segundo Flavio Luiz Yarshell, admitir maior abrangência à expressão, para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado.

⁸² Expressão utilizada por Dinamarco na obra *A reforma do Código de Processo Civil*, 3 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, n. 1, p. 22.

A tutela também poderia ser divisada no próprio instrumento, nos autos que o compõem e, ainda, nos princípios, regramentos ou garantias que lhe são inerentes.⁸³

Surge então a necessidade de adoção de técnicas adequadas à obtenção de tutelas jurisdicionais diferenciadas, que levam em conta a efetividade do resultado desejado pela parte e os instrumentos para tanto necessários, na medida em que a coincidência do resultado de um trabalho com o propósito para o qual foi desenvolvido depende sempre da adequação dos meios ao fim.⁸⁴

Afinal, se o bom senso indica a diversidade de objetivos a serem alcançados pela prestação jurisdicional, essa, tanto quanto os instrumentos necessários a sua concretização, não podem ser unitários.

Nesse sentido, quando se analisa a chamada tutela jurisdicional diferenciada, não se cogita apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também dos meios predispostos à consecução desse resultado. O mesmo acontece com relação à tutela específica que, embora se refira essencialmente ao resultado substancial do processo, não deixa de considerar os meios ordenados à produção desse resultado.

Partindo da premissa de que a tutela jurisdicional é sinônimo de proteção outorgada pelo Estado-juiz, tanto no plano jurídico como no plano concreto, resta então identificar o sentido possível da qualificação “diferenciada”; em outras palavras, resta saber qual é a proposta semântica contida na afirmação de que determinada espécie de proteção jurídica e prática, outorgada pela jurisdição, apresenta alguma forma de particularização.

⁸³ YARSHELL, F. L. *Tutela Jurisdicional e Tipicidade*. 1997. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997. p. 23-24.

⁸⁴ “Ordinariamente, para decidir o juiz interpreta os fatos alegados pelas partes (causa de pedir e fundamentos da defesa), insere-os nas categorias jurídico-substanciais adequadas (responsabilidade civil contratual ou extracontratual, mútuo, locação, comodato, etc.), interpreta também a lei pertinente e investiga por todos os meios oferecidos pela ordem processual a ocorrência ou inoccorrência dos fatos alegados. Vale-se, para tanto, da prova, que constitui verdadeira mola do processo de conhecimento, ou meio processual destinado a perquirir a verdade (a prova, meio instrumental indispensável – infra, n. 771-772). Isso é conhecer, e essa atividade leva o nome de conhecimento, ou cognição. Todos os pontos sobre os quais o juiz busca se inteirar suficientemente para julgar formam o objeto do seu conhecimento (infra, n. 774). Em certos litígios marcados pela necessidade de uma tutela jurisdicional particularmente tempestiva – e assim capitulados pela lei – o juiz é dispensado de realizar uma cognição plena, ou seja, ele é autorizado a decidir com fundamento em investigações menos cuidadosas” (DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, 1v. p. 168-169).

Numa primeira acepção, quase que intuitiva, é perceptível que, ao se qualificar a tutela como diferenciada, ela se apresente como contraposição aquilo que é ordinário ou comum. Tutela diferenciada, assim, seria indicada por antítese em relação à proteção estatal concedida de forma rotineira.⁸⁵

Como exemplificação dessa construção, o processo de cognição seria ordinário, enquanto diferenciados seriam o processo cautelar e o de execução.

De outro lado, na execução poder-se-ia pensar em situação comum na hipótese mais ocorrente - da execução por quantia -, enquanto se teria diferenciação nos demais casos - de cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou de entregar coisa. Mas essa linha de raciocínio não forneceria esclarecimento algum, sendo insuficiente para a conceituação do instituto em exame.

A dificuldade de delimitação do sentido da expressão “tutela jurisdicional diferenciada” foi precisamente captada por Andrea Proto Pisani, bem como os equívocos que tal locução pode sugerir, mesmo considerando a obviedade de que ela, ao menos literalmente, significa a especificação da tutela, de acordo com a diversidade das necessidades apresentadas por quem a recebe.⁸⁶

O que está como pano de fundo nesse tema, em verdade, é a necessidade de flexibilizar a proteção que se obtém através do processo, adaptando-a à realidade da vida.

A questão, em última análise, gira em torno do problema da efetividade do processo, que pode ser resumida nos aspectos pontuados por Barbosa Moreira já descritos acima, relacionados à: (i) predisposição de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; (ii) possibilidade de utilização de tais instrumentos, em princípio, por todos os interessados; (iii) possibilidade de reconstituição dos fatos relevantes para o julgamento, aproximando-se a decisão da realidade; (iv) assecuração pelo resultado do processo ao vencedor do pleno gozo do bem que lhe

⁸⁵ LEONEL, R. de B. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 18.

⁸⁶ “L’espressione tutela giurisdizionale differenziata è espressione altamente equivoca. Intesa letteralmente essa significa che a bisogni diversi di tutela devono corrispondere forme diverse di tutela” (PISANI, A. P. *Problemi dela c.d. tutela giurisdizionale differenziata*. Appunti sulla giustizia civile. Bari: Caccuci, 1982. p. 216).

foi reconhecido; e (v) asseguuração do alcance dos resultados com o mínimo dispêndio de tempo, energia e meios.⁸⁷

Donaldo Armelin sugere a possibilidade de dois posicionamentos quanto à conceituação da tutela diferenciada. O primeiro, adotando como referencial a própria tutela, ou seja, o provimento jurisdicional “segundo o tipo da necessidade de tutela ali veiculado”; o segundo, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada por sua cronologia procedimental, bem como pela antecipação de seus efeitos.⁸⁸

Nessa linha de pensamento, a tutela diferenciada significaria não aquela obtida por toda e qualquer modalidade de procedimento especial de cognição plena e exauriente, mas exclusivamente (i) pelos procedimentos de cognição sumária não cautelar e (ii) procedimentos de cognição sumária cautelar (medidas de urgência).⁸⁹

De outra forma, poder-se-á chegar ao conceito esperado afirmando-se que a tutela diferenciada significa alternativa para o demandante em relação ao processo tradicional, de cognição exauriente, e apontando-se tanto para as tutelas que podem ser realizadas mediante cognição sumária - porque aptas desde logo a realizar o direito afirmado pelo litigante (tutelas executivas e mandamental) -, quanto para qualquer possibilidade de especialização ou sumariedade que proporcione diferenciação em relação ao procedimento comum.⁹⁰

Portanto, a tutela diferenciada deve ser vista como meio próprio e adequado a um determinado e específico tipo tutelar do direito. Dependendo do que se está a reclamar, podem-se eleger procedimentos diferentes, desde que adequados para se atingir a tutela jurisdicional e a efetivação do direito.

A sumariedade da cognição, em síntese, seria a essência da qual partiria o conceito da tutela jurisdicional diferenciada.⁹¹

A esse respeito, abrem-se parênteses nesse momento para se destacar que deve ser afastada qualquer confusão entre a sumariedade do procedimento e a da

⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, J. C. Notas sobre o problema na “efetividade” do processo. In: ____ *Temas de direito processual civil*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28.

⁸⁸ ARMELIN, D. *Tutela jurisdicional diferenciada*. RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 65: 45-55, 1992. p. 46.

⁸⁹ LEONEL, R. de B. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 20.

⁹⁰ LEONEL, R. de B. *op. cit.* p. 20.

⁹¹ MARCATO, A. C. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27.

cognição. O procedimento comum sumário do Código de Processo Civil (artigos 275 a 281) não desemboca em tutela diferenciada.

Idêntica afirmação pode ser feita quanto ao procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995). Em nenhum desses casos há limitação à atividade cognitiva realizada pelo juiz.

Para bem compreender o sentido da limitação da cognição, é indispensável invocar a lição de Kazuo Watanabe, que de forma didática excursionou por esse tema.

Em magnífico estudo sobre o assunto, ele esclarece que a cognição se desenvolve em dois planos distintos: o horizontal, correspondente à sua extensão, amplitude, e o vertical, relacionado a sua profundidade.

Enquanto no primeiro deles a cognição diz respeito aos elementos integrantes do denominado trinômio processual - questões relativas ao processo, condições da ação e mérito -, em extensão plena ou limitada, no vertical ela se dá de forma exauriente ou sumária, revelando-se ideal, em termos de solução definitiva de conflitos, o provimento jurisdicional assentado na cognição plena e exauriente.

Todavia, outras combinações são possíveis, pois essas duas técnicas de cognição se adaptam a procedimentos diferenciados e adaptados às também variadas especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais postos em debate judicial.

Como esclareceu o autor, no plano da extensão – horizontal –, a cognição pode ser parcial (limitada) ou plena, enquanto que no plano da profundidade – vertical –, ela poderá ser superficial (sumária) ou exauriente. A limitação à cognição em qualquer de seus planos, em procedimentos especiais, responde a uma opção de política legislativa, tendo em vista peculiaridades da crise de direito material.⁹²

A cognição sumária decorrente de sua superficialidade – no plano vertical de Kazuo Watanabe – é aquela na qual o julgador, ao decidir, pode atuar com maior grau de discricionariedade e não está obrigado a percorrer regras procedimentais predeterminadas em lei.

⁹² WATANABE, K. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas e Central de Publicações Jurídicas, 1999, *passim*.

Para Bedaque, na verdade, nesses casos não se estaria propriamente diante de discricionariedade judicial, mas sim de maior liberdade no exame dos requisitos para a concessão da tutela jurisdicional.⁹³

A cognição sumária não está relacionada ao caráter topológico ou cronológico do respectivo provimento jurisdicional no item procedimental, mas sim à análise dos fatos afirmados e das respectivas provas produzidas no processo.⁹⁴

No ordenamento processual brasileiro, são exemplos de provimentos judiciais lastreados nessa modalidade de cognição sumária as decisões proferidas com base no poder geral de cautelar (artigo 798 do Código de Processo Civil, mormente as decisões liminares antecipatórias do provimento cautelar), ou no convencimento pessoal do magistrado acerca da verossimilhança da questão posta em juízo, conforme artigo 273, caput e, por fim, no risco de ineficácia do provimento final do § 3º do artigo 461, ambos do mesmo diploma legal.

Nestas hipóteses, o juiz está legalmente autorizado a organizar e realizar os atos de conhecimento e instrução sumários que entenda indispensáveis à correta apreciação da matéria de urgência levada a juízo, inclusive em caráter liminar e inaudita altera parte, a fim de realizar o interesse público de efetividade da tutela jurisdicional.

Nesses casos de tutela jurisdicional diferenciada ou de urgência, percebe-se, ainda, que a admissão da cognição sumária está condicionada à necessária e posterior realização, na mesma ou em diversa relação jurídica processual, de todos os atos predeterminados informadores da cognição plena e exauriente contemplada pelo legislador, sob pena de revogação do provimento sumário concedido.

Assim, para atuação concreta da vontade da lei, não basta o provimento provisório e destinado exclusivamente a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, sendo verdadeiro ônus processual do sujeito beneficiário da medida a posterior realização da atividade cognitiva plena e exauriente.

⁹³ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5 ed. São Paulo: São Paulo: Malheiros, p. 386.

⁹⁴ MARINONI, L. G. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 17.

Três seriam, essencialmente, as justificativas, do ponto de vista da opção política legislativa, como recorda Andrea Proto Pisani, para a sumarização da cognição no processo civil: (i) para evitar o custo do processo de cognição plena e exauriente, quando isso não se justifique, considerada a inexistência de resistência séria por parte do demandado; (ii) para evitar o abuso de direito de defesa por parte do réu que, de forma evidente, não tenha razão; e (iii) para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional nos casos de situações de vantagem que, tendo conteúdo e função não patrimonial (ou de forma predominantemente não patrimonial – direitos não exprimíveis em conteúdo econômico, como, por exemplo, direitos da personalidade, estado da pessoa, direitos metaindividuais etc.), poderiam sofrer prejuízo irreparável, caso agudassem pelo tempo necessário ao alcance do provimento judicial, seguindo o procedimento de cognição plena.⁹⁵

Para Ricardo de Barros Leonel, semelhante à concepção adotada por Ovídio A. Baptista da Silva⁹⁶, a partir do conceito de limitação da cognição pode-se compreender tutela jurisdicional diferenciada como a proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz, resultante da utilização de procedimentos excepcionais previstos no ordenamento, em que a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional transcorram da limitação da cognição.⁹⁷

Nessa concepção, incluem-se os seguintes elementos: (i) proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz, ou seja, a premissa conceitual decorrente da noção de tutela jurisdicional; (ii) a utilização de procedimentos especiais que, embora por si só não seja elemento suficiente à conceituação da tutela diferenciada, participa da construção de sua definição junto a outros elementos; (iii) celeridade e efetividade, que são os escopos da tutela diferenciada e acabam por integrar a construção do seu conceito; e (iv) limitação da cognição, dado que particulariza essa

⁹⁵ PISANI, A. P. *Tutela somaria. Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuci, 1982, p. 315-316.

⁹⁶ Ao tratar das chamadas “ações sumárias”, Ovídio A. Baptista da Silva considera que são aquelas que, por opção do legislador, a “lide” é parcial, devendo certas pretensões e certas defesas ficar reservadas para outro feito, cujo ônus de instauração fica reservado a um dos litigantes (SILVA, O. A. B. da. *O contraditório nas ações sumárias*. Rio Grande do Sul: Revista da Ajuris, nº 80, 2000. p. 212-243).

⁹⁷ LEONEL, R. de B. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

espécie de tutela jurisdicional e exclui de seu âmbito a generalização indevida para todo e qualquer procedimento especial.

A partir das ideias acima é que se construiu a distinção entre o processo sumário cautelar, que engloba as cautelares propriamente ditas (medidas conservativas) e a antecipação da tutela (medidas de antecipação do resultado prático do provimento final) e o processo sumário não cautelar (procedimentos que não ostentam caráter urgente, mas nos quais a cognição judicial é restrita).

Em linhas preliminares, impõe-se esclarecer que o termo “tutela jurisdicional diferenciada” pode se relacionar, conceitualmente, a processos igualmente informados pela cognição plena e exauriente, cujas regras procedimentais são moldadas às especificidades do direito material controvertido.

No direito pátrio, os processos e respectivos procedimentos especiais previstos na Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), na Lei de Locação de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245/91) e o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil brasileiro são bons exemplos de métodos diferenciados de prestação jurisdicional, sem prejuízo da cognição integral e antecipada ao provimento final emanado pelo Estado-Juiz.

Nos casos citados, a tutela jurisdicional é diferenciada, em decorrência da disparidade comparativa ao tradicional e ordinário procedimento de cognição plena e exauriente que tem seus passos muito bem delimitados no ordenamento processual brasileiro, no Livro I do Código de Processo Civil.

A cognição, embora concentrada, mostra-se completa em seus planos horizontal e vertical⁹⁸, sendo certo que essa diferenciação procedimental se justifica pelas peculiaridades do direito material controvertido e pela natural necessidade de se conferir ao Estado-juiz plena capacitação para a entrega tempestiva e eficaz da tutela pretendida pelo jurisdicionado.

Entre as diversas técnicas pautadas na sumariedade da cognição se destacam a do julgamento antecipado, a dos títulos executivos de formação extrajudicial, a da antecipação na formação do título executivo judicial, com a

⁹⁸ WATANABE, K. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas e Central de Publicações Jurídicas, 1999, *passim*.

supressão de toda a fase de conhecimento tendente à obtenção de sentença condenatória, ou de um comando estatal com eficácia executiva equivalente e, sem dúvida alguma, a do processo monitorio, pela qual o juízo de oportunidade da instauração do processo de cognição plena é deixado à parte, em cujo interesse o contraditório é predisposto.

Tudo isso consiste na possibilidade de obtenção de um provimento judicial inaudita altera parte, que tem sua eficácia executiva sujeita à condição suspensiva de ausência de oposição por parte do devedor, ou à condição resolutive do acolhimento de eventual oposição de sua parte.

Opera-se a derrogação da regra vigente no procedimento ordinário, pela qual o contraditório deve ser realizado antes da emissão do provimento jurisdicional, pois nos procedimentos monitorios ele se mostra ausente na fase de postulação, pelo autor, do decreto de injunção (que corresponde ao nosso mandado monitorio), podendo ser ativado posteriormente pelo réu, se e quando vier a apresentar oposição (correspondente aos embargos ao mandado monitorio) aquele decreto judicial.

Se o contraditório é posterior e condicionado à iniciativa do réu, o provimento emanado antes de sua realização será limitado ao conhecimento dos fatos constitutivos alegados pelo autor como fundamentos do direito deduzido em juízo.

Trata-se de uma cognição limitada, porque parcial, tendo por objeto apenas uma parte dos fatos relevantes, quais sejam, os constitutivos expostos pelo autor em sua petição inicial. Os outros fatos relevantes poderão ser deduzidos em juízo, mas somente após a emissão do provimento judicial e se contra ele o réu se opuser tempestivamente.

Será excluída desse estudo, entretanto, a análise dos processos sumários não cautelares, e a profundidade do trabalho será mantida mais especificamente no âmbito do instituto da antecipação da tutela, principalmente porque a elaboração a seu respeito é tão ampla que comportaria trabalho autônomo.

Sob a perspectiva da já mencionada tutela constitucional do processo, que confere ao ordenamento processual um modelo de índole essencialmente política e que reflete as características do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro,

certo seria afirmar que, a priori, a tutela e a respectiva cognição sumária dessa classe são inaceitáveis por divergirem frontalmente das garantias da ampla defesa, do contraditório, da isonomia e do devido processo legal.

No entanto, em decorrência do fato de que, em alguns casos, o processo ordinário, lastreado em cognição plena e exauriente, não consegue conferir uma resposta efetiva e tempestiva a todas as hipóteses de crises de direito material – em contradição à garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional –, constata-se a admissão, no ordenamento processual brasileiro, de modelos de tutela desenvolvidos a partir da cognição sumária (superficial).

Ressalta-se que tal admissão acontece sempre com as adaptações necessárias ao acatamento da ideologia da ampla defesa que norteia a proteção constitucional do processo.

Está-se a falar das tutelas de urgência, destinadas a evitar risco de dano a direito subjetivo do sujeito processual que, no atual sistema, são representadas pela tutela cautelar e tutela antecipada.

Além da sumariedade da cognição, essas modalidades de provimentos são marcadas pelos elementos precariedade, instrumentalidade e provisoriedade.⁹⁹

⁹⁹ Para Teori Albino Zavascki, “as medidas cautelares e as antecipatórias têm em comum outras características: são formadas à base de cognição sumária (isto é, cognição menos aprofundada, no plano vertical, que a cognição prevista para a tutela definitiva); são precárias (isto é, podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, uma vez constatada a modificação do fato, ou de sua prova, caracterizador da situação de urgência) e estão invariavelmente referenciadas a uma pretensão de tutela definitiva” (ZAVASCKI, T. A. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. Revista de Processo, São Paulo, nº 82, abr.-jun. 1996, p. 62).

2. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO E SUAS PECULIARIDADES

2.1. As tutelas de urgência no direito brasileiro

Diante do quadro exposto acima, é possível afirmar que a tutela jurisdicional diferenciada contém, numa de suas vertentes, as tutelas de urgência que, por sua vez, são o gênero do qual decorrem, pelo menos, duas espécies: a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Como facilmente se compreende, ordinariamente o juiz primeiro estabelece contato com a causa e seus fundamentos, entre os quais os de fato e a prova, para depois julgar.

Assim é a linha geral dos processos de conhecimento, que devem terminar com uma sentença de mérito, com óbvias razões para que o conhecimento seja o natural apoio do julgamento.

No entanto, há situações urgentes em que, com a espera pela realização de todo o conhecimento judicial, com a efetividade do contraditório, defesa, prova e discussão da causa, os fatos podem evoluir para a consumação de situações indesejáveis, a dano de algum dos sujeitos.¹⁰⁰

Para remediar tais situações aflitivas, a técnica processual previu certas medidas de urgência, caracterizadoras da tutela jurisdicional antecipada e da chamada tutela cautelar. Trata-se de técnicas teoricamente diferentes, endereçadas

¹⁰⁰ “O tempo às vezes é inimigo dos direitos e seu decurso pode lesá-los de modo irreparável, ou ao menos comprometê-los insuportavelmente (Carnelutti). Há situações em que o direito perecerá por inteiro quando chegado o momento do mal definitivo, sem qualquer utilidade da tutela específica. Exemplos: a) o concurso público vem a realizar-se antes que o juiz conceda segurança para que seja aceita a inscrição do candidato excluído pela comissão de concurso; b) o protesto de uma cambial é realizado antes da medida judicial destinada a sustá-lo; c) testemunha importante para o esclarecimento dos fatos vem a falecer antes de chegado o momento procedimental adequado a tomar-lhe o depoimento. Em outras situações não se consuma uma lesão definitiva, mas as angústias e prejuízos da espera, somados ao estado de privação que se prolonga, constituem males a serem evitados. Isso acontece, por exemplo, com o retardo na tutela jurisdicional referente a alimentos devidos entre ascendentes e descendentes” (DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 164-165).

a situações diferentes, mas com o objetivo comum de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo sobre os direitos.¹⁰¹

Malgrado seja possível apontar diferenças entre uma e outra, seus pontos de contato são ainda maiores. Basta pensar na fonte constitucional de ambas, que é rigorosamente a mesma: o artigo 5º, XXXV, pelo qual a proteção do direito ameaçado incumbe ao Poder Judiciário. Pode-se pensar, ainda, no artigo 5º, LXXVIII, que a todos garante a razoável duração do processo.

A origem das tutelas de urgência (antecipação e cautelar) parece mesmo remontar ao direito italiano, em que tais institutos estão inseridos indiferentemente na ideia do poder geral de cautela do juiz, instrumento necessário nas ditas situações de urgência, não se tendo criado diferenciação entre os remédios urgentes a ponto de lhes impor uma nítida linha divisória.

Sabendo-se que os provimentos antecipatórios urgentes são cabíveis em qualquer modalidade de processo e que, além de seu tradicional escopo de impedir que a soberania do Estado, na sua mais alta expressão - a justiça -, reduza-se a uma tardia e inútil expressão verbal, ou a uma vã ostentação de lento mecanismo destinado a chegar sempre demasiado tarde¹⁰² podem, ainda, antecipar os próprios efeitos da tutela final, tornou-se necessário pensá-los como forma de proteção.

Assim, a doutrina começou a trabalhar em outra categoria de proteção jurisdicional – a tutela de urgência – destinada a abranger todas as medidas necessárias a evitar risco de dano ao direito.

Tais medidas são caracterizadas não propriamente pela sumariedade da cognição, circunstância também presente em tutelas não cautelares, mas pelo *periculum in mora*.¹⁰³

Levando-se em conta tal classificação, as tutelas de urgência poderiam ser definidas como aquelas caracterizadas pela presença do perigo iminente de lesão

¹⁰¹ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 167.

¹⁰² CALAMANDREI, P. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua: CEDAM, 1936.

¹⁰³ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 161-162.

irreversível, ou de difícil reparação de direitos a direitos, ainda que naturalmente associado a outros requisitos.

Existe uma diferença conceitual entre as medidas que oferecem ao sujeito, desde logo, a fruição integral ou parcial do próprio bem, ou situação pela qual litiga, e as medidas destinadas a proteger o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final.

As primeiras, oferecendo situações favoráveis às pessoas na vida comum em relação a outras pessoas ou a bens, integram o conceito de tutela jurisdicional antecipada; as segundas, qualificadas como medidas cautelares, resolvem-se em medidas de apoio ao processo, para que ele possa produzir resultados úteis e justos que somente indiretamente favorecerão o sujeito de direitos.¹⁰⁴

As medidas cautelares são puramente processuais e têm como finalidade preservar a utilidade e a eficiência do provimento final do processo sem, todavia, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte que as pleiteia.

Por sua vez, as medidas de antecipação de tutela de mérito proporcionam à parte medidas provisoriamente satisfativas do próprio direito material, cuja tutela se constitui em objeto definitivo, a ser provavelmente alcançado no provimento jurisdicional de mérito.¹⁰⁵

As tutelas jurisdicionais de urgência têm em comum, ao lado dessa sua destinação, a sumariedade na cognição com que o juiz prepara a decisão pela qual as concederá ou negará, bem como a revocabilidade das decisões, que podem ser revistas a qualquer tempo, não devendo criar situações irreversíveis.

¹⁰⁴ “Apesar das diferenças conceituais relacionadas com a destinação de umas e outras, as antecipações de tutela e as medidas cautelares têm um fortíssimo elemento comum de agregação que induz a integrá-las numa categoria só – a saber, na categoria das medidas de urgência. No estágio atual do pensamento processualístico, que se endereça a resultados sem se deter em desnecessários pormenores conceituais e puramente acadêmicos, o que importa é pensar nas medidas cautelares e nas antecipatórias de tutela jurisdicional como modos de combate a esse inimigo dos direitos, que é o tempo. Daí legitimar-se o destaque à categoria medidas de urgência, pondo em plano inferior as distinções entre suas espécies” (DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1v. p. 165-166).

¹⁰⁵ THEODORO JR. H. *Tutela jurisdicional de urgência*. 1 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 5.

Quer se trate de antecipar a tutela ou de acautelar o processo, a lei não exige que o juiz se paute em critérios de certeza, mas pela probabilidade razoável da existência do direito alegado.

Não há dúvidas de que a tutela de urgência é indispensável à higidez do sistema processual. Na moderna preocupação dos processualistas em obter maior efetividade na tutela jurisdicional em prol dos direitos subjetivos lesados ou ameaçados, compreendendo-se aí o próprio dano marginal, oriundo do processo em função do decurso do tempo, essa tutela é instrumento absolutamente necessário à própria inteireza e harmonia de todo e qualquer sistema processual.

É conhecida e já foi mencionada neste estudo a máxima, nesse sentido, segundo a qual justiça a destempo não é justiça. Inúmeros são os casos ou situações que demandam respostas imediatas do Poder Judiciário, sob pena de perecimento de direitos e da geração de prejuízos irreversíveis ou de difícil reparação.

Dessa forma, sem tutelas de urgência, tais situações simplesmente careceriam do necessário respaldo judicial, tudo isso em notório prejuízo ao direito das partes e à garantia constitucional do acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

Ao longo dos anos, inúmeras classificações foram desenvolvidas pela doutrina, com o escopo de diferenciar os tipos de tutela jurisdicional presentes em nosso ordenamento jurídico.

O tema caiu nas graças dos processualistas pátrios e diversas categorias foram concebidas, algumas delas extremamente minuciosas e sofisticadas, porém com pouca – ou nenhuma – utilidade prática.

Dando mostras evidentes de que essa exacerbação da técnica era nociva à prestação jurisdicional, o próprio legislador, por meio da Lei nº 10.444/2002, encampou essa tendência bem-vinda e proclamou a regra da fungibilidade entre as tutelas antecipatórias e cautelares (artigo 273, §7º, do Código de Processo Civil).

Realmente, o formalismo não pode ser o fator de *discrímen* que impedirá a parte de obter a medida de urgência necessária e adequada para a tutela de seus interesses. O juiz conhece o direito e o aplica ao caso concreto (esse é o sentido dos brocardos “*juria movit curia e mihi factum dabo tibi jus*”).

Ademais, sendo a fungibilidade uma das expressões mais práticas e efetivas da instrumentalidade das formas, não é possível permitir que o direito da parte sucumba diante das eventuais diferenças existentes entre as espécies do gênero das medidas urgentes, até porque, ambas têm o mesmo fundamento constitucional e o mesmo objetivo: debelar os efeitos deletérios do tempo no processo.¹⁰⁶

Referido pensamento baseou inclusive as alterações sugeridas no Projeto do Novo Código de Processo Civil, que tenta inserir, no ordenamento, a chamada tutela da evidência, deixando claro em sua exposição de motivos que “a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não somente em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito”.

Atualmente, a discussão sobre essa questão referente à fungibilidade entre as medidas urgentes já foi exaustivamente estudada e está superada, seja pela alteração legislativa mencionada ou, ainda, pela consolidação do entendimento pela jurisprudência, razão pela qual não se prolongará o desenvolvimento do assunto no presente estudo.

Assim, serão analisados os aspectos específicos da antecipação da tutela, que é o ponto primordial desse estudo, e que será essencial para a análise específica de suas restrições legais, desenvolvida na sequência.

2.2. A antecipação da tutela: conceito e dispositivos legais aplicáveis

A Lei nº 8.952, de 13.12.1994, alterou o Código de Processo Civil, para que o seu artigo 273 passasse a prever que o “juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”,

¹⁰⁶ “Conquanto as espécies de tutela de urgência (cautelar e antecipada) apresentem as dessemelhanças acima apontadas, não se podem concebê-las como forma de atravancar a efetividade da tutela jurisdicional sob o rótulo do puro e arcaico formalismo. Por trás de uma relação jurídica processual, existe uma pessoa, uma família, empregados de uma empresa, uma coletividade na busca angustiada por uma solução do conflito apresentado ao Estado [...] o princípio da efetividade não pode ser relegado em homenagem a discussões doutrinárias e posicionamentos por demais formalistas” (TARDIN, L. G. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 102).

nas hipóteses previstas em seus incisos e parágrafos, que não precisam ser cumulativas, podendo ser configuradas de forma independente.

Esse artigo 273 autoriza, nos casos nele apontados, a possibilidade de o juiz conceder um provimento imediato, correspondente a medidas positivas ou negativas, no intuito de assegurar à parte requerente o bem jurídico relacionado à prestação de direito material reclamada na lide em questão.

De acordo com Bedaque, não há poder discricionário do magistrado nesses casos, pois, ao conceder ou negar a antecipação da tutela, não o faz por conveniência, oportunidade, ou juízos de valor. Se a situação objeto da análise se subsumir em uma das hipóteses legais, o magistrado deve deferir a pretensão.¹⁰⁷

Vê-se, assim, que a Lei Processual brasileira permite, desde logo, a obtenção de prestação que normalmente seria realizada somente após sentença de mérito, na maioria dos casos, no campo do cumprimento de sentença.

A técnica de antecipação dos efeitos da tutela consiste na “realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente”¹⁰⁸, produzindo o efeito que poderia ser produzido somente ao final.

Dessa forma, a tutela antecipada permite que os chamados efeitos externos da sentença, possivelmente favoráveis ao requerente, sejam gozados desde logo, a fim de obstar dano irreparável, ou de difícil reparação (tutela antecipada assecuratória), ou de punição à parte que atuou com má-fé processual (tutela antecipada sancionatória).

A inserção de sua forma atípica no sistema processual brasileiro decorreu da necessidade de admissão de provimentos mais eficazes, para oportunizar uma tutela adequada, efetiva e tempestiva de direitos¹⁰⁹, tendo sido acompanhada pela introdução do artigo 461 do Código de Processo Civil, que veio generalizar também o provimento mandamental.

¹⁰⁷ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁰⁸ MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

¹⁰⁹ WATANABE, K. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, S. de F. (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21.

Tratou-se, pois, de, a uma só vez, combater os efeitos nocivos do tempo do processo e tratar de forma adequada situações que exigiam mais que a recomposição monetária ao final da demanda.

Para Paulo Henrique dos Santos Lucon, a tutela antecipada deve ser considerada um instrumento de rápida solução de litígios e é realmente eficiente em sua função, pelo menos no que diz respeito à “tempestiva outorga da prestação jurisdicional ao demandante”¹¹⁰, contribuindo, assim, para a diminuição do número de processos que superlotam o Judiciário.

O objetivo concreto desse instituto no sistema processual atual é a aceleração da concessão dos efeitos práticos do pleito da parte autora – ou seja, da satisfação do interesse material envolvido –, na tentativa de minimizar os danos certamente causados com a demora do trâmite processual.¹¹¹

Segundo Bedaque, provimento judicial cognitivo é a providência apta a produzir efeitos no plano jurídico-material, consistente na declaração da existência ou da inexistência de um direito, na alteração de relação jurídica e na condenação do réu pelo inadimplemento de obrigação.¹¹²

Se por um lado o instituto da antecipação da tutela redistribui o ônus do tempo do processo entre as partes, conferindo celeridade e inviabilizando que o provimento final favorável ao autor perca sua utilidade e trazendo celeridade ao sistema processual, por outro, entra em confronto com a segurança jurídica.

Mais especificamente nas palavras de Botelho de Mesquita, confronto com a segurança, mas com direito à liberdade jurídica, que se funda em um pressuposto de extrema relevância para os processualistas: o de que, havendo litígio sobre a existência ou a inexistência de um direito, só se pode encontrar a verdade sobre ele mediante a observância de um processo que garanta a descoberta da verdade.¹¹³

¹¹⁰ LUCON, P. H. dos S. *Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito*. Disponível em <<http://novo.direitoprocessual.org.br/>>. Acesso em 1.5.2013.

No mesmo sentido: MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

¹¹¹ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 279 e 280.

¹¹² BEDAQUE, J. R. dos S. *op. cit.* p. 371.

¹¹³ BOTELHO DE MESQUITA, J. I. *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 56, 1987. p. 45.

A técnica de cognição sumária utilizada em juízo de antecipação de tutela não é suficiente para alcançar a certeza necessária para obrigar o réu, em caráter definitivo, a suportar os efeitos da tutela final, uma vez que é direito fundamental do litigante demandado, como o é, também, do demandante, o direito à chamada cognição completa, exauriente, entendida como a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios, que ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recurso.¹¹⁴

Preocupado com essas questões de colisão de princípios constitucionais, o legislador brasileiro, e com mais força ainda a doutrina, estruturou um desenho das tutelas antecipadas, de forma que fosse possível atender a todos os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, definir padrões de suportabilidade de concessões mútuas entre esses princípios, definindo os requisitos necessários para o seu deferimento.

Para qualquer hipótese de tutela antecipada, o caput do artigo 273 do Código de Processo Civil impõe a constatação de dois pressupostos: “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”.

A exigência da presença de “prova inequívoca” foi incluída pelo legislador em razão de a tutela antecipada se tratar de medida satisfativa, tomada antes de se completar o debate e instrução da causa, diferentemente da medida cautelar, para a qual a Lei exige somente o chamado “fumus boni iuris” - uma mera aparência de direito.

Com relação ao convencimento do juízo da “verossimilhança da alegação”, o legislador se refere à análise do quadro fático exposto pela parte que requer a antecipação de tutela.

Tal verossimilhança deve ser verificada igualmente com relação aos demais requisitos para a concessão da tutela antecipada, tais como o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, previsto no inciso I, “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, previsto no inciso II, dentre outros, que serão explicitados na sequência.

¹¹⁴ ZAVASCKI, T. A. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, S. de F. (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21.

No caso do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, a concessão da tutela antecipada visa a coibir a inutilização, pelo perigo da demora, da própria tutela jurisdicional.

Em se tratando do “abuso de direito de defesa”, ou do “manifesto propósito protelatório do réu”, a injustiça está na utilização da relação processual apenas como meio protelatório, estando a parte requerida consciente da irregularidade de suas atitudes e alegações.

Em todas as antecipações mostra-se presente a urgência do provimento como expediente justificador da repressão à injustiça do retardamento da tutela jurisdicional.

Não se pode protelar o provimento satisfativo, porque a garantia de efetividade das medidas tutelares em qualquer caso de lesão ou ameaça a direito resulta imediatamente do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

No caso do inciso II do artigo 273, a antecipação, além de atender a urgência da tutela, reprime a má-fé do litigante que retarda a solução da demanda, abusando do direito de defesa ao exercê-lo com o manifesto propósito protelatório.¹¹⁵

A Lei nº 8.952, de 13.12.1994, incluiu, ainda, alguns parágrafos no artigo 273 do Código de Processo Civil, dentre eles: (i) “o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento” (§ 1º) e (ii) “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada” (§ 4º).

A mesma Lei incluiu nesse artigo, também, o § 2º, determinando que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, no intuito de assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, mesmo diante do deferimento dessa excepcional medida.

Segundo Humberto Theodoro Junior, tal previsão legal decorre do princípio da segurança jurídica, pois o direito do réu deve ser preservado em questão à reversão do provimento concedido, caso ao final seja vencedor.¹¹⁶

¹¹⁵ THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*, 42 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. II, p. 755-756.

Outra Lei posterior, a Lei nº 10.444 de 07.02.2002, incluiu no artigo 273 o § 6º, dispondo que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Trata-se da hipótese de cumulação de pedidos, quando o réu contesta apenas um, alguns, ou parcelas deles, deixando incontroversos outros, ou parcelas deles. Dessa forma, a antecipação de tutela é permitida sem a necessidade de se recorrer aos requisitos ordinariamente exigidos.

Nesse caso, a antecipação de tutela somente poderá ocorrer sem a presença dos requisitos ordinários apenas para os pedidos, ou partes de pedidos realmente incontroversos, sendo que os não impugnados devem ser juridicamente independentes dos contestados.

Há, ainda, o § 7º do artigo 273, igualmente incluído pela Lei nº 10.444 de 07.02.2002, que prevê expressamente a possibilidade de fungibilidade entre as medidas de urgência.

Vê-se, assim, que o real objetivo da criação do artigo 273 do Código de Processo Civil e do instituto da antecipação da tutela foi flexibilizar a possibilidade de obtenção das tutelas jurisdicionais requeridas pelas partes, no intuito de evitar o perecimento de um direito, sem, contudo, desrespeitar qualquer dos princípios processuais previstos no Código de Processo Civil ou na Constituição Federal.

Nesse sentido, o legislador não previu um momento certo e preclusivo para a postulação e o deferimento da antecipação de tutela. Tal provimento poderá ser requerido e concedido inicialmente nos processos, mas também é possível que se dê ulteriormente, conforme o seu desenvolvimento e a superveniência de condições que justifiquem a antecipação.

Da mesma forma, se o juiz de primeiro grau indeferir um pedido de antecipação de tutela, a parte poderá manejar recurso de agravo de instrumento, requerendo o deferimento do provimento junto ao respectivo relator, se demonstrar a sua urgência e a configuração dos seus pressupostos legais.

¹¹⁶ “A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas se preserva o direito do réu à reversão do provimento, caso afinal seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide” (THEODORO JÚNIOR, H. *op. cit.* p. 761).

Existem, ainda, os que defendem a possibilidade de o juiz se convencer da necessidade de tutela antecipada no momento de proferir a sentença de mérito, o que, para esse estudo, na verdade, seria apenas a possibilidade de se conferir à sentença em questão uma eficácia imediata, não se tratando de antecipação de tutela propriamente dita, dispensando a parte de ter de aguardar o trânsito em julgado para iniciar o cumprimento do provimento obtido.

Mesmo após a sentença e na pendência de recurso, também será cabível o requerimento de antecipação de tutela diretamente ao respectivo tribunal competente, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os seus pressupostos.

Enfim, conforme mencionado anteriormente, o objeto do presente trabalho é aprofundar, ainda que de forma não exaustiva, a análise de algumas das restrições às tutelas antecipadas previstas na legislação em vigor. Para tanto, segue o estudo dos chamados pressupostos positivos desse instituto.

2.2.1. Pressupostos positivos ou requisitos

2.2.1.1. Requerimento da parte

O artigo 273 do Código de Processo Civil é claro ao determinar que o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, a requerimento da parte.¹¹⁷

Assim, de acordo com a interpretação literal da lei, é requisito ou pressuposto positivo para a concessão da tutela antecipada o pedido ser formulado apenas por quem seja parte do processo em questão.

Contudo, apesar do que literalmente dispõe esse artigo, ainda persiste grande polêmica sobre a possibilidade de sua concessão diretamente pelo magistrado¹¹⁸, o que será estudado em maiores detalhes nos itens do capítulo subsequente.

¹¹⁷ “O art. 273 condiciona a concessão da tutela antecipada à iniciativa da parte, o que é inerente ao sistema de tutela jurisdicional (arts. 2º, 262) e corresponde à ideia de que o titular da pretensão insatisfeita é o melhor juiz da conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação (princípio da demanda)” (DINAMARCO, C. R. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 147-148).

De todo modo, já é possível adiantar, por exemplo, a posição adotada por Cassio Scarpinella Bueno, que entende ser “irrecusável a questão sobre a possibilidade de o juiz conceder a tutela antecipada de ofício, isto é, sem pedido expresse para aquele fim”.¹¹⁹

A lei fala em requerimento “da parte”, sem especificá-la. Ainda no caput do mesmo artigo, refere-se a pedido inicial, o que, à primeira vista, parece indicar que a antecipação só caberia ao autor.

A esse respeito, o entendimento doutrinário sobre o tema é de que o dispositivo legal vincula a antecipação de tutela à existência de “pedido”, possibilitando, por exemplo, a utilização do instituto por parte do réu, quando da apresentação de reconvenção.¹²⁰

Nelson Nery Jr. entende a situação de forma ainda mais ampla, vislumbrando outras hipóteses, ao alegar que a legitimidade para requerer a antecipação da tutela pode ser estendida, em tese, a todos aqueles que deduzem qualquer pretensão em juízo, como, por exemplo, o denunciante, na denunciação da lide, e o oponente, na oposição ao autor da ação declaratória incidental.¹²¹

Em suma, esses são o conceito e os principais pontos relacionados ao pressuposto do requisito da parte para a antecipação da tutela. Como já mencionado, maiores detalhes sobre esse requisito e as restrições a esse instituto

¹¹⁸ Há, por exemplo, a posição de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem, embora a regra seja a proibição, não se poderia “excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança. [...] nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do processo” (BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 352).

¹¹⁹ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4. p. 41.

¹²⁰ “A expressão ‘pedido inicial’ é abrangente, também, da reconvenção e do pedido formulado em ação dúplice, uma vez que também o demandado, nas situações referidas, é autor, e por isso poderá postular a antecipação da tutela” (WATANABE, K. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, S. de F. (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 35).

¹²¹ NERY JR., N. *Atualidades sobre o Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 72.

dele decorrentes serão pormenorizadamente analisadas no próximo capítulo, em item específico.

2.2.1.2. Prova inequívoca e verossimilhança da alegação

A redação do artigo 273, caput, do Código de Processo Civil, trouxe inicialmente certa consternação quando inseridas as alterações, nos idos de 1994. O mencionado dispositivo afirma que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo prova inequívoca, convença-se da verossimilhança da alegação”. No entanto, muito se debate sobre o real significado dessas expressões e sobre a intenção do legislador ao utilizá-las.

Como aponta Luiz Guilherme Marinoni, a grande dificuldade da doutrina e dos tribunais decorre da relação feita pelo artigo 273 entre prova inequívoca e verossimilhança.¹²²

Ao menos quatro acepções da conjugação desses elementos podem ser encontradas na doutrina brasileira: (i) prova inequívoca para os fins do artigo 273 seria somente aquela suficiente para fundamentar o julgamento do mérito a favor do autor¹²³; (ii) a verossimilhança exigida quanto ao fundamento de direito decorreria de relativa certeza quanto à verdade dos fatos, podendo ser comparada com o “fumus boni iuris”, um dos pressupostos da tutela cautelar¹²⁴; (iii) prova inequívoca com sentido dado por meio da dissociação entre convicção de verdade e convicção de verossimilhança; e (iv) a prova inequívoca, para Barbosa Moreira¹²⁵, é a prova à qual não se pode conferir mais de um sentido, independentemente de sua maior ou menor força persuasiva.

¹²² MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 167.

¹²³ PASSOS, J. J. C. de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 13.

¹²⁴ ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da Tutela*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

Zavascki conclui que “o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta – que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução –, mas uma prova robusta, que embora no âmbito da cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (ZAVASCKI, *op cit.*, p. 80).

¹²⁵ BARBOSA MOREIRA, J. C. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 104, p. 104, out/dez, 2001.

A respeito dessa última acepção baseada no entendimento de Barbosa Moreira, para referido doutrinador, o magistrado estará diante de um teste de duas etapas: (1ª) a verificação de que a prova é “inequívoca”, no sentido de que só comporta um entendimento, e (2ª) sendo inequívoca, a análise de que a prova tem suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente. Se qualquer dessas etapas não estiverem observadas, o pedido de antecipação de tutela deve ser negado.

Mesmo diante de todo o exposto, em nossa opinião, não há como se sustentar as posições descritas nas acepções “(i)”, “(ii)” e “(iv)”.

A primeira acepção enunciada, embora gere maior segurança quanto às decisões judiciais, aniquilaria a utilidade e a efetividade do instituto da antecipação de tutela. Se a prova inequívoca deve ser aquela suficiente para conferir decisão definitiva, seria irracional e economicamente ineficiente prolongar a vida do processo, devendo ser decidida a questão desde pronto.

A segunda linha de entendimento, por sua vez, requer também um alto grau de confiabilidade da prova e consequente alta probabilidade de sucesso da demanda, para que seja possível o deferimento da tutela antecipada. Fala-se em prova robusta, mas não se esclarece o que seria uma prova não robusta, ou qual seria a linha limítrofe entre o deferimento e o indeferimento.

Não parece que a verossimilhança buscada no artigo 273, caput, do Código de Processo Civil seja tão limitadora, a ponto de coibir a concessão da antecipação de tutela, mesmo em não sendo relativamente certa a verdade dos fatos.

Com o devido respeito, nos parece igualmente ilógico o raciocínio empregado por Barbosa Moreira para realizar uma análise literal do texto da lei, a fim de solucionar o paradoxo encontrado. A partir do teste que o insigne professor criou, apenas provas que apontam para uma única direção passariam na primeira etapa, sendo descartadas todas as demais - consideradas equívocas –, “que não poderiam sequer fazer parte do conjunto de provas objeto da valoração”.¹²⁶

¹²⁶ MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 173.

Como bem aponta Marinoni, o juiz pode extrair convicção de qualquer prova, mesmo daquela que aponta para dois sentidos. Para esse doutrinador, se o magistrado, antes de valorá-la, tem que aferir a sua credibilidade, não há como confundir a indicação de dois sentidos com falta de credibilidade. A prova pode merecer credibilidade e, por consequência, ser valorada.¹²⁷

Prova inequívoca, no sentido empregado no texto legal, é pura e simplesmente prova com boa dose de credibilidade, que forneça ao juiz elementos robustos para formar sua convicção, ainda que de forma provisória.¹²⁸ A expressão prova inequívoca exerce a função de qualificar a verossimilhança, ou quantificar o seu grau.¹²⁹

Dinamarco bem expressa o sentido do texto legal quando assevera que o grau de probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta, e que a verossimilhança exigida deve ser considerada mais do que o “fumus boni juris” exigido para a tutela cautelar.¹³⁰

Acrescente-se a esse fato que, embora ninguém duvide da maior credibilidade que se pode dar a documentos para essa finalidade, a expressão “prova inequívoca” não se deve limitar a eles. Até porque, mesmo um documento público pode ter sido falsificado, como lembra Cassio Scarpinella Bueno.¹³¹

¹²⁷ MARINONI, L. G. *op. cit.*, p. 173.

¹²⁸ “[...] prova consistente, no sentido de prova congruente, capaz de oferecer ao julgador base suficiente de sua provisória admissão da existência do direito alegado pelo autor” (SILVA, O. B. da. A ‘Antecipação’ da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, S. de F. *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 137).

¹²⁹ “Quando se fala em prova inequívoca na estrutura de raciocínio da tutela jurisdicional ordinária, tem-se um significado totalmente diverso, ainda que o conceito geral seja o mesmo. Tendo em vista que o contexto em que está inserida a expressão prova inequívoca do art. 273 do CPC inequivocamente diz respeito à tutela jurisdicional de urgência ou evidência, resta indubitável que se está falando de prova inequívoca própria à declaração de probabilidade, ou própria à antecipação da tutela, em face da situação de urgência ou evidência” (CASTELO, J. P. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTR, v. I, 1999, p. 292).

¹³⁰ DINAMARCO, C. R. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 143; No mesmo sentido: WATANABE, K. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, S. de F. (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33-34.

¹³¹ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, v.4, 2014. p. 41.

Quaisquer meios de prova, respeitado sempre o limite constitucional do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, podem conduzir o magistrado à antecipação da tutela jurisdicional para os fins aqui discutidos, até mesmo prova testemunhal, considerando-se a previsão de audiência de justificação prévia no artigo 461, §3º, do Código de Processo Civil.

A prova inequívoca conduz o magistrado à verossimilhança da alegação, no sentido de que tenha aparência de verdadeira.

Melhor parece ser a solução encontrada por Marinoni, para quem a racionalidade da decisão fundada em convicção de verossimilhança se encontra no próprio dever de fundamentação, devendo o juiz promover uma explicação acurada das provas que o levaram a entender por preponderante a verossimilhança em direção a uma das partes, não relegando o requisito ao preciosismo hermético da terminologia utilizada, qual seja, “prova inequívoca”, para alcançar a flexibilidade necessária para a efetividade da tutela antecipada.

Nesse escorço, o juiz não pode deixar de justificar: (i) as razões que o levaram a acreditar, ou não, na prova; (ii) a ligação que realizou entre as provas e os fatos; (iii) os motivos que o levaram a estabelecer, ou não, uma presunção e (iv) de referir e fundamentar as regras de experiência que guiaram o seu raciocínio.¹³²

Em matéria de verossimilhança, não podemos deixar de examinar a lição de Piero Calamandrei que, no volume VI do seu *Studi sul Processo Civile*, dedica um capítulo - “Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile” - a esse tema.

O autor começa a desenvolver seu ensaio afirmando no sentido de que todas as provas, no fundo, são provas de “verossimilhança”, notoriamente afastando-se da rígida separação entre certeza e probabilidade.¹³³

Esse ponto é muito importante para a compreensão da tutela sumária no geral. Não se trata de abrir mão da certeza, porque, na realidade, o que se tem, no fundo, em toda decisão é apenas uma probabilidade, que às vezes pode ser altíssima, ou um certo grau de convencimento ou de certeza (não importa a terminologia que se adote).

¹³² MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 178.

¹³³ CALAMANDREI, P. *Studi Sul Processo Civile*, Padova: CEDAM, v. VI, 1957. p. 111-112.

O que se deve ponderar é - e isso mesmo no processo de conhecimento - até onde se deve ir na busca da verdade, considerando os outros valores que o processo procura preservar.

Dinamarco demonstra plena consciência disso, ao afirmar que a falibilidade é inerente a todo magistrado, que se convence da supremacia dos motivos positivos, afastando os negativos, sempre de modo racional e fundamentado, assumindo calculadamente algum risco, que é inevitável.¹³⁴

Em suma, esse é um exemplo de cognição não exauriente, porém com elevado grau de verossimilhança. Há, sim, aqui, uma cognição sumária, mas não tão sumária quanto a do processo cautelar. Essa, talvez, seja a principal distinção entre as duas formas de tutela: o grau de profundidade da cognição.

Ainda assim, trata-se de cognição sumária. De fato, a reforma processual teve como um dos principais objetivos imprimir maior celeridade ao processo para preservar a efetividade da prestação jurisdicional (escopo este que reclama uma exegese não restritiva da antecipação de tutela).

2.2.1.3. Dano irreparável ou de difícil reparação

O artigo 273, I, do Código de Processo Civil, está diretamente relacionado à função de assegurar o resultado útil do processo, sendo a urgência a justificativa para a antecipação do provimento final. Desta monta, o dispositivo atua de forma preventiva, a fim de evitar o risco de dano.

Esse perigo na demora da prestação jurisdicional deve ser entendido no sentido de que a tutela jurisdicional deve ser prestada e, para os fins presentes, antecipada, como forma de evitar a perpetuação da lesão a direito ou como forma de imunizar a ameaça a direito do autor.¹³⁵

¹³⁴ DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 339-340.

¹³⁵ “Trata-se, inequivocamente, de uma situação em que a tutela jurisdicional é antecipada como forma de debelar a urgência, sendo insuficiente a prática de atos que busquem meramente assegurar o resultado útil do processo, isto é, a futura prestação da tutela jurisdicional. É essa a razão pela qual a figura do inciso I do art. 273 pode muito bem ser chamada – como, de resto, é por vezes

Conforme aponta Bedaque, não se trata de modalidade de tutela de urgência “com caráter puramente aceleratório, cuja adoção leva em conta a natureza da relação material litigiosa”. Por isso é que “a antecipação deve se limitar ao estritamente necessário, para evitar esse dano”.¹³⁶

O dano irreparável, ou de difícil reparação para a concessão da tutela antecipada, para a maioria dos autores é muito próximo do “periculum in mora” necessário para a tutela cautelar, mas envolve o risco processual irreversível, ou de difícil reparação, que impede que a efetiva prática da decisão de mérito seja proferida em outro procedimento (principal).

Dessa forma, tendo em vista que a tutela antecipada não tem esse caráter instrumental, o dano irreparável ou de difícil reparação pode ter um outro fundamento, que reside na permanência do estado de insatisfação, cuja lesão somente poderá ser acautelada com a antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito.¹³⁷

Como para Ronaldo Cramer o “periculum pode se referir tanto ao direito material, se a tutela provisória de urgência for satisfativa, quanto ao processo”, é preferível definir esse requisito simplesmente como o receio de que o autor sofra algum prejuízo grave, não havendo também distinção de densidade entre o “periculum in mora” e as diversas espécies de tutela provisória de urgência (estando aí incluídas a tutela cautelar e a antecipada, que interessam diretamente a esse estudo).¹³⁸

O que pode ensejar grandes dificuldades na aplicação do dispositivo, cabendo à doutrina e à jurisprudência estabelecer parâmetros a esse respeito, é a definição do que vem a ser “dano irreparável”.

identificada – como ‘tutela antecipada de urgência’” (BUENO, C. S. *Curso Sistematizado de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, v.4, 2014. p. 45).

¹³⁶ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 353.

¹³⁷ BRITO, F. L. de. *Perfil sistemático da tutela antecipada*. Brasília: OAB, 2004, p. 70.

¹³⁸ CRAMER, R. A fungibilidade das tutelas provisórias de urgência. In: CIANCI, M.; QUARTIERI, R.; MOURÃO, L. E.; GIANNICO, A. P. C. *Temas atuais das tutelas diferenciadas*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 797.

De imediato, pensa-se nos direitos personalíssimos - honra, vida, liberdade etc. Uma lesão a tais bens juridicamente protegidos seria, pelo menos, dificilmente reparável, mas não são apenas esses os casos em que se pode configurar perigo de dano irreparável.

Marinoni¹³⁹ vislumbra outras hipóteses. Uma delas é a do direito patrimonial exercendo função não patrimonial. É o caso típico da indenização por ato ilícito, que seja imprescindível para a subsistência da vítima. É por isso que, até mesmo no procedimento monitório, entreve o autor a possibilidade de antecipação, com base no inciso I do artigo 273.¹⁴⁰

Também há casos de dano simplesmente patrimonial em que o receio se justifica, por exemplo, nos quais as condições econômicas do réu podem tornar duvidoso o recebimento de valor como título de ressarcimento, ou o dano pode ser de difícil quantificação, como no caso de desvio de clientela.

De forma objetiva, dano irreparável é aquele cujos efeitos não são reversíveis. Tradicionalmente, entram nesse conceito os casos de direito não patrimonial e de direito patrimonial com função não patrimonial (por exemplo, soma em dinheiro para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito).

Contudo, conforme aponta Marinoni, “há irreparabilidade, ainda, no caso de direito patrimonial que não pode ser efetivamente tutelado através da reparação em pecúnia”¹⁴¹, ou seja, quando o direito não pode ser restaurado na forma específica.

Por sua vez, há dano de difícil reparação se as condições econômicas do réu não autorizam supor que ele será efetivamente reparado, ou se esse dano dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão¹⁴² (por exemplo, nos casos de desvio de clientela e concorrência desleal em que não se consegue aferir ao certo a extensão do dano, uma vez que, com o passar do tempo, haverá o progressivo afastamento de seus clientes).

A esse respeito, há que se ressaltar que, para a antecipação da tutela, o dano pode ser irreparável ou de difícil reparação. Isso significa que não pode haver

¹³⁹ MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 131.

¹⁴⁰ MARINONI, L. G. *op. cit.* p. 127.

¹⁴¹ MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 156.

¹⁴² MARINONI, L. G. *op.cit.* p. 156.

dúvidas de que, ainda com a possibilidade de posterior reparação, tal situação não impede a antecipação da tutela jurisdicional.

2.2.1.4. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

A outra modalidade de antecipação de tutela não tem como justificativa a urgência, baseando-se apenas na evidência do direito do autor e da ausência de direito por parte do réu. Há quem diga, como Nelson Nery Jr., que é uma tutela que visa a preservar a efetividade do processo.¹⁴³

Trata-se da previsão de que, na hipótese de inexistir dano irreparável ou de difícil reparação, mas se houver, de forma alternativa, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, a tutela antecipatória poderá ser concedida pelo juiz, e ainda com caráter punitivo, verdadeiramente sancionatório.¹⁴⁴

Nessas hipóteses, não haveria porque postergar a prestação da tutela jurisdicional, causando cristalino dano ao autor, apenas para aguardar a instrução probatória para a realização de prova que seja de ônus do réu, se já ficou provado de forma inequívoca o fato, a verossimilhança da afirmação e, conseqüentemente, o direito do requerente.

A esse respeito, em certo ponto poder-se-ia considerar as expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” como semelhantes.

Contudo, a doutrina especializada sobre o tema faz a devida distinção, ao considerar que referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para se defender, ou seja, a atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa não se entendem os atos protelatórios praticados no processo (como, por exemplo, os do artigo 14, III e IV, do Código de Processo Civil).

¹⁴³ NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 68.

¹⁴⁴ BUENO, C. S. *Curso Sistematizado de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2014. p. 46.

Já o manifesto propósito protelatório há de ser considerado como o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionados, como, por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença.¹⁴⁵

Abuso do direito de defesa é o excesso, algo inaceitável, como a reiteração de pedidos já indeferidos. Neyton Fantoni Júnior menciona que são sintomas de abuso de direito de defesa a deturpação de fatos, a relutância frente a fatos notórios, o erro grave ou grosseiro, portanto inescusável, e a indiferença ou a desconsideração de direitos e garantias individuais.¹⁴⁶

Marcelo M. Bertoldi explica que, com a concessão da tutela antecipada baseada no abuso de direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório, não se está obstruindo o direito à ampla defesa do réu, mas tão somente redistribuindo o ônus do tempo no processo, pois, ante a evidência do direito afirmado pelo autor, é justo que quem deva suportar a demora é a parte que conta com a probabilidade mínima de êxito.¹⁴⁷

São muito variadas as formas pelas quais as situações descritas no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil podem aparecer, sejam antes ou depois da citação do respectivo réu.¹⁴⁸ Aqui, também, tudo dependerá da avaliação de cada situação concreta a ser feita pelo magistrado.

¹⁴⁵ FADEL, S. S. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: São Paulo: Dialética, 1998. p. 31.

¹⁴⁶ FANTONI JR, N. A tutela antecipada à luz da efetividade da CF e do prestígio da função jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 22, n 86, p. 38, abr./jun. 1997.

¹⁴⁷ BERTOLDI, M. M. Tutela antecipada: abuso de direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, T. A. (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 323.

¹⁴⁸ “É mais fácil visualizar os comportamentos referidos no inciso II do art. 273 com o réu presente no processo, devidamente citado e criando qualquer espécie de embaraço para postergar, ao máximo, o momento procedimental de proferimento da sentença ou, mais amplamente, das decisões aptas a surtirem, naturalmente, seus efeitos para o plano exterior ao processo (v. n. 1, supra). São variadíssimas as situações em que isso pode ocorrer. Apenas para fins ilustrativos, mencione-se o caso do réu que retira os autos do processo de cartório para se manifestar e só os devolve depois de esgotado o prazo respectivo, quiçá por ter sido intimado para tanto; do réu que peticiona reiteradamente ao juízo para impedir que o magistrado possa deliberar sobre as questões pendentes, ou que requer a produção de provas claramente descabidas. Situação bastante comum também é a de o réu interpor recursos absolutamente infundados. A aplicação do art. 273, II, contudo, não pode ser descartada aprioristicamente dos casos em que o réu não tenha ainda sido citado. Mesmo antes da integração do réu ao processo é possível aventar a possibilidade da antecipação da tutela com

E não é somente em situações endoprocessuais que cabe a tutela antecipada fundada na legislação supracitada. Merece ser prestigiado o entendimento de que também atos extraprocessuais praticados pelo réu, com ânimo de postergar eventual solução jurisdicional do conflito podem sensibilizar o magistrado para o deferimento da medida.

Como exemplo, cita-se a situação em que o réu cria embaraços desnecessários, devidamente documentados por notificações, cartas ou e-mails, em negociação que antecede a necessidade da busca da tutela jurisdicional, ou quando se constata, antes do ingresso em juízo, dilapidação do seu patrimônio, ou a prática de atos voltados ao mesmo fim.

2.2.1.5. Incontrovérsia de um ou mais pedidos

Requisito introduzido pelo parágrafo 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil possibilita a concessão da tutela antecipada “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostra-se incontroverso”.

Pela simples leitura desse dispositivo legal, constatamos que novamente o fundamento da tutela antecipada não é a urgência, mas sim a evidência, face à possibilidade de adiantamento da tutela jurisdicional, nas hipóteses em que não há discussão sobre o direito do autor.

A incontrovérsia pode se dar de várias maneiras, como, por exemplo, pela ausência de contestação, no caso em que são aplicados os efeitos da revelia; quando a defesa é oferecida, porém, sem que a parte nada diga sobre determinado ponto, questão ou respectiva consequência jurídica, o que os tornaria incontroversos ou, finalmente, na hipótese em que a defesa até chega a abordar determinado

base no dispositivo. Basta imaginar o caso em que o réu cria todo o tipo de dificuldades para realização da citação. E isso pode variar desde ter fornecido, na relação de direito material afinal controvertida, endereço que não existe ou no qual ele não reside, nem nunca residiu, até a criação dos mais variados obstáculos relativos à consumação da citação. Todas essas situações, dentre inúmeras outras, representam, para os fins da regra aqui examinada, ‘abuso do direito de defesa’” (BUENO, C. S. *Curso Sistematizado de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2014. p. 47).

ponto, mas de forma tão ineficiente ou vaga que as alegações são insuficientes para tornar uma questão ou ponto incontroversos.

Destarte, tornando-se inquestionável o direito do autor, não há porque não conceder, desde logo, a prestação da tutela jurisdicional de forma antecipada.

Aliás, trata-se de tendência atual, tanto no direito pátrio, como no estrangeiro, que é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido, pois o processo não pode prejudicá-lo se ele cristalinamente tem razão.

Com efeito, “se o direito provável pode não admitir protelação, o direito incontrovertido, por razões óbvias, não deve ter a sua tutela postergada”.¹⁴⁹

O ilustre processualista paranaense Marinoni, no entanto, na mesma obra citada, trazendo à baila a doutrina italiana permissiva da “setenza parziale di mérito”, capaz de produzir coisa julgada material, preconiza a admissibilidade, em nosso sistema processual, de uma “tutela antecipatória de parcela do direito”, mediante uma modalidade de “julgamento antecipado parcial do pedido, que pode ser feito a partir do artigo 273, II, do Código de Processo Civil. Sublinhe-se que essa tutela também é fundada em cognição exauriente e não sumária”.

Nessa linha de pensamento, verifica-se que está cada vez mais desvalorizado o princípio “nulla executio sine titulo”, ou seja, a antiga concepção de que não são cabíveis atos executórios antes da decisão definitiva do mérito, que vem perdendo espaço com a ampliação da prestação da tutela antecipada.

2.3. As tutelas antecipadas no Projeto do Novo Código de Processo Civil

O Projeto do Novo Código de Processo Civil¹⁵⁰, dentre outros pontos, revela algumas modificações e novidades referentes a institutos atualmente previstos ou não no Código de Processo Civil em vigor, promulgado em 1973.

¹⁴⁹ MARINONI, L. G. *Tutela antecipada e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 226.

¹⁵⁰ Todas as informações sobre esse projeto de lei constantes desse trabalho foram obtidas no texto completo consultado no Parecer da Comissão Temporária do Código de Processo Civil sobre o

Os institutos relacionados às medidas emergenciais estão previstos no livro da tutela provisória, a partir do artigo 292 do projeto, que indica especificamente a sua divisão entre tutela de urgência e da evidência, sendo que a de urgência poderia se dividir entre cautelar e antecipada, concedidas em caráter antecedente ou incidental.

Apesar de a proposta da comissão organizadora ter sido inicialmente pela unificação das tutelas antecipadas e cautelares, a última minuta do Projeto do Novo Código de Processo Civil definiu por manter a separação dos conceitos desses institutos, sendo que há dispositivo expresso consagrando a fungibilidade entre essas medidas (o parágrafo único do artigo 303), como previsto na legislação atual e já consagrado pela jurisprudência sobre o tema.

Com relação a essas medidas cautelares novamente incluídas no referido projeto, o artigo 299 ainda prevê que elas podem ser efetivadas mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

A tutela de urgência, seja ela antecipada ou cautelar, nos termos do artigo 298 do projeto, será concedida quando presentes “a plausibilidade do direito” e “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”.

Apesar da troca do vocábulo “verossimilhança” por “plausibilidade” no projeto de lei citado, nos parece que a ideia intrínseca ao dispositivo continua a mesma, sendo que, para o deferimento da medida, a prova pré-constituída oferecida ao juízo deverá ser convincente o suficiente do direito e da situação de risco, em desfavor da situação contrária.

A respeito dessas medidas de urgência, os legisladores optaram por incluir expressamente no projeto, mais especificamente nos parágrafos do seu artigo 298, dispositivos consolidando: (i) a possibilidade de o juiz exigir caução real, ou fidejussória idônea, para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer; (ii) a possibilidade de o magistrado optar, ou não, pela realização de audiência de

Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil, cujo relator é atualmente o Senador Vital do Rêgo.

justificação prévia, antes da análise da medida; e (iii) a impossibilidade da concessão de medidas com risco de irreversibilidade dos seus efeitos.

Quanto à questão da possibilidade de exigência de caução, veja-se que foi “ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente”, deixando claro que, em qualquer situação de liminar ela será cabível, visando a prevenir a reparação do dano.

O projeto ainda consagra que a efetivação das tutelas de urgência e das da evidência correrá por responsabilidade do exequente, com caráter objetivo, tendo em vista o efeito “ex tunc” da revogação da liminar.

Nesse sentido, o artigo 300 de tal projeto prevê que o autor responde ao réu pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida se: (i) a sentença lhe for desfavorável - definitiva ou terminativa e em qualquer grau de jurisdição; (ii) obtida liminarmente em caráter antecedente, não promover a citação em 5 (cinco) dias; (iii) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais; e (iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou de prescrição.

Assim, ocorrida qualquer dessas situações, cujo rol se apresenta taxativo, será apurada, pela via da liquidação e nos mesmos autos, o dano causado pela antecipação da cautela, fixando-se o valor reparatório, sendo certo que se faz necessário o prévio título judicial, sendo, por isso, requisito, o reconhecimento do evento na sentença. Caso contrário, apenas por ação autônoma será possível o debate acerca do direito indenizatório.

Ao tratar sobre o procedimento das tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente, o projeto dispõe, entre os artigos 301 e 302, que será apresentada petição inicial limitada ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, sendo que, se a tutela for concedida, (i) o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias e (ii) o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação.

Caso o autor não realize o aditamento mencionado, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Nesse sentido, as medidas antecipatórias se tornam estáveis, caso não sejam recorridas pelo respectivo réu. Sobre o tema da estabilização da tutela antecipada, veja-se item específico mais adiante, quando o estudo voltar a tratar sobre esse projeto de alteração do Código de Processo Civil.

Releva notar ainda a respeito do artigo 9º do projeto que dispõe que não será proferida sentença ou decisão contra uma das partes sem que essa seja previamente ouvida, salvo, dentro outras hipóteses, tratar-se de tutela provisória de urgência, restando claro que o sistema proposto consagra nesses casos o contraditório diferido.

Essa condição não tem aplicabilidade no campo da tutela de evidência, tanto que nem está mencionado na lei, e não apenas porque está inserido no capítulo das medidas de urgência, mas porque possui natureza diversa, já que a exacerbação do grau de probabilidade diminui ou praticamente anula a possibilidade de irreversibilidade.

Com relação ao procedimento das tutelas cautelares requeridas em caráter antecedente, o réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir, sendo que, se o pedido for contestado, deverá ser observado o procedimento comum.

Segundo o artigo 306 do Projeto do Novo Código de Processo Civil, efetivada a tutela cautelar, o pedido principal deverá ser formulado pelo autor, no prazo de trinta dias, e será apresentado nos mesmos autos do pedido cautelar.

De acordo com o artigo 307 do projeto, a medida de urgência terá sua eficácia cessada nos casos de falta da apresentação do pedido principal no prazo legal; falta de efetivação da medida no prazo de 30 (trinta) dias e improcedência do pedido principal ou extinção sem resolução de mérito.

Em quaisquer dos casos de cessação da eficácia de liminares, é vedada a renovação do pedido cautelar, salvo a ocorrência de novo fundamento, como disposto no § 1º do mesmo artigo 307.

De todo modo, esse projeto prevê, em seu artigo 308, que o indeferimento da tutela cautelar não obsta que a parte formule o pedido principal, nem influi no

julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

As tutelas provisórias - de urgência ou da evidência - requeridas em caráter incidental, poderão ser solicitadas nos próprios autos do processo principal, independente do pagamento de custas, de acordo com o artigo 297 do referido projeto.

Há que se destacar, ainda, os casos em que a tutela da evidência é permitida pelo projeto ora analisado. Realmente, de acordo com o artigo 309, a tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nos casos de (i) abuso do direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório da parte; (ii) alegações comprovadas documentalmente, com tese firmada de casos repetitivos em julgamento ou em súmula vinculante; (iii) tratar-se de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob pena de multa e (iv) a petição inicial estar instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Em conclusão, genericamente pode-se considerar positiva a mudança projetada em muitos aspectos relacionados ao instituto das medidas de urgência.

3. RESTRIÇÕES À ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Como visto, o direito brasileiro consagra em sua plenitude o instituto da antecipação da tutela, admitindo preliminarmente a satisfação da pretensão do demandante no processo de conhecimento, nos casos em que presentes os requisitos legais para tanto, ou em alguns outros expressamente determinados pelo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, existem ainda, atualmente, diversas normas restringindo o direito da parte aos pleitos antecipatórios, em alguns casos específicos, sendo que alguns exemplos serão objeto de análise no presente estudo, a partir desse momento.

Contudo, a previsão legal de tais restrições à antecipação da tutela é constantemente questionada pelos estudiosos do tema, no sentido de se verificar se tais limitações à concessão de liminares são compatíveis com a garantia constitucional de acesso a um processo justo e eficiente.

De acordo com os ensinamentos de Galeno Lacerda, ao comentar as liminares em ações cautelares, é possível que a lei igualmente proíba as liminares, desde que não vedado o direito à ação principal, o que ofenderia a Constituição Federal.¹⁵¹

José Lázaro Alfredo Guimarães sustenta que as restrições legais à concessão de liminares são válidas e perfeitamente adequadas ao sistema constitucional¹⁵², pois submetem a tutela judiciária ao devido processo legal, ressalvando, contudo, os casos excepcionais de perecimento do direito.

Em nosso entendimento, em linha de princípio, cumpre reconhecer ao legislador ordinário a faculdade de fixar os requisitos, os parâmetros, os pressupostos positivos ou negativos para a concessão de liminares, tanto antecipatórias como cautelares “stricto sensu”, inclusive na ação de mandado de segurança.

¹⁵¹ LACERDA, G. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. São Paulo: Forense, 1998. 8 v. 1 t, nº 58. p. 243.

¹⁵² GUIMARÃES, J. L. A. *As ações coletivas e as liminares contra ato do Poder Público*. Brasília: Jurídica, 1993. p. 33.

O devido processo legal, em última análise, socorre não somente o autor como, na mesma medida, o demandado, e a ambos socorre a garantia, como regra, de um contraditório pleno, também constitucionalmente assegurado (conforme o artigo 5º, LV, da Constituição Federal). Não se vê, pois, a radical inconstitucionalidade apontada por diversos juristas e magistrados.

Aliás, em ponderada e criteriosa observação extensível às liminares em geral, há defensores de que a absoluta maioria dos casos de proibição legal de concessão de liminares em mandado de segurança são de hipóteses em que não deveriam mesmo ser concedidas, porque ausente o pressuposto de sua concessão, qual seja, a necessidade da providência imediata sob pena de, procedente a pretensão definitiva, ser ela ineficaz se a liminar não tivesse sido concedida.

Em outras palavras, essas leis teriam mais caráter didático ou de explicitação do que a doutrina e a jurisprudência entendiam anteriormente.

Sabe-se que a inconstitucionalidade só se decreta quando evidente, quando ostensiva a ofensa à Constituição. Toda presunção é pela constitucionalidade da lei, e qualquer dúvida razoável deve ser resolvida em seu favor e não contra ela. Os tribunais não a julgarão inválida, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca.¹⁵³

De todo modo, existem autores que sustentam que o legislador infraconstitucional não poderia opor quaisquer restrições à concessão de liminares, sob pena de ofensa ao direito da parte à plenitude da jurisdição.¹⁵⁴

Para Nelson Nery Jr., por exemplo, o direito à tutela jurisdicional não é suficiente. Pelo direito de ação, todos podem obtê-la de forma adequada do Poder Judiciário, sem o que o princípio estaria vazio de sentido. Assim, quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos

¹⁵³ BITTENCOURT, L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Forense, 1968. p. 92.

¹⁵⁴ LARA, B. R. *Liminares no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1993; ROCHA, C. L. A. da. *A liminar no mandado de segurança*. In: *Mandados de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 201.

legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, proibindo a tutela urgente.¹⁵⁵

De fato, existem diversas oportunidades em que a peremptória negativa de liminar pode motivar, com certeza, ou com grande nível de probabilidade, o perecimento da própria pretensão, apresentada no processo com visos de real verossimilhança. Nesses casos excepcionais, e apenas neles, o direito constitucional a uma jurisdição eficaz suplantará as limitações estabelecidas em lei ordinária.

O problema reside fundamentalmente naqueles casos em que o resultado útil, o resultado efetivo da ação supõe necessariamente o deferimento de medida de urgência, sem a qual o direito material do postulante estará exposto a perecer, inclusive pela perda de seu objeto.

A partir desse momento, esse trabalho analisa algumas das restrições legais existentes à antecipação de tutela, bem como as suas relativizações, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Ressalta-se que esse estudo não pretende em nenhum momento esgotar todas as restrições existentes à tutela antecipada, ou todos os aspectos referentes às restrições analisadas – até porque provavelmente a maioria delas poderia consubstanciar outra dissertação específica, da mesma natureza da presente –, mas apenas analisar as principais delas, seus aspectos gerais e os principais entendimentos a respeito da sua aplicação.

3.1. Pressuposto negativo da antecipação de tutela: a reversibilidade

O § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe que “não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Aqui, mais uma vez, o legislador pecou na utilização do vernáculo, criando dificuldade para a aplicação do dispositivo.

Ao contrário dos pontos desenvolvidos nos itens do capítulo anterior, no caso do disposto no referido dispositivo legal, o intérprete e o aplicador se veem diante de

¹⁵⁵ NERY JR., N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 132.

um verdadeiro “pressuposto negativo”, isto é, diante de uma situação que de fato não deve estar presente para que a antecipação da tutela tenha lugar, verdadeira restrição legal ao deferimento das medidas dessa natureza.

Toda vez que houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a tutela antecipada deve ser indeferida. É esse o rigor da regra, que sugere a sua literalidade.¹⁵⁶

Contudo, há divergência doutrinária com relação a essa condição específica para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, especificamente quanto ao fato de se tratar da reversibilidade do provimento antecipado ou dos efeitos desse provimento antecipado.

Por um lado, há os que entendem que o legislador efetivamente quis fazer menção aos efeitos fáticos decorrentes da decisão antecipatória, de modo que, caso os efeitos no mundo real sejam considerados irreversíveis ao final da demanda e seja necessário retornar ao “status quo ante”, a antecipação dos efeitos da tutela deve ser negada.¹⁵⁷

Ou seja, já que a tutela antecipada é concedida com base em juízo de cognição sumária e já que, por isso mesmo, ela é revogável e modificável nos termos do § 4º do mesmo dispositivo, sendo provisória até ser ou não confirmada pela sentença que será oportunamente proferida, o ideal é que seus efeitos práticos não provoquem qualquer situação irreversível, porque se ela, durante o processo, for revogada ou modificada, é possível se retornar ao “status quo ante”.

Nessa linha, J. E. Carreira Alvim leciona que irreversível não é uma qualidade do provimento, na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em contrária, mas sim da consequência fática que dele resulta, pois essa é que poderá correr o risco de não ser repostas no “status quo ante”, ou não sê-lo em

¹⁵⁶ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 4 v. p. 48.

¹⁵⁷ “A adequada exegese a ser dada a esse dispositivo indica que irreversíveis devem ser os efeitos do provimento, e não a medida deferitória da tutela antecipada. O conceito de irreversibilidade é informado pela real possibilidade de retorno à situação fática anterior, ao momento que ao provimento é concedido, parecendo a Sérgio Bermudes e Araken de Assis que se esta recomposição for somente possível mediante reparação pecuniária, haverá irreversibilidade dos efeitos satisfativos deferidos” (PENNA, N.; OLIVEIRA, F. C. dos S. ; ANCIÃES, M. C. P. O perigo da irreversibilidade na antecipação de tutela. In: *Revista de Processo*, nº 106, abr/jun 2001. p. 94).

toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ela beneficiada não teria condições de suportar.¹⁵⁸

Nesse sentido, ao dissertar sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno afirma entender a preocupação do legislador com a previsão legal de tal restrição, pois uma das questões mais importantes da antecipação de tutela é a busca de “igualdade substancial entre os litigantes, no limiar ou ao longo do processo”, razão pela qual ela não poderia criar situação de desigualdade para nenhuma das partes como, por exemplo, no caso de a decisão de tutela antecipada não confirmada ao final do processo causar prejuízos ou gerar efeitos irreversíveis.¹⁵⁹

Para Teori Albino Zavascki, referido pressuposto negativo decorre igualmente da preocupação em se antecipar irreversivelmente a vitória do autor, sem assegurar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.¹⁶⁰

De outro lado, há a segunda corrente, que trata o § 2º em seu sentido literal, de forma que, quando o legislador explicitamente redigiu “irreversibilidade do provimento”, estava de fato tratando de irreversibilidade jurídica, “referindo-se à impossibilidade de o juiz constituir ou declarar situações ou relações jurídicas de maneira provisória, pois tais relações, porventura constituídas ou declaradas, produziram efeitos jurídicos irreversíveis, não se confundindo, assim, com os efeitos fáticos decorrentes da concessão da tutela, que poderão ser irreversíveis”.

Barbosa Moreira explica que, literalmente, para excluir a possibilidade da antecipação, o perigo deveria consistir na irreversibilidade do provimento em si, o que não nos parece sustentável, pois ele sempre será essencialmente reversível,

¹⁵⁸ CARREIRA ALVIM, J. E. *Código de Processo Civil Reformado*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 107; BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 372.

¹⁵⁹ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 4v. p. 49. No mesmo sentido: “É natural que, por ser provisória a eficácia do provimento cautelar, preocupe-se o legislador com sua reversibilidade, principalmente quanto àqueles de conteúdo antecipatório. Daí a advertência do art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil, devendo o julgador cercar-se de todo o cuidado possível para não antecipar efeitos que não possam ser revertidos” (BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 373).

¹⁶⁰ ZAVASCKI, T. A. *Antecipação de Tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97.

conforme ressalta o disposto no § 4º, que autoriza o juiz a revogar ou modificar a medida a qualquer tempo.¹⁶¹

Esse também é o entendimento dos doutrinadores José Miguel Garcia Medina¹⁶² e Luiz Guilherme Marinoni.¹⁶³

Luiz Guilherme Marinoni observa que, embora a antecipação da declaração e da constituição seja possível em uma perspectiva técnico-processual, é inegável que ela seja inviável diante de certas situações de direito substancial, sendo que a impossibilidade da constituição provisória nada teria a ver com a técnica processual, ou com o fato de a tutela poder ser revogada.

Nesse escorço, a função do § 2º no artigo 273 seria apenas a de deixar claro que a antecipação de declaração e constituição estaria proibida em certas hipóteses – não em todos os casos – mas naqueles em que o direito substancial exigiria, para sua efetividade, a inviabilidade de decisões provisórias, como ocorre nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas.¹⁶⁴

A consequência dessa interpretação do § 2º se mostra evidente: o juiz não deve condicionar o deferimento da tutela antecipada à reversibilidade dos efeitos fáticos do provimento. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, não há razão para não se

¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA, J. C. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: *Revista de Processo*, nº 104, out/dez 2001. p. 105.

¹⁶² MEDINA, J. M. G. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. In: *Revista de Processo*, nº 86, abr/jun 1997. p. 28.

¹⁶³ “O que o art. 273 do Código de Processo Civil veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de ‘irreversibilidade do provimento antecipado’ – que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias. [...] Quando o art. 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, a antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento” (MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 193-194).

¹⁶⁴ “[...] como a tutela jurisdicional – e, especialmente, a tutela antecipada –, somente adquire relevância quando compreendida como tutela dos direitos, não há a mínima possibilidade de interpretar a norma processual que consagra a tutela antecipatória sem visualizar as várias situações de direito substancial a que deve servir. Melhor explicando: o fato de o art. 273 do Código de Processo Civil não ter aludido aos casos em que a constituição não pode ser antecipada não permite concluir que ela jamais poderá ser antecipada, nem que ela sempre poderá ser antecipada. É por essa razão, absolutamente lógica, que afirmamos que a antecipação não pode ocorrer nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas. Ora, é pouco mais que absurdo imaginar que alguém pode ser provisoriamente filho ou provisoriamente solteiro” (MARINONI, L. G. *op. cit.*, 2009, p. 195).

permitir a concessão de tutelas antecipadas capazes de gerar efeitos fáticos irreversíveis, pois “a tutela cautelar não raramente produz tais efeitos”.¹⁶⁵

De acordo com esse doutrinador, a tradicional posição de que o juiz não deve decidir em sede provisória sobre efeitos irreversíveis demonstra um preconceito em relação aos juízes brasileiros, os quais, teoricamente, não estariam preparados para exercer a sua função judicante em sede sumária, o que não se pode admitir.

Observe-se que, embora a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não esteja contida no § 2º do artigo 273, para os adeptos dessa segunda corrente certamente a tutela sumária que pode causar prejuízo irreversível requer prudência. “Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo”.¹⁶⁶

Referida posição recebeu várias críticas da doutrina nacional, sendo a reversibilidade técnico-processual das tutelas antecipadas em decorrência da possibilidade de revogação da decisão prevista no § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil a principal delas.

Para esse estudo, tais críticas parecem apropriadas, e a primeira corrente sobre a reversibilidade fática dos provimentos antecipatórios parece muito mais coerente com a questão analisada.

Assim, parece haver imperfeição técnica em tal dispositivo, pois, embora o § 2º fale em irreversibilidade do provimento, o que seria da decisão concessiva da tutela, tal irreversibilidade não é do provimento, mas de seus efeitos jurídicos, materiais ou concretos.

¹⁶⁵ “Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. Ora, se o autor, além de ter que demonstrar a probabilidade do direito, deve frisar o *periculum in mora*, não há como deixar de tutelar o direito mais provável. É nesse sentido que se afirma que a tutela antecipatória se funda no princípio da probabilidade. Não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional, podem exigir a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável, em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado. Como corretamente adverte Tommasco, sacrificar o improvável pelo provável, nisso consiste a ética da jurisdição de urgência” (MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 197-198).

¹⁶⁶ MARINONI, L. G. *op. cit.*, 2009, p. 201.

Isso porque todo provimento judicial provisório sempre será reversível, seja pelo próprio juiz, nas oportunidades e hipóteses previstas no Código de Processo Civil, seja pelos Tribunais estaduais, por meio dos recursos cabíveis¹⁶⁷.

Ademais, quando se fala em reversibilidade, não se pode pensar em apenas duas situações – medida reversível ou medida irreversível. Na verdade, a reversibilidade pode ser de difícil ocorrência, ou pode demandar excessivo tempo, dinheiro e atividade processual. Assim, é possível apurar, no caso concreto, o quanto a medida pode ser mais ou menos facilmente reversível.

Contudo, mesmo para os adeptos da primeira corrente, a utilização do instituto da tutela antecipatória não pode ser hermeticamente restrita a situações em que o pressuposto negativo de reversibilidade dos efeitos do provimento é encontrado, pois haverá situações em que o deferimento ou o indeferimento da tutela antecipada poderá desencadear efeitos irreversíveis.

A partir desse momento, a análise se pauta nas situações em que tal restrição é relativizada e nas justificativas apresentadas para esses casos.

3.1.1. A relativização da reversibilidade da tutela antecipada

A partir do ingresso, no sistema jurídico brasileiro, do instituto da tutela antecipada, previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil, muitos estudiosos se dedicaram ao tema e muitas polêmicas surgiram.

Conforme mencionado nos itens anteriores, nas tutelas de urgência em geral o eixo central da atuação do sistema processual consiste no resguardo de direitos que estão ameaçados de lesão por alguma circunstância que, se não for enfrentada imediatamente, poderá acarretar prejuízos de difícil reparação, ou até mesmo irreparáveis.

Dessa forma, certamente nesses casos o Poder Judiciário irá se deparar com situações nas quais se deve ponderar sobre os interesses em conflito e decidir se irá

¹⁶⁷ LOPES, J. B. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 83.

deferir ou não a tutela de urgência pleiteada¹⁶⁸. Sobre essas questões, a doutrina comumente menciona a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que o juiz deve sopesar os riscos causados ao demandante e ao demandado, nos casos de denegação ou concessão da medida.¹⁶⁹

Nesse sentido, conforme mencionado anteriormente, de acordo com o artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil, não será admissível a tutela antecipada se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Deparando o magistrado com pleito antecipatório cujo provimento pode ocasionar consequências fáticas irreversíveis, nos dizeres de João Batista Lopes, a proibição da tutela antecipada nesses casos de perigo de irreversibilidade corresponde a opção política do legislador, com o evidente propósito de resguardar os direitos do réu cuja defesa ainda não foi amplamente examinada.¹⁷⁰

Assim, é possível excepcionar-se tal regra, admitindo-se a tutela antecipada em hipóteses excepcionais de irreversibilidade, quando o indeferimento da medida possa ocasionar lesão grave e irreparável extremo se comparado ao risco sofrido pelo réu, além de se considerar haver no caso um grau de convencimento elevado do juiz em favor da parte beneficiada.

Na verdade, o § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, para se compatibilizar com o sistema deve ser entendido apenas como uma regra geral, isto é, regra indicativa do caminho a ser ordinariamente seguido pelo magistrado, nunca como uma proibição absoluta. Assim tem entendido a jurisprudência em casos relacionados à aplicação do referido dispositivo legal.

¹⁶⁸ “Impossível traçar regras abstratas para resolver a questão. As circunstâncias concretas e a sensibilidade do juiz são os únicos dados para a busca do melhor resultado. Somente o confronto dos interesses em conflito, realizado à luz do princípio da proporcionalidade permitirá resolver o problema de forma adequada. É difícil e até mesmo dramática a posição do juiz, que deve optar por um dos valores, sabendo do possível sacrifício do outro. Mas, se não houver outra saída, terá ele de escolher um deles, mesmo com o risco de criar situação irreversível com sua decisão” (BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 378).

¹⁶⁹ DINAMARCO, C. R. *Instrumentalidade do Processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 320.

¹⁷⁰ LOPES, J. B. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

Conforme mencionado anteriormente, a jurisprudência já consagrou alguns exemplos de situações como essa em casos relacionados a problemas com prestação de serviços de saúde, prestações de caráter alimentar, questões envolvendo liberação de mercadorias perecíveis, dentre outros casos¹⁷¹.

Ressalta-se, nesse sentido, relevante julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, relacionado a caso envolvendo a União, tratando sobre saúde pública, no qual o Ministro João Otávio de Noronha, no qual se reconheceu expressamente a restrição contida no § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil não pode ser interpretada ao extremo, a ponto de tornar inviável o direito do agravado.¹⁷²

Athos Gusmão Carneiro ainda cita como exemplos os pedidos de saque de cruzados bloqueados (início do governo Collor), comprovando o dono do dinheiro dele necessitar para resguardar sua saúde e vida em operação urgente; os pedidos de autorização para aborto, pela gestante estuprada ou em risco de vida; os pedidos de autorização para transfusão de sangue, recusado pelo responsável por criança enferma, alegando motivos religiosos; ação indenizatória, concorrendo à verossimilhança em alto grau, com autor hipossuficiente e necessitado: o caso de um paraplégico buscando manter condições mínimas de sobrevivência postula a antecipação de tutela para que se lhe defira pensionamento mensal a ser compensado com a futura e provável indenização, e assim por diante.¹⁷³

Em casos excepcionais, como os mencionados, confirmada a presença dos requisitos legais, não pode o magistrado negar proteção ao autor, sob pena de condená-lo à morte, privá-lo das mínimas condições dignas de sobrevivência ou, ainda, condenar certas mercadorias à completa ruína etc. Contudo, reitere-se, tal deferimento não poderá ocorrer a qualquer custo. Não se poderá dispensar a demonstração da probabilidade do direito do autor.¹⁷⁴

¹⁷¹ TJSP, Agravo de Instrumento nº 0145896-70.2006.8.26.0000, Relator Desembargador Carlos Teixeira Leite, julgado em 16.2.2007; TJSP, Agravo de Instrumento nº 9006890-31.2002.8.26.0000, Relator Desembargador Miguel Cucinelli, 7ª Câmara do Quarto Grupo – Extinto 2º TAC, julgado em 5.11.2002.

¹⁷² STJ, Agravo Regimental no Agravo nº 502.173/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 2.8.2005.

¹⁷³ CARNEIRO, A. G. *Da antecipação de tutela*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 76

¹⁷⁴ BONÍCIO, M. J. M. *Proporcionalidade e Processo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 91.

Vê-se, assim, que a irreversibilidade é uma “via de mão dupla”, pois, se a concessão da medida pode causar dano irreparável ao réu, a negativa também poderá provocar o mesmo efeito em relação ao autor.

Essas situações emergenciais levam o jurisdicionado ao Poder Judiciário, e o magistrado, sopesando os fatos, aferindo a verossimilhança do direito afirmado, pode deferir a tutela antecipada, na tentativa de evitar a extinção total do direito.¹⁷⁵

Por outro lado, o provimento antecipatório pode criar, também para o réu, situações irreversíveis, pelo menos sob o aspecto de sua recomposição fática, o que poderia, se for o caso, ser ressarcido por meio de indenização patrimonial.

A esse respeito, Teori Albino Zavascki ensina que a vedação inscrita no § 2º merece ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela.

Isso porque, se em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição in natura da situação fática anterior, mesmo nessas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação ao improvável.¹⁷⁶

O fundamento jurídico que embasa tal sopesamento e flexibilização é, como mencionado anteriormente, o princípio da proporcionalidade, pelo qual, ante o conflito de princípios levado aos autos pelas partes, serão avaliados os interesses em questão e será dada prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão.

Nesse sentido, João Batista Lopes afirma que, embora todos os direitos sejam merecedores de respeito e proteção, o sistema confere status mais elevado aos direitos fundamentais do cidadão, irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis.

Diante disso e sob a ótica constitucional, não pode o juiz, com apoio na literalidade da norma processual (como, por exemplo, no caso do artigo 273, § 2º, do

¹⁷⁵ FADEL, S. S. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 36; BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 371.

¹⁷⁶ ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

Código de Processo Civil, que alude à reversibilidade do provimento) desrespeitar as diretrizes da Carta Magna.¹⁷⁷

Ora, diante dos diversos entendimentos expostos, bem como do próprio conceito do princípio da proporcionalidade, há que se admitir que, se a única forma de se evitar essa consequência e assegurar a efetividade do processo for antecipar efeitos irreversíveis, não se pode excluir de plano tal medida. Situações extremas permitem a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito.¹⁷⁸

Sequer a justificativa de ausência de segurança jurídica às partes merece ser acolhida. Vide o entendimento de Bedaque, sobre o qual é admitido em situações excepcionais o sacrifício do valor de segurança, como nos casos de mercadoria perecíveis, por exemplo, em que sua liberação compromete definitivamente a esfera jurídica do réu, pois a comercialização torna inútil a improcedência da demanda, e o não atendimento imediato ao pedido do autor gera a completa inutilidade do provimento favorável, já que a mercadoria, ao final, não mais poderá ser utilizada.¹⁷⁹

Além dos exemplos mencionados anteriormente, o Professor Bedaque ainda ilustra em sua obra sobre as tutelas de urgência outros casos interessantes: (i) a necessidade de autorização para que o filho viaje com um dos pais, contra a vontade do outro; e (ii) a intervenção cirúrgica que o pai pretende seja realizada no filho, com o qual a mãe discorda por querer “submetê-lo a tratamento por curandeira”.¹⁸⁰

¹⁷⁷ LOPES, J. B. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 86-87.

¹⁷⁸ ZAVASCKI, T. A. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In TEIXEIRA, S. de F. (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 163.

¹⁷⁹ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 375-376.

¹⁸⁰ “Não haverá mais interesse na discussão se o direito material ampara a pretensão do pai em autorizar a operação do filho cuja mãe pretende submetê-lo a outro tipo de tratamento. Caso seja autorizada a intervenção, a realização do efeito prático retira qualquer eficácia do resultado jurídico, pois sequer se pode pensar em indenização, incabível mesmo que o beneficiário da medida tivesse razão” (BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 381).

Definitivamente, está-se diante de situação em que a antecipação dos efeitos, destinada a garantir o resultado prático do processo, acaba se tornando faticamente irreversível.

Nesses casos extremos, em que o único meio para evitar dano irreparável ao direito do autor é a antecipação de tutela com efeitos irreversíveis, a alternativa para minimizar os danos da parte eventualmente prejudicada é a substituição por perdas e danos. Assim, a indenização por perdas e danos resolveria a possível irreversibilidade.

Também, em alguns casos, a caução constitui alternativa viável para assegurar o ressarcimento daquele que vier a sofrer os efeitos da antecipação de tutela. A caução nada mais é do que uma espécie de contracautela, pois visa a evitar danos porventura causados pelo provimento cautelar. Contudo, conforme será pormenorizadamente demonstrado a seguir, a prestação de caução não deve constituir óbice intransponível à concessão da tutela cautelar.

Além de o valor da caução, em princípio, não garantir o retorno da situação ao status quo ante de forma perfeita (*in natura*), não se pode entender tal solução como regra geral. Somente cabe sua adoção em condições de absoluta excepcionalidade, ou seja, quando ficar evidenciado que, sem a antecipação, o direito provável sofre sério risco de perecer.

Mesmo porque, se as perdas e danos constituíssem alternativa normal, raramente haveria situação irreversível, pois todo prejuízo causado pela antecipação seria, em tese, passível de ressarcimento.

A esse respeito, José Roberto dos Santos Bedaque ensina que essas situações extremas devem ser solucionadas com cuidado, pois tanto o pressa quanto a hesitação podem causar danos irreparáveis à parte. Talvez esteja aqui uma das situações em que a contracautela se mostre adequada, sendo que a admissibilidade dessa técnica deve ser analisada em face da garantia constitucional de acesso à justiça e à efetividade da tutela.¹⁸¹

¹⁸¹ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380.

Embora não exista, no plano infraconstitucional, uma provisão específica para a tutela sumária não cautelar, ou seja, um provimento antecipado, precedido de cognição não exauriente e irreversível, o sistema deve se compatibilizar com as garantias constitucionais de acesso à justiça. E não há como se excluir da proteção jurisdicional determinando direito, que necessita de tutela urgente, apenas por falta de regulamentação do procedimento pelo legislador ordinário.

Tal entendimento demonstra a tendência dos processualistas atuais a não se apegarem excessivamente aos aspectos jurídicos das tutelas de urgência, pois, no atual estágio de desenvolvimento em que se encontra a ciência processual, melhor é pensar nos resultados que a tutela jurisdicional irá proporcionar e, com isso, na justa adequação dos meios utilizados pelo sistema para atingir o resultado, atraindo assim o foco das atenções para os aspectos práticos do processo.

O Estado assumiu o dever de prestar a tutela jurisdicional, tal como consta na garantia de acesso à justiça prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, e, portanto, ele precisa se preocupar em adotar meios adequados para prestar tal serviço, inclusive no que diz respeito aos resultados da referida tutela.

Ao conceder uma liminar, o Poder Judiciário deverá ter em vista não só os valores dos interesses em conflito, mas também a adequação da medida adotada frente ao resultado final do processo de conhecimento.

Essa necessidade de ponderação de valores por parte do magistrado responsável deriva da própria Constituição Federal, mais especificamente dos princípios e das garantias nela previstos, e principalmente do princípio da proporcionalidade, que permite a flexibilização do rigor legal, no caso, da restrição prevista no § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil diante de outros valores em conflito.

Nesse sentido, considerando-se as tutelas de urgência, nas quais o Poder Judiciário é solicitado para a defesa de direitos em iminente risco, com a necessidade de imediata solução, sob pena de a parte sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, é necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, para que sejam ponderados os interesses em conflito, mas sem prejudicar a realização da justiça no caso concreto.

Não é o objetivo desse trabalho dissertar sobre o conceito do princípio da proporcionalidade e sua aplicação, até porque, diante das inúmeras questões polêmicas que envolvem o tema, seria necessário realizar estudo específico para poder exauri-las.

Tal princípio – que não está expressamente previsto da Constituição Federal – tem sua origem ligada à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, especialmente aos casos de colisão entre dois ou mais princípios constitucionais ou direitos fundamentais.

A Constituição Federal brasileira adotou de forma expressa, em seu artigo 1º¹⁸², a política do Estado Democrático de Direito, consagrando a proteção e garantia dos direitos fundamentais como meio de proteção e respeito ao cidadão.

De acordo com a doutrina, uma das formas de proteção a esses direitos fundamentais seria a utilização do princípio da proporcionalidade, que justamente teria origem do próprio mencionado Estado Democrático de Direito¹⁸³.

Segundo Marcelo José Magalhães Bonício, além do Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade seria decorrente da garantia constitucional do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal)¹⁸⁴.

Sabe-se que a colisão entre princípios não acontece no campo da validade, mas sim no da dimensão do peso de cada um, pois serão analisadas as circunstâncias de cada caso, para que um prevaleça sobre o outro, sempre da forma mais equilibrada possível.

¹⁸² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.”

¹⁸³ MENDES, G. F. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. In: Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, n. 14, caderno 2, 2000. p. 361-372; BARROSO, L. R. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 23, a. 6, abril-junho 1998; BARROS, S. de T. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

¹⁸⁴ BONÍCIO, M. J. M. *Proporcionalidade e Processo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

Por essa razão, esse princípio é denominado por alguns estudiosos de “meta-princípio”, ou, ainda, o “princípio dos princípios”, que se utiliza da ponderação de bens como método a proferir decisão de preferência entre direitos ou bens em conflito.

A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais decorre da própria estrutura desses direitos. Isso porque, quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais, e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos.

Assim, em cada caso concreto, compete ao juiz examinar as diferentes questões que estão em jogo e a proporcionalidade da providência, ou seja, o órgão jurisdicional deve se mostrar consciente – e sempre por decisão amplamente fundamentada – dos benefícios e malefícios da concessão e da denegação da tutela antecipada pleiteada.

Contudo, existem doutrinadores que esboçam preocupação com relação à aplicação extensa e em alguns casos infundada do princípio da proporcionalidade.

É o caso de Luiz Fernando Afonso Rodrigues, que entende que a doutrina tem se utilizado desse princípio para privilegiar mais a efetividade da prestação jurisdicional do que a segurança jurídica¹⁸⁵, e de Maria Elizabeth de Castro Lopes, que pondera que o referido princípio vem sendo invocado de forma indiscriminada, podendo causar problemas graves para a realização da justiça.¹⁸⁶

O que se exige, mais do que nunca, é que tais casos sejam analisados criteriosamente, e que o juiz responsável se atente à importância da fundamentação de sua decisão.

O magistrado – que sabe que a orientação geral é para que se evite antecipações provocadoras da irreversibilidade – deve, diante de um caso mais delicado, perguntar se há alguma maneira de resolver a dificuldade sem prejudicar a efetividade do direito que se crê provável.

¹⁸⁵ RODRIGUES, L. F. Afonso. *Tutela de urgência no direito de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 41.

¹⁸⁶ LOPES, M. E. de C. *O juiz e o princípio do dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 80.

Nos casos em que não seja possível alguma solução desse tipo, deverá então o juiz sopesar os valores envolvidos, com base no princípio da proporcionalidade mencionado anteriormente, e fazer a opção que entenda mais correta.

3.1.2. A necessidade de prestação de caução

Conforme demonstrado nos itens anteriores, embora se compreenda a cautela do legislador ao estipular o pressuposto negativo da reversibilidade das decisões de antecipação de tutela no § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, não se pode admitir tal restrição com a severidade que o texto legal parece impor.

Assim, surgiram as manifestações da doutrina e da jurisprudência pela relativização de tal restrição. Nesse contexto, Barbosa Moreira sugere, para evitar os riscos de irreversibilidade, a exigência de prestação de caução em certos casos.¹⁸⁷

A caução constitui alternativa viável para assegurar o ressarcimento daquele que vier a sofrer os efeitos da antecipação de tutela. Ela nada mais é do que uma espécie de contracautela, pois visa a evitar danos porventura causados pelo provimento cautelar, abrandando a violência ocasionada pela “invasão da esfera jurídica do requerido”, sem a realização da cognição necessária no caso, de acordo com o previsto em lei.¹⁸⁸

Essa é uma providência na tentativa de se restabelecer a igualdade de tratamento entre as partes no processo. Assim, o julgador poderá exigir a caução sempre que entender que a antecipação da tutela possa ocasionar prejuízo a quem suportará seus efeitos, caso a decisão não seja confirmada ao final do processo.

De acordo com o entendimento de Bedaque, a caução restabelece o equilíbrio do contraditório entre as partes, que pode ser considerado ameaçado com a antecipação da tutela. Referida determinação seria necessária para se evitar o dano ao autor, decorrente da demora exagerada da prolação da tutela final do

¹⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, J. C. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 81. 198-211, jan/mar 1996. p. 205.

¹⁸⁸ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 436.

processo, e ao mesmo tempo para impedir a ocorrência de prejuízo irreparável ao réu prejudicado pela decisão inicial.¹⁸⁹

Dinamarco, por sua vez, reconhece a função da caução para se afastar ou se mitigar o risco de irreversibilidade do provimento antecipatório garantindo-se a possibilidade de retorno ao “status quo ante”, no caso de não confirmação da tutela antecipada ao final do processo.

Para esse doutrinador, o juiz deve verificar a necessidade ou não de prestação da caução e o valor da garantia prestada, levando em conta a existência e o grau do risco a ser imposto ao requerido.¹⁹⁰

Nesse mesmo sentido, há a responsabilidade objetiva prevista no artigo 811 do Código de Processo Civil, também com a finalidade de sujeitar a parte beneficiada pela antecipação de tutela à obrigação de indenizar eventuais danos causados à parte eventualmente prejudicada.

Contudo, em alguns casos, a exigência de caução inviabiliza a concessão da tutela antecipada, pois o autor não possui mínimas condições para oferecê-la; ao mesmo tempo, é extremamente necessária à garantia do direito, que pode se tornar completamente inútil caso não deferido o pedido antecipatório.

O Professor Bedaque ainda levanta a hipótese de casos nos quais o interesse em discussão não tem conteúdo patrimonial, razão pela qual a prestação de caução não seria capaz de garantir qualquer reparação pelo prejuízo causado.¹⁹¹

Em qualquer das hipóteses levantadas, a caução não se apresenta como solução adequada para, conforme já mencionado, restabelecer o contraditório e a igualdade entre as partes, pois, no primeiro caso, ela não deve constituir óbice intransponível à concessão da tutela cautelar e, no segundo, não assegura à parte supostamente prejudicada chance de reparar os efeitos de eventuais danos causados pela concessão da tutela antecipada.

Estabelecer a caução como regra geral para a concessão de medida antecipatória significa inviabilizar tal medida para a parte hipossuficiente. Em

¹⁸⁹ BEDAQUE, J. R. dos S. *op. cit.*, p. 436.

¹⁹⁰ DINAMARCO, C. R. *Nova era do processo civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 100.

¹⁹¹ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 437.

consequência, se a tutela antecipada se mostra como realmente necessária à eficácia do provimento final, esse também acabará se tornando inútil.

Por isso, é preciso conferir liberdade ao juiz para avaliar a situação e, caso a caso, decidir a respeito da utilidade, necessidade e adequação da contracautela.

Como a tutela cautelar tem-se mostrado instrumento eficaz exatamente para assegurar o resultado de processos com conteúdo não patrimonial, ou pelo menos não exclusivamente patrimonial, bem como para garantir a eficácia de provimentos voltados para interesses de pessoas hipossuficientes, deve o julgador se valer de outros mecanismos para evitar prejuízos à parte contra quem a medida é requerida.

Ainda que esses meios adicionais não sejam suficientes ou cabíveis no referido caso, essa situação não pode constituir empecilho à incidência do mecanismo acautelatório, sob pena de impedir o próprio resultado do processo.

Para Bedaque, a solução adequada não pode passar por ideias restritivas sobre a tutela cautelar, como já afirmado acima.

Preferível é conscientizar o julgador da importância do mecanismo colocado a sua disposição, para assegurar a efetividade da função jurisdicional, reiterando sempre a necessidade de o pedido dessa modalidade de tutela ser analisado com extremo cuidado, sempre à luz do escopo maior desse instituto – preservação do equilíbrio do contraditório, da igualdade das partes e da eficiência da tutela jurisdicional.

Ações dessa natureza estão intimamente relacionadas a postulados constitucionais do processo, como a garantia de acesso à justiça e à ampla defesa.¹⁹²

Assim, o magistrado deve se atentar para as peculiaridades da situação substancial que se encontra à base do pedido de tutela cautelar. Somente essa

¹⁹² BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 438. No mesmo sentido: “A irreversibilidade, todavia, não pode se constituir em impedimento absoluto à concessão da tutela antecipada. Além dos valores em conflito, deve-se levar em consideração, para solução do problema, a circunstância de que a antecipação depende da verossimilhança do direito. Nessa medida, improvável tenha razão a parte contrária. Essas situações extremas devem ser solucionadas com cuidado, pois tanto o aqodamento quanto a hesitação podem causar danos irreparáveis à parte. Talvez esteja aqui uma das situações em que a contracautela se mostre adequada” (MARCATO, A. C. (coord.). *Código de processo civil interpretado*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 835).

visão lhe permitirá adotar a solução mais adequada, conferindo ao instituto da cautelar sua verdadeira função no sistema e contribuindo decisivamente para o tão almejado acesso à ordem jurídica justa.

3.2.A exigência legal de haver pedido inicial para possibilitar a concessão da antecipação de tutela

3.2.1. A necessidade do requerimento da parte para o deferimento da tutela antecipada e a legitimidade para a formulação do pedido

Conforme desenvolvido nos itens anteriores, o artigo 273 do Código de Processo Civil determina expressamente que é possível se antecipar os efeitos da tutela pretendida “a requerimento da parte”.

Vale lembrar, sem repetir toda a fundamentação já explicitada em item anterior sobre o tema, que a formulação de pedido por quem seja parte da lide é considerada um dos pressupostos positivos para a concessão da antecipação da tutela no processo civil, de acordo com a interpretação literal da lei.

No mesmo sentido, o mencionado artigo 273 dispõe que o requerimento da parte deve ser relacionado à “tutela pretendida no pedido inicial”, pelo que se deduz que seria apenas apreciável o pedido da parte que o formulou.

Assim, novamente segundo o exposto texto legal, a tutela antecipada poderia ser requerida apenas pelo autor, com relação ao processo principal.

Contudo, novamente há divergência doutrinária sobre a questão. Para Athos Gusmão Carneiro, a tutela antecipada ainda pode ser requerida (i) pelo reconvinte, com relação ao processo reconvenicional¹⁹³; (ii) pelo autor da ação de oposição; (iii) pelo autor principal, também contra os réus eventualmente chamados ao processo; (iv) pelos intervenientes, como assistente litisconsorcial e (v) pelo Ministério Público,

¹⁹³ Assim também entende João Batista Lopes, em razão de, nesse caso, o réu exercer papel de autor da reconvenção, além de admitir esse entendimento em todas as demais ações que tenham caráter dúplice, como nas possessórias, no pedido contraposto etc. (LOPES, J. B. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 125).

quando presente como “custos legis” e a benefício da pessoa assistida ou protegida.¹⁹⁴

Luiz Guilherme Marinoni ainda acrescenta às hipóteses explicitadas acima a possibilidade de o réu denunciante também requerer a concessão da tutela antecipada contra o denunciado, se já tiver sido decretada a tutela antecipada a seu desfavor e, da mesma forma, admite, contra o réu originário, no caso de chamamento ao processo, se já tiver contra si proferida decisão positiva de antecipação da tutela.¹⁹⁵

Problema maior é saber se o réu teria interesse em formular referido pedido dessa natureza, ou se seria possível pleitear a tutela antecipada quando houve apenas a contestação, sem a realização de um pedido, como, por exemplo, na hipótese de se pretender apenas o julgamento célere da causa ou outro efeito, que decorreria da improcedência da ação.

Considerando-se a figura do réu regular do processo civil que, em regra, resiste ao pedido inicial, não haveria sentido em requerer para si tutela jurisdicional, embora a mera rejeição da pretensão do autor corresponda à prestação dessa tutela a seu favor. De todo modo, não haveria inicialmente efeitos concretos e palpáveis sobre a prestação a ser concedida ao réu, razão pela qual não existiria possibilidade de antecipação de tutela nesse caso.¹⁹⁶

Nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro aponta que uma das soluções encontradas pela doutrina para esses casos de eventual necessidade de concessão imediata da tutela negativa em favor do demandado, em casos de propositura de

¹⁹⁴ CARNEIRO, A. G. Da antecipação de tutela. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 57.

¹⁹⁵ MARINONI, L. G. *Antecipação da tutela*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 148-150.

¹⁹⁶ “Quando muito, o réu pode se empenhar ao máximo para que o processo chegue ao seu fim o quanto antes, até mesmo sem o julgamento do pedido do autor, pelo acolhimento de alguma defesa peremptória (v. n. 2.2 do Capítulo 3 da Parte II d vol. 2, tomo I). Isso, contudo, em si mesmo considerado, não tem qualquer relação com o instituto em exame. Pode até ocorrer de a situação descrita no art. 285-A justificar o indeferimento liminar da petição inicial, com a improcedência do pedido do autor, independentemente da citação do réu. Mesmo aqui, entretanto, não se trata, propriamente, de tutela antecipada nos termos discutidos. A despeito de também realizar os mesmos princípios constitucionais agasalhados no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, trata-se de outra técnica processual” (BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 4v. p. 55); no mesmo sentido: CARNEIRO, A. G. *Da antecipação de tutela*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 58.

ação manifestamente infundada, são as hipóteses de indeferimento da petição inicial, de acordo com o previsto no artigo 295 do Código de Processo Civil, ou de julgamento antecipado da lide, em atenção ao previsto no artigo 330 da mesma lei.¹⁹⁷

Fredie Didier Jr., por sua vez, adota posição contrária à mencionada acima, em seu estudo sobre o tema.

Para ele, o réu pode requerer a tutela antecipada – além de quando for reconvinte, denunciante, formular pedido contraposto, com ação declaratória incidental, ou quando a ação for dúplice – até mesmo quando simplesmente contestar a demanda sem caráter dúplice.

Preenchidos os pressupostos legais, seria possível requerer a antecipação dos efeitos da tutela declaratória negativa, correspondente à improcedência do pedido do autor, sempre em atenção ao princípio da isonomia.¹⁹⁸

Marinoni admite que referida possibilidade não tem sido considerada pela maioria da doutrina, mas acaba concordando com a ideia adotada por Didier, apesar de considerá-la situação mais complexa.

Segundo o seu estudo, a tutela jurisdicional requerida pelo réu em contestação tem cunho declaratório, e se o autor pode requerer a antecipação de tutela em ação declaratória, o réu também o poderá, desde que presentes os requisitos legais no caso concreto. “A tutela inibirá o autor de praticar atos que poderiam impedir o réu de praticar o que, em caso de improcedência, será declarado legítimo”.¹⁹⁹

De fato, a prática dos processos judiciais tem mostrado inúmeras hipóteses em que se vê que o réu pode ter interesse na concessão da tutela antecipada, visto que há muitos casos em que o autor não tem razão e aciona a máquina judiciária por erro, ou, às vezes, até com o propósito único de prejudicar o bom nome do réu, que pode pretender ver o processo ser julgado com a maior celeridade possível.

¹⁹⁷ CARNEIRO, A. G. *op.cit.* p. 58.

¹⁹⁸ DIDIER JR., F. Curso de direito processual civil,. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. 2v. p. 514.

¹⁹⁹ MARINONI, L. G. *Antecipação de tutela*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.

Podemos destacar os seguintes exemplos dessas situações: (i) o requerimento em demanda condenatória contestada da exclusão provisória dos dados dos órgãos de proteção ao crédito²⁰⁰, relacionada à suposta dívida; e (ii) o requerimento em embargos à execução que eventualmente tenham suspenso o trâmite da mesma para a continuidade daquele processo, em razão do intuito manifestamente protelatório dos referidos embargos.

Realmente, em nosso entendimento, é possível, sim, a tutela antecipada ser requerida pelo réu também nas hipóteses que houver apenas contestado a ação, desde que exista para ele fundado receio de dano, fique caracterizado o abuso do direito de ação ou manifesto propósito protelatório do autor, ou em quaisquer outras das hipóteses previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Esse entendimento decorre inclusive do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ou seja, existindo ou não lei que possibilite ao réu expressamente requerer a antecipação da tutela final pleiteada em contestação, em razão da constitucionalização do processo explicitada nos capítulos iniciais desse estudo, deve o Poder Judiciário aceitar e analisar tal pedido, evitando, se for o caso, a lesão ou a ameaça de direito do réu.

Ora, se o direito à tutela jurisdicional antecipada tem sua força e essência extraída da própria Constituição Federal, como explanado, nada impede que o réu possa pleitear, ainda que sem expressa previsão legal, mas também em face ao princípio da isonomia, a concessão da tutela antecipada, a fim de que o magistrado julgue improcedentes ou extintos os pedidos que se mostraram incontroversos a seu favor.

Referida afirmação tem por base a premissa de que o direito à obtenção da tutela jurisdicional e de seus efeitos no plano material compreende o próprio agir, durante todo o processo, de forma ampla, sendo, portanto, viável a qualquer das partes, esteja ela no polo ativo ou passivo, lembrando inclusive a possibilidade de

²⁰⁰ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009., p. 388.

antecipação da pretensão recursal, também passível de requerimento por qualquer recorrente.²⁰¹

Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno ensina que o direito de ação não pode ser entendido apenas como a ruptura da inércia da jurisdição. Trata-se, na verdade, do agir ao longo de todo o processo, para obter a tutela jurisdicional, e da concretização dos seus efeitos no plano material, sendo que afirma expressamente que “também pode o réu exercê-lo naqueles casos que a lei reconhece a ele um tal direito”.²⁰²

Assim, por coerência com todos os pontos expostos, entendemos não ser possível restringir ao autor o direito de requerer a antecipação dos efeitos da tutela no processo civil, principalmente em decorrência da sua análise constitucional.

3.2.2. A possibilidade da concessão de antecipação de tutela de ofício pelo magistrado

A despeito desse requisito do requerimento da tutela antecipada pela parte, há amplo debate doutrinário sobre a possibilidade de o juiz conceder a antecipação dos efeitos da tutela de ofício.

A princípio, pela interpretação literal do caput do artigo 273 do Código de Processo Civil, o magistrado não poderia concedê-la sem expresse pedido do interessado.

Moniz de Aragão, por exemplo, entende necessária a existência de pedido da parte, mesmo no caso das obrigações de fazer, em que não há referida exigência prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil.²⁰³

²⁰¹ Luís Henrique Barbante Franzé defende que o réu tem legitimidade para interpor recurso e que, portanto, pode postular a antecipação de tutela ao recurso: “Essa situação pode ocorrer, por exemplo, se for indeferido o pleito do réu para realizar uma perícia com urgência, sob pena de perecimento da prova. Nesse caso, o réu terá legitimidade para interpor agravo e requerer o efeito antecipativo, pois é parte, e, portanto, está legitimado pelo artigo 499 do Código de Processo Civil” (FRANZÉ, L. H. B. *Tutela antecipada recursal*. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2008. p. 161).

²⁰² BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. 1v. p. 334-336.

²⁰³ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Para muitos doutrinadores, tal permissão, contrária ao texto expresso da lei configuraria violação ao chamado princípio dispositivo, já que exclui a iniciativa do próprio órgão judiciário.²⁰⁴

Denis Donoso é um dos estudiosos que desconsidera a possibilidade de o magistrado atuar de ofício nos casos de tutela antecipada, defendendo que sua conclusão decorre do disposto no caput do artigo 273 do Código de Processo Civil, aliado ao denominado princípio da inércia, previsto no artigo 2º da mesma lei, e ao artigo 128, que proíbe o magistrado de conhecer questões não suscitadas pelas partes, a cujo respeito a lei exija referida iniciativa.²⁰⁵

Além desses, existem doutrinadores que consideram não ser possível a concessão da tutela antecipada de ofício, em razão da responsabilidade civil por danos, em caso de posterior revogação, modificação ou extinção da tutela antecipada.

Assim, não se poderia impor a uma parte o dever de indenizar a outra, se aquela não assumiu tal responsabilidade, o que ocorreria somente com o requerimento expresso da concessão da tutela antecipada.

A esse respeito, Fredie Didier Jr. entende que, ressalvadas as hipóteses específicas previstas em lei, é inviável a autorização de concessão de tutela antecipada de ofício pelo magistrado, especialmente diante do já mencionado dever de indenizar a parte prejudicada no caso de reconsideração da antecipação da tutela.²⁰⁶

²⁰⁴ ASSIS, A. de. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 22.

²⁰⁵ DONOSO, D. Fungibilidade entre as tutelas de urgência: um “passeio” pelas tutelas jurisdicionais na perspectiva da tutela diferenciada. In: CIANCI, Mirna et. al. (coords.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 144.

²⁰⁶ “Não parece ser possível a concessão *ex officio*, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, não só em razão de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura na regra da congruência. A efetivação da tutela antecipada dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo” (DIDIER JR., F. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. 2v. p. 518).

Na mesma linha é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, que considera que a possibilidade de atuação de ofício do magistrado não se aplica às antecipações de tutela, mas somente às medidas cautelares, pois as primeiras não se destinam a “dar apoio a um processo e ao correto exercício da jurisdição”, mas somente a “favorecer uma das partes em suas relações com a outra ou com o bem da vida em disputa”.²⁰⁷

Mesmo diante desses pontos, em face da evolução do instituto da tutela antecipada pelas alterações legislativas ao longo dos anos, parece ser possível sustentar a aceitação da tutela antecipada concedida de ofício pelo magistrado, principalmente em alguns casos específicos em que essa possibilidade se torna mais notória, e obviamente desde que a ação principal pleiteando a tutela final já tenha sido proposta.

A doutrina especializada reconhece que alguns dispositivos legais existentes na legislação processual civil já permitem esse tipo de atuação, sem provocação das partes, com relação à antecipação de tutela, quais sejam: (i) o artigo 527, III, do Código de Processo Civil, em redação dada pela Lei nº 10.352/2001, que dispõe que o relator poderá definir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente a pretensão recursal, sem mencionar nada sobre a necessidade de requerimento da parte e (ii) o parágrafo 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, com redação alterada pela Lei nº 10.444/2002, que determina a possibilidade de o juiz, de ofício, estabelecer as medidas que entender necessárias, tais como imposição de multa, remoção de pessoas, impedimento de atividade nociva etc.

²⁰⁷ “Torna-se relevante, nesse ponto, a distinção conceitual entre medida cautelar e antecipação de tutela, segundo a qual uma é instrumental ao processo, e a outra, não. Enquanto se trata de impedir que o tempo e a malícia de uma das partes corra o exercício da jurisdição e de preservar a imperatividade e eficácia das decisões judiciais, legitima-se o superamento da regra de inércia da jurisdição, prevalecendo as garantias constitucionais do devido processo legal sobre a regra *nemo iudex sine actore*; mas, quando se pensa em oferecer a uma das partes, antecipadamente, a posse ou fruição de bens ou situações jurídicas no mundo exterior, retomam força e vigor as disposições dos arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil, para que o juiz dependa sempre da provocação do interessado. Não é dado a este o poder de conceder tutelas jurisdicionais antecipadas, quer antes da instauração do processo, quer na pendência deste – e essa norma está expressa no corpo do art. 273 do Código de Processo Civil, quando estatui que as antecipações poderão ser concedidas a requerimento de parte” (DINAMARCO, C. R. *Nova era do processo civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 88-89).

Outro caso que poderia justificar a concessão de tutela antecipada de ofício é a hipótese de pedido incontroverso, principalmente diante do entendimento parcial da doutrina de que o disposto no parágrafo 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil é julgamento parcial da lide, com reconhecimento de efeitos imediatos.²⁰⁸

Tal raciocínio decorre do fato de que, se o juiz pode proceder de ofício ao julgamento antecipado da lide, na forma do artigo 330 do Código de Processo Civil, da mesma forma não deve ser exigido o requerimento expresso da parte para a concessão da tutela antecipada de pedido incontroverso.

Há ainda entendimento no sentido de que, tratando-se de direitos indisponíveis, a concessão de tutela antecipada de ofício também poderá ocorrer, pois se estaria diante de direitos irrenunciáveis e inalienáveis, que gozam de proteção constitucional, conforme ensina Roberto Eurico Schmidt Junior.²⁰⁹

Para Bedaque, a regra da inércia do magistrado, com a restrição dos seus poderes de iniciativa, tem sua razão de ser e representa ponto importante da ciência jurídica moderna, principalmente pelo fato de proporcionar o afastamento do juiz dos interesses e das partes em conflito.

Segundo esse doutrinador, somente deverá ser aceita a iniciativa do magistrado quando for para se “alcançar resultado próximo da verdade real, livrando-o de protelações indevidas”.²¹⁰

No mais, existem alguns pontos que merecem esclarecimentos, levantados pelos que desconsideram a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício.

Inicialmente, há a questão da contrariedade ao princípio dispositivo, previsto no artigo 2º do Código de Processo Civil, que não é o caso, especialmente se a tutela definitiva já tiver sido proposta e se o juiz proferir decisão nos limites do pedido final da parte beneficiada.²¹¹

²⁰⁸ BUENO, C. S. *Tutela antecipada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53.

²⁰⁹ SCHMIDT JR. R. E. *Tutela antecipada de ofício: à luz do art. 273, I, do Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 152.

²¹⁰ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 413.

²¹¹ “Também não se verifica ofensa ao contraditório, uma vez que essa antecipação tem como característica a provisoriedade e como pressuposto a reversibilidade. Terá a parte contrária, portanto,

Com efeito, quando se tratou, nesse estudo, do conceito de tutela antecipada, afirmou-se que é a decisão que antecipa alguns dos efeitos da sentença definitiva e que se deve reconhecer a possibilidade de satisfação concreta ou realização do próprio direito, com a concessão de parte ou do todo que se requereu como tutela definitiva, ainda que provisoriamente, de forma antecipada, como no caso já mencionado da existência de pedido incontroverso.

Ora, para a concessão da tutela antecipada é obrigatório que a parte tenha feito uso de seu exclusivo direito de propor o processo e tenha requerido a tutela jurisdicional dos próprios interesses, ou seja, é necessário que se tenha iniciado uma relação processual, afastando-se dessa forma o vedado início de ofício do processo.

Assim, se o magistrado concede a tutela antecipada de ofício, sem haver o requerimento para tanto, mas já com a existência do processo principal, não há que se falar em desobediência ao princípio dispositivo, pois ele apenas terá concedido o pleito final já requerido, correspondente a exatamente o que pretendia a parte, respeitando inclusive o princípio da congruência.

A concessão da tutela antecipada de ofício estaria, então, em consonância com os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da inafastabilidade do controle jurisdicional, que tem sede constitucional, bem como com o impulso oficial, previsto no artigo 262 do Código de Processo Civil.

Com relação à responsabilidade civil, em caso de modificação ou revogação da tutela antecipada, ela é objetiva e decorrente do risco processual.

Logo, ao propor o processo e requerer a tutela jurisdicional, a parte sabe que pode ganhar ou perder e, mais, não ignora que agora pode ganhar antes do ordinariamente esperado, mediante a concessão da tutela antecipada, sendo que, na hipótese de sua concessão de ofício, se vier a executá-la ou a efetivá-la, ficará responsável civilmente pelo retorno da situação ao “status quo ante”, em havendo posterior modificação ou revogação da decisão que a concedeu, tudo inerente ao risco do processo.

oportunidade para demonstrar o não cabimento da providência. E o juiz, convencendo-se do equívoco, poderá revogá-la” (BEDAQUE, J. R. dos S. *op. cit.* p. 414).

Parte da doutrina que defende a possibilidade de concessão da antecipação de tutela de ofício se baseia no já mencionado modelo constitucional do processo civil, no intuito de valorizar os princípios da efetividade, da instrumentalidade, sempre em busca da equalização da relação processual e da justiça.²¹²

Realmente, é difícil se excluir completamente situações excepcionais, em que o magistrado entenda ser o caso de necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito relacionado à tutela final pleiteada, sempre que existir prova suficiente da sua verossimilhança.

Nesses casos extraordinários – nos quais, apesar da presença dos requisitos legais a parte não requereu a antecipação da tutela –, a atuação “ex officio” do magistrado merece ser permitida, pois constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo.²¹³

Nesse sentido, para Cassio Scarpinella Bueno, por exemplo, existiria um “dever-poder geral de antecipação”, ao lado do chamado ‘dever-poder geral de cautela’, consagrado pelo artigo 798 do Código de Processo Civil”.²¹⁴

Dinamarco considera igualmente a existência de um poder geral de cautela, afirmando que seria referente ao poder do magistrado conceder antecipações, nos casos específicos definidos em lei, como o poder geral de cautela já mencionado.

Segundo esse doutrinador, o próprio poder geral de cautela justificaria a existência do poder geral de antecipação, pois muitas das medidas concedidas com base naquele dispositivo têm natureza de antecipação de tutela, e não de medida cautelar (como, por exemplo, a sustação de protesto).²¹⁵

²¹² BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. 4 v. p. 11-12.

²¹³ BEDAQUE, J. R. dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 413.

²¹⁴ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. 4v. p. 10. No mesmo sentido, entende João Batista Lopes: “[...] mostra que o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil traduz verdadeiro transporte do poder geral de cautela ‘para um patamar mais abrangente’, concedendo ao juiz um verdadeiro ‘poder geral de cautelar urgente’, pelo qual fica autorizado a prover a espécie de tutela urgente que mais se mostrar adequada à pretensão externada pelo autor, atendidos os pressupostos da tutela concedida” (LOPES, J. B. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 217).

²¹⁵ DINAMARCO, C. R. *Nova era do processo civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 82-83.

De fato, ainda que não haja disposição infraconstitucional expressa concedendo ao magistrado o poder geral de antecipação de tutela, mas apenas o poder geral de cautela, de acordo com os artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, não há como se negar que a tutela antecipada tem sede constitucional.

Assim, tendo em vista a necessidade de análise dessa tutela antecipada, de acordo com o direito processual constitucional, merece admissão a existência do poder geral de antecipação, obviamente com parcimônia e sempre respeitando-se os limites legais nesse sentido, que também encontra força no princípio da efetividade do processo ou jurisdição, já que foi dada competência ao Poder Judiciário para evitar não somente a lesão, mas também a ameaça de direito, nos processos a ele submetidos.

3.3. A revogabilidade das antecipações de tutela e as propostas de estabilização dos seus provimentos

3.3.1. A provisoriedade das tutelas sumárias

Conforme desenvolvido inicialmente nesse trabalho, a tutela sumária é caracterizada pela sua provisoriedade, que define a limitação temporal da eficácia e dos efeitos de seu provimento, bem como sua incapacidade de solucionar definitivamente a relação controvertida, em estrita relação de dependência e submissão a futuro juízo de mérito, proferido em sede de procedimento de cognição plena e exauriente.²¹⁶

Assim, a provisoriedade que orienta o provimento sumário tem papel de destaque na correta identificação dessa técnica processual, refletindo a presença de fator de sucessão entre dois provimentos relacionados a uma crise de direito material.

O primeiro provimento, necessariamente em caráter precedente, decorre de atividade cognitiva incipiente, voltado aos fins de efetividade ou utilidade da

²¹⁶ PISANI, A. P. Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi. Napoli: Jovene Editore, 2003.

atividade jurisdicional pretendida no processo; o segundo, amparado em cognição completa e plena, tem aptidão de declarar o direito do caso concreto e ditar definitivamente a disciplina do bem da vida controvertido.

A relação de sucessão de decisões que configura o elemento provisoriedade da tutela sumária não se encerra apenas na limitação temporal decorrente de sua natureza instrumental, mas também representa a incapacidade desse provimento de declarar a vontade concreta da lei e de produzir a eficácia jurídica da tutela jurisdicional definitiva.

Mesmo nas hipóteses em que a instrumentalidade da tutela sumária é apenas estrutural, e os seus efeitos práticos se identificam com as consequências fáticas da outorga da tutela jurisdicional definitiva pretendida pelo respectivo autor, não se admite presentes a eficácia e os efeitos jurídicos da tutela de cognição plena.

A provisoriedade da tutela sumária compreende, portanto, substituição pela decisão definitiva²¹⁷, que tem como função tornar definitivo o direito antecipado, e não o próprio provimento sumário.²¹⁸

Essa incapacidade de declarar o direito em conformidade com o contexto fático do caso concreto é orientada por dois vetores circunstanciais distintos.

De um lado, a provisoriedade decorre do próprio exaurimento de sua função de segurança da atividade jurisdicional do Estado, ou seja, quando o provimento sumário tem por escopo assegurar a capacidade do processo, traduzindo-se em tutela de segurança voltada à conservação de fatos ou de situações jurídicas fundamentais à realização da vontade concreta da lei, a provisoriedade se torna condição natural dessa técnica processual, ligada à essência do instituto.

Nesse caso, a atividade judicial é voltada à análise e constatação da presença dos pressupostos relacionados à tutela conservativa, correspondentes ao perigo da demora da tramitação do procedimento ordinário e à probabilidade do direito alegado pelo autor, restando à tutela definitiva a tarefa de subsumir os fatos

²¹⁷ BEDAQUE, J. R. dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 154.

²¹⁸ DINI, E. A.; MAMMONE, G. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*. 7ª ed. Giuffrè Editore, 1997, p. 52.

apurados por meio da instrução processual às previsões legais relacionadas ao tema, para a prolação da decisão final de mérito.

Por outro lado, há situações em que a tutela sumária tem conotação satisfativa, compreendendo a exata antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional final pretendida pelo autor, com a finalidade de preservar a utilidade do processo de cognição plena e exauriente.

A limitação temporal imposta ao provimento judicial sumário nessa hipótese decorre da possibilidade de ocorrer equívocos com relação ao direito de reger a relação entre os sujeitos do processo.

O legislador optou por retirar da tutela concedida a partir de juízo de probabilidade e verossimilhança a capacidade produtiva de eficácia e efeitos jurídicos necessários à tutela definitiva, ainda que os efeitos práticos pretendidos sejam desde logo desfrutados pelo demandante beneficiário da tutela sumária.

A provisoriedade da tutela sumária impõe ao seu provimento duas condições ao seu enquadramento no sistema processual, sob o risco de desvirtuamento de suas funções regimentais: (i) controla a delimitação temporal dos efeitos do provimento sumário, que deve ser extinto caso desprovido de posterior procedimento cognitivo ordinário, ou deve ser absorvido pela tutela ordinária definitiva provedora da eficácia jurídica almejada por uma das partes; e (ii) os efeitos do provimento sumário jamais poderão implicar prejuízos ao processo principal ou ao provimento final definidor da lide, aos quais pretende conferir efetividade e utilidade.

Esse dever de harmonia e sua consequente proteção ao provimento definitivo produzido em cognição completa sustenta tanto o pressuposto negativo das tutelas antecipadas da proibição à irreversibilidade dessas medidas, bem como a previsão de revogabilidade da tutela sumária caso ela se revele, no trâmite do processo, descabida e desprendida de seus fundamentos essenciais.

Tanto o provimento sumário antecipatório dos efeitos da tutela jurisdicional final quanto aquele que visa a conservar situações imprescindíveis aos objetivos finais do processo de conhecimento ou executivo, ao se revelarem prejudiciais e antagônicos à decisão final que acertará o direito do caso concreto, devem ser, já que provisórios, imediatamente revogados pelo juiz.

A provisoriedade do provimento sumário, enquanto fator de obstrução de sua aptidão ao reconhecimento e realização definitiva da vontade concreta da lei (eficácia jurídica), merece ainda consideração pontual necessária a sua exata identificação no contexto da prestação jurisdicional pelo processo.

A doutrina especializada sobre o tema ensina exhaustivamente que a provisoriedade é inerente ao próprio provimento, e não aos efeitos fáticos e jurídicos dele decorrentes.²¹⁹

Tais efeitos pretendidos pelo demandante, que são antecipados com base em decisão provisória, são integralmente mantidos e referendados por decisão final, dotada da eficácia jurídica decorrente da atuação jurisdicional do magistrado, se procedente a pretensão do demandante.

O conjunto de argumentos expostos nesse item evidencia que, no contexto da técnica da antecipação de tutela jurisdicional acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja ela genérica ou específica, a provisoriedade compõe sua estrutura, em decorrência da própria finalidade a ela atribuída pelo legislador, tendo, assim, conotação nitidamente teleológica.

Dessa forma, ainda que seja precedida de cognição completa, jamais assumirá a condição de decisão definitiva da demanda, sendo naturalmente substituída no momento em que o provimento final de mérito desfrutar de condição imperativa.

3.3.2. A revogabilidade das tutelas antecipadas

Por ser medida provisória, como demonstrado no item anterior com relação às tutelas sumárias, a antecipação da tutela poderá ser alterada após a sua prolação.

O § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe que a antecipação de tutela eventualmente concedida pelo magistrado “poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

²¹⁹ PISANI, A. P. Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi. Napoli: Jovene Editore, 2003. p. 466.

No intuito de justificar a previsão de referido dispositivo na lei processual brasileira, Bedaque compara as tutelas antecipadas com as medidas cautelares em diversos aspectos, especificamente a sua função de prevenir o dano e o fato de serem baseadas em juízo de probabilidade, sem o estabelecimento de juízo de certeza (ou seja, ambas correspondem a cognições sumárias, e não exaurientes, como já mencionado).

Segundo esse doutrinador, tais razões justificam a provisoriedade das tutelas de urgência, o que impede que pronunciamentos não precedidos de cognição plena e de contraditório efetivo ocasionem a solução final e definitiva do litígio em questão.²²⁰

Nesse sentido, Dinamarco explica de forma muito lógica que, nos casos em que a urgência é um requisito essencial para a preservação dos direitos em discussão – sendo aceita inclusive uma cognição sumária com base na probabilidade da sua existência –, é natural que as medidas em questão sejam provisórias.²²¹

Para Cassio Scarpinella Bueno, a revogação da tutela antecipada mencionada no referido dispositivo corresponde à prolação de decisão posterior que negue efeitos à anterior; a modificação, por sua vez, corresponde à alteração parcial dessa decisão.²²²

De todo modo, tanto a revogação quanto a modificação mencionadas no § 4º do artigo 273 devem se limitar aos casos em que ocorra algum fato novo ou oportunidade procedimental para que se decida novamente o ponto já decidido. Ou

²²⁰ BEDAQUE, J. R. dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 319.

²²¹ DINAMARCO, C. R. *Nova era do processo civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 76.

²²² “É essa a razão pela qual o ‘revogar’ e o ‘modificar’ não podem ser entendidos como um mero ‘pensar de novo’ ou um ‘pensar melhor’. Se o magistrado não se sentir apto para decidir o pedido, ele o indefere ou, quando menos, determina a produção de provas a seu respeito, ainda que com base na ‘cognição sumária’. Ele designa, por exemplo, a ‘audiência de justificação’ a que se refere o § 3º do art. 461. O que não é dado fazer é decidir e, sem provocação específica para tanto, sem aprofundamento da sua cognição, redecidir” (BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. 4 v. p. 59).

seja, não é cabível que o magistrado decida novamente o mesmo pedido, pelos mesmos fundamentos já analisados, até o momento da prolação da sentença.²²³

“O juízo decide uma única vez, e só redecide quando o sistema processual civil o autoriza a tanto”, o que pode ocorrer, por exemplo, após a apresentação de contestação pelo respectivo réu, ou após o protocolo de petição informando a interposição de agravo de instrumento pela parte prejudicada, contra a decisão de antecipação de tutela (petição do artigo 526 do Código de Processo Civil).²²⁴

Quando houver a revogação ou a modificação da tutela antecipada, é fato que a situação deve retornar ao status quo ante, ou seja, tem efeito ex tunc, também em respeito aos artigos 475-O, I e II, e 574 do Código de Processo Civil.

Teori Albino Zavascki compara esse momento com a revogação, por sentença, das liminares concedidas em mandado de segurança, ou em ação cautelar, momentos nos quais a situação fática deve ser recomposta de modo integral e imediato. As exceções nesses casos são muito raras e “supõem, necessariamente, a salvaguarda de bem jurídico particularmente valorizado pelo sistema constitucional, como é o caso dos alimentos provisionais”.²²⁵

Quando é o caso de revogação ou modificação dessas decisões provisórias iniciais, obviamente o beneficiário da tutela antecipada está sujeito à responsabilização prevista nessa mesma lei, que obedece a critério objetivo: simplesmente ao fato de esses prejuízos decorrerem do cumprimento da medida deferida, independente do seu ânimo, da sua vontade ou de haver culpa.

Cassio Scarpinella Bueno ainda defende a não aplicação dessa revogabilidade das tutelas antecipadas à hipótese prevista no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil – que determina a antecipação da tutela em casos de pedidos incontroversos –, pois esses casos pressupõem a existência de uma cognição exauriente pelo magistrado, não havendo a possibilidade de aprofundamento capaz de justificar a aplicação dessa regra (ao menos pelo juiz de

²²³ DIDIER JR., F. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. 2 v. p. 531-532. No mesmo sentido: BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. 4v.; MARINONI, L. G. *Antecipação de tutela*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; ZAVASCKI, T. A. *Antecipação de tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

²²⁴ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. 4v. p. 60.

²²⁵ ZAVASCKI, T. A. *Antecipação de tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99.

primeira instância, o que jamais poderia impedir a interposição de recurso e a sua eventual reforma).²²⁶

3.3.3. A estabilização da tutela antecipada, o Projeto de Lei nº 186/2005 e o Projeto do Novo Código de Processo Civil

Como visto anteriormente, como espécie de tutela sumária que, na maioria dos casos, visa a minimizar riscos em situações de urgência, a decisão sobre pedido de tutela antecipada é essencialmente provisória e revogável.

Isso quer dizer que, se no curso do processo o magistrado entenda pela inadmissibilidade da medida, ele deverá cassá-la, seja porque o conjunto probatório afastou a existência da verossimilhança, seja porque se percebe a não existência do risco de dano apontado no início.²²⁷

Inobstante essa característica dos provimentos dessa natureza, existem propostas de inclusão no sistema legal processual brasileiro do instituto da estabilização da tutela antecipada, segundo a qual, concedida a antecipação, se não houver recursos, ocorrerá a sua preclusão, sendo que, a partir de então, não haverá mais possibilidade de revisão da decisão judicial em questão.

Há alguns anos, por iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito Processual, comissão composta pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni elaborou anteprojeto

²²⁶ BUENO, C. S. *op. cit.* pp. 61-62.

²²⁷ “Mesmo a simples retratação parece-me admissível. A tutela antecipada é precedida de cognição sumária, muitas vezes formada à luz de elementos trazidos apenas pelo autor. É perfeitamente possível que, após refletir mais demoradamente sobre os dados da questão, convença-se o juiz da inadequação ou desnecessidade da liminar antecipatória. Seria excesso de formalismo impedir a retratação, com fundamento na preclusão *pro iudicato*. Este instituto não apresenta, na situação, nenhuma utilidade. Não contribui para a celeridade do processo, nem para a efetividade da tutela jurisdicional. Na verdade, vai ao encontro a esses objetivos, pois implica manter inalterável decisão reconhecidamente equivocada. [...] Admitida, todavia, a estabilização da tutela antecipada, tal como sugerido para a nova redação do § 4º, a revogabilidade da decisão estará sujeita à preclusão” (BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 332).

de lei cuja finalidade era a alteração de dispositivos do Código de Processo Civil, tornando possível a estabilização da tutela antecipada.²²⁸

Esse anteprojeto resultou no Projeto de Lei nº 186/2005 do Senado Federal e, como é possível se depreender do seu texto, previa a possibilidade de manutenção da eficácia dos provimentos provisórios de natureza conservativa, mesmo sem a continuação da tramitação do feito ou instauração do processo de conhecimento e julgamento do mérito (no caso de a medida antecipatória ser requerida incidentalmente ou de forma preparatória).

Segundo os juristas que elaboraram referida proposta legislativa, a ideia presente na sugestão de estabilização da tutela antecipada correspondia a tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido em decisão antecipatória, fosse ele total ou parcial.

²²⁸ Segue o inteiro teor do Projeto de Lei nº 186/2005 do Senado Federal:

“Art. 1º Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

‘Art. 273 [...]

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C).

§ 5º Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência, ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz [...] (NR)’.

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

‘Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título Único, Capítulo I, deste Código.

§1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;
b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-C. Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-D. Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

O que se pretendia era deixar que as próprias partes decidissem sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento do processo, com a realização da sua instrução e a realização da cognição plena e exauriente do magistrado.²²⁹

Essa proposta de estabilização buscava tornar definitivo o comando estabelecido pela tutela antecipada, prosperando a ideia de que, não havendo recurso da decisão que a concedeu total ou parcialmente, ela tornar-se-ia imutável, atingindo o status de coisa julgada.

De acordo com o entendimento de Ricardo de Barros Leonel, o escopo dessa proposta não era somente tratar da estabilização da tutela antecipada, mas também “equacionar melhor o problema do convívio entre as diferentes espécies de medidas de urgência” – as medidas cautelares e as tutelas antecipadas, de natureza satisfativa.²³⁰

A proposta em questão acabou não sendo incorporada à legislação brasileira, pois, embora o instituto da tutela antecipada tenha representado – e ainda represente – um enorme avanço para o nosso sistema processual, especialmente no campo da efetividade e da celeridade dos processos, muito se disse sobre os riscos de tal instituto para a segurança jurídica representada pelas garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Leonel ainda desenvolve o ponto de que a ideia da estabilização da tutela antecipada ratifica a tendência de se incorporar no ordenamento jurídico uma maneira de ampliar o limite da cognição, como forma de acelerar a outorga da tutela jurisdicional.²³¹

Nesse sentido, compara a citada proposta ao processo monitório já previsto no Código de Processo Civil brasileiro, no sentido de possibilitar às partes se valer ou não do processo. Assim, combatendo os pontos levantados pelos contrários à inclusão de referido instituto, a instauração do contraditório amplo e a obtenção de

²²⁹ Texto constante da exposição de motivos dos autores do Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada, elaborado por comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual (www.direitoprocessual.org.br).

²³⁰ LEONEL, R. de B. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 172.

²³¹ LEONEL, R. de B. *op. cit.* p.173.

cognição plena são permitidos, mas passam a ser opção das partes após a concessão ou não da medida antecipatória pleiteada.

Dentro da inovação proposta, o ônus da instauração do contraditório em processo de conhecimento seria sempre carreado à parte que poderia obter um resultado melhor no processo do que o já obtido por meio da tutela antecipada.²³²

De todo modo, há que se ter em mente que a concessão de decisões “inaldita altera parte” deve sempre ocorrer com parcimônia e em caráter excepcional, respeitando os requisitos exigidos no Código de Processo Civil, pois a efetividade do processo não pode ser defendida a qualquer custo, principalmente com o sacrifício de garantias fundamentais de quaisquer das partes.²³³

Para Bedaque, que é um dos juristas responsáveis pela referida proposta, a sugestão feita no contexto legislativo brasileiro era mais radical do que a forma de previsão desse instituto nas legislações estrangeiras, pois elas adquiririam a qualidade de coisa julgada material, o que, por conseguinte, submeteria tais decisões, inclusive as interlocutórias²³⁴, à ação rescisória.²³⁵

O Projeto do Novo Código de Processo Civil²³⁶ também prevê a inclusão do instituto da estabilização da tutela antecipada na legislação brasileira. Contudo, a sua ocorrência se daria de forma mais amena do que a do projeto de lei anterior, conforme se demonstrará.

²³² BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 335.

²³³ BEDAQUE, J. R. dos S. op. cit. p. 334-335.

²³⁴ “Desnecessário seja tratado pelo legislador, mas em sede doutrinária convém deixar claro que, obtida a tutela de urgência incidentalmente, em processo de cognição exauriente, a decisão pode não abranger todo o conteúdo do pedido inicial. Melhor explicando: o autor pede 100 e a tutela é antecipada em relação a 50. Preclusa a decisão, se nenhuma das partes postular o prosseguimento do processo, formar-se-á a coisa julgada material, reconhecendo-se definitivamente o crédito de 50. Nesse caso, a decisão interlocutória transita em julgado e, como o processo não pode mais prosseguir, será extinto mediante sentença de mérito, reconhecendo-se ter havido renúncia tácita do autor quanto ao restante do pedido (CPC, art. 269, inc. V).” (BEDAQUE, J. R. dos S. op. cit. pp. 333-334).

²³⁵ BEDAQUE, J. R. dos S. op. cit. p. 333.

²³⁶ Todas as informações sobre esse projeto de lei constantes desse trabalho foram obtidas no texto completo consultado no Parecer da Comissão Temporária do Código de Processo Civil sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil, cujo relator é atualmente o Senador Vital do Rêgo.

É certo que, como já mencionado, o Projeto do Novo Código de Processo Civil propõe uma reformulação total da previsão das tutelas de urgência na legislação pátria, afastando a autonomia do processo cautelar e regulando toda a matéria pertinente ao item tutelas provisórias, situado na sua parte geral.

O procedimento para a concessão de tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente vem previsto nos artigos 301 e seguintes do projeto em comento, sendo que, pelo artigo 302, caput, dispõe-se que, se a decisão antecipatória não for objeto de recurso, tornar-se-á estável e, conforme previsto em seu § 1º, o processo será extinto.

Há, ainda, a determinação do § 2º de que qualquer das partes poderá iniciar ação judicial contra a outra no intuito de reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput, sendo que esse direito se encerra após dois anos, contados da decisão que extinguiu o processo (§ 5º).

Veja-se que, ao que parece, a ideia de se estipular essa possível ação judicial para rediscutir a tutela antecipada estável e a estipulação de prazo de extinção desse direito pretende afastar a qualidade de coisa julgada das decisões dessa natureza, pois, a princípio, sugere que se estaria diante de prazo prescricional.

Com a mudança de perspectiva de atuação da tutela sumária, que potencialmente poderá representar a resposta final do Estado-juiz à crise de direito material que lhe foi submetida, aflora sobremaneira o dever de motivação a ser observado em todo e qualquer pronunciamento judicial que carregue alguma carga de decisão na esfera jurídica das partes – processual ou material.

Assim, torna-se certo que a decisão que antecipa os efeitos da tutela final almejada pelo demandante deve ser congruente aos limites de sua pretensão definitiva, não se podendo olvidar daquelas hipóteses em que o provimento sumário é concedido em menor extensão de efeitos em comparação àqueles que serão produzidos ao final do processo com o acolhimento integral da tese jurídica do autor.

A verossimilhança pode se limitar a determinados fatos constitutivos da pretensão, assim como a urgência da atuação jurisdicional ou a evidência do direito debatido.

Ganha força, assim, a necessidade de se conhecer exatamente, e sem excitações, o conteúdo do provimento que nasce provisório, mas que pode se tornar a palavra definitiva do Judiciário sobre a controvérsia apresentada à solução estatal, a fim de se evitar que a técnica apresentada se transforme em indesejável fonte de incertezas e insegurança nas relações intersubjetivas dos cidadãos.

E para que o conteúdo da decisão judicial seja devidamente aclarado pelo seu prolator, outro caminho não há senão o do cumprimento estrito do dever constitucional de motivação das decisões judiciais.²³⁷

De todo modo, todas as observações acerca da delimitação do conteúdo e respectivo dever de motivação das decisões judiciais não emergem da introdução da técnica da tutela antecipada estável. Tal regra deveria ser constantemente observada em toda e qualquer atividade jurisdicional, mas, em algumas situações, lamentavelmente são ignoradas pelos operadores do direito do país.

Diante da estruturação de provimento sumário apto a conduzir o litígio ao seu encerramento, com aplicação da regra de direito material ao caso concreto e sem a dependência necessária a outro provimento de cognição completa e, também, na medida em que esse ato decisório não afasta a possibilidade de fruição, pela parte interessada, do contraditório pleno e da ampla defesa de seus interesses, há que se reconhecer a idoneidade do provimento sumário autônomo para representar a resposta estatal definitiva à crise de direito material debatida no processo, sendo, por tudo, pertinente a atribuição da coisa julgada material à tutela antecipada estável que, assim como já adiantado no entendimento de Bedaque exposto anteriormente, sujeitar-se-ia à ação rescisória.²³⁸

A ausência de contestação por parte do sujeito processual interessado em fazê-la – isto é, a partir do desinteresse na instauração do juízo cognitivo completo e da impugnação do provimento baseado em verossimilhança – deve ser recepcionada pelo sistema processual como verdadeira forma de acerto da relação de direito material objeto da demanda.

²³⁷ BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 332.

²³⁸ RICCI, E. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. de TUCCI, J. R. C. *Gênesis Revista de Direito Processual*, Curitiba, v.6, p. 691, set./dez. 1997.

Tanto é assim que, conforme já mencionado, hipótese semelhante se encontra prevista no atual Código de Processo Civil, ao tratar da ação monitória que, assim como proposto no caso da estabilização das decisões antecipatórias, adota estrutura procedimental diferenciada, baseada na inversão do contraditório e na abreviação da duração dos processos.²³⁹

As razões pelas quais se justifica a adoção da estabilização da tutela antecipada são o afastamento do ônus que possui o requerente, mesmo sem interesse, de propor processo principal para que a medida não perca sua eficácia, e a potencial diminuição no número de processos submetidos à apreciação judicial.

Busca-se a definição da questão posta “sub judice”, sem que haja embate entre as partes; visa-se ao alcance do consenso entre elas no que tange à desnecessidade de prolongar a discussão em juízo, incentivando o fim do processo nesse momento.

E o fato de o requerido ter impugnado o pedido de concessão de tutela antecipada não significa que o requerente passará a ter interesse na continuidade do feito, ou que tenha de ser mantido o ônus de ele propor processo principal.

Se o requerido não se conformar com os argumentos esposados na decisão para afastar sua impugnação, caberá a ele propor processo principal, se assim optar, não devendo esse ônus recair sobre o requerente da medida.

Nesse sentido se destacam os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, que menciona que a sugestão da inclusão no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da estabilização da tutela antecipada se justifica também pela pretensão de deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda.²⁴⁰

A estudada técnica da estabilização da tutela antecipada possui semelhança com alguns institutos positivados em sistemas processuais estrangeiros. O primeiro exemplar a ser analisado é o procedimento do *référé*, previsto no direito francês, pelo qual se identifica a característica de pronunciamento judicial de conteúdo

²³⁹ MARCATO, A. C. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998; MARCATO, A. C. *Procedimentos especiais*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

²⁴⁰ GRINOVER, A. P. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, p. 36, mar. 2005.

antecipatório do juízo de mérito, que se desenrola independentemente da instauração do processo em cognição plena e exauriente.²⁴¹

A figura do *référé* - prevista expressamente no Nouveau Code de Procédure Civile francês - consiste basicamente numa forma sumária de prestação de tutela que, segundo a interpretação textual do tema, gera decisão provisória, não transita em julgado e não depende necessariamente de um processo principal, mas que prolonga a sua eficácia no tempo, pois, de acordo com o artigo 488 do Nouveau Code de Procédure Civile²⁴², não poderá ser revogado ou modificado senão na presença de novas circunstâncias.²⁴³

No direito italiano, o artigo 669 octies do Codice di Procedura Civile²⁴⁴, inserido no âmbito do processo cautelare, é expresse em determinar que os

²⁴¹ Tal constatação existe mesmo diante do fato de a própria doutrina francesa reconhecer a dificuldade de se definir inequivocamente a noção de provimento provisório em seu ordenamento jurídico (PERROT, R. *Les mesures provisoires en droit français*. In: TARZIA, G. *Les mesures provisoires en procédure civile*. Milano: Giuffrè, 1985. p. 150).

²⁴² “L’ordonnance de *référé* n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en *référé* qu’en cas de circonstances nouvelles”.

²⁴³ De acordo com a doutrina sobre o tema, as decisões em *référé* tendem a representar a resposta final e definitiva do Poder Judiciário em relação ao mérito da controvérsia, principalmente em razão da tendência jurisprudencial em atribuir um significado extremamente restritivo às novas circunstâncias previstas na lei, tornando a estabilidade do provimento muito assemelhada à imutabilidade da coisa julgada (nesse sentido: “*Référé orders tend, in fact IF not in Law, to have the effect of a final, definitive decision on the merits of the case in hand*” – CADIET, L. *Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay. The French Perspective*. In: *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 303).

²⁴⁴ “Art. 669-octies. Provvedimento di accoglimento. L’ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell’inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l’inizio del giudizio di merito, salva l’applicazione dell’ultimo comma dell’articolo 669-novies. In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni. Il termine decorre dalla pronuncia dell’ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione. Per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni. Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all’altra un’atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri. Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell’articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell’articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito. Il giudice, quando emette uno dei provvedimenti di cui al sesto comma prima dell’inizio della causa di merito, provvede sulle spese del procedimento cautelare. L’estinzione del giudizio di merito non determina l’inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche

provimentos cautelares de caráter antecipatório mantenham sua eficácia também na hipótese de o juízo sucessivo de cognição completa não ser instaurado pelas partes ou, então, que se extinga antes da sentença final de mérito sobre a controvérsia.

Ao assim proceder, percebe-se que no sistema processual italiano houve evidente alteração estrutural da tutela cautelar de efeitos antecipatórios, que não mais dispõe de uma ligação essencial e invariável de instrumentalidade e provisoriedade em face de um juízo principal de cognição plena e exauriente.²⁴⁵

Ou seja, na continuidade redacional do artigo 669, octies, diferentemente do *référé* francês, não se deixou margem para interpretação diversa da real intenção de afastar a idoneidade do provimento cautelar estável à coisa julgada substancial, pois, nos dizeres da própria lei, “l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”.

Ao assim dispor o texto legislativo, impediu o legislador a atuação do provimento sumário como elemento finalizador do litígio, o que, como já demonstrado em item específico desse estudo, coloca em cheque a capacidade da técnica processual introduzida de atingir seus escopos de elemento voltado a aliviar a carga de processos que congestiona os Tribunais e a propiciar a segurança jurídica decorrente da finalização inequívoca e irretratável do embate entre as partes no palco judicial.

Em suma, as propostas ora analisadas se baseiam no pressuposto de que, apesar de o processo se desenvolver em regime de direito público, a jurisdição depende da atuação do interessado, que pode, inclusive, desistir do processo antes do seu julgamento.

Assim, em nosso entendimento, a estabilização da tutela antecipada nas formas propostas não feriria qualquer garantia constitucional ou prejudicaria de

quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa. L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”.

²⁴⁵ “Si è in tal modo spezzato il necessario collegamento tra fase cautelare e di mérito, da tempo segnalato, in relazione a taline categorie di remedi cautelari, come uno dei maggiori difetti della disciplina introdotta con la vovella del 1990” (DALMOTTO, E. *Le recenti riforme del processo civile, tomo secondo*. Torino: Zanichelli Editore, 2007, p. 1242. nota 2, commentario diretto da Sergio Chiarloni).

alguma forma a busca pela justiça, mesmo sendo fundada em cognição superficial, pois os próprios interessados teriam concordado com referida solução.

Portanto, a introdução no sistema legislativo brasileiro de nova modalidade de tutela diferenciada constitui mais uma tentativa destinada a obter maior celeridade na entrega jurisdicional, conferindo-lhe efetividade, sem sacrifício de garantias essenciais à segurança do instrumento estatal de solução de controvérsia, como igualdade, contraditório e ampla defesa.

3.4.A antecipação de tutela contra a Fazenda Pública²⁴⁶

3.4.1. Cabimento da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública

Uma questão sempre discutida e polêmica entre os processualistas brasileiros é a relacionada às prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública. Alguns doutrinadores as consideram constitucionais, outros as rejeitam totalmente em atenção ao princípio da isonomia, o que acaba gerando insegurança jurídica entre os operadores do direito.

O foco do presente trabalho, entretanto, é o tema da tutela antecipada no âmbito dos processos envolvendo a Fazenda Pública, especialmente no que tange às restrições de referido instituto nos casos previstos em lei.

Inicialmente, ressalta-se que a Fazenda Pública tem por função primordial a defesa dos interesses públicos que, como regra geral, sobrepõem-se aos privados, além de (i) a sua atuação estar resguardada pelos princípios da indisponibilidade dos bens públicos e da presunção de legalidade dos atos da Administração Pública e (ii) da necessidade de continuidade dos serviços públicos.

Portanto, parece que, em geral, as normas processuais que conferem algumas prerrogativas à Fazenda Pública estão em consonância com a Constituição

²⁴⁶ Para fins do presente estudo, foi adotado como padrão a utilização da expressão “*Fazenda Pública*” para designar todas as pessoas jurídicas de direito público que possam figurar em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira (nesse sentido: CUNHA, L. J. C. da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10^a ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 15; MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 590).

Federal, até mesmo em atenção ao princípio da isonomia, expresso em seu artigo 5º, pelo qual não se deve apenas dar igual tratamento aos iguais, mas tratar de forma desigual os desiguais, com o intuito de diminuir as diferenças eventualmente existentes.²⁴⁷

Analisando-se a doutrina especializada sobre o tema, verifica-se que é antigo o debate sobre o cabimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

De início, cumpre destacar que o instituto da tutela antecipada, por si só, não é incompatível com a atuação da Fazenda Pública em juízo. O instituto em questão tem como vetor maior a eficácia da prestação jurisdicional, de modo que esse objetivo também deve ser alcançado quando o Poder Público atua no processo.

Essa afirmação, entretanto, não é pacífica. Existem alguns doutrinadores que defendem a impossibilidade de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, afirmando que tal regra contraria a sistemática do duplo grau de jurisdição obrigatório, conforme o artigo 475 do Código de Processo Civil, bem como a regra constitucional do precatório, prevista no artigo 100 da Constituição Federal.²⁴⁸

Para os defensores dessa tese, se, como regra, nem a sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública pode ter eficácia imediata sem a respectiva confirmação pelo Tribunal de Justiça, não seria uma mera decisão interlocutória que o teria. Com relação à regra do precatório, tal disposição não poderia ser aplicada em antecipação de tutela, porque a lei exige nesses casos o trânsito em julgado da decisão.

Há, ainda, aqueles que alegam que o fato de a Lei nº 8.437/1992, em seu artigo 1º, § 3º, vedar o cabimento das “cautelares satisfativas” contra a Fazenda Pública, seja suficiente para se considerar vedada a própria tutela antecipada.²⁴⁹

²⁴⁷ Acerca do princípio da isonomia, veja-se: OLIVEIRA NETO, O. de; OLIVEIRA, P. E. C. de. Princípio da isonomia. In: OLIVEIRA NETO, O.; LOPES, M. E. de C. (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 152.

²⁴⁸ SALVADOR, A. R. da S. *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 56.

²⁴⁹ Outros pontos alegados pelos estudiosos contrários à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública são levantados por doutrinadores igualmente favoráveis a ela, como: (i) João Batista Lopes, que acrescenta que “a presunção de legitimidade do ato administrativo e sua auto-executoriedade constituem óbice à antecipação da medida. O argumento é desvalioso porque sobredita presunção não é absoluta e deve ceder até prova inequívoca (*retius*, prova segura) em

Contudo, referido entendimento ainda é minoritário no cenário jurídico brasileiro. Realmente, parece não haver mais discussão sobre a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público, até mesmo porque o assunto já está disciplinado em algumas leis, conforme se verificará em detalhe na sequência.²⁵⁰

Para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, por exemplo, os institutos do precatório e do reexamine necessário não são óbices à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, pois (i) não há que se falar em reexame necessário em se tratando de decisão interlocutória; (ii) a previsão do referido instituto de forma ampla no artigo 273, ainda que baseado em alguns requisitos, demonstra a opção do legislador pela efetividade da justiça; (iii) inúmeros doutrinadores ponderam que o artigo 730 do Código de Processo Civil teria de ser interpretado no contexto atual da legislação processual, principalmente à luz do artigo 273, razão pela qual a decisão interlocutória que concede a antecipação de tutela seria apta a gerar a expedição de precatório, se fosse o caso e (iv) de todo modo, na maioria dos casos a antecipação de tutela não versa sobre pagamento de quantia e sim sobre dever de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, hipóteses nas quais não caberia se falar em precatórios.²⁵¹

Esse é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, que confirma a inaplicabilidade do artigo 475 do Código de Processo Civil a referida restrição, em

sentido contrário” (LOPES, J. B. *Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 99) e (ii) Renato Luiz Benucci, que menciona também o contraponto de se defender em alguns casos ser equivocado se falar em receio de dano em face do Poder Público, pois o Estado sempre poderá arcar com os débitos decorrentes de qualquer condenação em juízo, o que, de todo modo, obviamente não reflete os casos em que os pedidos não tenham conteúdo patrimonial (BENUCCI, R. L. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 67 e seguintes).

²⁵⁰ “Se uma lei veio a regulá-la é porque a antecipação é possível; e só não o será nas hipóteses por ela previstas. Demais disso, merece leitura a ementa do mencionado veículo normativo [Lei nº 9.494/1997]: ‘Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública...’. Não há mais, de fato, o que se discutir” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 547).

²⁵¹ WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 390; CUNHA, L. J. C. da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 246-247; STJ, Agravo Regimental no Agravo nº 1276466/RS, Relator Ministro Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Ceará), Sexta Turma, julgado em 18.3.2010.

razão de a decisão não ter “por força de lei, condições de produzir seus regulares efeitos no plano material é que tem lugar a tutela antecipada”.²⁵²

Quanto à incidência do artigo 100 da Constituição Federal, os seus ensinamentos são igualmente no mesmo sentido, pois não há justificativas aceitáveis a se impedir a agilização da prestação da tutela jurisdicional. O tempo jamais poderá ser óbice à antecipação de tutela pretendida, justamente porque a urgência é um dos seus fatores determinantes.

De acordo com os ensinamentos de Fredie Didier Jr., ao menos seria possível, em sede de tutela antecipada, inserir na fila para a expedição do precatório a parte cujo provimento lhe foi favorável, sendo que o procedimento seria finalizado com o depósito judicial da quantia, levantada pelo autor apenas no caso de procedência dos seus pedidos.²⁵³

Hugo de Brito Machado define bem a situação analisada, concluindo que o cidadão merece ser poupado da árdua espera para o recebimento de valores em questões contra a Fazenda Pública.²⁵⁴

Por fim, a alegação relacionada na Lei nº 8.437/1992 não merece maiores comentários, pois os próprios termos legais são suficientemente claros ao vedar apenas as cautelares satisfativas contra a Fazenda. Não há qualquer restrição genérica que possa ser aplicada da forma proposta.

Uma das hipóteses ainda debatidas a esse respeito é a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 273, § 6º, do Código de Processo Civil, com relação à incontrovérsia de pedidos. As discussões sobre esse tema são pautadas no fato de que a Fazenda Pública não se sujeita aos efeitos da revelia, conforme o artigo 320, II, do Código de Processo Civil, e nem se submete ao ônus da impugnação especificada dos fatos, de acordo com o artigo 302, I, da mesma lei.

Por esse fato, ainda que alguma parte da demanda contra ela esteja incontroversa, o autor deverá provar os fatos relacionados.²⁵⁵

²⁵² BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4. p. 121.

²⁵³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 548.

²⁵⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Tutela Jurisdicional na Repetição do Indébito Tributário*. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 1995, nº 5, p. 46.

Assim, a constatação da incontrovérsia não permite a resolução parcial do mérito contra a Fazenda Pública, com esteio no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil. Havendo simplesmente a incontrovérsia, deverá o demandante, ainda assim, comprovar suas alegações, eis que a revelia não produz efeitos contra a Fazenda, que não está igualmente sujeita ao ônus da impugnação especificada dos fatos.

É preciso que, além da incontrovérsia, a matéria de mérito seja unicamente de direito ou que os fatos alegados estejam, todos eles, suficientemente comprovados por documentos.

Isso porque a hipótese encerra, como se viu, um caso de julgamento antecipado parcial da lide. Ora, não restam dúvidas de que é possível ao juiz proceder ao julgamento antecipado da lide em demanda proposta contra a Fazenda Pública.

Desse modo, deve-se seguir a mesma sistemática do julgamento antecipado da lide para o caso da resolução parcial de mérito de que trata o § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, ou seja, não poderá ser necessária a produção de qualquer outra prova, além das que já tiverem sido produzidas nos autos.

Somente não será possível a antecipação do julgamento permitida no referido § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil caso ainda seja necessário produzir alguma prova para comprovar os fatos alegados pelo demandante.²⁵⁵

Desse modo, encontra-se pacificado o entendimento segundo o qual cabe a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, ao menos quando não incidentes as hipóteses de restrição previstas na legislação aplicável ao caso.

Sendo possível, portanto, a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, a análise agora é das restrições legais atualmente existentes.

²⁵⁵ Paulo Roberto Lyrio Pimenta disserta sobre o tema, reconhecendo essa necessidade de provas mesmo dos fatos incontroversos, mas admite a antecipação da tutela com base no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil nos casos de a pretensão, além de incontroversa, esteja fundada em declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal ou em súmula de Tribunal Superior (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Antecipação dos Efeitos da Tutela: Inovação da Lei 10.444/2002*. Revista Dialética de Direito Processual 1:160-170. São Paulo: Dialética, abril de 2003, p. 165).

²⁵⁶ CUNHA, L. C. da. *A Fazenda Pública em juízo*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 262-263.

3.4.2. Hipóteses legais de restrição à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública

Desde a década de 60 o legislador vem criando restrições às medidas liminares pleiteadas contra a Fazenda Pública, especificamente com relação aos mandados de segurança, que serão pormenorizados na sequência.

Após a edição do Plano Collor I, em 1990, iniciaram-se diversas ações perante o Poder Judiciário, com o intuito de pleitear a liberação imediata de quantias bloqueadas pelo governo para tentar impedir o crescimento da inflação.

Por essa razão, foi editada a medida provisória, que restou convertida na Lei nº 8.437/1992, dispondo especificamente sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público.²⁵⁷

O artigo 1º da referida lei determinou que as liminares concedidas em ações cautelares propostas contra o Poder Público ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva não serão cabíveis quando (i) pleito semelhante não puder ser concedido em mandado de segurança por vedação legal (caput), (ii) for impugnado por mandado de segurança, em primeiro grau, ato de autoridade sujeita à competência originária de tribunal (§ 1º) e (iii) a medida liminar esgotar no todo ou em parte o objeto da ação (§ 3º). Posteriormente, pela medida provisória nº 2.180-35, de 2001, foi incluído o § 5º a esse artigo, determinando ainda a vedação à concessão de liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Segundo Eduardo Talamini, o disposto no § 3º do artigo 1º da Lei nº 8.437/1992 – de que seriam vedadas as liminares que esgotassem o objeto da lide – seria obscuro, pois uma tutela provisória não esgotaria em nenhuma hipótese o objeto da ação, já que ela sempre deverá ser sucedida por uma medida definitiva, proferida em cognição exauriente.

²⁵⁷ DIDIER JR., F. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.2. p. 551-552.

Para esse doutrinador, o legislador pode ter pretendido evitar liminares com efeitos irreversíveis, o que tornaria esse dispositivo legal desnecessário, diante do previsto no artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil, que, inclusive, vem sendo mitigado pela doutrina e pela jurisprudência especializada.²⁵⁸

Acerca desse mesmo dispositivo legal ainda vigente, Cassio Scarpinella Bueno entende que o seu teor não pode ser considerado como óbice para a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, pois a Lei nº 8.952/1994 e o artigo 273 são normas posteriores, podendo se considerar revogadas as disposições anteriores em sentido contrário.²⁵⁹

Enfim, antes de se atingir o consenso entre os doutrinadores e os operadores do direito sobre a aplicação dessa lei e de seus dispositivos, a medida provisória nº 1.570/1997 foi editada, acabando convertida na Lei nº 9.494/1997.

Realmente, após a reforma processual que instituiu a figura da tutela antecipada, foi promulgada a Lei nº 9.494/1997, para disciplinar de forma genérica a antecipação da tutela em face do Poder Público, restringindo-lhe a aplicação em algumas situações específicas.

Por meio dessa lei, o legislador determinou a extensão de todas as restrições às medidas cautelares contra a Fazenda Pública (de acordo com a Lei nº 8.437/1992) e aos mandados de segurança (previstas na época nas Leis nºs 4.348/1964 e 5.021/1966) à antecipação de tutela, conforme o seu artigo 1º.

Assim, pode-se afirmar que há vedação legal à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública nas demandas que tenham por objeto: (i) a compensação de créditos tributários e previdenciários; (ii) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (iii) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (iv) a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza a servidores; (v) toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança; (vi) em se tratando de ação ordinária proposta em primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita,

²⁵⁸ TALAMINI, E. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, nº 172, 2007. p. 46 e seguintes.

²⁵⁹ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. v.4. p. 122.

na via de mandado de segurança, à competência originária de Tribunal e (vii) em se tratando de medida que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Nessas hipóteses, em atenção ao artigo 2º-B da Lei nº 9.494/1997, eventual sentença de procedência do pedido não poderá ser executada provisoriamente, sendo necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão.

Com relação especificamente às restrições referentes a demandas que tenham por objeto a compensação de crédito tributário ou previdenciário e para fins de entrega de mercadoria e bens provenientes do exterior, a doutrina justifica a sua previsão com fundamento na irreversibilidade do provimento visado.

A compensação tributária é medida que visa a extinguir o crédito tributário, nos termos do artigo 156, inciso III do Código Tributário Nacional, e depende de lei específica. Assim, deferida a liminar para permitir a compensação, haverá extinção do crédito tributário.

Se, ao final, os pedidos do contribuinte na demanda forem julgados improcedentes, será ocasionado à Fazenda Pública prejuízo incalculável, pois ficará impossibilitada de proceder ao lançamento fiscal, uma vez já extinto o crédito tributário.²⁶⁰

No que se refere à entrega de mercadorias e de bens provenientes do estrangeiro, com o deferimento da tutela antecipada e a liberação do respectivo bem, dificilmente seriam recuperados em caso de eventual improcedência da demanda.

Na época da promulgação da referida lei, a doutrina rapidamente se voltou contra ela. Segundo esses críticos, tais leis seriam inconstitucionais, principalmente sob o aspecto formal, já que a restrição em questão se deu inicialmente por medida provisória, que não contém os requisitos da urgência e da relevância, e sob o aspecto material, pois afrontavam o direito às tutelas preventivas, à proteção contra ameaça a direito, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.²⁶¹

²⁶⁰ CUNHA, L. J. C. da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 243-244.

²⁶¹ BENUCCI, R. L. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001 p. 58.

Inobstante esses entendimentos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, reconheceu definitivamente não haver qualquer vício de inconstitucionalidade no artigo 1º da Lei nº 9.494/1997, por maioria de votos, em sessão de julgamento realizada em 1.10.2008.²⁶²

Contudo, esse entendimento não tem impedido que o Supremo Tribunal Federal mitigue, paulatinamente, as limitações às medidas de urgência contra o Poder Público.

Nesse sentido, essa Corte Suprema tem frequentemente salientado que essas vedações devem ser interpretadas de forma restritiva, possibilitando a aplicação da tutela antecipada nos casos de verbas previdenciárias²⁶³ e em alguns casos relacionados à liberação de mercadorias perecíveis.²⁶⁴

O Supremo Tribunal Federal ainda tem mantido medidas antecipatórias proferidas contra a Fazenda Pública pelo motivo de estarem em consonância com a

²⁶² “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NATUREZA DÚPLICE DESSE INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – INERÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE JURISDICIONAL – CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROVIMENTO CAUTELAR CUJA FUNÇÃO BÁSICA CONSISTE EM CONFERIR UTILIDADE E ASSEGURAR EFETIVIDADE AO JULGAMENTO FINAL A SER ULTERIORMENTE PROFERIDO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS DO PODER CAUTELAR DEFERIDO AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE DA LEI Nº 9.494/97 (ART. 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA PELA CLÁUSULA RESTRITIVA INSCRITA NO PRECEITO LEGAL DISCIPLINADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – OUTORGA DE DEFINITIVIDADE AO PROVIMENTO CAUTELAR QUE SE DEFERIU, LIMINARMENTE, NA PRESENTE CAUSA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E “EX TUNC”, A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE “DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA” (STF, ADC nº 4, Relator Ministro Sydney Sanches, Relator para Acórdão Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 1.10.2008).

²⁶³ STF, Reclamação nº 902, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 25.4.2002; STF, Reclamação nº 1603, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 21.11.2002. Esse entendimento acabou sendo consolidado na súmula 729 do Supremo Tribunal Federal.

²⁶⁴ TRF4, Agravo de Instrumento nº 5019278-59.2014.404.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 25.9.2014.

jurisprudência daquela Corte²⁶⁵, consolidando o entendimento de que a proibição de tutela antecipada não é absoluta e pode ser relativizada diante das circunstâncias específicas do caso concreto.²⁶⁶

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também tem afastado as restrições à antecipação de tutela contra o Poder Público, em casos considerados excepcionais, especialmente os que envolvem especial urgência.²⁶⁷

Com relação à restrição relacionada à compensação de tributos, aplicada por analogia também aos créditos previdenciários, como já mencionado, a doutrina tem entendido que a sua vedação não ocorre de forma absoluta.²⁶⁸

A ideia nesse dispositivo legal é a de que o magistrado se limite a estabelecer os parâmetros concretos pelos quais poderá o contribuinte, no plano material, fazer a compensação, sempre por sua conta e risco, e sem extinguir o crédito tributário (o que só ocorreria com decisão transitada em julgado).

A relativização dessas restrições ocorrida no âmbito dos nossos Tribunais Superiores é analisada por Eduardo Talamini, que afirma, especialmente com relação ao Supremo Tribunal Federal, que as posições adotadas por essa Corte oscilam entre a admissão geral dessas proibições e a necessidade de exame de cada caso concreto e suas circunstâncias, sendo que essas mudanças seriam reflexo, ainda, das suas mudanças de composição ao longo dos últimos anos e dos últimos governos.²⁶⁹

Fredie Didier Jr. ainda vai além, desenvolvendo o ponto em que essas restrições estariam ligadas a determinadas conjunturas econômicas, como, por

²⁶⁵ STF, Agravo Regimental na Reclamação nº 1067, Relator Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 17.6.1999; STF, Agravo Regimental na Reclamação nº 1132, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23.3.2000; STF, Agravo Regimental na Reclamação nº 1105, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 23.3.2000.

²⁶⁶ DIDIER JR., F. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.2, p. 554.

²⁶⁷ STJ, Recurso Especial nº 109.473/RS, Relator Ministro Helio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 23.3.1999; STJ, Recurso Especial nº 275.649/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 7.8.2001; STJ, Recurso Especial nº 420.954/SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 22.10.2002.

²⁶⁸ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. v.4. p. 127-128; DIDIER JR., F. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.2. p. 563-564.

²⁶⁹ TALAMINI, E. Tutela de urgência e Fazenda Pública. Revista de Processo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 32, nº 172, 2007. p. 46 e seguintes.

exemplo, no caso da Lei nº 9.494/1997 ora estudada, que teria decorrido de debate sobre o reajuste concedido em 1993 apenas para servidores militares.²⁷⁰

Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, discorda do entendimento esboçado na decisão da ação declaratória de constitucionalidade mencionada anteriormente, por entender que o disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal não se limita a assegurar o direito de ação tradicionalmente falando, mas sim reconhece um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.²⁷¹

Nesse sentido, esse doutrinador tem entendido que o magistrado deve exercer, nesses casos, o controle incidental ou difuso da constitucionalidade que lhe é dada²⁷², para afastar a incidência dessas normas restritivas, caso as entenda contrárias ao modelo constitucional do processo.

Apesar de procurar defender nesse estudo a liberdade de atuação do magistrado com relação às antecipações de tutela, entendemos que os casos em que tais medidas forem deferidas devem ser sempre amplamente justificados, baseados em dispositivos legais ou entendimentos jurisprudenciais consolidados sobre o tema.

O Supremo Tribunal Federal ainda tem entendido, na linha de relativizar a restrição do artigo 1º da Lei nº 9.494/1997, que o magistrado conceda a tutela antecipada naquelas hipóteses, desde que a antecipação ocorra na própria sentença de mérito, o que não afrontaria o decidido na já mencionada ação declaratória de constitucionalidade nº 4.²⁷³

Independentemente das questões analisadas no processo, a segurança jurídica deve sempre ser levada em conta na fundamentação das decisões judiciais a serem proferidas.

Desse modo, havendo as restrições dispostas na Lei nº 9.494/1997 – reitere-se, considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal –, não é possível que

²⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. *op. cit.* p. 554.

²⁷¹ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. v.4 p. 123.

²⁷² BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. v.4 p. 124.

²⁷³ STF, Agravo Regimental na Reclamação nº 8902, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 5.8.2014.

sejam desconsideradas por mera liberalidade do Judiciário, entendendo-se que o dispositivo não estaria de acordo com a atual função do processo civil.

Contudo, se dentro de cada caso concreto, segundo o entendimento jurisprudencial relacionado ao tema, for razoável e justificável a relativização dessa restrição legal à antecipação da tutela, essas situações merecem uma análise detalhada do magistrado, para que, verificando-se presentes os requisitos legais também do artigo 273 do Código de Processo Civil, a tutela antecipatória seja concedida.

3.4.3. Restrições às liminares em mandado de segurança

Os primeiros diplomas normativos a tratar das restrições a liminares em face da Fazenda Pública foram editados visando a evitar a concessão de medidas liminares em mandado de segurança contra o ente público, não se aplicando à tutela antecipada genérica, regulada pelo código de processo civil, até mesmo pelo fato de tais diplomas serem anteriores à reformulação do sistema de tutelas antecipadas pelas quais passou o Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a Lei nº 2.770/1956, em seu artigo 1º, vedou a concessão de medidas preventivas ou liminares que, em ações judiciais de qualquer natureza envolvendo a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie provenientes do estrangeiro, importem na entrega do respectivo objeto.

A doutrina explica essa restrição como proveniência contra abusos praticados na impetração de mandados de segurança para liberação de automóveis importados irregularmente, sendo que, em muitos casos, ocorriam com centenas de veículos de uma só vez.²⁷⁴

De todo modo, como os demais casos mencionados, essa restrição foi objeto de relativizações, sendo que, por exemplo, para Hely Lopes Meirelles, ela somente se aplicaria aos bens objeto de contrabando.²⁷⁵

²⁷⁴ BARBI, C. A. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 176.

²⁷⁵ MEIRELLES, H. L. *Mandado de Segurança*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

A revogada Lei nº 4.348/1964, em seu artigo 5º, parágrafo único, não permitia, desde aquela época, a concessão de liminar ou a execução provisória de sentença de mandado de segurança contra a Fazenda Pública, que ordene a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Ainda com relação aos mandados de segurança, com o objetivo de ampliar a vedação da concessão de liminares, foi editada a Lei nº 5.021/1966, pela qual se proibiu essas medidas nos casos que importassem pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, estadual ou municipal.

Do cotejo dos dois dispositivos, conclui-se que o objetivo do legislador era evitar dispêndios de verbas públicas, em decorrência de provimentos liminares que poderiam ser posteriormente revertidos, o que causaria desfalque, muitas vezes irreversível, ao patrimônio público.

Atualmente, ambas as leis foram revogadas pela promulgação, em 10.8.2009, da Lei nº 12.016/2009, cujos termos, discussões e aplicação prática são muito semelhantes aos das legislações genéricas aplicáveis à Fazenda Pública e que, por esse motivo, acabou sendo muitas vezes estudada em conjunto com elas e aplicada não somente aos mandados de segurança.

Referida lei é expressa ao restringir não somente as liminares em mandado de segurança, mas estende as vedações às situações de tutela antecipada referidas nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Assim, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública restou proibida não apenas em casos de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento, extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, mas também na compensação de créditos tributários e entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior.

Ademais, a lei em questão ainda estabelece condições temporais para a duração da liminar em certas circunstâncias, nos termos do previsto nos seus artigos 7º, § 3º e 8º, que determina que os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença, sendo que será decretada a perempção ou a caducidade dessa medida de ofício pelo magistrado, ou a

requerimento do Ministério Público, no caso de, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao regular andamento do processo, ou deixar de lhe promover os atos que lhe cumprirem por mais de três dias.

Após a promulgação da mencionada lei sobre os mandados de segurança, muita discussão se iniciou sobre a sua validade e constitucionalidade, sendo que, nesse sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.296, contra o Presidente da República, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, com o objetivo de discutir especificamente os artigos 1º, § 2º, 7º, III e § 2º, 22, § 2º, 23 e 25.

Com relação à referida ação, há pedido liminar, ainda não analisado, para suspender alguns dispositivos da lei questionada, sendo que, inclusive, já há parecer nos autos da Procuradoria Geral da República opinando pela improcedência dos pedidos da ação.²⁷⁶

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, quaisquer regras de restrições a liminares – ou seja, que tolhem ou dificultam a proteção adequada dos direitos – devem sempre ser consideradas inconstitucionais, por violar o disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Assim, sempre que a medida antecipatória seja necessária, não será possível se aceitar as restrições impostas pela Lei nº 12.016/2009, obtendo o impetrante tutela razoável e adequada aos seus interesses.²⁷⁷

No mesmo sentido é o entendimento de Hugo de Brito Machado, que considera ser, em alguns casos, indispensável a concessão de medida liminar para garantir a eficácia da sentença que vier a conceder a segurança ao final do processo, razão pela qual proibir esse deferimento corresponderia a “destruir o instrumento constitucional de garantia de direitos”.²⁷⁸

²⁷⁶ Processo disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3755382>>. Acesso em: 22.12.2014.

²⁷⁷ MARINONI, L. G. *Procedimentos especiais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 254.

²⁷⁸ MACHADO, H. de B. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 141.

3.4.4. Questões polêmicas envolvendo as medidas antecipatórias relacionadas à saúde pública

A questão relacionada à tutela antecipada concedida em mandado de segurança ainda caminha para outra delicada análise, que é a possibilidade da concessão indiscriminada de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública afetar não somente a continuidade dos serviços públicos, como causar graves danos ao erário.

A propósito, exemplo real e atual dessa situação é a proliferação de ações judiciais em que se pleiteia a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, visando ao fornecimento de medicamentos e concessão de tratamentos médicos específicos.

Em todo o país, milhares de mandados de segurança foram impetrados e processos foram ajuizados, pelo procedimento comum ordinário, em face da Fazenda Pública, requerendo e obtendo liminares e tutelas antecipadas para a concessão de medicamentos e tratamentos de forma gratuita pelos Poderes Públicos.

De fato, é dever comum dos entes federados, de forma solidária, cuidar da saúde e da assistência pública, conforme previsto nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal, sendo que este direito, mesmo situado fora dos comandos do artigo 5º da Lei Magna brasileira, ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do § 2º daquele artigo, seja pelo seu conteúdo, que o insere no sistema axiológico fundamental dos valores básicos de todo o ordenamento jurídico.²⁷⁹

²⁷⁹ Para Ada Pellegrini Grinover, “Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana. O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência digna que exige prestações positivas por parte do Estado” (GRINOVER, A. P. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, v.30, p. 8-30, 2009); a esse respeito, veja-se: SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 301-302. No mesmo sentido: STJ, Recurso Especial nº 811.608/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2007.

Baseando-se nesse direito, muitos cidadãos acabam iniciando demanda contra a Fazenda Pública, pleiteando o fornecimento do medicamento que, em muitos casos, cuida-se de droga não prevista no tratamento oficial oferecido pelo sistema de saúde pública.

Mesmo nesses casos, diante do dever do Estado de garantir a saúde do cidadão, o fornecimento do medicamento tem sido admitido em muitas situações a quem dele necessite, ainda que não se encontre previsto no tratamento oficial; eis que o atendimento é universal e igualitário, entendendo-se o princípio da igualdade como o tratamento igual para os iguais.

Se o paciente necessitar, para a sua cura ou sobrevivência, de um determinado tipo de medicamento que não é fornecido pelo sistema de saúde pública e que não pode ser substituído sem prejuízos por nenhum outro, o pleito pode ser considerado aceitável, posto não se encontrar ele em situação de igualdade com os demais necessitados e portadores da mesma doença.²⁸⁰

Os estudiosos e operadores do direito que defendem essa possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública não admitem que seja utilizado como fundamento para a rejeição desses pedidos a escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”.

A teoria da reserva do possível, importada do direito alemão, tem sido constantemente invocada como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias.

No caso do direito alemão, essa teoria foi construída no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável. Assim, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

²⁸⁰ TJSP, Apelação nº 0070232-91.2010.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora Sílvia Meirelles, julgado em 14.4.2010; TJSP, Apelação Cível nº 9152563-21.2003.8.26.0000, Sexta Câmara de Direito Público de Férias, Relator Desembargador José Habice, julgado em 11.8.2003.

Contudo, como já mencionado, trata-se de teoria aplicada no direito alemão, sendo que importa atentar para a realidade do Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna, razão pela qual o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus.

No Brasil, por sua vez, a realidade é a de que ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, motivo pelo qual o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.²⁸¹

Portanto, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.

Ademais, é de se consignar que a cogitação de óbices orçamentários revela-se impertinente, pois se trata de política pública implantada e em funcionamento, pressupondo-se que esteja contemplada nas leis orçamentárias vigentes.²⁸²

A esse respeito, para Ada Pellegrini Grinover ainda que referida despesa não estivesse prevista em orçamento, é possível que se determine ao Poder Público que inclua a implementação da referida política pública na próxima proposta orçamentária.

²⁸¹ Para maiores informações sobre a questão da reserva do possível e o mínimo existencial, veja-se: STJ, Recurso Especial nº 1.389.952-MT, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.6.2014; e TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁸² Veja-se: TJSP, Apelação nº 0005646-53.2011.8.26.0568, 2ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Cláudio Augusto Pedrassi, julgado em 15.1.2013; TJSP, Apelação nº 0202322-34.2008.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Guerrieri Rezende, julgado em 12.5.2008.

Assim, a chamada reserva do possível, se fosse o caso, poderia levar à condenação do Poder Público a uma obrigação de duas etapas, sendo a primeira referente à inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação, e a segunda a obrigação de aplicar a verba na respectiva obrigação determinada.²⁸³

Ainda nesse sentido, defende-se que não há violação ao princípio da separação de poderes.²⁸⁴ A prestação jurisdicional deflagrada a partir de regular provocação e exercida sobre balizas do ordenamento jurídico nada mais é que saudável exercício da função jurisdicional, calcada no postulado do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Na mesma linha, não há violação aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da isonomia. A garantia do direito à saúde pressupõe atendimento integral, no qual se compreende a análise individualizada da necessidade.

Nesse sentido, julgou, à unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, de Pernambuco, relatoria do Ministro Gilmar Mendes.²⁸⁵

Obviamente que entre esses processos, muitas liminares, não há dúvidas, foram corretamente concedidas, face ao risco de morte do impetrante ao autor, valor-vida, repita-se, que é superior à questão financeira do Estado.

Porém, são inúmeros os casos de abuso ou de pedidos de tutela antecipada, que deveriam ter sido indeferidos, por não preencherem os requisitos legais.

Com efeito, cabe ressaltar, de início, que nos referidos feitos foi utilizado corriqueiramente o argumento de que saúde é um direito indisponível, o que, no entendimento desse estudo, não se confunde com o direito disponível do cidadão de pleitear ou aceitar receber medicamentos gratuitos da Administração Pública.

²⁸³ GRINOVER, A. P. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, v.30, p. 8-30, 2009.

²⁸⁴ Nesse sentido: GRINOVER, A. P. *op. cit.* p. 8 a 30.

²⁸⁵ STF, Agravo Regimental em Suspensão de Liminar nº 47, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.3.2010. No mesmo sentido da decisão do Supremo Tribunal Federal, veja-se: TJSP, Apelação nº 0015023-03.2012.8.26.0604, 13ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Borelli Thomaz, julgado em 19.3.2014

Assim, ocorreram abusos, já que, em muitos casos, a Fazenda Pública passou a ser obrigada a fornecer medicamentos de uma determinada marca, apesar da rede pública já oferecer outro remédio com o mesmo princípio ativo, e a Lei de Licitações não permitir diferenças no edital, em virtude da marca do produto a ser adquirido pela Administração Pública.

Além disso, muitas vezes o interessado pleiteava e conseguia a obtenção de tutela antecipada para obtenção de medicamentos pela Fazenda Pública, sendo os mesmos de caráter experimental, de eficiência não comprovada e até sem aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Há casos, por exemplo, que no entendimento de Ada Pellegrini Grinover²⁸⁶ merecem críticas – alguns julgados em demandas individuais que concedem ao demandante tratamentos muito caros, até mesmo no exterior, o que, na opinião da mencionada professora, não atendem ao requisito da razoabilidade.

Dessa forma, o administrador, às vezes, viu-se envolvido em um grande impasse: cumprir a decisão judicial e, para tanto, acabar descumprindo a Lei de Licitações, ou não cumpri-la, podendo responder por crime de desobediência, sem prejuízo da cominação de multa.

Da mesma maneira que argumentado anteriormente, quando se tratou da irreversibilidade da tutela antecipada, nesse momento também cabe defender que, em certas situações, o que deve nortear a decisão sobre a concessão ou não da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, bem como justificar a constitucionalidade até de eventual indeferimento da medida no caso concreto, é o princípio da proporcionalidade.

Ora, se de um lado está o interesse de um particular, muitas vezes relevante, de outro também se encontra o público, indisponível e, em várias ocasiões, de valor superior ao individual, pois um pedido específico deferido pode se repetir em

²⁸⁶ GRINOVER, A. Pe. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, v.30, p. 8-30, 2009.

milhares de outras situações, causando danos ao erário, além de poder inviabilizar a continuidade do serviço público.²⁸⁷

Na atualidade, apesar de a maior parte dos julgados ainda conceder a tutela antecipada contra a Fazenda Pública para o fornecimento de medicamentos²⁸⁸, há uma maior preocupação em verificar, caso a caso, se o interessado realmente comprovou a verossimilhança do direito alegado, bem como a existência do alegado perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, seja exigindo, por exemplo, que o requerente comprove, por laudo médico, a existência da doença e a necessidade e urgência do medicamento prescrito, bem como prova de que houve requerimento do medicamento de forma administrativa e que ele foi negado pelo Poder Público.

É possível notar que, atualmente, alguns magistrados vêm se atentando ao problema narrado anteriormente, negando a tutela antecipada contra a Fazenda Pública quando não convencidos da presença dos requisitos legais, como, por exemplo, em caso igualmente relacionado a fornecimento de medicamento, no qual se concluiu que o remédio solicitado pelo autor “não constitui alternativa insubstituível pelos medicamentos tradicionais”.²⁸⁹

Esse é o caso, das ações com pedidos de atendimento médico domiciliar em tempo integral custeado pelo Poder Público. Embora a saúde seja um dever do Estado e um direito do cidadão, como já mencionado, e a jurisprudência esteja pacificada no sentido de que o paciente hipossuficiente, portador de grave enfermidade, faça jus à obtenção gratuita de medicamentos e insumos junto à Fazenda Pública, não há como se compelir a Administração a fornecer todo e qualquer tipo de atendimento na área da saúde.

Por isso, não parece razoável em casos como esse colocar à disposição do demandante um serviço médico domiciliar 24 horas por dia, disponibilizando-se

²⁸⁷ A esse respeito, veja-se a reportagem do jornal “Folha de São Paulo”, veiculada em 3.10.2005, com a seguinte manchete: Estados tentam barrar remédios via Justiça. (LEITE, F. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, out. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0310200512.htm>>. Acesso em: 22.12.2014).

²⁸⁸ STJ, Recurso Especial nº 872.733/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, decisão monocrática proferida em 4.9.2008.

²⁸⁹ TJSP, Recurso de Apelação nº 915.599.5/7-00, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Aroldo Viotti, julgado em 29.6.2009.

enfermeiros para cuidar exclusivamente de um só paciente, em prejuízo dos demais cidadãos que necessitam da rede pública de saúde.

Somando-se a essas questões, há o fato considerado pela jurisprudência de que na maioria dos casos não há negativa por parte do Poder Público em prestar atendimento médico-hospitalar regular ao demandante, nem prova de que o atendimento domiciliar é a única alternativa viável à recuperação de sua saúde.²⁹⁰

Portanto, parece lógico que o magistrado, além do corriqueiro bom senso, deve ter especial cautela ao analisar cada caso concreto, quando se trata de decidir sobre a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, tendo em vista a repercussão que sua decisão pode causar, conforme exemplos supracitados, incentivando, ainda que involuntariamente, o ajuizamento de inúmeros processos semelhantes, com pedidos muitas vezes injustos ou descabidos.

Assim, como visto, somando-se os prejuízos que podem ser causados com tantas ações judiciais, obviamente em relação às hipóteses em que os pedidos de tutela antecipada ou de liminar são descabidos, realmente poderá ocorrer o desequilíbrio orçamentário do Estado, que restará obrigado a descumprir outros interesses públicos, em virtude da necessidade de deslocamento de verbas anteriormente destinadas a outras finalidades públicas.

3.5. As medidas de urgência e os procedimentos arbitrais

3.5.1. A existência de compromisso arbitral, os poderes do árbitro e as situações de urgência

Conforme já mencionado, no intuito de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação, o magistrado e as partes têm à sua disposição as medidas antecipatórias

²⁹⁰ Nesse sentido, veja-se as seguintes decisões: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2193504-49.2014.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Décio Notarangeli, julgado em 26.11.2014; TJSP, Agravo de Instrumento nº 0024916-21.2011.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Renato Nalini, julgado em 22.3.2011; TJSP, Agravo de Instrumento nº 9029181-78.2009.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Thales do Amaral, julgado em 18.1.2010; TJSP, Agravo de Instrumento nº 9029181-78.2009.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Thales do Amaral, julgado em 14.12.2009.

e cautelares perante o Poder Judiciário. Nos procedimentos arbitrais, a situação não poderia ser diferente.

Realmente, o árbitro igualmente poderá – e certamente irá – defrontar-se com situações nas quais será necessário mitigar os efeitos da demora do processo, para garantir a eficácia da sentença arbitral. Contudo, com a existência de compromisso arbitral entre as partes envolvidas na lide, resta a dúvida da competência para a análise dos pedidos dessa natureza nesses casos.

Anteriormente à promulgação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), o Código de Processo Civil tratava especificamente do tema do procedimento arbitral, sendo que, em seus artigos 1086 e 1087 (já revogados), dispunha ser defeso ao juízo arbitral empregar medidas coercitivas, seja contra as partes ou contra terceiros, e decretar medidas cautelares.

Assim, sempre que fosse necessária qualquer dessas medidas, deveria ser solicitada a homologação do laudo pela autoridade judiciária competente.

Nessa época, a arbitragem era muito pouco difundida no Brasil, razão pela qual não existem estudos profundos sobre o tema, ou discussões jurisprudenciais.

De todo modo, Carlos Alberto Carmona já defendia a possibilidade de o árbitro conceder medidas dessa natureza nesses casos²⁹¹, independentemente do disposto na legislação vigente na época.

Após a entrada em vigor da Lei nº 9.307/1996, a possibilidade de o árbitro solicitar medidas cautelares ao Poder Judiciário passou a ser expressamente prevista em seu artigo 22, § 4º.

Mesmo diante dessa nova ótica processual arbitral e logo após o início de vigência da nova lei houve ainda quem sustentasse a impossibilidade de o árbitro proferir quaisquer medidas de urgência²⁹², ou até mesmo que esse poder somente poderia ser legitimado com a expressa disposição na convenção de arbitragem.²⁹³

²⁹¹ CARMONA, C. A. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 108-109.

²⁹² FURTADO, P.; BULOS, U. L.. *A Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 93.

²⁹³ CARNEIRO, P. C. P. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. In: CASELLA, P. B. (Coord.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997, p. 148.

Evidentemente, passados muitos anos da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, a doutrina nacional especializada sobre o tema já se posicionou a favor do poder cautelar e antecipatório do árbitro²⁹⁴, o que foi amplamente consagrado pela jurisprudência pátria.

Realmente, a doutrina moderna caracteriza a arbitragem como uma forma de solução de conflitos jurisdicionais.²⁹⁵ Para Eduardo Silva da Silva, a arbitragem se aproxima da ideia de jurisdição pela presença de dois principais elementos: a presença de um terceiro imparcial e o efeito vinculante da sua decisão.²⁹⁶

A despeito da consolidação desse entendimento atualmente no Brasil, ainda hoje existem algumas poucas legislações arbitrais que mantêm essa proibição injustificável. A Itália é um desses poucos exemplos sendo que, mesmo com alteração legislativa no Código de Processo Civil (Codice di Procedura Civile) dedicada à arbitragem (decreto delegado nº 40/2006), o legislador italiano manteve a proibição de os árbitros concederem tutelas de urgência, em seu artigo 818.²⁹⁷

Segundo os estudiosos que questionam essa constatação, a dúvida sobre a qualidade de jurisdição da arbitragem residiria principalmente na ausência de poder de império do árbitro, que é exclusivo do juiz, pelo fato de o seu poder emanar do Estado e o do árbitro da convenção das partes.

Trata-se, na verdade, de confusão entre o exercício do poder com o exercício da força (ou seja, a confusão entre “iuris dictio” e “imperium”), tomando-se equivocadamente a prática de atos de força como algo inerente ao exercício da jurisdição.

O equívoco se torna ainda mais evidente ao se verificar que essa situação ocorre em outros sistemas de dentro do próprio Poder Judiciário, sobre os quais não há qualquer dúvida da qualidade de jurisdição, como, por exemplo, (i) no caso dos juízes trabalhistas, que igualmente não podem decretar prisões, ou (ii) no caso dos juízes dos antigos juizados de pequenas causas (previsto na Lei nº 7.244/1984, já

²⁹⁴ Nesse sentido: CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 266. CÂMARA, A. F. *Arbitragem*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 93.

²⁹⁵ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. *Op.cit.* 45/46.

²⁹⁶ SILVA, E. S. da. *Arbitragem e direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 172.

²⁹⁷ “Articolo 818 - Provvedimenti cautelari. Gli arbitri non possono concedere sequestri, ne'altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge.”

revogada), que não possuíam competência para execução de suas sentenças antes da alteração legislativa de 1993.

Ademais, a alegação de que a participação do particular no cumprimento da função jurisdicional também retiraria da arbitragem esse caráter não pode prevalecer, pois esse fato também ocorre, por exemplo, com o Tribunal do Júri, e nunca foi defendida a ausência de jurisdição nesses casos.²⁹⁸

Nesses casos, inclusive, a competência do Tribunal do Júri é absoluta, tornando a participação do particular obrigatória para o exercício da jurisdição.

Portanto, o árbitro, por convenção das partes, possui poder jurisdicional e atua como juiz de fato e de direito, razão pela qual suas decisões têm autoridade e imperatividade.

A própria Lei nº 9.307/1996 assim dispõe, em seu artigo 31, ao afirmar que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário, entre as partes e seus sucessores, constituindo título executivo.

O único ato que não pode ser realizado pelo árbitro é o uso da força para fazer valer suas decisões, por lhe faltar competência, já que esse é um monopólio do Estado. Se, eventualmente, as partes não cumprirem voluntariamente a decisão arbitral, cabe ao árbitro ou à parte prejudicada pleitear perante o juiz sua efetivação e o cumprimento coercitivo.

Assim, por conseguinte, pode o árbitro não somente decidir sobre a demanda em questão, mas também prover acerca de medidas urgentes necessárias para garantir a efetividade de seu provimento ou do próprio bem da vida discutido no procedimento arbitral.²⁹⁹

Sob a ótica do direito processual constitucional já explicitado no início desse estudo, no sentido de que o devido processo legal tem por objetivo a concessão da tutela jurisdicional para resolver o problema de direito material havido entre as partes, uma justiça tardia - ou cuja sentença tenha perdido sua eficácia pelo

²⁹⁸ ALVIM, J. E. C. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 55.

²⁹⁹ CARNEIRO, A. G. Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil law e common law. Incompetência da Justiça Estadual. In *Revista do CBAr*, nº 3, pp. 56-57, jul/set. 2004.

transcurso do tempo do processo - parece violar a própria garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional ou mesmo do devido processo legal.

Há, ainda, quem sustente que nada impede que, na convenção de arbitragem, as partes estipulem quais eventuais medidas de urgência serão diretamente pleiteadas ao Poder Judiciário.³⁰⁰

Contudo, esse entendimento faz sentido apenas nos casos de medidas de urgência eventualmente necessárias anteriormente ao início da arbitragem (medidas preparatórias). Isso porque, segundo o artigo 19 da Lei de Arbitragem, considera-se instituído o procedimento arbitral quando se aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Em atenção ao já mencionado princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, sendo necessária a concessão de medida urgente antes do efetivo início do processo arbitral, o Poder Judiciário assume, para esse específico fim, a competência para processar e julgar as medidas urgentes, exatamente para evitar a denegação da justiça.

Assim, o Poder Judiciário tem competência residual para conhecer de medida de urgência, porque, até que seja efetivamente formado o Tribunal Arbitral (com a nomeação dos árbitros e instalação do Tribunal), não é possível requerer-lhe qualquer medida urgente.³⁰¹

Além das medidas preparatórias, admite-se também o pleito de medidas urgentes diretamente ao Poder Judiciário, quando houver limitações à possibilidade de os árbitros adotarem tutelas de urgência tempestivas ou efetivas diante do caso concreto.

³⁰⁰ BENETTI, S. Arbitragem e tutelas de urgência. In: *Revista do Advogado* nº 87, São Paulo, AASP, set. 2006. p. 103.

No mesmo sentido: CARMONA, C. A. Arbitragem e processo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 268.

³⁰¹ A esse respeito, veja-se: LEMES, S. M. F. Medidas cautelares prévias à instituição da arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 20, 2009; LEMES, S. M. F. A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias. In *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, nº 20, abr/jun 2003; HOFFMAN, P. Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir. In JOBIM, E. ; MACHADO, R. B.(coord.). *Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Com relação à impossibilidade de os árbitros agirem tempestivamente, tal situação pode ocorrer, por exemplo, quando a sua indicação foi impugnada, quando houve renúncia, em casos de doença grave ou morte do árbitro, ou, ainda, de a instituição arbitral ou o árbitro estar de férias ou totalmente inacessível por outro motivo.³⁰²

Exemplo de situação em que os árbitros estarão impedidos de agir de forma efetiva é no caso em que a parte requerente precisará, inevitavelmente, como consequência da tutela pleiteada de atos de coerção direta contra o requerido.

Como já demonstrado, a doutrina³⁰³ e a jurisprudência já se posicionaram a favor do poder cautelar do árbitro, ou seja, de que ele possui poder de proferir medidas urgentes no curso do processo arbitral, desde que presentes os requisitos autorizadores e por meio de decisão fundamentada.

Se houver resistência da parte vencida no cumprimento da medida urgente emitida pelo árbitro, é o Poder Judiciário quem tem o poder de efetivá-la.

No cumprimento da medida pelo Poder Judiciário, não cabe ao juiz de direito fazer qualquer juízo de valor ou de revisão quanto ao decidido pelo árbitro, mas tão somente empreender medidas de coerção, a fim de que a decisão arbitral seja cumprida nos limites em que foi deferida, sob pena de extrapolar sua competência.

Para Carmona, a relação entre o árbitro e o juiz togado não é de subordinação, mas, sim, de cooperação, decorrente de uma divisão de competência, “para o efeito de tornar o último eficazes as determinações do primeiro. Trata-se de nítida divisão de competência, que não importa inversão de parte a parte”.³⁰⁴

3.5.2. Restrição à competência dos árbitros para a análise das medidas de urgência

Conforme desenvolvido no item anterior, seria muito ilógico se considerar que as partes, por meio do compromisso arbitral, tenham se manifestado de forma

³⁰² CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 328.

³⁰³ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 266.

Nesse sentido: CÂMARA, A. F. *Arbitragem*. 5 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009. p. 93.

³⁰⁴ CARMONA, C. A. *op. cit.* p. 264.

implícita em resolver suas pendências perante um árbitro com poderes limitados, ou que, havendo a necessidade de se decidir sobre uma medida urgente, interprete-se restritivamente a cláusula compromissória, de forma a não contemplar a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional a ser proferida ao final da arbitragem, mesmo diante da presença dos requisitos para tanto previstos no Código de Processo Civil.

Assim, em havendo silêncio das partes ou da cláusula, há de se permitir aos árbitros o manejo de medidas antecipatórias no curso do procedimento arbitral.

Se há no compromisso previsão da possibilidade da concessão de medidas urgentes pelo árbitro no curso do processo arbitral, as partes nada mais fizeram que a ratificação da sistemática aplicável a esse tipo de procedimento, cujo pressuposto de validade é a própria Constituição Federal.

A dúvida ainda persiste se, ao contrário, as partes dispuserem que os árbitros não possuem esse poder de decidir sobre medidas de urgência.

Ora, parece que a autonomia da vontade que baliza a existência e a validade dos compromissos arbitrais não permitiriam apenas a concessão de poderes aos árbitros, mas também a sua exclusão parcial ou total.

Essa faculdade decorre do fato de que as partes são livres para decidir o escopo da convenção de arbitragem, segundo sua autonomia da vontade.³⁰⁵

Como as partes podem pactuar a atribuição de competência aos árbitros para tutelas de urgência arbitrais, de acordo com a doutrina sobre o tema, podem igualmente acordar a sua restrição ou exclusão.³⁰⁶

Embora essa opção não seja comum na prática – até porque as partes, no geral, desejam que os árbitros possam conceder tutelas de urgência quando for o caso –, em tese não se pode negar a sua viabilidade teórica, em atenção à autonomia da vontade das partes envolvidas, que ganha relevância com a prática de um verdadeiro “opt out” da jurisdição arbitral para a concessão de tutelas de urgência.

³⁰⁵ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 326; MARTINS, P. B. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 246; ALVES, R. F. O devido processo legal na arbitragem. In JOBIM, E.; MACHADO, R. (coord.) *Arbitragem no Brasil aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 409.

³⁰⁶ ALCAMÍ, R. L. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 223/243.

A esse respeito, ressalta-se que existe uma lei modelo internacional sobre arbitragem comercial que já admite expressamente esse tipo de restrição. Trata-se da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (“UNCITRAL”³⁰⁷).

De acordo com informações disponíveis no website da UNCITRAL, essa Lei Modelo já foi adotada (total ou parcialmente) por diversos países, dentre eles, Canadá, Rússia, Peru, Chile, Paraguai, Venezuela, Alemanha, Polônia, Ucrânia, Irlanda, e em alguns estados dos Estados Unidos da América.³⁰⁸

Atualmente, o artigo 17, (1), dessa Lei Modelo dispõe que, com exceção de estipulação em contrário pelas partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma das partes, conceder tutelas de urgência.³⁰⁹

Portanto, a referida lei possibilitou expressamente que as partes pactuem a restrição aos árbitros para a concessão das tutelas antecipadas, podendo livremente exercer a sua autonomia da vontade, nesse sentido, para o “opt out”.

Apesar dos pontos expostos, esse entendimento não é pacífico. Marcelo Dias Gonçalves Vilela, por exemplo, defende que, ainda que seja admitida a autonomia da vontade das partes para a definição dos termos da convenção de arbitragem, é inválida qualquer previsão que pretenda reduzir o poder jurisdicional do árbitro, retirando-lhe o poder de conceder medidas de urgência. Para esse doutrinador, o acordo das partes pela convenção arbitral “implica, necessariamente, a outorga de poderes jurisdicionais para a tutela cautelar”.³¹⁰

³⁰⁷ A Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional – UNCITRAL foi estabelecida por meio de Assembleia Geral em 1966. A principal função da UNCITRAL é promover a progressiva harmonização e unificação do direito comercial internacional, estando dentre os seus temas a arbitragem comercial internacional e a conciliação. Texto integral da lei disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html Acesso em: 22.12.2014.

³⁰⁸ A esse respeito, veja-se:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status_map.html
Acesso em: 22.12.2014.

³⁰⁹ “Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.”

³¹⁰ VILELA, M. D. G. Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, nº 27, jul./set. 2005, p. 34.

Mesmo diante da admissão dessa restrição por parte significativa da doutrina, fato é que nada impediria a parte interessada de formular o seu pedido de tutela de urgência perante o Poder Judiciário, sendo que ele provavelmente seria conhecido e apreciado, em atenção à garantia constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional.

Para parte da doutrina, o que não pode ser admitido, sob pena de violação à mencionada garantia constitucional, é que a parte interessada fique impossibilitada de buscar tutela de emergência das cortes estatais, seja nas hipóteses anteriores ao início do procedimento arbitral, seja nas demais situações mencionadas, em que o árbitro não poderia garantir a tutela jurisdicional de forma suficiente à parte necessitada.³¹¹

Tal constatação seria garantida e, em muitos casos, vem sendo defendida, pelo entendimento exposto no brocardo latino “quando est periculum in mora incompetentia non attenditur”.

³¹¹ ALVES, R. F. O devido processo legal na arbitragem, in JOBIM, E.; MACHADO, R.(coord.) *Arbitragem no Brasil aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 409. MONTORO, M. A. F. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

CONCLUSÃO

A síntese do trabalho em questão consiste na análise crítica de algumas das restrições à antecipação da tutela, previstas no ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo o seu conceito, o exame das suas principais características, bem como as diversas relativizações aplicadas pela doutrina e pela jurisprudência em cada caso, com seus respectivos fundamentos.

Nesse sentido, analisamos a parte relacionada às tutelas de urgência do Projeto do Novo Código de Processo Civil, com as alterações propostas para cada um dos institutos relacionados, bem como proposta de lei que pretendia introduzir em nosso ordenamento processual a técnica da estabilização da tutela antecipada, que permitiria a utilização da tutela antecipada com a resposta jurisdicional definidora e definitiva do litígio iniciado entre os sujeitos do processo.

A análise desses pontos, dos conceitos do acesso à justiça, do devido processo legal, e da garantia da duração razoável do processo, descritos de forma detalhada no início do trabalho, nos remete à primeira conclusão desse trabalho, de que não há ordem jurídica justa sem prestação da tutela jurisdicional de forma tempestiva.

O dano causado pela demora do trâmite do processo constitui, sim, óbice à sua efetividade, o que o legislador procurou afastar mediante a inclusão no sistema processual de medidas provisórias de urgência destinadas a assegurar que a tutela final será equivalente ao cumprimento espontâneo do direito material.

A tutela provisória, ainda que não vinculada a perigo de dano específico e concreto, visa sempre à resguardar a efetividade do processo, sendo concedida mediante cognição sumária e guardando relação de instrumentalidade com a tutela final e definitiva.

Assim, inobstante a previsão legal de algumas restrições relacionadas à antecipação de tutela, é fato que, em atenção aos pontos mencionados, o excesso de formalismo não merece prevalecer e deve ter a sua aplicação relativizada pela

jurisprudência e pela doutrina, que, no geral, primam pela atuação do Poder Judiciário sempre em prol do ideal máximo da justiça.

Contudo, tais valores não são absolutos e não podem se sobrepor a qualquer custo à segurança jurídica, no sentido de que deixaria de ter validade completa todas as normas restritivas às tutelas antecipadas.

O processo existe no ordenamento jurídico brasileiro também para que a forma seja valorizada, no intuito de garantir às partes uma lide mais segura, com direitos equivalentes e regras previamente estabelecidas. O próprio instituto da tutela antecipada em si, de alguma forma, já limita o direito de defesa do réu, o que não pode ser estendido a qualquer custo, e sem fundamento claro, reconhecido e bem desenvolvido.

Dessa forma, ainda é possível se concluir pelo presente estudo que, ao menos com relação a algumas questões mais relevantes e ainda não incorporadas ao direito brasileiro, o ideal é que, com a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema, a legislação vigente sofra alterações, sempre no sentido de incluir previsão com relação a positivar os ideais consolidados pelos aplicadores do direito, garantindo a segurança jurídica às partes e, ao mesmo tempo, possibilitando a evolução dos institutos legais em prol de garantir um julgamento mais célere e justo.

Realmente, identificadas as soluções possíveis, faz-se necessário à ciência processual apontar qual a mais adequada para amenizar os males da demora, sem comprometer as garantias fundamentais do processo.

BIBLIOGRAFIA

ALCAMÍ, R. L. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, C. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ALVES, R. F. O devido processo legal na arbitragem. In JOBIM, E.; MACHADO, R. (coord.) *Arbitragem no Brasil aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ALVIM, ARRUDA. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista RePro*, São Paulo, 97, ano 25, jan./mar.2000.

_____. *Manual de direito processual civil*. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In: *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, nº 4.

ALVIM, J. E. C. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ANDOLINA, I. VIGNERA, G. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Turim: Giapichelli, nº 9, 1990.

ARMELIN, D. *Tutela jurisdicional diferenciada. RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 65: 45-55, 1992.

ARRUDA ALVIM, E. A raiz constitucional da antecipação de tutela. In: ARMELIN, D. (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

ASSIS, A. de. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. ASSIS, A. de (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

ÁVILA, H. *Segurança jurídica no direito tributário – entre permanência, mudança e realização*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBI, C. A. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BARBOSA MOREIRA, J. C. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 81. 198-211, jan./mar. 1996.

_____. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 104, 104-105, out./dez. 2001.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROS, S. de T. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

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

_____. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 23, a. 6, abr./jun., 1998.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, J. R. dos S. *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

_____. Estabilização das tutelas de urgência. In: *Estudos em homenagem à Professora Ada P. Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENUCCI, R. L. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENETTI, S. Arbitragem e tutelas de urgência. In: *Revista do Advogado*, nº 87, São Paulo, AASP, set. 2006.

BERMUDES, S. *A reforma do código de processo civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BERTOLDI, M. M. Tutela antecipada: abuso de direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, T. A. (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITTENCOURT, L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Forense, 1968.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheros, 2003.

BONÍCIO, M. J. M. *Proporcionalidade e Processo*. São Paulo: Atlas, 2006.

BOTELHO DE MESQUITA, J. I. *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 56, 1987.

BRAGA, P. S. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. São Paulo: Jus Podivm, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em 28.8.2014.

BRITO, F. L. de. *Perfil sistemático da tutela antecipada*. Brasília: OAB, 2004.

BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 4 v.

_____. *Tutela antecipada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CADIET, L. Civil Justice Reforms: Access, Cost and Delay. The French Perspective. In: *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 2003.

CALAMANDREI, P. *Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*. Pádua: CEDAM, 1936.

_____. *La cassazione civile*, in *Opere Giuridiche*, vs. VI e VII. Napoli: Morano, 1976.

_____. *Studi Sul Processo Civile*, Padova: CEDAM, v. VI, 1957.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas: Millennium, 2003.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da antecipação da tutela. In Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CÂMARA, A. F. *Arbitragem*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antono Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, M. *Dimensioni della giustizia – nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994.

CARMONA, C. A. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Arbitragem e processo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. C. A. *Arbitragem e processo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, A. G. Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e *imperium*. Medidas cautelares e antecipatórias. *Civil law e common law. Incompetência da Justiça Estadual*. In *Revista do CBAr*, nº 3, pp. 56-57, jul/set. 2004.

_____. *Da antecipação de tutela*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Da antecipação de tutela*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Da antecipação de tutela*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARNEIRO, P.C.P. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. In: CASELLA, P. B. (Coord.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.

CARPI, Federico. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. Padova: CEDAM, 1988.

CARNELUTTI, F. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Código de Processo Civil Reformado*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CARRETEIRO, M. A. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

CASTELO, J. P. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTR, v. I, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Forense, 2010.

CHIOVIENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

COMOGLIO, L.; FERRE, C.; TARUFFO, M. Lezioni sul processo civile. 4 ed. Bologna: Il Mulino, 2006. t.I e II.

_____ P. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004.

CONIGLIO, A. Rifflessioni in tema di esecuzione provvisoria delle sentenze. In: Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti.. Padova: CEDAM, v.II 1950.

CRAMER, R. A fungibilidade das tutelas provisórias de urgência. In: CIANCI, M.; QUARTIERI, R.; MOURÃO, L. E.; GIANNICO, A. P. C. *Temas atuais das tutelas diferenciadas*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRETELLA NETO, J. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ E TUCCI, J. R. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CRUZ E TUCCI, J. R. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: *Garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CRUZ E TUCCI, J. R. *O tempo e o processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA, L. J. C. da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2009.

CUNHA, L. J. C. da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

CUNHA, S. S. *Fundamentos do direito constitucional*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v.

CUNHA, L. G. *Juizado Especial Cível – criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALMOTTO, E. *Le recenti riforme del processo civile, tomo secondo*. Torino: Zanichelli Editore, 2007.

DI MAJO, A. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1985.

DIDIER JR., F. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. 2v.

DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Edição RT, n. 24, 1987.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 1v.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1 v.

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

_____. *Nova era do processo civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. O futuro do processo civil brasileiro. In: _____ *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 2 t.

_____. Tutela Jurisdicional. In: _____ *Fundamentos do processo civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 2 t.

_____. Tutela jurisdicional. In: _____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINI, E. A.; MAMMONE, G. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*. 7 ed. Giuffrè Editore, 1997.

DONOSO, D. Fungibilidade entre as tutelas de urgência: um “passeio” pelas tutelas jurisdicionais na perspectiva da tutela diferenciada. In: CIANCI, Mirna et. al. (coord.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DORIA, R. D. A tutela Antecipada em relação à parte incontroversa da demanda. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

FADEL, S. S. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2002.

FANTONI JR, N. A tutela antecipada à luz da efetividade da CF e do prestígio da função jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 22, n. 86, p. 38, abr./jun. 1997.

FERRAZ, L. S. *Acesso à justiça – uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. São Paulo: Editora FGV, 2010.

FRANZÉ, L. H. B. *Tutela antecipada recursal*. 3 triagem. Curitiba: Juruá, 2008.

FURTADO, P.; BULOS, U. L.. *A Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FUX, L. *Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIOLA, V. de; RASCHELLÀ, A. M. I provvedimento d'urgenza ex art.700 Cod.Proc. Civ. 2ed. Expert, 2006.

GÓES, G. S.F. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, O. *Transformações gerais do direito das obrigações*. RT, São Paulo, nº 3, 1967.

GRINOVER, A. P. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, v.30.

_____. *O processo: estudos e pareceres*. 2 ed. São Paulo: DPJ. 2009.

_____. Proposta de alteração ao Código de Processo Civil: justificativa. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, p. 36, mar. 2005.

HOFFMAN, P. Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir. In JOBIM, E.; MACHADO, R. B.(coord.). *Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LACERDA, G. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. São Paulo: Forense, 1998. 8 v. 1 t, nº 58.

LARA, B. R. Liminares no Processo Civil. São Paulo: RT, 1993; ROCHA, C. L. A. da. A liminar no mandado de segurança. In: *Mandados de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

LEITE, F. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, out. 2005. Disponível em:<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0310200512.htm>>. Acesso em 22.12.2014.

LEITE, G. S. (org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEMES, S. M. F. A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias. In *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, nº 20, abr/jun 2003.

_____. Medidas cautelares prévias à instituição da arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 20, 2009.

LEONEL, R. de B. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIEBMAN, E.T. *Manuale di diritto processuale civile*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1973, v. 1, nº 72.

LOPES, M. E. de C. *O juiz e o princípio do dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, J. B. *Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUCON, P. H. dos S. *Devido Processo Legal Substancial*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 28.8.2014.

_____. Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito. Disponível em <http://novo.direitoprocessual.org.br/>. Acesso em 1.5.2013.

_____. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. In: ASSIS, A. de (Coord). *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, H, de B. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996.

MARANHÃO, C. *Tutela Jurisdicional do direito à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCATO, A. C. (coord.). Código de processo civil interpretado. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 835.

_____. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Procedimentos especiais*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, L. G. *Antecipação de tutela*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição, In: CRUZ E TUCCI (Coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Procedimentos especiais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tutela antecipada e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, J. F. *Instituições de direito processual civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro:

Forense, 1966.

MARTINS, P. B. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEDINA, J. M. G. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. In: *Revista de Processo*, nº 86, abr/jun 1997.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Mandado de Segurança*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, M. R. de C. *Aspectos atuais da tutela antecipada*. 1 ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

MENDES, G. F; COELHO, I. M; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 14, caderno 2, 2000.

MENDONÇA LIMA, Alcides. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MOREIRA, J. C. B. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: _____. *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JR., N. *Atualidades sobre o Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10 ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Procedimentos e tutela antecipatória, in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, C. A. A. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA NETO, O. de; OLIVEIRA, P. E. C. de. Princípio da isonomia. In: OLIVEIRA NETO, O.; LOPES, M. E. de C. (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, F. C. S. de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PASSOS, J. J. C. de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PENNA, N.; OLIVEIRA, F. C. dos S. ; ANCIÃES, M. C. P. O perigo da irreversibilidade na antecipação de tutela. In: *Revista de Processo*, nº 106, abr/jun 2001.

PERROT, R. Les mesures provisoires en droit français. In: TARZIA, G. *Les mesures provisoires en procédure civile*. Milano: Giuffrè, 1985.

PICARDI, N. *Codice di procedura civile*. 4 ed. Milão: Giuffrè, 2008. t.II.

PISANI, A. P. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2003.

_____. *Lezione di diritto processuale civile*. 5 ed. Jovene, 2006.

_____. *Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*. Appunti sulla giustizia civile. Bari: Caccuci, 1982.

_____. *Tutela somaria*. Appunti sulla giustizia civile. Bari: Caccuci, 1982.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. I.

PORTANOVA, R. *Princípios do processo civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 4ª edição. Milano: Giuffrè, 1997.

RIBEIRO COSTA, H. R. REZENDE RIBEIRO, J. H. H. DINAMARCO, P. da S. (coord.) *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

RICCI, E. *Il Progetto Rognoni di Riforma urgente de processocivile*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1997.

_____. A tutela antecipatória no Direito italiano. *Genesis Revista de direito processual civil*. Curitiba: Furtado & Luchtemberg, v.4, 1997.

_____. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. de TUCCI, J. R. C. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v.6, p. 691, set./dez. 1997.

_____. *Per una efficace tutela provvisoria ingiuzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990.

_____. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. v. 7. Curitiba: Furtado & Luchtemberg, 1998.

RICCI, G. F. *Principi di diritto processuale generale*. 3 ed. Torino: Giapichelli, 2001.

RODRIGUES, L. F. Afonso. *Tutela de urgência no direito de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SALVADOR, A. R. da S. *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHMIDT JR. R. E. *Tutela antecipada de ofício: à luz do art. 273, I, do Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, E. S. da. *Arbitragem e direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, O.A.B. A 'Antecipação' da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, S. de F. *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Curso de Processo Civil*, v. 1. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, O. A. B. da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, nº 80, p.p.212-243, 2000.

SILVA, V. A. da. *Interpretação constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 798. Abr. 2002.

SOUSA, M. T. de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Lex, 1999.

TALAMINI, E. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, nº 172, 2007. pp. 46 e seguintes.

_____. *Tutela monitoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TARDIN, L. G. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TARZIA, G. *Lineamenti del processo civile de cognizione*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 2002.

THEODORO JR., H. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: OLIVEIRA, M. A. C de.; MACHADO, F. D. A. (Coord.). *Constituição e processo: contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 245-251.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 42 edição. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2008.

_____. *Tutela jurisdicional de urgência*. 1 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

TOMMASEO, F. *Provvedimenti di urgenza*. Enciclopedia del diritto. V. XXXVII. Giuffrè Editore, 1988.

_____. I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatória. Padova, CEDAM, 1983.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, n. 42, jul./set. 1990, p. 69-70.

_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIGORITTI, V. *Garanzie Costituzionali del Processo Civile*. Milano: Giuffrè editore, 1973.

VIEIRA, O. V.; SCARBIN, F. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILELA, M. D. G. Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, nº 27, jul./set. 2005.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

WATANABE, K. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas e Central de Publicações Jurídicas, 1999.

_____. *Da cognição no processo civil*. 3 ed. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, S. de F. (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, F. L. *Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade no sistema do CPC. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: RT, 1997.

_____. YARSHELL, F. L. *Tutela Jurisdicional e Tipicidade*. 1997. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

_____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, T. A *Antecipação de Tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97.

_____. *Antecipação da tutela*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

_____. *Antecipação da Tutela*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

_____. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, S. de F. (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 21; 163.

_____. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 82, abr./jun. 1996.