JEAN CARLOS PIMENTEL DOS SANTOS

A TUTELA PROVISÓRIA COMO MECANISMO PARA ALCANÇAR À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Ribeiro Bastos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2020

JEAN CARLOS PIMENTEL DOS SANTOS

A TUTELA PROVISÓRIA COMO MECANISMO PARA ALCANÇAR À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Mestrado em Direito do Estado Interinstitucional da Universidade de São Paulo – USP e Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas - CIESA, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Ribeiro Bastos.
Área de concentração: Direito do Estado.

SÃO PAULO
2020

AUTORIZO A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.
Assinatura: _____ Data___/___/___

Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Faculdade de Direito da USP
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Santos, Jean Carlos Pimentel dos. A Tutela Provisória como mecanismo para alcançar à razoável duração do processo; Jean Carlos Pimentel dos Santos; orientador Rodrigo Reis Ribeiro Bastos - São Paulo,2020.

163 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,2020.

1. Constitucionalização e os Princípios. 2. O Processo 3.Da Tutela Provisória 4. Da razoável duração do processo. I. Bastos, Rodrigo Reis Ribeiro, orient. II. Título.

Nome: Jean Carlos Pimentel dos Santos
Titulo: A Tutela Provisória como mecanismo para alcançar à razoável duração do processo.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre.
Aprovado em: ___/___/___

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____Assinatura:_____

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, José Carlos e Conceição, e toda a minha família, pela presença sempre marcante em minha vida, pelo apoio e estímulo à minha formação acadêmica e profissional, pelo exemplo de vida e maravilhoso convívio que me proporcionam.

À minha avó, Aberydes (in memoriam), com carinho e saudades.

À minha esposa, Sissy, pela força e tranquilidade que sempre me transmitiu, e atuações em prol de meu crescimento pessoal e profissional.

Ao meu filho Juan, pela seu entusiasmos e companhia de sempre.

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Professor Dr. Rodrigo Reis Ribeiro Bastos, pela segurança, apoio, inteligência e amizade com que conduziu a elaboração desta dissertação.

Aos Mestres, pelo conhecimento ministrado durante o curso.

Aos amigos e colegas de curso, que proporcionaram um caminho menos árduo, com companheirismo e atitudes.

A todos que, diretamente ou indiretamente, contribuíram e colaboraram na realização deste trabalho.

A Associação dos Magistrados do Estado do Amazonas – Amazon, por operacionalizar e viabilizar o convênio com o CIESA.

" A justiça atrasada não é justiça;
senão injustiça qualificada e manifesta"

Rui Barbosa.

SANTOS, Jean Carlos Pimentel dos. *A Tutela Provisória como mecanismo alcançar à razoável duração do processo*. 2020. 163 f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

Estudaremos as Tutelas Provisórias, desde do seu aparecimento até a nova roupagem dada pelo novo diploma processual civil, onde possibilitou magnífica inovação, traduzida na possibilidade de o julgador antecipar, provisoriamente e mediante requisitos, aquilo em que poderá redundar a sentença, como mecanismo para satisfazer o direito fundamental à razoável duração do processo. A Tutela provisória, aperfeiçoada e profundamente alterada pela vigência do Novo Código de Processo Civil acelerou o processo e, sobretudo, limitou, tanto quanto possível, o uso, por parte do réu, da dinâmica normalmente arrastada do processo para prolongar por largo tempo a efetiva prestação jurisdicional, ou ao menos possibilitou, pela tutela da evidência, um melhor equilíbrio do ônus temporal suportado pelas partes. Abordaremos desde da constitucionalização do processo e os princípios derivados desse fenômeno, positivando direito e garantias fundamentais, entre outros a razoável duração do processo, incorporado pela emenda 45/2004, e introduzido do artigo 5º, inciso LXXVIII, que aliado o direito de ação inserto no inciso XXXV, passam dar sustentáculo constitucional as Tutela Provisórias. Pretende-se demonstrar o processo como instrumento através do qual será efetivada a tutela jurisdicional, os antecedentes históricos, a morosidade, e estudo completo da nova tutela provisória, enfatizando a sua origem histórica, evolução, conceituação, espécies, pressupostos, reversibilidade e revogação, fungibilidade, momento de concessão, a estabilização da tutela, e como dar sua utilização em outros países, relacionando-as com o direito fundamental à razoável duração do processo, pelo estudo do tempo processual e o contexto mundial, inovações e estrutura que possam garantir a efetiva e célere prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Provisória. Direito fundamental. Razoável duração do processo. Novo Código de Processual Civil.

SANTOS, Jean Carlos Pimentel dos Santos. *Provisional Guardianship as a mechanism to reach the reasonable duration of the process.* 2020. 163 pages Master – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

We will study the Provisional Guardianships, from their appearance until the new garment given by the new civil procedural diploma, where it made possible magnificent innovation, translated in the possibility of the judge to provisionally and provisionally anticipate what may result in the sentence, as a mechanism to satisfy the fundamental right to a reasonable duration of the proceedings. Provisional tutelage, perfected and profoundly altered by the New Civil Procedure Code, accelerated the process and, above all, limited, as much as possible, the use, by the defendant, of the dynamics normally dragged from the process to prolong for a long time the effective jurisdictional provision, or at least made it possible, by safeguarding the evidence, to better balance the time burden borne by the parties. We will address since the constitutionalization of the process and the principles derived from this phenomenon, positivizing fundamental rights and guarantees, among others the reasonable duration of the process, incorporated by amendment 45/2004, and introduced in article 5º, inserted LXXVIII, which combined the right of action inserted in the item XXXV, the Provisional Guardianship shall be constitutionally supported. It is intended to demonstrate the process as an instrument through which jurisdictional protection, historical background, slowness, and complete study of the new provisional protection will be carried out, emphasizing its historical origin, evolution, conceptualization, species, assumptions, reversibility and revocation, fungibility, time of concession, stabilization of tutelage, and how to use it in other countries, relating them to the fundamental right to a reasonable duration of the process, by studying the procedural time and the world context, innovations and structure that can guarantee the effective and swift jurisdictional provision.

KEYWORDS: Provisional Guardianship. Fundamental right. Reasonable duration of the process. New Civil Procedural Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 16

1.1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO - NEOPROCESSUALISMO 16
1.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSSUAL 17
1.2.1. PRINCÍPIO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL 18
1.2.2. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. 21
1.2.3. PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL 24
1.2.4. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL OU DIREITO DE AÇÃO. 27
1.2.5. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. 29
1.2.6. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS 31
1.2.7. PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS 32
1.2.8 - PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO 34
1.2.9 - PRINCÍPIO DA INADMISSÃO DA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO 36
1.2.10 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO OU DA CELERIDADE PROCESSUAL. 39

2. O PROCESSO COMO INSTRUMENTO 42

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO 42
2.2 ASPECTOS RELEVANTES DA INSTRUMENTALIDADE 45
2.3. O PROBLEMA DA MOROSIDADE 51

3. DA TUTELA PROVISÓRIA 54

3.1 A ORIGEM DA TUTELA PROVISÓRIA 54
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL 55
3.3 CONCEITO 58
3.4 A FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA TUTELA PROVISÓRIA 61
3.5 A CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA 64
3.6. TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR E ANTECIPADA 66
3.6.1. ASPECTOS COMUNS DA TUTELA ANTECIPADA E DA TUTELA CAUTELAR 72
3.6.2 ASPECTOS DIFERENCIAIS ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR 74
3.6.3 FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIAS 76
3.7. PRESSUPOSTOS GERAIS PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA 80
3.7.1 PROBABILIDADE DO DIREITO (FUMUS BUNI IURIS) 83
3.7.2 PERIGO DA DEMORA (PERICULUM IN MORA) 84
3.7.3 REQUISITO NEGATIVO – IRREVERSIBILIDADE 87
3.7.4 CAUÇÃO 91
3.8 MOMENTO DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA 92
3.8.1 CONCESSÃO DA TUTELA EM CARÁTER INCIDENTAL 94

3.8.1.1 Concessão da tutela de urgência de forma liminar – inaudita altera parte 94
3.8.1.2 Outros Momentos Para a Concessão 97
3.8.2 TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR OU ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE 99
3.8.2.1 Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente 100
3.8.2.2 Da Estabilização Da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente 102
3.9 REVOGACAO E MODIFICACAO DA TUTELA ANTECIPADA 104
3.10 TUTELA DE EVIDÊNCIA 108
3.11 AS MEDIDA PROVISÓRIAS NO CONTEXTO MUDIAL 114
3.11.1 NO DIREITO ITALIANO 115
3.11.2 NO DIREITO ALEMÃO 117
3.11.3 NO DIREITO FRANCÊS 119
3.11.4 NO DIREITO PORTUGUÊS 121
3.11.5 NO DIREITO ARGENTINO 123
3.11.6 NO DIREITO AMERICANO 124

4. DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO 126

4.1 O TEMPO E O PROCESSO 126
4.2 CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS 129
4.3 DIREITO FUNDAMENTAL A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO 131
4.4 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NA CF/88 134
4.5 A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO CONTEXTO MUNDIAL 137
4.5.1 NO DIREITO ARGENTINO 138
4.5.2 NO DIREITO ESPANHOL 139
4.5.3 NO DIREITO AMERICANO 140
4.5.4 NO DIREITO ITALIANO 141
4.5.5 NOS DEMAIS PAÍSES DESENVOLVIDOS 142
4.6 A TUTELA PROVISÓRIA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. 143
4.7 A CELERIDADE PROCESSUAL VERSO A SEGURANÇA JURÍDICA 145
4.8 DOS PRAZOS PARA MANIFESTAÇÃO DO JUIZ 146
4.9 MODIFICAÇÕES QUE VISAM DAR CELERIDADE AO TRÂMITE PROCESSUAL 147
4.10 DA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO 149

CONCLUSÃO 150

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS 152

INTRODUÇÃO

A dissertação tem como escopo o estudo das Tutelas Provisórias, desde do seu aparecimento, operada pela Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, até a nova roupagem dada pelo Lei 13.105 de 15 de março de 2015, que instituiu o novo diploma processual civil brasileiro, possibilitando magnífica inovação, traduzida na possibilidade do julgador antecipar, provisoriamente e mediante requisitos, aquilo em que poderá redundar a sentença, ou evitando o perecimento do direito tutelado via tutela jurisdicional, assim criando um mecanismo de aceleração processual capaz de satisfazer o direito fundamental à razoável duração do processo.

Inicialmente, será abordado o Neoprocessualismo, corrente hermenêutica adotada pela novo Diploma Processual Civil, passando as normas constitucionais a serem o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídica, assumindo um caráter fundamental, pois a partir do momento em que se contemplaram amplos direitos e garantias, tornam constitucionais os mais importantes fundamentos do direito material e processual, insculpindo com a positivação os princípios constitucionais do processo civil, os quais serão demonstrado no primeiro capítulo da presente dissertação, e que possibilitará a denominada constitucionalização do direito infraconstitucional. Deste modo, alterando, radicalmente, o modo de construção da exegese da norma jurídica, uma vez que a lei perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais.

Logo, no segundo capítulo, pretende-se elaborar um estudo sobre a instrumentalização do processo, mecanismo fundamental é único pelo qual é resolvido, no âmbito do judiciário, o conflito de interesse qualificado pela pretensão resistida, através do conjunto sistematicamente ordenada em um procedimento, pautado pela garantia do contraditório e da ampla defesa, com emprego da jurisdição. Nele são entregues à parte vencedora o bem da vida tutelado através do provimento jurisdicional, o qual deverá atender aos princípios constitucionais norteadores de sua atuação. Abordaremos a evolução do processo, os aspectos relevantes de sua instrumentalidade e finalizamos o capítulo discorrendo sobra o maior problema do processo na atualidade no Brasil e no Mundo, que é a temida morosidade processual.

Essa nova exegese adotada pelo novo código, enfatiza os princípios constitucionais processuais, em especial os relacionados com a tutela provisória e com a razoável duração do processo, os quais surgem quando infringidos por ocasião de uma incontroversa e a tutela de evidência é concedida, satisfazendo a garantia constitucional da duração razoável do processo, como veremos nesta dissertação.

No seguinte, o mais importante capítulo, e que dá sustentáculo ao desenvolvimento da presente dissertação, estudaremos a Tutela Provisória, iniciando com um breve levantamento histórico, com a finalidade de descobrir as causas que deram origem a este instituto, bem como sua evolução, passando desde sua origem dentro do Direito Romano, através dos chamados *interditos*, até a sua aplicação no mundo atual. Abordaremos a evolução legislativa desse medida de cognição sumária no Brasil, discorrendo os fundamentos constitucionais, e sobre a nova classificação adotada pelo novo Código de Processo Civil, com adoção do sincretismo processual, e o consequente desaparecimento do processo cautelar, dividindo-a em tutela de evidência e tutela de urgência; e esta, por sua vez**,** está subdividida em tutela de urgência antecipada, de natureza satisfativa e tutela de urgência cautelar, de ordem conservativa, as quais estudaremos suas peculiaridades; semelhanças; diferenças básicas; a fungibilidade; os novos requisitos; momento da concessão, em caráter incidental ou antecedente e a possibilidade de estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada, resolvendo a lide antes do próprio início do processo; a possibilidade de modificação e revogação, sempre descrevendo como era disciplinadas do diploma processual revogado e como ficou no novo código; a tutela de evidência, que configura uma das mais importantes ferramentas de combate a morosidade processual e por fim o estudo comparado com os principais ordenamentos jurídicos no Mundo.

No último capítulo abordaremos a razoável duração do processo, iniciando com o estudo do tempo processual, e fixando critérios para determinação do tempo razoável de tramitação dos processos, a evolução e influencia da convenção americana de direitos humanos até sua inclusão como direito fundamental no nosso Estado Democrático de Direito, enfatizando o tempo de processo nos principais ordenamentos jurídicos do Mundo, e por fim busco apresentar as soluções para atenuar o tempo de processo, em especial e utilização das Tutelas Provisória para tal fim, com o emprego de algumas modificação e estrutura necessárias para a contemplação da tutela jurisdicional efetiva.

Desse modo, procuraremos demonstrar que a técnica da tutela provisória visa distribuir de forma equitativa o ônus do tempo do processo entre as partes, entretanto, será preciso que os operadores do direito utilizem tal instrumento de forma adequada, compreendendo a sua importância, para o instituto possa prestar a tutela jurisdicional efetiva com a solução da lide em tempo hábil, e, assim, apresentando-se como um excelente mecanismos de realização do direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5, LXXVIII CF/88), reduzindo e aniquilando o fantasma da morosidade do ordenamento jurídico.

1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO - NEOPROCESSUALISMO

Para o Neoprocessualismo a Constituição é o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídica, assumindo um caráter fundamental, pois a partir do momento em que se contemplaram amplos direitos e garantias, tornaram constitucionais os mais importantes fundamentos dos direitos material e processual, criando a denominada constitucionalização do direito infraconstitucional. Deste modo, alterou-se, radicalmente, o modo de construção da exegese da norma jurídica, uma vez que a lei perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, segundo Gilmar Mendes[1], ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda, no início do século XX, deixou de ser apenas atuar ou declarar a vontade concreta da lei e assumiu o caráter constitucional, possibilitando, a partir da judicial review, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Para Luiz Guilherme Marinoni[2] o Direito processual deve adaptar-se às concepções do Neoconstitucionalismo, quer dizer, é necessária a criação de instrumentos que se adequem às concepções de justiça e aos direitos fundamentais. O direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, significa o direito à ordem jurídica justa, já que a designação acesso à justiça não se limita apenas à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: (a) o ingresso em juízo; (b) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; (c) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); (d) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); (e) a

---

[1] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.195

[2] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista os Tribunais, 2008. p. 47.

construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos). Assim, para uma perfeita compreensão de acesso à ordem jurídica justa faz necessário o conjunto de garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual, o qual se insere no denominado direito fundamental ao processo justo. Nesse conjunto de garantais e princípios constitucionais processuais incluem-se o direito de ação, a ampla defesa, a igualdade e o contraditório efetivo, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, a motivação das decisões judiciais, a possibilidade de controle recursal das decisões etc. Eduardo Cambi[3] ressalta que:

> A Supremacia da Constituição sobre a lei repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal um importante alicerce teórico. Ao se incluir no rol do artigo 5º da CF a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrou-se não e apenas a garantia da inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa.

Desse modo, pode-se afirmar que o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

1.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSSUAL

O processo é o mecanismo pelo qual é resolvido, no âmbito do judiciário, o conflito de interesse qualificado pela pretensão resistida, chamada pela doutrina jurídica de lide. Nele são entregues à parte vencedora o bem da vida tutelado através do provimento jurisdicional, o qual deverá atender aos princípios constitucionais norteadores de sua atuação.

No presente capítulo vamos estudar os princípios constitucionais processuais, em especial os relacionados com a tutela provisória e com a razoável duração do processo, os quais surgem quando infringidos por ocasião de uma incontroversa e a tutela de evidência é concedida, satisfazendo a garantia constitucional da duração razoável do processo, como veremos nesta dissertação.

---

[3] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** - Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo : Almedina, 2016. p. 278.

Segundo o professor José Afonso da Silva[4] os princípios constitucionais dividem-se basicamente entre princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais. Os princípios político-constitucionais caracterizam-se pelas posturas e decisões políticas fundamentais inerentes a particular forma de existência de nação[5]. Já os princípios jurídico-constitucionais são constitucionais informadores da ordem jurídica nacional. São decorrentes de normas constitucionais, constituindo verdadeiros desdobramentos dos princípios fundamentais e dos princípios de garantias, segundo Canotilho[6] em especial, os quais serão abordados e detalhados no presente trabalho cientifico, tais como os princípios do devido processo legal, inafastabilidade do controle jurisdicional ou direito de Ação, o do juiz natural, contraditório, da razoável duração do processo entre outros.

Por fim, podemos concluir que o vínculo atual entre processo e constituição se apresenta sobremaneiramente acentuado, haja vista as vastas garantias e direitos fundamentais previstos por nossa constituição, especificados em seu artigo 5º e parágrafos. Dessa forma, os princípios processuais foram aos poucos se tornando matéria de texto constitucional, resultado de toda uma evolução dos tempos, conferindo-se, por conseguinte, o status de ditames constitucionais aos princípios processuais, quais sejam:

1.2.1. Princípio da Garantia do Devido Processo Legal

Provém o princípio em comento do antigo termo *"Law of the Land*". O primeiro texto jurídico que teria se utilizado deste termo, foi a Magna Carta de João Sem Terra no século XIII, mais exatamente no ano de 1215. Até então, as garantias do devido processo legal possuíam uma conotação meramente processual penal, onde se faziam mais urgentes as vertentes determinações dos direitos do acusado. Após a promulgação da Magna Carta de 1215, foram as garantias do processo penal sendo estendidas para a seara do processo civil, de forma a regular a liberdade dos homens por seus atos em uma sociedade, assim como suas relações sócias. Em 1354,

---

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

[5] SCHIMIT, Carl. **Teoria de la Constituición. Munchen.** Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1928. p. 36.

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

Eduardo III, após promulgar determinado estatuto denominado como "*Statute of Westminster of the Liberties of London*", substituiu o termo "*Law of the Land*" por "*Due Process of Law*".

Embora tenha sido criado como instrumento garantidor de justiça de pequeno grupo de pessoas, como o fora para os nobres e seus direitos junto a coroa inglesa, tratou -se, o princípio do devido processo legal de forte instrumento de garantia da liberdade e dos direitos de muitos povos, sendo, dessa forma, objeto de incontáveis estudos através de todos os tempos. Nessa trilha, o conceito "*due process of law*" foi se modificando através dos tempos, sendo que a doutrina e a jurisprudência alargaram o âmbito de sua abrangência, de forma a incutir-lhe uma vasta interpretação, em nome da garantia de todos os direitos fundamentais do cidadão.

Indiscutivelmente, manifesta-se, o princípio do devido processo legal, como o mais amplo e complexo instituto jurídico, uma vez que este princípio engloba todos os outros princípios processuais.

Atualmente, a garantia constitucional do devido processo legal abrange não só os ramos do processo penal e civil, mas, também, o processo administrativo, que se trata do processo frente às autoridades administrativas.

Manifesta-se, pois, o Princípio do Devido Processo Legal, de instrumento fundamental na defesa de todos os outros direitos, na medida em que quando não reconhecidos os direitos inerentes ao cidadão ou propriamente ao indivíduo, possui o mesmo a faculdade de postular frente ao poder judiciário a tutela jurisdicional, a fim de que o direito perseguido lhe seja garantido de maneira justa e definitiva.

Assim, prevê nossa Constituição Federal[7]: "Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

Segundo o professor Adhemar Ferreira Maciel[8], nosso Texto Magno foi o primeiro Estatuto Excelso a utilizar-se da cláusula do "*devido processo legal*", e afirma em coesas palavras, que tal princípio possui importância vital, pois se centra na dignidade humana, repercutindo na defesa dos valores fundamentais do homem, como a vida, a liberdade e a propriedade. Note-se que o princípio do devido processo legal se baseia pelo trinômio "Vida -Liberdade-Propriedade". Ressalte-se, contudo,

---

[7] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[8] MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Right Americano – Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p.72.

que não há em nossa Constituição ou legislação infraconstitucional, dispositivo determinando que "ninguém será privado de sua vida, sem o devido processo legal", posto que trata-se a pena de morte de medida de repressão vedada por nossa própria Carta Maior, não podendo o texto constitucional ser alterado nesse sentido, haja vista ser a vida uma matéria tratada de forma expressa entre as cláusulas pétreas de nossa Constituição da República.

Segundo o professor Nelson Nery Junior[9]:

> "Especificamente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do due process of law: a) a igualdade das partes; b) garantia do jus actions; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório".

Desse modo, afirma ser o devido processo legal um postulado fundamental do direto constitucional, ou seja geral, do qual derivam todos os outros princípios, ou seja espécies do *due processo of law*, e que genericamente se manifesta pela proteção à vida-liberdade-propriedade em sentido amplo, não indicando apenas tutela processual, mas sim geral.

O Supremo Tribunal Federal não delimita de forma expressa no corpo da decisão o princípio do devido processo legal, apenas refere se diante do caso concreto se houve ou não violação.

Cristina Motta[10], conclui relatando que pode-se dizer, por conseguinte que "tudo o que tiver ligação com a vida, liberdade ou propriedade, está sob o manto do devido processo legal". De uma forma ampla e genérica podemos dizer que o devido processo legal diz respeito ao trinômio "vida-liberdade-propriedade" em nossa Constituição encontramos esta conceituação expressa no artigo 5º, inciso LIV que refere: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Pelo exposto, podemos concluir que a cláusula processual *due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

---

[9] NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 144.

[10] MOTTA, Cristina Reindolf da. **Due Process of Law**. In: PORTO, Sérgio Gilberto (organizador). As garantias do Cidadão no Processo Civil: relações entre constituição e processo. p. 261 – 278.

A explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5.º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações." Desse modo, podemos inferir que a prestação jurisdicional que incube ao Estado está dotada de mecanismos como o direito de acesso à justiça (art. 5.º XXXV), contraditório e a plenitude de defesa (art. 5.º, LV), todos esses, abrangidos pelo princípio maior do devido processo legal, norteador de toda a ordem jurídica, capaz de conferir a cada um o que é seu de direito.

1.2.2. Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.

Segundo Nelson Nery[11] Jr a adoção do principio do Contraditório no texto das constituições é um tradição do direito constitucional brasileiro. Entretanto, o principio do contraditório foi adotado expressamente apenas pela Constituição de 1988. Todas as constituições brasileiras anteriores tanto as outorgadas, quanto as promulgadas, continham dispositivos que asseguravam a ampla defesa, principalmente em matéria penal, mas não o contraditório.

Nossa Constituição da República de 1988, ao consagrar em seu texto, art. 5º, LV, o direito de defesa, é cristalina: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes ."

Está estampado como princípio constitucional, agora incisivamente, a plenitude de defesa. Nas palavras de José Afonso da Silva[12], citando Liebman, percebemos o alcance da norma, *in verbis*:

> "Agora a seguinte passagem do magistério de Liebman tem ainda maior adequação ao direito Constitucional brasileiro: O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental de pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros

---

[11] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil. Penal Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 203.
[12] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.114.

> , como atributo imediato da personalidade, e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos"

Ressalte-se, de uma maneira perfunctória, que se comparado com o texto anterior da carta de 1967, houve uma inovação em nosso texto constitucional. Tal assertiva deve-se pelo fato do constituinte de 1988 ter estendido a garantia do contraditório aos processos civis e administrativos, sendo que pela constituição anterior havia previsão expressa do contraditório tão somente para os processos penais.

O direito ao contraditório é a oportunidade dos sujeitos de direito manifestarem -se, na discussão sobre o fato e/ou direito, em igualdade de condições, na esfera judicial e/ou administrativa, num momento procedimental determinado, bilateral e isonômico às partes, de modo a assegurar-lhe o trinômio vida-liberdade-propriedade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro[13] leciona sobre o direito ao contraditório:

> "O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas "constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita."

O Ministro Alexandre Moraes[14] conceitua:

> (...) a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Além de constituir-se uma expressa manifestação do princípio do estado de direito , possui o princípio do contraditório cristalina correlação com o princípio da igualdade das partes, assim como seu direito de ação. O próprio texto constitucional, ao garantir a todos os litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer com isso dizer

---

[13] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007. p. 367.

[14] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 93.

que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são a perfeita manifestação do princípio do contraditório.

Assim, pelo princípio da igualdade incutido nas expressas palavras de nossa Constituição da República, trata-se a garantia do contraditório de princípio inerente à todas as partes litigantes, ou seja, uma segurança constitucional estendida à todos aqueles que tenham alguma pretensão de direito a ser submetida ao poder judiciário, perante simples órgãos administrativos, ou mero procedimento arbitral. O Julgador, por exercício de seu dever e função de dirimir os conflitos de interesses, coloca-se entre as partes de forma imparcial, ouvindo, pois, ambos os litigantes, conferindo-lhes a possibilidade de expor suas razões, de apresentarem suas provas, ou seja, ao final, por todos os fatos, argumentos e provas apresentados, influir sobre o convencimento do Juiz.

Segundo a professora Ada Pellegrini Grinover[15]:

> "Do contraditório, como princípio de participação, surge uma importante indicação , que foi salientada pelas doutrinas alemã e italiana: o objetivo principal da garantia não é a de defesa, entendida em sentido negativo como oposição ou resistência, mas sim a "influência" tomada como 'Mitwirkungsbefugnis' (Zleuner) ou 'Einwirkungsmoglichkeit ' (Baur), ou seja, 'como direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo' (Trocker, Processo civile e constituzione, Milão , 1974, p. 371). É essa visão, já definitivamente conquistada também perante o nosso ordenamento, que coloca ação, defesa e contraditório como direito a se desenvolverem todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses, ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de garantias processuais que se subjetivam quer no autor, quer no réu. (...) E não é em vão que se salienta o direito à prova no quadro das garantias da ação e da defesa. Já se notou que a atividade probatória representa induvidosamente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos , visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional."

Salienta-se a professora Ada Pellegrini[16]:

> "o direito à prova nada mais é do que uma resultante do contraditório, ou seja, o direito de contradizer provando. E assim como o contraditório representa o

---

[15] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 29.

[16] GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit, p. 55.

> momento de verificação concreta e de síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, o modelo processual informado nos princípios inspiradores da Constituição não pode abrir mão de um procedimento probatório que se desenvolva no pleno respeito do contraditório."

Assim, irroga-se, pois, colacionar um par de condições, como instrumento incutido em todas as fases do desenvolvimento do processo, ou seja, desde a interposição de uma peça até seu final deslinde, quando da decisão final irrecorrível em grau de recurso.

Juntamente com o contraditório, trata-se por um par de condição que busca o equilíbrio de situações operadas entre as partes equidistantes na relação litigiosa, vislumbrando-se com o precitado instrumento a igualdade real das partes, onde se consubstancia que o princípio da inamovibilidade o juiz deve ser dosada, em contraposição a de um juiz estático posto a observar e julgar o direito que lhe submetido. Dessa feita, pressupõe o dever amplo do magistrado em propiciar às partes "igualdade de armas", de modo a equacionar as discrepâncias havidas entre as partes , ou mesmo tentar amenizá-las, sejam de ordem técnica, econômica ou social. Por fim, devemos enfatizar que o princípio do contraditório não admite exceção em nenhuma hipótese, até mesmo nos casos de urgência, onde o Juiz, para evitar o *periculum in mora*, provê medida *inaudita altera parte*, sendo que nessa hipótese, o réu poderá desenvolver normalmente sua atividade processual de contestar os fatos alegados pelo autor, ou seja, sempre antes que o provimento se torne definitivo.

1.2.3. Princípio da Isonomia Processual

A palavra isonomia vem do grego "iso", igual + "nomos", lei + "ia", abstrato e significa, literalmente, lei que igual, que estabelece a justiça mediante a igual de direitos a todos usando os mesmos critérios.

O princípio da isonomia se encontra expresso em inúmeros artigos e incisos da Constituição Federal, uma vez que nossa Constituição da República não faz qualquer distinção em seus dispositivos, seja por raça, cor, crença, idade, profissão, ou seja, o constituinte de 1988 na previsão de todas as normas constitucionais, tinha em mente que para o desenvolvimento e crescimento de um país nos moldes de um Estado Democrático, havia, sobretudo, a necessidade de se criar leis que trouxessem em

seus textos os princípios igualitários com os quais se comandaria toda uma nação nos berços de um Estado de Direito.

O artigo 125, inciso I, do CPC/73[17] previa que compete ao Juiz "assegurar às partes igualdade de tratamento". Isso quer dizer que ambas as partes devem gozar das mesmas oportunidades processuais oferecidas, sem discriminação. Esse princípio garante as partes um tratamento processual equilibrado. No diploma processual vigente encontrasse prevista no artigo 7 do CPC/2015, que prever que é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O artigo 5º caput e inciso I da Constituição Federal[18] define que todos são iguais perante a lei, mas essa igualdade deve ser restringida, uma vez que o tratamento deve ser feito igualmente os iguais e de forma desigual aos desiguais. Essas desigualdades se referem ao tratamento diverso dado à Fazenda Pública, ao Ministério Público, a Defensoria Pública, pelo fato de se tratar de interesses públicos, portanto, com supremacia sobre o interesse privado, possuindo prazo especiais para a sua manifestação nos autos. A igualdade de que se trata é a igualdade substancial ou real e não uma isonomia meramente formal. Desta feita, tratando-se de um princípio magno, nota-se que seu primeiro destinatário é o próprio legislador infraconstitucional, posto que na sua atividade vital para a elaboração de todas as leis, deverá observar o devido tratamento paritário a todos os cidadãos. Tendo a lei como principal alcance e objeto jurídico os cidadãos, deve em virtude disso tratar todos de forma igual, significando que tal tratamento isonômico significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

O princípio da isonomia, garante aos litigantes no processo civil, um tratamento igual, remediando as desigualdades naturais existentes entre as partes, gerando desta forma uma uniformidade de condições no interior do processo. Nesse sentido, o entendimento da Autora Ada Pellegrini[19]:

---

[17] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

[18]BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[19] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 53.

> "A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões."

Efetivamente, pode-se conceber que todos os princípios expressos em nossa Constituição são mecanismos, meios ou formas de se conferir a igualdade entre as partes. No processo, a igualdade revela-se na garantia do tratamento isonômico dos litigantes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também e principalmente analisada pelo prisma substancial. Assim, a paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito. Não basta por si só a igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, de modo a conferir aos litigantes as mesmas possibilidades e instrumentos condizentes com a atividade processual. Na medida em que a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e dos deveres intitulados pelo ordenamento jurídico vigente às pessoas, a igualdade material leva em conta os casos concretos pelos quais essas pessoas exercitam seus direitos e adimplem seus deveres.

Daniel Hertel[20], após tecer considerações sobre os planos da isonomia, afirma que o intérprete deve atentar para os critérios da justiça social, *in verbis*:

> O tratamento isonômico não deve redundar necessariamente na ideia de tratamento dos iguais de forma igual. Na verdade, essa noção deve ser vista sob outro prisma – o da sua eficácia. Há necessidade, portanto, de o exegeta interpretar o princípio da isonomia considerando os critérios da justiça social. A igualdade, com efeito, deve ser avaliada sob o seu aspecto substancial ou material. É necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades

Ao julgador compete assegurar às partes a paridade no tratamento, cabendo-lhe observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na exata medida das dificuldades ou vantagens que possuam. Propõe-se então a reafirmar que se trata o princípio da igualdade de desiderato ferrenho, incurso em todos os demais princípios constitucionais, assim como o contraditório e o devido processo legal, de maneira a propiciar ao legislador suprir as hipóteses desiguais, transformando-as em

---

[20] HERTEL, Daniel Roberto. **Curso de execução Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 21.

uma situação de notória igualdade, conforme extraímos das palavras da professora Ada Pellegrini[21], *in verbis*:

> "É comum a observação de que o princípio da igualdade é parte essencial do processo . Ou de que defesa e contraditório são corolários do princípio da igualdade.
> (...) A igualdade pode ser vista sob aspecto meramente formal, contrapondo-se à igualdade material. E pode ser vista sob o ângulo do esforço de transformação da igualdade material. O que significa, em outras palavras, que a igualdade tem uma dimensão estática e outra dinâmica. Na dimensão estática, o axioma de que todos são iguais perante a lei parece configurar, como foi argutamente observado, mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. A isonomia supera, assim, as desigualdades, para afirmar uma igualdade puramente jurídica.
> Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real. Assim sendo, o contraditório não se identifica com a igualdade estática, puramente formal, das partes no processo; não exprime a simples exigência de que os sujeitos possam agir em plano de paridade; nem determina ao juiz o mero dever de fazer alguma coisa. O contraditório, como contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo, constitui o resultado da moderna concepção da relação jurídica processual, da qual emerge o conceito de par condicio ou igualdade de armas."

1.2.4. Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou Direito de Ação.

O princípio que constitucionaliza o nossa Tutela Provisória, como será visto nos próximos capítulos da presente dissertação. Trata-se de direito de ação contra lesão ou ameaça de direito. Notadamente nossa Constituição[22] vigente é dotada de instrumentos eficazes para a proteção ao direito de acesso ao judiciário, *ut infra*:

> "Art 5.º (omissis)
> XXXIV- são a todos assegurados independentemente do pagamento de taxas:
> a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
> (...)
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito;

---

[21] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 57.

[22] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

> LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;"

Consubstancia num verdadeiro mecanismo de proteção dos direitos do cidadão, somente referiam-se os textos constitucionais anteriores dos chamados direitos individuais, o que, todavia, veio a ser inovado pela Constituição Atual na proteção dos direitos individuais e coletivos. Assim, propôs-se a Constituição da República de 1988, em conferir ao cidadão mecanismos de proteção a interesses difusos e coletivos, sobretudo, como meio de proporcionar ao lesado buscar a proteção jurisdicional do Estado contra o próprio Estado. Traduz-se pelos comandos constitucionais acima citados, que todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seu direito, tem a faculdade de acionar o poder judiciário, ainda que não disponha de recursos financeiros para o pagamento das custas do processo, usando das prerrogativas da assistência judiciária, e por meio da Defensoria Pública. Nas lições de Mauro Cappelletti[23]:

> A expressão "Acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas para se determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. O primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

A possibilidade atual de se utilizar da garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário é clarividente, conforme podemos observar em periódicos, jornais ou noticiários, nunca a tutela jurisdicional esteve tão próxima do cidadão brasileiro, tendo como prova os diversos órgãos instituídos, quais sejam os Juizados Especiais Cíveis, Criminais, assim como os recém-criados Juizados Especiais do Consumidor e da Fazenda, sem com isso deixar de mencionar os órgãos administrativos já existentes como os Procons.

O direito de ação, entendido como a garantia de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi devidamente ampliado por nossa Carta Magna. Para tanto, a Constituição não só se ateve com a assistência judiciária, mas também estendeu a assistência jurídica pré-processual. Dessa feita, fica o Estado obrigado a

---

[23] CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northefleet. Porto Alegre: Frabris, 1998. p. 27.

organizar a devida carreira jurídica dos defensores públicos, notadamente, protagonistas essenciais para aqueles que não dispõem de meios para pagar um advogado, assim, consubstancia-se a verdadeira garantia de acesso à justiça. A organização das defensorias públicas atendem à prerrogativa constitucional da isonomia entre todos os cidadãos, em especial, no caso vertente, coloca os litigantes em pé de igualdade, posto que o necessitado também terá a sua disposição a assistência de um advogado, só que pago pelo próprio Estado.

Tratando-se da inafastabilidade do controle jurisdicional, impõe esclarecer que possui o referido princípio um sentido mais profundo, qual seja a garantia do acesso de todos ao Poder Judiciário, com o direito de obtenção da tutela jurisdicional de forma efetiva, adequada e tempestiva, sendo que nesse sentido já dizia Carnelutti[24]: "Justiça tardia, frequentemente é uma justiça pela metade."

Com isso, cabe esclarecer que o direito a uma tutela jurisdicional, importa dizer que pressupõe-se o direito de obter uma decisão em prazos razoáveis, assim, garantindo o direito fundamental a razoável duração do processo, sem as dilações indevidas que por si, terminam por tornar o instrumento do processo de mecanismo desprovido de qualquer efeito para seu interessado.

1.2.5. Princípio do Juiz Natural.

O princípio parte da descrição de um juiz natural ou constitucional, que é outorgado pelo Poder Judiciário, com as garantias pessoais e institucionais da Constituição. Ele deve agir sem finalidade de má-fé. Porém, nem todo juiz pode ser declarado natural, pois a Constituição distingue a Justiça Comum, da Especial. O juiz natural é o que estuda os casos que merecem maior atenção e aprofundamento. Os juízes especiais são aqueles intitulados pelo Superior Tribunal Federal. O Senado também tem funções do Poder Judiciário. Julgam os processos do Presidente da República e dos Juízes do STF, bem como das autoridades das Forças Armadas e etc. Esse princípio encontra-se no artigo 5º, inciso XXXVI, o qual relata não haverá juízo ou tribunal de exceção, e também tem previsão no artigo 52, nos incisos I e II da nossa Carta Magna.

---

[24]CARNELUTTI, Francesco. **Studi di diritto processuale**. Padova: Cedam. 1925-1938. p. 28.

Portanto, investe-se nossa Constituição de maneira expressa contra qualquer órgão, juízo ou tribunal de exceção, instrumento somente condizente com um regime antidemocrático. Trata-se o Tribunal de Exceção um órgão designado ou criado por deliberação legislativa, com vistas ao julgamento de determinada hipótese previamente existente. Difere do sistema do juiz natural, uma vez que não possui o primeiro a ampla garantia do contraditório, bem como trata -se de um órgão julgador instaurado para julgamento de um fato determinado. Note -se, pois, que somente após ocorrido o fato é que se instala o tribunal julgador.

Conforme já salientado, os Tribunais de Exceção são órgãos que já foram totalmente abolidos de nosso ordenamento jurídico. Felizmente, vige hoje em nosso ordenamento pátrio a figura do juiz natural caracterizado pela predeterminação dos juízes e órgãos jurisdicionais, por consequência a determinação de sua competência; a independência e imparcialidade funcional dos membros da magistratura; a observação concernente a divisão funcional interna.

Em virtude ao presente princípio aqui ora tratado, que todo cidadão tem o direito de ser julgado ou utilizar-se das prerrogativas do devido processo legal, com vistas a um julgamento por um Juízo ou Tribunal devidamente pré-constituído, ou seja, por determinado órgão já criado e designado pelo Estado como órgão julgador, investido de jurisdição, competência delimitada e com todas as prerrogativas da função, como a vitaliciedade, independência jurídica e política, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade.

O papel do magistrado que o exerce na sociedade, julgando, até mesmo, atos dos demais poderes (Executivo e Legislativo), lhe confere reconhecida e necessária independência no exercício de suas funções. Desse modo, o princípio da imparcialidade do juiz confere a garantia e certeza ao cidadão de que o magistrado que será responsável pelo julgamento de sua causa, fará de modo a dirimir a questão de maneira totalmente independente e imparcial, conforme citação de Carnelutti[25], *in verbis*:

> "Está assim redigido o art. VIII da Declaração: "Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pelas leis."

---

[25] CARNELUTTI, Francesco. **Studi di diritto processuale**. Padova: Cedam. 1925-1938. p. 29.

> (...) A existência de um Poder Judiciário digno, independentemente e rápido é, portanto, uma condição essencial para a existência das bases de qualquer tipo de civilização e de ordem social."

1.2.6. Princípio da Publicidade dos Atos Processuais

O princípio vem previsto no artigo 5º, inciso LX da Carta Magna[26]:

> Art. 5º (omissis)
> LX - A Lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem"

Trata-se de fundamental corolário do devido processo legal e ampla defesa. Denota -se pelo princípio em comento, que deve ser concedido conhecimento prévio de todos os atos processuais não somente aos litigantes, mas a todos os demais membros de uma coletividade que possam também vir a ter interesse na causa em litígio. Leonardo Prieto Castro[27], catedrático da Universidade de Madrid, profere o seguinte entendimento:

> § 51.- La Publicidad del Procedimiento
> (...) Su fin es poner al alcance de todos los ciudadanos la actividad judicial, darles ocasión de conocerla, y con ello imbuirles confianza en la Justicia. Constituye también una garantia de la función, por la crítica y el control que permite. Por el contrario , en un procedimiento escrito, la publicidad, sobre todo la total, es imposible, puesto que consistiria en permitir la lectura de los autos, y si se trata de un procedimiento además de escrito, formalista y complicado como es el nuestro, la publicidad resultaria inútil, porque la mayoría de los ciudadanos mal pueden entender una actividad en la que hasta el léxico que se emplea - por un consercadurismo del Foro y de la Curia, mal entendido - difiere mucho del usual en la vida corriente.

Contudo, ressalta Rogério Lauria Tucci[28]:

> "Deve ser ressaltado, todavia, que a garantia da publicidade não se traduz na exigência da efetiva presença do público e/ou dos meios de comunicação aos

---

[26] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
[27] CASTRO, Leonardo Prieto. **Derecho Processal Civil**. Zaragoza: Livraria General , 1949. pág. 209
[28] TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo.** São Paulo: Saraiva, 1989. p. 72.

> atos em que o procedimento se desenrola, não obstante reclame mais do que uma simples 'potencialidade ' abstrata (como quando, por exemplo, não se tem conhecimento da data, horário e do local da realização de determinado ato: publicidade deste reduz-se, então, a um nível meramente teórico). Seja como for, constitui ela, na verdade, valioso instrumento para assecuração do controle público da administração da justiça, e, consequentemente, da imparcialidade do juiz."

O Próprio Decreto-Lei n.º 4.657/42[29] - Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que a validade de toda e qualquer norma jurídica depende de sua publicidade. Ora, não poderia ser diferente. Se a publicidade se destina à informação de terceiros sobre a ciência de determinado fato, faz-se necessário sua presença para que todos que estão submetidos à lei, fiquem cientes de seus mandamentos. Desse modo, faz-se necessária a publicidade em todos atos processuais, posto que através da informação dos incidentes do fato litigioso posto ao conhecimento do juízo, é que se confere a real oportunidade das partes exercerem seu direito de defesa, correlacionado o presente princípio da publicidade com o princípio do contraditório. Por fim, deve ressaltar que encontra-se no princípio da publicidade dos atos processuais, preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. Fácil, pois, perceber que trata-se de requisito fundamental e necessário para o usufruto por parte dos litigantes e demais terceiros interessados, das prerrogativas conferidas pelo devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e duplo grau de jurisdição, somente podendo ser visualizada como regra relativa e não como regra geral, nas próprias hipóteses delimitadas pela Lei, em que o decoro ou interesse social e publico se sobrepõem e deriva o presente princípio estudado.

1.2.7. Princípio da Fundamentação e Motivação das Decisões Judiciais

O novo diploma processual civil vigente inova a criar expressamente uma exceção ao referido princípio da fundamentação, nos em que o segredo de justiça justificar, conforme previsão do paragrafo único do artigo 11 do Código de Processo Civil de 2015[30], o qual encontra fundamento constitucional no inciso IX do artigo 93 da

---

[29] BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

[30] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

Constituição Federal. Para o Professor Cassio Scarpinella[31] esse exceção encontrasse harmonizada com o dispositivo constitucional, *in verbis*:

> A exceção veiculada no parágrafo único do art. 11 sobre o segredo de justiça ("nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público") harmoniza-se com o referido dispositivo constitucional, sendo certo, todavia, que, de acordo com a própria previsão constitucional, o sigilo não pode prejudicar "o interesse público à informação".

O princípio da Fundamentação e Motivação das decisões judiciais parte da premissa que os processos devem estar firmados em bases legais e sociais, sendo a fundamentação de relevante importância para saber a linha de raciocínio seguida pelo magistrado ao chegar a uma conclusão. Esse processo não se resolve apenas por intermédio de ligação das partes, mas pela valorização dos fatos e uma revisão antes do veredito. O princípio é encontrado no artigo 93, IX da Constituição Federal[32], *ut infra*:

> Art. 93. (omissis)
> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade ...

É um importante corolário do devido processo legal é o princípio da fundamentação e da motivação das decisões judiciais. Trata-se de requisito essencial de toda decisão, uma vez que impõe-se no julgamento da causa, o livre convencimento do juiz, contudo devendo ser observado pelo nobre julgador a motivação e fundamentação da decisão proferida, de forma a correlacionar todos os fatos apreciados com nosso ordenamento positivo. Por outro lado, pela fundamentação das decisões, o Juiz exterioriza todo o processo lógico e empírico que o levou a emitir o *decisium* de determinada maneira.

---

[31] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. volume único. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.113.

[32] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 3 fev. 2020.

Ressalta-se por oportuno que o princípio da fundamentação das decisões judiciais não está somente adstrito ao instituto da sentença, ou seja, deve o magistrado fundamentar toda e qualquer decisão, de forma a possibilitar às partes o pleno direito ao contraditório. Dessa forma, na fundamentação das decisões judiciais, visa o juiz correlacionar os fatos apreciados, não só com os dispositivos legais trazidos pelas partes, mas também com todos os recursos legais existentes no ordenamento jurídico vigente, ou seja o livre convencimento do julgador, uma vez que toda decisão jurisdicional é baseada na ligação lógica que há entre os fatos articulados e provados pelos litigantes e a norma positiva que será utilizada para findar a pretensão resistida.

Na hipótese de não ser observada a norma constitucional constante e implementadora do dever de fundamentação das decisões judiciais, determina o Texto Magno a nulidade para tal decisão, uma vez que busca garantir a transparência dos atos processuais. Curioso se faz mencionar que para o presente caso, dispôs a Constituição de norma com efeito de sanção para a hipótese de descumprimento. Assim, observa-se argutamente, que a fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão, com vistas a permitir que a sentença prolatada possa vir a ser objeto de um exame meticuloso pelo órgão recursal, em caso de recurso.

1.2.8 - Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição consubstancia no direito de revisão a uma decisão judicial, assim, permitindo que seja reduzida a probabilidade de um possível erro do judiciário. Esse princípio está previsto no artigo 5º da Constituição Federal[33], inciso LV. O Professor Humberto Theodoro Júnior[34] observa que embora a Constituição tenha estruturado o Poder Judiciário com a previsão de juízos de

---

[33] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[34] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Volume I Teoria Geral do Processo Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 191.

diferentes graus, não declarou de forma expressa a obrigatoriedade de observância do duplo grau em todo e qualquer processo.

Corroborando e fundamentos pelas quais se demonstra necessária a presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ressalta-se pelo presente estudo, o princípio do Duplo Grau de Jurisdição, dispositivo dos mais fundamentais na luta diuturna contra os desmandos de poder e dos desvios de direito. Possui o referido princípio o sentido de que um litígio é melhor solucionado, quando a referida controvérsia de direitos que está sendo debatida perante o poder jurisdicional de um Estado, transcorre por dois juízos, ou seja, um órgão jurisdicional de primeira instância, ou juízo a quo e um de segunda instância, chamado de juízo ad quem. Assim, o juízo de mérito sobre o qual será solucionado qualquer conflito de interesses, deve, em princípio, ser realizado por dois órgãos do Poder Judiciário, primeiro e segundo grau. Entretanto, nem toda decisão está necessariamente interligada ao reexame a uma instância superior. O que ocorre na verdade, é uma garantia e um desdobramento do princípio do contraditório incurso em nosso ordenamento jurídico.

Deve-se esclarecer, contudo, que, ao dispor sobre o reexame por um órgão de segunda instância das questões julgadas pelo juízo de primeiro grau, não queremos com isso dizer que o Tribunal *ad quem* exerça o papel de órgão fiscalizador das atividades julgadoras dos juízes singulares, e somente possui a possibilidade de haver uma reapreciação, em grau de recurso, das causas já decididas.

Nesse sentido, manifesta -se Oreste Nestor de Souza Laspro[35], *in verbis*:

> (...) a principal razão da existência do duplo grau de jurisdição tem natureza politica, na medida em que não se pode admitir uma atividade estatal que não seja fiscalizada. Essa necessidade, alias, seria maior em um setor, como a magistratura, em que seus membros, na maior parte dos países, não são eleitos pelo povo, não sendo, portanto, representantes desse. Torna-se, assim, imperioso que haja pelo menos um meio interno de controle das decisões.

Todavia, tratando-se, de duplo exame da matéria litigiosa, deve-se ressaltar que, não se trata o termo "duplo grau de Jurisdição" de um vocábulo totalmente correto. Tal assertiva se faz necessária, posto que conforme podemos depreender não existem dois graus de jurisdição, mas somente dois órgãos do poder judiciário

---

[35] LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 103.

que analisam a mesma questão, sob um prisma de melhor aplicação do direito ao caso concreto.

Parte da doutrina manifestam-se contra o princípio em apreço, fundamentando que não só os juízes singulares cometem erros, mas também os de segundo grau, inobstante toda experiência conquistada por anos na magistratura. Em defesa dos juízos de primeiro grau, tal corrente doutrinária vai além, afirmando que possuem, ainda, os magistrados a quo, todo um aparato de procedimentos para formar o seu convencimento, como a oitiva das partes litigantes, inquirição de testemunhas, ou seja, possui o nobre magistrado de primeiro grau um contato mais direto com os sujeitos do processo. Por fim, deve-se deixar claro que o referido princípio não é ilimitado, conforme entendimento do professor Nelson Nery Junior[36], *in fine*:

> (...) muito embora o princípio da do duplo grau de jurisdição esteja previsto na CF, não tem incidência ilimitada, como ocorreria no sistema da Constituição Imperial. De todo modo está garantindo pela lei maior. Quer dizer, a lei ordinária não poderá suprimir, pura e simplesmente, os recursos previstos na Constituição Federal.

Frisa-se que só se efetiva o duplo grau de jurisdição quando a parte vencida se manifesta em juízo requerendo a reforma do *decisium* que lhe foi contrário, ou lhe foi insuficiente. Todavia, excepcionalmente, em casos expressos previstos na própria Lei, art. 496 do Código de Processo Civil/2015[37], tendo em vista os interesses públicos relevantes, a decisão da primeira instância e revista pelo órgão jurisdicional superior, ocorrendo o que chamamos de duplo grau necessário ou remessa necessária.

1.2.9 - Princípio da Inadmissão da Prova Obtida por Meio Ilícito

O princípio das Provas Ilícitas, expressado também no Artigo 5º da Constituição Federal[38], inciso LVI, torna inaceitável, em um processo, a obtenção de formas que

---

[36] NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41.
[37] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[38] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

não são legais perante a lei. O Artigo 369 do Código do Processo Civil/2015[39] rege que:

> **Art. 369**. As partes têm o direito de empregar **todos os meios legais**, bem como **os moralmente legítimos**, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (grifo nosso).

Tal princípio efetiva a garantia do contraditório, assim como o princípio da "*par condicio*" deve vir ressalvada por outro princípio de menor enfoque, mas de fundamental importância, haja vista as formalidades processuais existentes nos seus atos.

Trata -se, pois , do princípio da proibição da prova obtida por meio ilícito, ou seja, o direito à prova legitimamente obtida ou produzida para a instrução das causas em litígio.

Já dizia a Suprema Corte Americana, na teoria dos frutos da árvore envenenada, que o vício conferido a determinada árvore se transmite a todos os seus frutos. Da interpretação da referida teoria, percebe-se sua apropriada e adequada colocação ao nosso ordenamento jurídico. Se a própria Constituição Federal de 1988 visa determinar a aplicação do justo por meio do processo, deve, por conseguinte, conter o referido procedimento processual valores éticos e morais, de forma que não se contamine a atividade jurisdicional para solução do conflito.

O princípio do direito à prova, constitucionalmente previsto e assegurado, não é absoluto, encontrando seus limites na própria *Lex Legum*, haja vista que não se pode conceber a exteriorização de um direito concernente a todos os indivíduos de uma sociedade de forma confrontante, ou seja, de uma maneira conflituosa uns com os outros direitos. Admitir-se o contrário, seria o mesmo que conferir ao direito à prova um instrumento gerador de conflitos de forma contrária à ordem pública ou as prerrogativas de direito alheias, que por fim, levaria ao processo caracteres de imoralidade e injustiça, conforme enfatiza a professora Ada Pellegrini Grinover[40],:

---

[39] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

[40] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 64.

> " (...) o rito probatório não configura formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema de prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras de prova legal apresentavam-se como regras para melhor pesquisa da verdade; seu valor era "um valor de verdade". Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia."

Uma nova corrente que vem ganhando espaço e força em nossa jurisprudência é a aplicação do princípio da proporcionalidade na obtenção da prova. Tal entendimento vem sendo expressamente admitido em alguns julgados que admitem como meio de prova, por exemplo, a conversa telefônica gravada por uma das partes. Trata-se o princípio da proporcionalidade de posição que admite e reconhece a utilização da prova ilícita nos casos de legítima defesa do acusado para proteção de seu direito. Ora, a gravação de conversa telefônica realizada por um dos participantes se demonstra uma prova absolutamente lícita, a teor do artigo 422 do Código de Processo Civil/2015[41], não sendo admitida no processo civil, nem como meio de defesa senão for reconhecida para parte prejudicada com a referida prova. Já no processo penal é admitida já que o artigo 233 do Código de Processo Penal[42] permite como prova a utilização de cartas exibidas pelo destinatário para a defesa de seu direito, ainda que sem a anuência do signatário, podemos inferir como válida, a prova obtida por meio de gravação telefônica de um dos participantes do diálogo. Entretanto, apesar de ser uma interpretação analógica da lei, não podendo ser tal tipo de prova qualificado como meio ilícito. Faz-se necessário, contudo, encontrar um equilíbrio para a utilização do princípio de forma harmônica e apropriada, ou seja, não se deve aceitar toda e qualquer prova obtida por meio ilícito de forma que não se vicie o instituto processual, nem mesmo rejeitar uma prova relativamente ilícita, quando seria ela a única e necessária para provar o direito da parte ou a inocência de determinado acusado.

---

[41] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

[42] BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-lei n. 3.686, de 03 de outubro de 1941.

1.2.10 Princípio da duração razoável do processo ou da celeridade Processual.

É o mais importante princípio constitucional do processo para a presente dissertação, uma vez que deve ser interpretado como verdadeiro direito fundamental do todo cidadão, e corolário da constitucionalização da tutela provisória, (ora tratado como mecanismo para a concretização do principio) em especial a tutela de urgência e de evidência, juntamente com o princípio da inafastabilidade do direito de Ação, já abordado.

Está previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal[43], esse princípio está ligado à ideia do devido processo legal e garante a todos o direito a um processo célere, com duração razoável, que possa satisfazer e reparar os interesses lesados, sem, porém, danificar os direitos que assistem aos sujeitos do processo.

Ainda que o referido princípio só tenha ganhado espaço no ordenamento jurídico pátrio com a Emenda Constitucional n° 45/2004, era possível notar que tal ideal já era garantido pelo Pacto de São José da Costa Rica[44], que foi incorporado ao nosso ordenamento através do Decreto n° 678 de 1992, e que assim relata:

> **Art. 8°**: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A morosidade foi fundamental para o legislador a incluir tal princípio, uma vez que sempre foi o maior causador da crise do Poder Judiciário. Partiu-se, então, como visto, do princípio de que a tutela não deveria apenas ser entregue às partes, mais sim ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo atribuição do Estado alcançar este objetivo, conforme Slaibi Filho[45]:

---

[43] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[44] Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. >. diversos acessos.

[45] SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 19.

> Poder-se-ia dizer que a norma declara o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo pelo qual se leva o pedido à cognição judicial ou administrativa: é assim, direito ao processo eficiente, muito além do simples direito ao processo.

Para Lima[46] (2005, p. 14):

> Pela previsão do inc. LXXVIII, do artigo 5º, fica possibilitado que o cidadão e as instituições façam duas cobranças: a) do Poder Público, os meios materiais para que o aparelho judicial possa cumprir os prazos dispostos nas normas processuais; b) dos órgãos da Justiça, o esforço para cumprir os prazos legais, envidando esforço para abreviar a prestação jurisdicional, bem como prestar um serviço de qualidade.

A sua observância não ignora o dever do contraditório, o direito a especificação de provas, as faculdades recursais etc. Apesar de desacelerar o ritmo da marcha processual. O referido princípio tem o intuito de manter um ponto de equilíbrio entre celeridade e devido processo legal, assim, o processo deve ser célere, mas não a ponto de prejudicar as garantias dos sujeitos das partes. Nesse sentido o entendimento do professor Marinoni[47]:

> "Não se podem estabelecer limites fixos de tempo para o fim do litígio. Duração razoável, como a própria nomenclatura sugere, não significa a necessidade de se fixar prazo limitado para que o processo chegue ao seu fim, mas sim de se estabelecer um dever jurídico aos magistrados, a fim de que conduzam a marcha processual com a máxima presteza possível, sem que, para tanto, sejam desrespeitadas as demais garantias constitucionais. Acaso fosse fixado prazo de validade para o processo, ao invés de direito subjetivo a duração razoável, ter-se-ia o direito subjetivo à duração legal do processo".

Podemos concluir o princípio sob analise, inserto no artigo 5°, LXXVIII, da CF/88 obriga os Poderes Públicos a reverem e adequarem seus atos assegurando aos cidadãos a duração razoável do processo e o implemento de meios que garantam a celeridade da sua tramitação. É o que preceitua Alarcon[48]:

---

[46] MARQUES DE LIMA, Francisco Meton e MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Reforma do Poder Judiciário. **Comentários iniciais à EC 45/2004**, Malheiros: São Paulo, 2005. p. 14.
[47] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 36.
[48] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional.** In Reforma do Judiciário: analisada e comentada. Coordenadores: André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005. p. 34.

> Impõe-se, em consequência, rever a habilidade do procedimento para realizar a finalidade processual, sua flexibilidade para atender os interesses em jogo e a segurança com que se garantem os direitos questionados. Inclui-se, de logo, nos parâmetros de durabilidade do processo, o tempo prudente e justo para que a decisão jurisdicional renda a eficácia esperada, ou seja, a razoabilidade se estende não ao tempo de afirmação do direito em litígio, senão à própria execução da decisão, à realização de seu conteúdo, à aplicação efetiva do direito.

O art. 4º do novo Código de Processo Civil[49] brasileiro incorporou expressamente na legislação processual ordinária o direito e a garantia previstos no artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal[50] da República Federativa do Brasil: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No decorrer da presente dissertação vamos demonstrar soluções processual e estruturais para o poder judiciário alcançar a tão sonhada celeridade, atenuando o tempo de processo e garantindo aos cidadãos o direito fundamental a razoável duração do processo.

---

[49] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

[50] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

2. O PROCESSO COMO INSTRUMENTO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO

A inquietação com a morosidade da Justiça na solução das lides processuais, em âmbito mundial, adquiriu tal importância que, já na década de 70 passou a ser objeto de tratados internacionais sobre direitos humanos. O primeiro tratado internacional a fazer menção à celeridade processual foi o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que dispunha em seu art. 14: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a pelo menos as seguintes garantias: [...] c) de ser julgado sem dilações indevidas". Três anos mais tarde, em 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, foi firmada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que por isso ficou conhecida como "Pacto de San José da Costa Rica". Neste tratado, a celeridade processual foi reconhecida internacionalmente como "direito humano", passando, em seguida, a ser positivada na legislação da maioria dos países signatários. O Art. 5º da referida Convenção[51] assim alude:

> Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O Brasil, somente uma década e meia após ter ratificado os dois tratados, inseriu no texto da Constituição Federal[52], através da Emenda Constitucional n. 45, a garantia da celeridade processual. Porém, lamentavelmente omitiu-se o legislador, ao não fixar qual seria o prazo considerado razoável para a duração do processo, tampouco quais as medidas a serem utilizadas para sua implementação. Nesse sentido é a manifestação de Alexandre de Moraes[53]:

---

[51] Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. >. diversos acessos.

[52] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[53] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 94.

> A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, caput).

A Emenda Constitucional n. 45/04[54], porém, a nosso ver trouxe somente a preocupação de elevar a nível constitucional a busca pelo celeridade processual, trazendo poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça Brasileira. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados.

Ao positivar no texto da Carta Magna um direito que o Brasil já havia se comprometido a observar, o legislador, não fixando os critérios para se auferir a razoabilidade na duração de um processo, deixou margem para as mais variadas interpretações. Também não foram determinados quais os instrumentos a serem usados, em caso de atraso injustificável. Criticando esta omissão legislativa, lamenta Paulo Hoffman[55]:

> É lamentável constatar que, sem antes tomar medidas de ordem prática e sem que nada na ineficiente estrutura e nas condições do Poder Judiciário fosse alterado, a EC 45 simplesmente acresceu o parágrafo (sic) LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo no sistema brasileiro. Infelizmente, o simples acréscimo da Constituição Federal não modificará em nada a duração do processo. Trata-se, por ora, somente de mais uma garantia constitucional vazia.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o inciso LXXVIII no elenco do artigo 5º da Constituição da República – CR/88 -, portanto, entre os direitos e garantias fundamentais do Título II. De há muito se discute a efetividade como princípio que se adere ao plano dos direitos e garantias fundamentais, sob diversas facetas, dentre elas o próprio acesso à justiça (inciso XXXV do artigo 5º e múltiplas decorrências legais), bem como o devido processo legal (inciso LIV, complementado pelo inciso LV

---

[54] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[55] HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 97-98.

do artigo 5º) e a imutabilidade das decisões, após cognição exauriente, com atuação dos dispositivos antes referidos.

A efetividade é gênero no qual está contida a ideia de duração razoável do processo, como consequência lógica de que a efetividade está relacionada à jurisdição e a tempestividade ao processo. É por isso que, ao referir que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do artigo 5º), a Constituição quer fazer efetiva a atuação jurisdicional por meio de um processo que também seja célere. Este inciso não trouxe novidade ao meio jurídico, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos[56] (Pacto de San José da Costa Rica, no seu artigo 8º, item 1, já previa que Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...), ao que vale lembrar que o Brasil é signatário deste Pacto, eficaz no plano internacional desde 1978, desde a edição do Decreto nº 27, de 26 de maio de 1992[57], com adesão do Brasil em setembro do mesmo ano. Esta norma, portanto, já integrava e complementava o catálogo de direitos fundamentais por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, segundo Didier[58] , ou, no mínimo, diante de conhecida controvérsia jurisprudencial anterior à inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal, compunha o sistema jurídico brasileiro infraconstitucional.

Contudo, o que de há muito se discute é que o processo moroso somente traz benefício à parte que sabe estar a razão do lado adverso, àquele que quer justamente impedir ou postergar a aplicação das normas. Enfim, a morosidade do processo caminha na razão proporcional do uso arbitrário do poder e da desconsideração da normas que consagram garantias e direitos da sociedade.

É, todavia, oportuno identificar que não é somente o autor que tem direito à prestação jurisdicional, porquanto o réu também busca o resultado útil do processo. Se, de um lado, o autor busca a procedência da ação, com o reconhecimento de que o direito lhe assiste, de outro, o réu busca declaração em sentido contrário. Sendo assim, goza de todos os direitos e garantias atribuídos ao autor, merecendo tratamento igualitário na busca de uma prestação jurisdicional justa. Diante disso, não

---

[56] Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. >. diversos acessos.
[57] BRASIL. **Decreto Legislativo nº 27, De 1992**.
[58] FREDIE DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I, Podivm, 2007. p. 39.

se pode olvidar que, estando inseridos no rol de direitos fundamentais, tanto o direito ao processo célere quanto o direito ao contraditório e à ampla defesa (*due process of law)*, direitos e garantias, em princípio, não devem conflitar, mas harmonizar-se na busca da efetividade. Outrossim a celeridade do processo visa atingir o escopo da utilidade, de outro, não pode sacrificar o ideal de justiça da decisão, que demanda um processo dialético-cognitivo exauriente que, por sua vez, demanda tempo.

Por último, é preciso dizer que não se pretendia resolver a questão da morosidade dos processos com a simples inclusão do citado dispositivo no texto constitucional, na verdade, o legislador de reforma buscava dar relevo especial a tal problema, para que, a partir de então, os juristas passassem a procurar, ainda mais, meios de acelerar o procedimento sem reduzir a atividade cognitiva do processo.

2.2 ASPECTOS RELEVANTES DA INSTRUMENTALIDADE

No presente tópico buscaremos abordarmos aspectos relevantes da instrumentalidade, não se confunde com a instrumentalidade do processo, entendida, segundo Candido Rangel Dinamarco[59],como o conjunto de formas sistematicamente ordenadas em um procedimento, pautadas pela garantia do contraditório, ampla defesa, constituindo um método estabelecido pelo ordenamento jurídico para o exercício da jurisdição, e tão pouco com a instrumentalidade das formas, sendo este último corolário da teoria do processo. O caráter instrumental do processo, como tal afirmado, é característica da sistemática que não coincide e nem deve ser confundida com a instrumentalidade do processo, essa, entendida como e examinada com um ângulo exterior, de fora para dentro.

Busca-se a instrumentalidade do processo como um meio de chegar a efetividade da tutela jurisdicional, a qual deve ser entendida ainda como o meio de retirar do processo todo o proveito que ele seja apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação e sem satisfazer-se com soluções que se distanciem do ideal constitucional-sociológico legítimo.

A prestação jurisdicional efetiva, em verdade, é uma construção lógica decorrente de outros dois direitos fundamentais contidos no Art. 5º, nos incisos XXXV

---

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

e LXXVIII. Porém, antes de se adentrar neste direito fundamental, faz-se mister conceituar o que vem a ser a função jurisdicional do Estado. A doutrina pátria abraçou, em sua maioria, a definição trazida pelo italiano Giuseppe Chiovenda[60], ut infra:

> Pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva

Em outras palavras, jurisdição seria a função estatal, corporificado pela figura do Magistrado, de dirimir conflitos entre pessoas físicas ou jurídicas, a partir do direito existente na ordem jurídica nacional. Pois bem, a Constituição da República assegurou essa prestação a todo cidadão, através dos direitos fundamentais insculpidos nos incisos XXXV e LXXVIII, do art. 5º, da Constituição da República[61], princípios que foram abordados no capítulo anterior desse trabalho. O primeiro deles é o direito fundamental ao monopólio judiciário do controle jurisdicional, pura e simples, que é o dever do Estado em apreciar lesão ou ameaça de direito invocado por qualquer nacional, destacando-se, também, o direito fundamental de ação e de defesa. O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos, isto é, o direito fundamental insculpido no inciso XXXV, da CF, é o mais importante de todos, subjetivamente falando, já que dar-se-á a tutela jurisdicional ao ofendido que pretende ter seu direito material efetivado. Neste talante asseveram Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino[62]:

> Consubstancia, outrossim, uma das mais relevantes garantias aos indivíduos (e também às pessoas jurídica), que têm assegurada, sempre que entendam estar sofrendo uma lesão ou ameaça a direito de que se julguem titulares, a possibilidade de provocar e obter decisão de um Poder independente e

---

[60] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do direito processual**. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998. p. 39.

[61] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[62] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Niterói: Ímpetos, 2007. p. 146.

> imparcial. Por essa razão, não só a lei está impedida de excluir determinadas matérias ou controvérsias da apreciação do Judiciário; a inafastabilidade da jurisdição, sendo garantia individual fundamental, está gravada em cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV), insuscetível de abolição, nem mesmo mediante emenda à Constituição (2007, p. 146).

Já o inciso LXXVIII, foi acrescido à Constituição Federal pela Emenda 45/2004, a famigerada "Reforma do Judiciário", já que o Constituinte derivado percebeu que a morosidade do Poder Judiciário nacional era patente, necessitando de alguns mecanismos para que pudesse atender os jurisdicionados de uma forma mais eficaz. Nesse contexto, surgiram o Conselho Nacional de Justiça, que é um órgão administrativo e fiscalizador de todo o Judiciário; a Súmula Vinculante e a repercussão geral, que diminuíram consideravelmente a quantidade de ações julgadas pelo Supremo, além do dispositivo mencionado.

É válido, neste momento, colacionar algumas palavras de José Afonso da Silva[63], quando discorre sobre a inserção do novo inciso em comento:

> O acesso à Justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas a crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional [...] A norma acena para a regra da razoabilidade cuja textura aberta deixa amplas margens de apreciação, sempre em função de situações concretas.

Esta razoável duração do processo nada mais é do que o direito que todo cidadão tem de, durante tramitação de processo judicial ou administrativo, ter sua pretensão deduzida em juízo solvida da forma mais célere possível, sem atropelar o devido processo legal e a técnica processual. Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo das garantias fundamentais, é claro, estão calcados, segundo Aury Lopes Júnior[64] , no respeito à dignidade das partes, no interesse probatório, no interesse coletivo no correto funcionamento das instituições, e na própria confiança na capacidade da Justiça de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável. Sobreleva ressaltar, ainda, que o denominado critério da razoabilidade é um método de interpretação, inerente ao devido processo legal, e também ao direito a um julgamento

---

[63] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 432.

[64] LOPES Jr, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 88.

sem dilações indevidas, não se confundindo com a exigência de que a lei deve ser razoável e proporcional. Diante disso, Luiz Marinoni[65] enxergou a possibilidade de se atrelar as garantias fundamentais explanadas, condensando-as em uma única: a tutela jurisdicional efetiva. Percebeu Marinoni que o direito constitucional à tutela jurisdicional e ao devido processo legal deixou de ser visto apenas, sob a ótica estritamente do demandado, como o direito à segurança jurídica, para ser considerado, agora também sob a ótica do autor, como o direito à efetividade da jurisdição, que assegura a todo indivíduo não só a possibilidade teórica e meramente formal de provocar a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular, mas especialmente, meios expeditos e eficazes de obter do Estado-juiz a rápida apreciação de sua demanda e também a concretização fática de sua eventual vitória.

É neste sentido o ensinamento de Teori Albino Zavascki[66], que complementa:

> O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto seja possível – a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela para garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela. (1996, p. 146)

Por outro lado, Mauro Cappelletti e Bryant Garth[67] não utilizam a expressão efetividade da prestação jurisdicional, mas uma expressão sinônima que é o acesso efetivo à justiça, destacando:

> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, sem encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.(1998. p. 12-13)

---

[65] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 117.
[66] ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: Reforma do Código de Processo Civil** - obra coletiva, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 146.
[67] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. (Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 12-13.

Como é de fácil percepção, e amparado pela doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, esse direito não pode ser pensado como direito de defesa, ou seja, como direito de natureza negativa, uma vez que consiste, como é evidente, em um direito de exigir uma prestação do Estado prestada em tempo razoável e adequada a necessidade de quem busca a tutela jurisdicional.

O direito à prestação jurisdicional efetiva não pode ser visto como um direito a uma prestação fática. Engloba, ainda, a exigência de técnica processual adequada, a instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação e, por fim, a própria resposta jurisdicional. Nas palavras de Fredie Didier Júnior[68]:

> A própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e idiossincrasias do objeto do processo a que servir; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar este fenômeno.

Note-se, em primeiro lugar, que o direito à tutela jurisdicional efetiva tem relação com a possibilidade de participação, e por isso pressupõe um direito à participação, entretanto, essa participação deve ser feita perante um procedimento idôneo à proteção dos direitos, até mesmo porque o direito à proteção não exige somente normas de conteúdo material, mas igualmente normas processuais. Isso quer dizer que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito a pré-ordenação das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são, segundo Luiz Guilherme Marinoni[69], mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção. Porém, o direito à tutela jurisdicional não só requer a consideração dos direitos de participação e de edição de técnicas processuais adequadas, como se dirige à obtenção de uma prestação do juiz. Essa prestação do juiz, assim como a lei, também pode significar, em alguns casos, concretização do dever de proteção do Estado em face dos direitos fundamentais. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige apenas a

---

[68] DIDIER Jr, Fredie, **Curso de direito processual civil.** v. 1, 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 40.

[69] MARINONI, Luiz Guilherme, **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p.119.

efetividade da proteção dos direitos fundamentais, mas também que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Desse modo, não requer apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas sim técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos, de modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de se dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de se dar tutela efetiva a toda e qualquer situação posta a apreciação.

Se o juiz não tem apenas a função de resolver litígios, porém a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, sem poder resignar-se a aplicar a técnica processual que possa conduzir a uma tutela jurisdicional não efetiva, pode-se afirmar que o seu dever não se resume a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Vale dizer, o dever do juiz, assim como o do legislador ao instituir a técnica processual adequada, está ligado ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, compreendido como um direito necessário para que se dê proteção a todos os outros direitos.

Por fim, o Marinoni[70] conclui que pensar que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material não tem cabimento, uma vez que, nesses casos, há sim o direito fundamental à tutela jurisdicional, porém esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material.

Portanto, chega-se à conclusão de que o direito à tutela jurisdicional deve ser visto como o direito à efetiva proteção do direito material, do qual são devedores o legislador e o juiz, que então passa a ter um verdadeiro dever de se comportar de acordo com o direito fundamental em destaque.

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

---

[70] MARINONI, Luiz Guilherme, **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 123.

2.3. O PROBLEMA DA MOROSIDADE

O acúmulo de processo nos estados brasileiros é cada vez maior. Só em São Paulo, no início de 2020, foram registrados mais de vinte milhões de processos pendentes de julgamento, acrescido de mais cinco milhões de casos novos, segundo o Relatório da Justiça em Números de 2019 do CNJ[71]. Contando o Estado atualmente com aproximadamente 2709 juízes em 393 comarcas, isso significa mais de nove mil processo para cada magistrado. No Estado do Amazonas, conforme o supracitado Relatório, foram registrados mais de 741 mil processos pendentes de julgamento, acrescido de mais de 220 mil casos novos, distribuídos entre os 204 juízes, com 60 comarcas, resultando em percentual um pouco melhor que o TJSP, já que cada magistrado teria que julgar aproximadamente mais de 4.700 mil processo, o que causa uma morosidade no julgamento do processos, e muitas vezes julgados não condizentes com a realidade dos fatos, em virtude da excessiva carga de trabalho para cada magistrado, em pese a grande esforço do juízes em buscar a crescente aumento o numero de sentença.

Segundo o referido Relatório da Justiça em Números de 2019 do CNJ[72], *in verbis*:

> O Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2018 existiam 64,6 milhões ações judiciais.

O Relatório ainda ressalta a histórica diminuição do acervo processual, *ut infra*:

> O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. A variação acumulada nesses

---

[71] Justiça em Números 2019 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ .Site https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acessado em 15/02/2020.

[72] Ibidem, p. 79.

> dois últimos anos foi na ordem de -1,4%. Esse resultado deriva do crescente aumento do total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2018, e da redução da entrada de novos processos no Poder Judiciário, conforme observado nas figuras 45 e 44. Assim, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou, no ano de 2018 foi de 113,7%

As críticas a respeito do Judiciário quanto a morosidade de julgamento dos processos não são recentes, ao contrário são reiteradas, cooperando para o descrédito da justiça, entretanto, com a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, implementado pela Emenda 45/2004, podemos verificar uma grande melhoria no tempo de julgamento do processos, seja pela crescente estruturação do Tribunais de Justiça, seja pela diagnostico da lentidão do julgamento dos processos, e sobretudo com a fixação de metas anuais de julgamento pelo referido órgão de controle.

São muitas as causas da morosidade processual, dentre elas podemos destacar: crescimento populacional, excesso de serviços, a criação dos juizados especiais cíveis, criminais e da fazenda publico, que facilitou o acesso a justiça, bem como o despertar da população para o exercício da cidadania.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro[73], criado pela Lei 13.105, de 2015, é produto das aspirações contemporâneas do direito, da necessidade de acompanhar a evolução social, tecnológica e científica, e sobretudo para resolver o grande problema que assola o Poder Judiciário e atender o princípio da razoável duração processual do processo, e busca se harmonizar a legislação infraconstitucional com a Constituição e com a Jurisprudência, já que ao contrario do Código de 1973 tem a função de assegurar amplas garantias ao jurisdicionado em face do Estado, incorporando norma processuais constitucionais. O novo diploma processual civil traz grandes inovações buscando atenuar a lentidão processual, tais como a unificação de prazos para recorrer e responder recursos, a supressão de procedimentos ultrapassados e ineficazes, a diminuição das hipóteses de cabimento de alguns recursos e extinção de outros (embargos de divergência e agravo retido) e estimula a conciliação entre as partes processuais, através da mediação, entretanto, entendo não ser o suficientes para exterminar a morosidade processual, uma vez que deve somente

---

[73] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

atenuar o tempo de julgamento dos processos em relação ao diploma de 1973. Neste sentindo se posiciona o professor Vallisney de Souza Oliveira[74]:

> É provável que a celeridade idealizada não seja possível de obtenção apenas com o novo Código, contudo o CPC/2015 poderia ter contribuído com mais profundidade para a realização de um processo mais simples e mais rápido. Embora não tenha descurado da celeridade, não a tratou como grande inimigo a ser eliminado, deixando de ir, ao que parece (ainda mais por se cuidar de um texto recente) a fundo para agir diretamente contra a lerdeza processual, pois ao dar mais atenção ao contraditório real não previu ritos céleres alternativos, contentando-se com um único rito, que na verdade é o antigo procedimento comum ordinário, caracterizado pela grande quantidade de atos nas fases processuais.
> O Código também deixou de prever outras hipóteses de resolução rápida do conflito, além do caso, por exemplo, de improcedência liminar do pedido para casos idênticos, que já era experiência do Código anterior. Não diminuiu os complexos procedimentos especiais, manteve quase o mesmo regime recursal com embargos de declaração interruptivos e deixou a sombra nos tribunais dos embargos divergentes, agora disfarçados, preocupou-se mais com a tutela provisória, que mereceu um livro próprio, ao passo que a tutela definitiva, esta sim em que se pode dizer ao jurisdicionado que seu processo findou, sequer recebeu um título legislativo ou previsão de meios alternativos de abreviação.
> Em linhas gerais, democrático e altamente técnico-jurídico o novo CPC empreendeu modificações consideráveis no Direito Processual, inclusive melhoramentos conceituais. Comparado com o anterior é um Código mais aprimorado e bem melhor. Entretanto, não declarou guerra à celeridade e a combate normativamente sem comprometimento e sem atender a contento ao princípio constitucional da razoável duração do processo na parte em que abrange o uso dos meios que garantam a celeridade da tramitação dos processos (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal).

Por fim, podemos concluir que apesar de o Código de Processo Civil de 2015[75] ser um código superior ao precedente CPC/73, uma vez que afinado com os novos tempos, operativo e obediente ao devido processo legal constitucional, à razoabilidade e à autonomia da vontade das partes, acrescido aos esforços para adequação e otimização das novas regras, não perdendo de vista que as partes possuem o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída aí a atividade satisfativa, e que esse prazo razoável precisa ser conjugado com a tão sonhada celeridade processual, apesar que entendermos que os mecanismos adotados não vão ser suficientes e adequados para garantir a prestação jurisdicional efetiva dentro de razoável prazo de duração.

---

[74] OLIVEIRA, Vallisney de Souza, **O juiz e o novo Código de Processo Civil**. 1 ed. Curitiba: crv, 2016. p. 58/59.

[75] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

3. DA TUTELA PROVISÓRIA

3.1 A ORIGEM DA TUTELA PROVISÓRIA

A origem da tutela provisória dentro do mundo jurídico se deu nos primórdios da ciência jurídica, através dos chamados interditos romanos. Entretanto não é claro na doutrina a delimitação exata da origem dos interditos romanos, dificultada em razão da escassez das fontes escritas. Embora, não seja unânime no entendimento doutrinário, de que a origem da tutela antecipada está nos interditos romanos, os chamados *interdicta* do direito romano clássico, o qual constituía uma medida provisória cuja concessão se baseava no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já sendo um meio de proteger o provável titular do direito lesado, em breve tempo e sem as complicações do procedimento regular. É no interdito que repousa a origem do instituto da hoje chamada de Tutela Provisória, para a unanimidade da doutrina, conformo podemos observar nas palavras sempre precisas do mestre Galeno Lacerda[76,]

> [...] numa ordem diretamente do magistrado romano, a pedido de uma pessoa privada contra outra, na qual se impunha, a esta um certo comportamento. As relações jurídicas mais importantes, pertinentes aos direitos absolutos, eram amparadas pelos interditos, emanados diretamente do poder de *imperium* do magistrado, ao passo que aquelas meramente obrigacionais conduziam as partes desavindas a *actio*, com juízo privado, de conteúdo indenizatório. Ou, segundo Gandolfi, enquanto a *actio* consistia no direito ao judicium, com condenação pecuniária, o *interdictum* era o direito do decreto, com execução específica a determinado comportamento jurídico.

Assim era descrita os interditos por Pablo. Fuenteseca[77]:

> Os interditos eram ordens pretórias onde não se decidia nenhum vínculo entre a pessoa e a coisa (*dominium ex iure Quiritium*), nem entre duas pessoas (*obligatio*), mas unicamente se decidia a respeito do *factum* ou da *vis* que alterava a situação de fato existente". Nesta linha, os intérpretes do processo romano viam nos interditos não uma aplicação de uma regra de direito, onde há um primeiro decisório, de caráter mais administrativo, que

76 LACERDA, Galiano. **Tutela Antecipada e Tutela Interdital**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 183-188.
77 FUENTESECA, Pablo. **Investigaciones de derecho procesal romano**. Salamanca, 1969. p. 143.

> judicial; pois o magistrado se interpõe entre as partes, mas como uma autoridade que lhes impõe um mandado.

Portanto o *Interdictum* do Direito Romano, nada mais era do que uma ordem que o magistrado dava a um indivíduo, à solicitação de um outro, de fazer ou abster-se de fazer alguma coisa. No primeiro caso, dava-se o nome de decreta. Tinha-se, em Roma, os *interdicta prohibitoria, os interdicta restitutoria e os interdicta exhibitoria. Prohibitoria* eram aqueles que proibiam uma certa atividade; *restitutoria* eram os que ordenavam a restituição de coisa a pessoa ou restauração de estado de fato, e *exhibitoria* os que ordenavam a exibição de um documento.

A maioria dos doutrinadores recorrem ao interdito para explicar o aparecimento do instituto da Tutela provisória, aparato de grande relevância e matéria jurídica, e eliminador da morosidade de solução de litígio.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Antes de adentrar em seu estudo específico, é necessária a compreensão da evolução do tratamento dado às tutelas provisórias desde o Código de Processo Civil de 1973 até o atual Diploma processual civil vigente de 2015[78].

Faz necessário a compreensão da evolução do tratamento dado às tutelas provisórias desde o CPC de 1973 até o atual CPC de 2015. Foram feitas mudanças substanciais em relação ao prévio *codex* processual – que continha estruturação diferente da atual – no que concerne à regulamentação da tutela provisória, como veremos abaixo.

Foi através da reforma processual civil brasileira, implementada pela Lei nº 8.952[79] de 13 de dezembro de 1994, que o instituto, na época chamado de Antecipação da Tutela, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico, dando nova redação ao art. 273 do CPC/73[80], com escopo de agilizar a prestação jurisdicional, visando a necessidade de não restringir ou até mesmo não violar o princípio constitucional do acesso à justiça, que impõe ao Estado a obrigação de oferecer uma

---

[78] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[79] BRASIL. **Lei n. 8.952,** de 13 de dezembro de 1994.
[80] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

justiça eficaz, adequada e oportuna para todos os cidadãos. A citada lei foi alterada pela Lei n. º 10.444[81] de 07 de maio de 2002, e recentemente sofreu profundas modificações com a publicação da Lei 13.105/2015 – novo código de processo civil[82] brasileiro.

Será enfatizado no presente trabalho, que a introdução no artigo 273 do Código de Processo Civil, da tutela Antecipada, nada mais fez do que regular, de modo generalizado e sistemático, o uso do instituto da antecipação da tutela, hoje regulada entre os artigos 294 a 311 do Código de Processo Civil, como nova roupagem e requisitos mais simplificados buscando equacionar o ônus temporal do processo entre as partes e até a célere resolução do litigio processual, com prolação de decisão, de cognição sumária, mas de em caráter satisfativa e meritória.

A tutela antecipada, constituiu um grande sinal de esperança em meio à crise que afetava a Justiça Civil, na época, pois trata-se de um instrumento que contribuíra para a restauração da igualdade entre as partes, pois a doutrina passa a enxergar que o tempo de tramitação de um processo é um ônus para autor. Assim, segundo o ilustre professor Marinoni[83], "a reforma de 1994, teve a principal preocupação de tornar o nosso processo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade".

No Código de Processo Civil de 1973 era dividido em livros, sendo o Livro III destinado ao "Processo Cautelar" (arts. 796 e ss.) e o Livro IV, referente aos "Procedimentos Especiais". Com o novo Código de Processo Civil de 2015, a divisão por livros se manteve, contudo, sua disposição foi bastante alterada, já que o legislador preferiu fazê-lo em duas partes: parte geral e parte especial. A parte geral é formada por seis livros, dentre os quais o legislador reservou o Livro V para disciplinar sobre a "Tutela Provisória". Entendemos que essas alterações estruturais trazidas pelo novo diploma processual são consequências da necessidade de modificação do tratamento dado as tutelas ou medidas provisória.

Frisa-se uma relevante mudança no que se refere à unificação das tutelas de urgência, operada pela lei 10.444/2002. Isso porque a fungibilidade passava a ser aplicada à medida antecipatória e medida cautelar, a partir da Lei n.º 10.444/2002, que incluía ao poder geral de cautela do juiz, disposto no artigo 273, o § 7.º do

---

[81] BRASIL. **Lei nº 10.444**, de 07 de maio de 2002.
[82] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[83] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

CPC/73[84], com a previsão de que "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado." Nesse momento surgiram discussões quanto ao critério de fungibilidade, destacando-se as correntes que defendiam a fungibilidade de mão única e a fungibilidade de mão dupla. A primeira corrente, havia a interpretação literal da lei, pela qual somente se falaria em fungibilidade a concessão de medida essencialmente cautelar, porém requerida a título de antecipação de tutela. O contrário não era verdadeiro. Já a segunda corrente de interpretação pautava-se que a fungibilidade deveria ser aplicada nos dois sentidos, seja para deferir a medida cautelar requerida a título de tutela antecipada, seja para deferir a tutela antecipada requerida em sede de cautelar. Segundo o professor Nelson Nery Júnior[85] este entendimento prevaleceu, uma vez que a fungibilidade decorre da Constituição Federal[86], artigo 5.º, inciso XXXV, ao garantir o acesso à Justiça, não apenas no sentido de demandar ou ir a juízo, mas para oferecer a tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Podemos concluir ser totalmente acertadas e coerentes a flexibilização dos institutos, haja vista a íntima relação mantida entre as tutelas antecipada e cautelar, no tocante a seus requisitos. Hoje, ambas, para serem deferidas, necessitam da demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Faz-se fundamental ressaltar que embora tenha sido unificada dentro das tutelas de urgências pelo novo CPC, a caracterização da tutela antecipada e da tutela cautelar mantém-se a mesma, conforme se extai das palavras de Cândido Rangel Dinamarco[87], *ut infra*:

> A distinção é portanto esta: são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e consequente produção, no future, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a alguns dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual

---

[84] BRASIL. **Lei nº 5.869,** de 11 de janeiro de 1973.
[85] NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.
[86] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
[87] DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58.

> ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 restou superada divergência entre os efeitos da fungibilidade, prevalecendo a via dupla, uma vez que fixou requisitos genéricos para a concessão de ambos os institutos, conforme dispõe o art. 300 do CPC/2015: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."

Quando ao momento de concessão foi regulado pelo art. 294 do CPC/2015, em seu parágrafo único: "A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental." O legislador chamou de tutela provisória, o qual colocou como espécie a tutela de evidência e tutela de urgência, subdividi-a como espécies deste a tutela antecipada e a tutela cautelar.

O legislador processual reproduziu o texto do inciso LXXVIII, do artigo 5.º, da Constituição Federal no artigo 4 do Código de Processo Civil de 2015[88]: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa." Aplicada à imperatividade da Constituição Federal e do próprio diploma normativo em que está inserta, a tutela provisória tem função ímpar a fim de se chegar à justa resolução dos conflitos, em tempo razoável. Tal repetição do princípio da razoável duração do processo visa a nosso ver reafirmar o compromisso com a celeridade processual. Por fim, o Código de Processo Civil vigente disciplina um instituto inovador para os operadores do direito brasileiro, qual seja a estabilização da tutela antecipada antecedente, que estudares mais detalhadamente no desenvolver da presente dissertação.

3.3 CONCEITO

O Código de Processo Civil vigente apresenta de forma mais sistemática a conceituação da tutela provisória, quando comparado ao Código de Processo Civil de

---

[88] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

1973, uma vez que é apresentada em livro único, pertencente à parte geral do Código de Processo Civil.

Para o professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves[89], a tutela provisória significa:

> [...] a expressão 'tutela provisória' designa um conjunto de tutelas diferenciadas, que podem ser postuladas nos processos de conhecimento e de execução, e que abrangem tanto as medidas de natureza satisfativa quanto cautelar, deferidas em cognição não exauriente e em caráter provisório.

Segundo Leandro Galli [90], a Tutela Antecipada, hoje tutela provisória é:

> [...] a decisão interlocutória pela qual o Juiz da causa, a requerimento da parte, convencendo-se por prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, e verificando fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, confere *antecipadamente um ou mais efeitos práticos da pretensão de direito material deduzida.*

Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.

Para o jurista Humberto Theodoro[91], é:

> A possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da ralação jurídica envolvida em litígio. [...]. É justiça-se à antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetivação da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida.

---

[89] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7ª ed. 2016. p. 322.
[90] GALLI, Leandro. **Antecipação dos Efeitos da Tutela e Satisfatividade**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 1999. p. 28.
[91] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 31 ed. São Paulo: Forense, 2001. p. 553-554.

Na Lição de Sérgio Bermudes[92], possui a seguinte finalidade:

> [...] Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. [...] O juiz por razão de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos.

Por fim nos ensinamentos de Marinoni[93]:

> A tutela antecipatória trata-se da tutela que pode realizar antecipadamente o direito afirmado - ou simplesmente antecipar parcialmente os efeitos da tutela final – em virtude do perigo da demora.

O conceito de tutela provisória é apresentado pelo legislador no caput do artigo 294 do Código de Processo Civil de 2015, que diz que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. A tutela provisória nada mais é do que um mecanismo processual pelo qual o magistrado antecipa a uma das partes um provimento judicial de mérito ou acautelatório antes da prolação da decisão final, seja em virtude da urgência ou da plausibilidade do direito.

A tutela provisória de urgência, espécie da tutela provisória, é o instrumento processual que possibilita à parte pleitear a antecipação do pedido de mérito com fundamento na urgência. Essa espécie de tutela provisória se subdivide em duas subespécies: a tutela provisória de urgência antecipada e a tutela provisória de urgência cautelar, sendo que ambas podem ser requeridas de forma antecedente ou incidente, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 294 do Código de Processo Civil vigente[94]. Para o Professor Cássio Scarpinella Bueno[95] a tutela antecipada tem o escopo de assegurar e antecipar à parte autora o próprio direito material, enquanto as tutelas cautelares conferem à parte autora a possibilidade de obter, mediante

---

[92] BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 35.
[93] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 46-48.
[94] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[95] BUENO. Cassio Scarpinella. ***Novo Código de Processo Civil anotado***. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 51

provimento de urgência, ferramentas para assegurar o bem da vida buscado, ou seja, visa evitar a perecimento do direito em virtude do lapso temporal transcorrido.

A antecipação da prestação da tutela Jurisdicional enseja ao juiz, mediante requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que satisfeito seus requisitos. A tutela antecipada é, portanto, uma medida de nítida feição cognitiva de jurisdição própria, de índole meritória e finalidade puramente satisfativa, ou seja, tem a finalidade de realizar provisoriamente o direito material invocado, antecipando total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida na exordial.

A doutrina tem entendido que a natureza da tutela antecipada nada tem de cautelar, posto que se trata de adiantamento do provimento que se busca no mérito da causa, tratando-se, desta sorte, de antecipação satisfativa da prestação jurisdicional pretendida, de natureza de decisão interlocutória, já que não se tratar de decisão definitiva, segundo preceituava o artigo 273, §5º do antigo CPC, e hoje no art. 296 do CPC/15.

O Código de Processo Civil de 2015 perdeu a oportunidade de encerrar, de uma vez por todas, a longa discussão acerca do que seria satisfazer ("antecipada") e o que seria asseguratória ("cautelar"), tendo em vista que o mais importante sempre foi o fato de que as tutelas, sejam elas antecipadas ou cautelares, possuem a urgência como o elemento principal para assegurar a pretensão da parte litigante, uma vez que manteve a fungibilidade entre as medidas no parágrafo único do artigo 305 do Diploma processual Civil de 2015[96].

3.4 A FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA TUTELA PROVISÓRIA

O artigo 273 do antigo Código de Processo Civil/73[97] não dava margem a dúvidas: a antecipação da tutela deverá ser precedida de requerimento da parte, uma vez que o juiz poderia, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano

---

[96] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[97] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Logo, a princípio, à luz da dicção literal do dispositivo, o magistrado não poderia antecipar os efeitos da tutela sem requerimento da parte, não havendo espaço para discutir a possibilidade da antecipação da tutela de ofício, quando se tratar de material de ordem pública, com fundamento constitucional da razoável duração do processo e do principio da econômica processual.

Tal entendimento é reforçado por outros argumentos, calcados nos princípios tradicionais do processo como o da demanda ou da iniciativa da parte, da adstrição do juiz ao pedido e o princípio dispositivo, inserto no art. 2º do antigo Código de Processo Civil[98], ou seja, nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais – Principio da inercia; bem como pelo fixação dos limites objetivos da demanda judicial, previsto no art. 128, no qual o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. Ademais, o juiz tomar a iniciativa de antecipar a tutela, sua imparcialidade poderá está comprometida.

Por todas essas razões, tanto a doutrina quanto a jurisprudência são praticamente unânimes em reconhecer a impossibilidade de se antecipar a tutela sem que haja requerimento expresso nesse sentido. A questão, porém, não é tão simples. Há algumas correntes minoritárias que insistem na possibilidade da antecipação da tutela sem que haja requerimento expresso da parte interessada.

Ab initio, o instituto da tutela antecipada tem fundamento constitucional, pois decorre do direito fundamental à tutela efetiva (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88[99]: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), sendo certo que o direito fundamental consagrado no dispositivo garante ao jurisdicionado não apenas o direito formal de propor a ação, indo muito mais além, pois assegura o direito a uma tutela adequada e efetiva. Desse modo, considerando que uma das principais características que o moderno constitucionalismo reconhece aos direitos fundamentais consiste na sua aplicabilidade imediata, o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar um dado direito

---

[98] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.
[99] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

fundamental, ou seja, o direito à tutela efetiva ou à ação, pode e deve atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não dependo de qualquer autorização ou requerimento.

Pois, a circunstância de uma norma ser, a priori, válida não inibe a possibilidade de, no caso concreto, ser afastada a sua incidência, desde que sua aplicação acarrete uma flagrante injustiça. A lei, como norma genérica e abstrata, por mais útil e correta que seja, pode na casuística levar a situações absurdas, vez que é impossível ao legislador prever a totalidade dos casos particulares e querer esgotar por completo a atividade criadora do aplicador do Direito. Portanto, antes de aplicar acriticamente os "rigores da lei", tal qual um poeta parnasiano do século passado, através do velho exercício mecânico da lógica formal de subsunção dos fatos à norma, o magistrado deve fazer uma análise tópica, buscando a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir contra *legem,* desde que julgue pro Constituição. Na hipótese do prévio requerimento como requisito para a antecipação da tutela, embora se possa considerar sua exigência, em abstrato, válida, em certos casos específicos, pode vir ela a se mostrar desarrazoada e injusta, devendo o juiz, nestas situações, antecipar a tutela mesmo sem pedido expresso, a fim de dar cumprimento à norma constitucional que garante a efetividade do processo e atenuar a duração do processo, em atenção ao comando inserido pela Emenda Constitucional 45/2004 do principio da razoável duração do processo, conforme enfatiza Athos Gusmão[100].

Por fim, defendo que o principal fundamento constitucional para o surgimento da tutela provisória encontrasse amparado no mega principio da dignidade da pessoal humana, previsto artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988[101], que versa que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, já que demonstraremos que a principal finalidade da tutela provisória é busca da celeridade, ou ao menos equacionar o males da morosidade processual entra as partes litigantes, assim, resguardando o principio da dignidade da pessoa humana, em especialmente

---

[100] CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 25
[101] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

comprovado através da utilização da tutela de evidência, sendo aquele princípio é verdadeiro sustentáculo para o nosso Estado democrático do Direito na Republica federativa do Brasil.

3.5 A CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA

O Código de Processo Civil 2015[102], diferentemente de seu antecessor, Código de Processo Civil 1973, concentra a matéria de tutela provisória no Livro V da Parte Geral, lá estão compreendidas tanto as tutelas provisórias de urgência antecipada e cautelar, fundadas na existência do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (CPC/2015, art. 300), como a tutela provisória da evidência (CPC/2015, art. 311), que é possível em hipóteses nominadas, independentemente de perigos dessa ordem, e que, como se verá, também importam na antecipação dos efeitos da decisão final. Uma das mais importantes modificações foi a extinção do antigo Livro III do CPC/73 (Processo Cautelar), que já vinha pouco utilizada na prática em virtude da fungibilidade em mão dupla das tutelas de urgências e cautelar, estando agora, o instituto assimilado pelo Livro V da Parte Geral do CPC/2015. Desse modo, o gênero tutela provisória pode ser didaticamente dividida em tutela de urgência e tutela da evidência.

Segundo o professor Elpídio Donizetti[103]:

> O Legislador apanhou a tutela antecipada (satisfativa), prevista no art. 273 do CPC/73, e a tutela cautelar prevista dos arts. 796 e seguintes do Código revogado, bateu tudo no liquidificador e o resultado foi a tutela provisória contemplada nos arts. 294 a 311 do CPC/2015.

Humberto Theodoro Júnior[104] afirma que as tutelas provisórias ostentam o objetivo de combater os riscos de injustiça ou de dano que podem ocorrer em consequência da espera pela solução do conflito de interesses. Elas buscam evitar que a parte que demonstra maior probabilidade de ter razão seja obrigada a postergar o início da fruição do bem da vida disputado ou a correr o risco de vê-lo perecer por

---

[102] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[103] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Direito Processual Civil.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1278.
[104] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** . Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 610-611.

conta da demora. Tais provimentos extraordinários correspondem às medidas cautelares (conservativas) ou antecipatórias (satisfativas), todas elas voltadas ao enfrentamento da situação de perigo de dano associada à demora no cumprimento de todas as etapas processuais. No novo ordenamento processual associou-se a essas figuras a tutela de evidência, que não tem o objetivo evitar a ocorrência de um dano ou ilícito, mas sim combater a injustiça decorrente da resistência abusiva da parte adversa.

Surge, assim, uma nova classificação das tutelas concedidas de forma provisória e sumária, sem a observância da regra de cognição exauriente. As tutelas provisórias, cujas disposições gerais estão alocadas nos artigos 294 a 299, dividem-se em tutela de urgência (arts. 300 a 310) e tutela da evidência (art. 311). As tutelas de urgência, por sua vez, estão subdivididas em tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar. Podemos concluir que foi bem trabalhado no novo diploma processual o binômio essencial e inerente às tutelas provisórias, ora com fundamento na urgência, ora com disposição em evitar injustiças evidentes e flagrantes no plano de direito material.

O Código de Processo Civil 2015[105], por meio do Livro V de sua Parte Geral, permite, de forma nitidamente abrangente, a concessão da tutela provisória de urgência em qualquer caso de perigo de dano ao direito ou de risco ao resultado útil do processo (CPC/2015, art. 300). Igualmente, é o que pode ser aferido da própria extinção das disposições taxativas dos procedimentos cautelares, estabelecendo o art. 301 do CPC/2015 que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada por qualquer medida idônea para asseguração do direito”. Além de preservar o poder geral de cautela, o abandono da técnica legislativa de utilização da taxatividade indica claramente a abertura para a atuação jurisdicional diante da ameaça de lesão a direito de ação.

A tutela de urgência, que se subdivide em cautelar e satisfativa, é a forma de tutela estatal por meio da qual, em benefício da parte, são realizadas providências materiais para preveni-la de uma situação de dano ou para assegurar a imediata fruição do bem da vida perseguido em juízo. A tutela de urgência é indissociável de uma situação de urgência afirmada pela parte que dela pretende beneficiar-se. Deve

---

[105] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

ser alegada, portanto, uma situação urgente relacionada ao risco de perecimento do direito que a parte busca efetivar em juízo, neste caso a tutela provisória cautelar, ou ainda uma situação urgente relacionada ao risco de tardança na fruição do direito, ou seja, deve ser demonstrada a necessidade de imediata fruição do bem da vida disputado, sob pena de frustração do próprio objeto da demanda, neste ultimo caso caraterístico da tutela provisória satisfativa. Por fim a Tutela de evidência, para Robson Godinho[106], é aquela que demanda tão somente um estado de eloquência probatória, como se fosse uma situação de flagrância no processo civil, ou seja, a demonstrar a alta probabilidade de que o requerente da medida tenha razão, dispensa na necessidade da urgência.

3.6. TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR E ANTECIPADA

O capítulo I, do Título II, do Livro V, da Parte Geral do Novo Código de Processo Civil[107] disciplina as disposições gerais da tutela provisória de urgência. São normas aplicáveis tanto à tutela antecipada como à tutela cautelar.

A distinção entre medidas cautelar e tutela antecipada é sem dúvida, um dos mais importantes temas da atualidade, notadamente nos tempos modernos em que se busca a adequação do procedimento à pretensão do direito material, no sentido de obtenção da tutela adequada e da garantia de acesso efetivo à justiça, através das medidas que forem mais eficientes.

Desde o despertar do mundo jurídico nacional para o problema da tutela de urgência, determinado em grande medida pelo tratamento que o Código de Processo Civil de 1973 dedicou ao processo cautelar, vem crescendo de ponto em alguns círculos da doutrina a preocupação com o tratamento nem sempre sistemático e ordenado que os operadores do processo têm dedicado ao tema, particularmente no que atine à necessária e importante distinção entre a tutela propriamente cautelar e a antecipação da tutela que ordinariamente se conteria na sentença de mérito a ser proferida hoje no único processo, conforme o diploma processual vigente.

---

[106] GODINHO, Robson Renault.; CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil** Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 485.

[107] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

Na abordagem do tema da presente dissertação, impõe-se traçar um paralelo entre a antecipação de tutela e a tutela cautelar, estremando os contornos de cada um dos institutos, realçando-se pontos de contato e de divergência. Os doutrinadores divergem em relação a essa distinção. Diferentes concepções do próprio fenômeno da cautelaridade conduzem a conclusões distintas sobre os traços descritivos entre a chamada tutela assecuratória e as demais, ou mesmo sobre a existência deles, pois é conhecida a opinião segundo a qual sequer se pode identificar a tutela cautelar como *tertium genus defluente* do mesmo critério classificatório do qual emergem a de conhecimento e a de execução. Na opinião de Theodoro Júnior[108]:

> A instituição da tutela antecipada como simples capítulo da ação de conhecimento nos moldes do artigo 273 do Código de Processo Civil, não eliminou o poder de cautela do juiz, nem tampouco esvaziou o processo cautelar de seu natural e importante conteúdo.

A Reforma de 1994, que introduziu efetivamente o instituto da tutela antecipada em nosso ordenamento jurídico vigente, não solucionou o problema da distinção existente entre o processo cautelar e a tutela antecipada. Como, podemos perceber na síntese muito elaborada do Professor Teori Albino Zavascki[109]:

> Antes da reforma do código, a pergunta que se fazia era se as medidas antecipatórias podiam ser consideradas medidas cautelares e, assim, ser incluídas no poder geral de cautela do artigo 798 do CPC. Após a reforma, a indagação cabível e outra: a de como identificar as medidas sujeitas ao regime do processo cautelar e as subordinadas ao regime do artigo 273.

Apesar disso, segundo o Professor e Desembargador Humberto Theodoro Junior[110], ressalta a importância da reforma 1994, como o divisor de águas, como podemos perceber:

---

[108] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 562.
[109] ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 45.
[110] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 563.

> A falta de um regime adequado para a antecipação de tutela, muitas vezes os juízes, antes da lei n. º 8952/95, lançavam mão do poder cautelar para cumprir função satisfatória que não lhe era própria. Com a nova sistemática do artigo 273, criou-se um divisor de águas, a separar, com técnica e adequação, as duas funções distintas que tocam os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada.

Sérgio Andrade[111] destaca que a finalidade do antigo processo cautelar é de "segurança no processo principal, no sentido de possibilitar a exiguidade da sentença a ser proferida na ação de conhecimento". No diploma processual vigente buscar assegurar, resguardar a efetividade e evitar o perecimento do bem da vida tutelado em um único processo.

Podemos concluir que uma vez que na cautelar não se busca o bem da vida almejado pelo autor, mas, apenas, uma garantia de que as condições existentes ao tempo da propositura da ação haverão de manter-se inalteradas, a fim de que não se frustre a execução da sentença a ser proferida, esta sim, dando desate à lide. Conforme bem enfatizado por Dinamarco[112] falando das cautelares e da tutela antecipada, *in verbis:*

> [...] não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que se assegure ao titular à possibilidade de exercê-lo. No futuro; a medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor.

Vê-se bem que, embora sejam ambos os provimentos marcados pela provisoriedade, distinguem-se radicalmente, vez que a cautelar é medida de natureza instrumental, que busca resguardar o efeito prático de outro provimento, ligado ao mérito; ao passo que a antecipação de tutela se refere ao próprio objeto da pretensão de direito material. Apenas para melhor definir os institutos, caso típico de cautelar é o sequestro, onde o presumido proprietário de um bem, receoso de que possa ser danificado pela parte contrária, que dele detém a posse, pede ao juiz que tal bem fique em mãos de um depositário, no curso do procedimento.

---

[111] ANDRADE, Sérgio Monteiro de. **Tutela Antecipada**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais**,** 1997. p. 82.

[112] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 139.

Na vigente do Código de Processo Civil de 1973, o qual previa a existência de processo principal e secundário (processo cautelar), na da lide principal, discute-se sobre a propriedade do referido bem, sendo este o objeto da ação, a tutela definitiva, buscada na sentença de mérito. De outra face, na tutela antecipada, o próprio bem da vida que se pede, na sentença a ser proferida, é que será adiantado, ao autor, de forma provisória, como acontece, por exemplo, quando se entra liminarmente na posse do imóvel, com base no artigo 928 do Código de Processo Civil/73.

A tutela antecipatória é satisfativa da própria tutela postulada no processo, podendo ser parcial ou totalmente satisfativa. Esta satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento, não sendo dotado de caráter satisfativo. Como podemos perceber na citação do ilustre Professor Luiz Guilherme Marinoni[113]:

> A Tutela Cautelar não pode satisfazer, ainda que provisoriamente. A Tutela cautelar não pode assumir uma configuração que desnature a sua função, pois de outra forma restará como simples tutela de cognição sumária. [...] A tutela Cautelar é marcada pela característica da referibilidade. Aquele que pede tutela faz referência, obrigatoriamente, a um direito ameaçado, ou seja, ao direito que deve ser acautelado. A utilidade da tutela cautelar esta na proteção de um direito ameaçado. Inexiste-se possibilidade de referência a um outro direito, não há tutela cautelar, há satisfatividade.

É salutar e oportuno citarmos as observações do Professor Cândido Rangel Dinamarco[114]:

> A Tutela Antecipada e a Tutela Cautelar são dois institutos absolutamente distintos e não, como convém, duas categorias de um gênero só, o das medidas urgentes. Os operadores do direito, ainda pouco familiarizados com o instituto da antecipação, relutam muito em transpor a ele os preceitos explícitos que o livro III do Código de Processo Civil contém, sem se aperceberem de que ali está uma verdadeira disciplina geral da tutela cautelar.

---

[113] MARINONI, Luiz Guilherme. Apud GUERRA, Adriane Diniz de Vasconcellos. **A Tutela Antecipada e sua Admissibilidade em Sede de Ação Rescisória**. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 36.
[114] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90-91.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[115] vem colaborar para a distinção entre esses dois institutos processuais, com a seguinte ementa:

> Há entre o processo cautelar e as demais categorias procedimentais, inequívoca relação de acessoriedade. A tutela cautelar não existe em função de si própria. A acessoriedade e a instrumentalidade constituem notas caracterizadoras do processo e da tutela cautelares.

Concluímos, em vista do exposto, que a tutela antecipada não se confunde de forma alguma com a tutela cautelar. Esta, como ressalta com peculiar brilhantismo Nelson Nery Jr.[116], tem como precípuo objetivo assegurar o resultado prático do processo principal, ou seja, é medida autônoma, provisória e pode ser deferida, além daquelas formas especiais capituladas no CPC, de infinitas outras maneiras, sob o leque das cautelares inominadas, sempre com vistas a garantir a eficácia da sentença, quando esta seja proferida. Mas atente-se: não estão as cautelares necessariamente vinculadas ao que será ou poderá ser concedido na sentença, pois trata-se de medida, como já foi relatada, cabíveis para assegurar o resultado prático do pedido principal, de nítida feição acautelatória de jurisdição imprópria, de índole não meritória e de cautelaridade referencial. Já em relação à tutela antecipada, acontece diferente. Esta se encontra sempre visceralmente ligada ao que poderá redundar à sentença e dessa possibilidade não se afasta nunca, assim, não possui por sua vez a característica da instrumentalidade, pois objetiva antecipar para o autor, de forma satisfativa, total ou parcialmente, o bem da vida que ele persegue com a demanda. Portanto, a tutela antecipada possui nítida cognição sumária de jurisdição própria, de índole meritória e satisfatividade finalística. Aí reside a grande diferença: nesse exemplo, o que o juiz determinou foi que se fizesse, antecipadamente, o que muito provavelmente a sentença iria determinar.

Daí porque o legislador do código de processo civil de 1973 foi mais rigoroso ao elencar os requisitos determinantes para a concessão da antiga tutela antecipada. Entretanto, no atual diploma processual (CPC2015) houve a flexibilização dos requisitos para a concessão das tutelas de urgência antecipada, já que unificou com os requisitos da tutela de urgência cautelar, passando a possuírem os mesmos

---

[115] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n.º 761- 1. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União,** n.º 106, p. 24.786, 6 junho de 1997.

[116] NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

requisitos, conforme determina o artigo 300 do atual diploma processual civil, exigindo agora a probabilidade do direito invocado mais o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, abolindo o processo cautelar. No antigo processo cautelar eram exigidos somente dois requisitos para a concessão da cautela: o fumus boni juris, ou a "fumaça" do bom direito, e o periculum in mora. Na antiga tutela antecipada (CPC73) não. Além do perigo da demora, não se exige apenas que a parte seja detentora de um indício de bom direito, mas que haja, dentre outros requisitos, a "prova inequívoca" do alegado e seja verossímil essa alegação.

Leandro Galli[117] informa que:

> Academicamente, a tutela jurisdicional satisfativa pode ser subdividida em: (a) tutela jurisdicional reparatória, ou repressiva, verificada quando da violação a direito, em que se busca o correspondente ressarcimento; (b) tutela jurisdicional punitiva com natureza sancionatória; e (c) tutela jurisdicional preventiva, que, não se confundindo com tutela cautelar, consiste na resposta jurisdicional à ameaça de lesão a direito.

Neste caso, a pretensão do jurisdicionado refere-se especificamente à proteção do direito de que é titular, que ameaçado pode vir a ser violado. É, portanto, forma da tutela satisfativa. Cumpre ressaltar que com o advento da Lei 10.444/2002, foi acrescentado o parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil/73[118] que tinha a seguinte redação:

> § 7º Se o autor, a titulo de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Desse modo, a partir de 2002 passou o ordenamento jurídico brasileiro a adotar o principio da fungibilidade, que segundo entendimento dos professores Luiz Guilherme Marinoni e do também professor Cândido Rangel Dinamarco, admitem, desde satisfeitos os seus respectivos requisitos, mais por algum descuido houver inversão ou uma troca de um instituto jurídico pelo outro, a concessão do beneficio correta para a respectiva demanda, em via dupla. A fungibilidade entre a tutela de

---

[117] GALLI, Leandro. **Antecipação dos Efeitos da Tutela e Satisfatividade**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 1999. n. 88, p. 20-21.
[118] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

urgência antecipada e a tutela de urgência cautelar foi mantida no novo código de processo civil, encontrasse prevista no parágrafo único do artigo 305 do código de processo civil 2015[119], o qual disciplina, expressamente, que se o juiz entender que o pedido de tutela cautelar requerida em caráter antecedente tem, na verdade, natureza satisfativa, deverá observar o disposto no art. 303, que trata da tutela satisfativa antecedente.

3.6.1. Aspectos comuns da tutela antecipada e da tutela cautelar

Faz-se necessário exaltar que mesmo havendo entendimento dominante de que tutela antecipada e tutela cautelar não se confundem, existem, entre esses dois institutos, alguns aspectos comuns, que serão a seguir, relacionados. Não há dúvida de que em termos procedimentais o novo diploma legal (CPC 2015) aproximou de forma significativa as duas espécies de tutela de urgência.

O primeiro deles, é o caráter de provisoriedade de ambos os institutos, por que a tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipatória têm com escopo a urgência em evitar um dano futuro e possível, irreparável ou de difícil reparação. Dessa forma, que nenhum deles declara, constitui, condena ou executa, sendo que, no ensinar de Marins[120]:

> [...] os efeitos por elas gerados circunscrevem-se exclusivamente ao processo e ao plano dos fatos, ao mundo fenomênico, não atingem o mundo jurídico para declarar, criar, modificar, ou extinguir direitos, ou impor definitivamente a quem quer que seja determinada prestação.

Tem-se, ainda, o aspecto sumário da cognição (sumario *cognitio*), posto que, em ambos os casos, o juiz, ao apreciar o pedido, há de levar em conta que em ambos possuem a característica da provisoriedade na sua concessão.

Nos dois institutos jurídico, existe um juízo de probabilidade, que se baseia na presunção que ao final pode e tende a se tornar verdadeira. No caso da tutela cautelar,

---

[119] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

[120] MARINS, Victor A. A. Bomfim. **Antecipação da tutela e tutela cautelar. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.** São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 564

esta se baseia na existência de sinal de um direito futuro que será decidido em sede de processo principal e na tutela antecipada, para o juízo de probabilidade exige-se a demonstração da prova inequívoca asseguradora da verossimilhança, que ao final do processo poderá ser desconsiderada.

O juízo de aparência se faz presente em ambos os casos, posto que o juiz, nesse momento, não está definindo a questão, ou seja, não está proferindo uma decisão definitiva. Está, apenas, decidindo de forma provisória, de acordo com as circunstâncias que lhe são apresentadas.

Tanto a tutela cautelar, quanto a tutela antecipada, preveem a revogabilidade e modificabilidade, encontrando-se, tais previsões, nos artigos 273, § 4º, 805 e 807, todos do Código de Processo Civil de 1973[121], e hoje prevista no artigo 296 do diploma processual vigente.

A possibilidade de justificação prévia também é comum a ambos os casos. Com efeito, no procedimento cautelar existia previsão expressa no artigo 804 do código de processo civil de 1973, sendo que no antigo artigo 273, do referido diploma legal, nada diz a respeito, sendo, pois, omisso. Entretanto, com a entrada em vigor do código de processo civil de 2015 passou a ter previsão expressa no §2º do artigo 300 do diploma processual vigente. Contudo, é possível que se conclua, da possibilidade de justificação prévia, eis que "no que diz respeito à demonstração de periculum in mora, não há diferença significativa entre proteção cautelar e proteção antecipatória.", como preleciona Marins[122], valendo-se dos ensinamentos de Barbosa Moreira. Aliás, é esse o entendimento de Nery Júnior e de Machado sobre a possibilidade de haver a audiência de justificação. Tanto um instituto, quanto o outro, dão exigem a possibilidade de reversibilidade, pois não seria aceitável que o juiz determinasse a prática de providência irreversível, o que causaria, certamente, prejuízo ao réu. Não havendo, portanto, possibilidade de reversão, o pedido, quer seja de antecipação de tutela, quer seja de tutela cautelar, não poderá ser deferido. Por fim, nenhum dos dois institutos produzem coisa julgada material, vez que são concedidos mediante cognição sumaria. Por fim, com a entrada em vigor do novo diploma processual civil igualou os requisitos para concessão das tutela de urgência, seja antecipada ou cautelar, pois o art. 300, caput, do novo CPC, exige-se o convencimento do juiz da

---

[121] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.
[122] MARINS, Victor A. A. Bomfim. **Antecipação da tutela e tutela cautelar. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.** São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 566.

existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, para ambas as tutelas.

3.6.2 Aspectos diferenciais entre tutela antecipada e tutela cautelar

Antes de traçar as diferenças existentes entre tutela antecipada e tutela cautelar, será ressaltada, mais uma vez, a diferenciação desses institutos, onde tutela antecipada consiste em prover, antes da decisão de mérito, no todo ou em parte, os efeitos práticos de uma sentença, ao passo que a tutela cautelar objetiva resguardar a tutela que se busca no processo.

O Código de Processo Civil vigente propõe a extinção da dualidade processual, tratando tanto a tutela satisfativa como cautelar no seio do processo principal, como mero incidente, devendo ser requerida em petição inicial ou avulsa no curso do processo, com isso desapareceu o primeiro elemento diferenciador desses dois institutos que era a autonomia processual, que segundo o jurista paranaense, Marins, era "ponto marcante" no perfil da tutela acautelatória, pois trata-se a tutela cautelar de processo funcional e estruturalmente autônomo, posto que não é retirada sua autonomia, mesmo estando ele vinculado a um processo satisfativo. Na antecipação de tutela, não existia esta autonomia, valendo lembrar que, por se tratar de uma decisão interlocutória, como fartamente já foi dito, esta está intimamente vinculada a um pedido, que busca ser antecipado. Assim, a providencia cautelar tem natureza transitória e urgente, destinada a subsistir apenas enquanto durar o processo principal, enquanto a providencia antecipatória é a mesma que se pediu na ação cognitiva, concedida, entretanto em momento anterior, sendo sua subsistência condicionada à confirmação pela sentença terminativa de mérito.

A tutela cautelar tem como escopo, como já foi visto, o conhecimento superficial do direito, tem natureza acautelatória desse direito, visa tão somente assegurar que ao final do processo principal haja possibilidade de eficácia do que foi deferido, como muito bem cita o ilustre Ovídio Baptista[123]:

---

[123] SILVA, Ovídio Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo. 1986. p. 66.

> As medidas propriamente cautelares, enquanto tutela apenas de segurança, limitam a assegurar a plausibilidade da realização, para o caso de vir à sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada.

Na tutela antecipada é exigido o conhecimento de mérito pré-constituído pela parte, derivado da prova inequívoca formadora do convencimento da verossimilhança. A tutela não visa, apenas assegurar o cumprimento futuro da decisão final, mas visa à satisfação no todo em parte do que fora requerido ao final. Na ótica de Marins, anteriormente citado, existe ainda o princípio da congruência, que se consubstancia na vinculação necessária entre o conteúdo do pedido e a sentença, de observância imprescindível para a antecipação da tutela, mas dispensável no que respeita a tutela cautelar, prevalecendo, na tutela cautelar, o princípio da fungibilidade.

Diferenciava ainda, quanto aos requisitos, como já citado, para a sua concessão, pois para a concessão da tutela cautelar era necessária a demonstração apenas da fumaça do bem direito e do perigo da demora, enquanto que na tutela antecipada precisa ser demonstrada a existência de prova inequívoca do alegado, bem como do perigo da demora ou a prova da má-fé do réu em retardar o prosseguimento do feito. Entretanto, o novo código de processo civil unificou os requisitos para a concessão de ambas as tutelas de urgência, e aboliu totalmente o processo cautelar autônomo.

O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu nada têm a ver com a questão de urgência, hoje sendo classificado como tutela de evidência pelo código de processo civil vigente. A urgência, para a tutela cautelar, é elemento essencial para a sua concessão, tanto que hoje o elemento urgência é comum a ambas as tutelas, passando até a serem espécie da tutela de urgência.

Por fim, a estabilização da tutela de urgência prevista no art. 304 do novo Código de Processo Civil[124] não se aplica à tutela cautelar, talvez a maior inovação trazida pelo novo diploma processual vigente. Devendo o juiz, no pedido de tutela de urgência antecedente, distinguir a tutela cautelar e a tutela antecipada, pois possuem procedimentos distintos, conforme explica Daniel Amorim[125], *ut infra*:

---

[124] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

[125] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** Volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1935.

> É verdade que essa distinção só terá impacto prático se os requisitos para a estabilização estiverem presentes no caso concreto, mas a partir desse preenchimento será imprescindível a distinção entre tutela antecipada (se estabilizará, gerando a extinção do processo) e tutela cautelar (o processo seguirá normalmente, nos termos da lei)

O legislador criou um procedimento diferentes para as tutelas de urgência, regulando em capítulos distintos os procedimentos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, apesar de unificar os requisitos, trazendo a novel possibilidade de estabilização da tutela antecipada, como será estuda no decorrer dessa dissertação.

3.6.3 Fungibilidade entre as tutelas de urgências

A fungibilidade entre as tutelas de urgências foi trazida para o ordenamento jurídico pela modificação operada pela lei 10.444/02, inserindo o § 7º no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973. O novo diploma processual civil manteve a orientação do revogado quanto à fungibilidade das tutelas de urgência, conservativas e satisfativas, no parágrafo único do art. 305, ao disciplinar, expressamente, que se o juiz entender que o pedido de tutela cautelar requerida em caráter antecedente tem, na verdade, natureza satisfativa, deverá observar o disposto no art. 303, que trata da tutela satisfativa antecedente.

Existem alguns autores que sustentam que essa fungibilidade já existia, antes mesmo de constar expressamente no estatuto legal. Assim, não existindo problema alguns no que diz respeito ao direito intertemporal, que deve ter sua aplicação imediata e não retroativa.

A fungibilidade possibilita, mediante requerimento do autor da ação, a titulo de antecipação da tutela, providencia cautelar, dentro do processo principal, não havendo mais necessidade de se impetra a medida acautelatória em um processo secundário ou apartado, pois essa pode ser concedida em caráter incidental no processo, já que foi abolido o processo cautelar autônomo.

A Lei n.º 10.444, inseriu o § 7º no artigo 273 do Código de Processo Civil revogado[126], a Fungibilidade da Tutela Antecipada, ou seja, passou-se a admitir que a Tutela Antecipada pode ser admitida como Tutela Cautelar, verificado os seus requisitos: o fumus boni iuris e o periculum in mora. Assim, o juiz concederá a cautelar liminarmente dentro do processo de conhecimento, por ter entendido não se tratar de Tutela Antecipada, mas sim de Tutela Cautelar. Portanto, causando o desaparecimento do processo cautelar e sua abolição com vigência do novo Código de Processo Civil.

É importante ressaltar, que não há necessidade que o autor da demanda processual qualifique o seu pedido como tutela antecipada, tendo, na verdade formulado o pedido de índole substancialmente cautelar.

Essa fungibilidade admite, segundo a maioria dos autores um duplo sentido vetorial, ou seja, o juiz poderá conceder, mediante pedido de antecipação da tutela providência de índole cautelar, e vice-versa, pois segundo Luiz Wambier[127]:

> A razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam de gerar condições à plena eficácia da providencia jurisdicional pleiteada ou a final, ou em outro processo, seja de conhecimento, seja de execução.

É fundamental ressaltar que nos associamos a seguinte corrente doutrinária que a fungibilidade deve ser aplicada em via dupla e não em uma só mão de direção, assim, significa que tanto pode ser concedida a tutela antecipada, quando o pedido for de um provimento cautelar, desde que satisfeitos os requisitos da antecipação da tutela; como quando se pedir uma antecipação da tutela, com os requisitos das medidas cautelares, devendo ser concedida o provimento cautelar, mesmo dentro do processo principal.

É fundamental, relatarmos a citação do professor Marinoni[128], que prever o duplo sentido da fungibilidade:

---

[126] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

[127] WAMBIER, Luiz Rodrigues e Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 61.

[128] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p.154.

> O § 7º do artigo 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipada ou trata da possibilidade de toda e qualquer tutela cautelar poder ser requerida no processo de conhecimento. Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressalvar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória). (...). É correto admitir a concessão da tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar.

Atualmente prevalece a interpretação que embora não prevista expressamente no texto do parágrafo único do art. 305 do novo diploma processual vigente, a fungibilidade é de mão dupla, pelo que deverá o juiz, presentes os respectivos pressupostos, aplicar o procedimento da tutela cautelar requerida equivocadamente como tutela antecipada.

Dinamarco[129], prever em sua obra, que a fungibilidade desses provimentos deve unificá-lo: “A fungibilidade entre as tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador à necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes.”

Partindo do Pressuposto de que na Lei não devem existir preceitos inúteis, o legislador não criaria um instituto como a mesma função do outro. Se a Tutela Cautelar possui natureza acautelatória, e nítido objetivo de assegurar o resultado prático do processo principal, não poderia a Tutela Antecipada possui, dentro do seu objetivo, a função de resguardar a utilidade da Sentença de Mérito, ou seja, a tutela antecipada deve ser necessariamente um provimento satisfativo, e jamais acautelatório. Se a finalidade das medidas cautelares é garantir a possibilidade de eficácia da providencia final, elas existem justamente para ensejar a aplicabilidade plena do princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional, assim qualquer restrição embarra na própria Constituição Federal, comprometendo o próprio direito material em discussão.

A antecipação da tutela é um provimento satisfativo, já que o que se adianta é o efeito que se pretende obter ao final da demanda judicial, mais possuindo em muitos casos, traços de cautelaridade, por ser um provimento de caráter provisório e reversível. Por outro lado, o legislador alistou algumas cautelares satisfativas, ou seja, que a sua concessão antecipa parcialmente os efeitos ou parte dos efeitos da tutela principal, embasada no perigo da demora, podendo causar um dano irreversível à parte, tais como, as medidas cautelares de separação de corpos, alimentos

---

[129] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.91.

provisionais e a busca e apreensão de menores. Esses provimentos cautelares configuram como uma verdadeira antecipação da tutela, já que os fins da medida se esgotam nelas mesmas.

Portanto, se a medidas cautelares forem satisfativas, se enquadro na natureza da tutela antecipada. Acreditamos, que há existência dessas cautelares puramente satisfativa, se deu pela não previsão legal, na época da criação do Código de Processo Civil brasileiro, do instituto da tutela antecipada. E a admissão da fungibilidade veio sem duvida, colocar um ponto final na inacabável discussão em estabelecer uma diferenciação mais precisa entre as tutelas cautelares e antecipadas, mais acabou causando o desaparecimento do processo cautelar, levando as cautelares a serem concedidas dentro do processo principal, sendo dentro processo de conhecimento ou no processo de execução. O novo diploma processual civil adotou a unicidade processual abolindo de vez com processo cautelar autônomo.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil[130] houve uma nítida aproximação procedimental entre as duas espécies de tutela de urgência, só justificando a manutenção da fungibilidade em virtude da adoção de procedimento distintos para o caso de pedidos de tutela de urgência em caráter antecedente, conforme explica o Daniel Amorim[131]:

> Note-se que a relevância prática da fungibilidade consagrada em lei limita-se ao pedido de tutela de urgência antecedente, já que no pedido incidental o procedimento é idêntico às duas espécies de tutela, sendo nesse caso irrelevante na prática a distinção entre tutela cautelar e antecipada.

Já para o professor Humberto Theodoro Júnior[132] defende que se a fungibilidade das tutelas de urgência era admitida e prestigiada quando seguiam procedimentos e requisitos totalmente distintos para sua concessão, com maior razão deve ser observada atualmente, em que são tratadas como espécies do mesmo gênero.

Para o professor Elpídio Donizetti[133]:

---

[130] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[131] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil. Volume único**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1968.
[132] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** . Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1449.
[133] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Direito Processual Civil.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1527.

> Nada obsta que a fungibilidade se estenda também à tutela da evidência. Requerida a tutela de urgência, pode-se deferir a tutela da evidência, desde que demonstrados os requisitos do art. 311, dispensando-se a prova da urgência. Ao revés, requerida a tutela da evidência, pode-se deferir a tutela da urgência, desde que demonstrados a probabilidade e o periculum in mora. É isso aí. Não importa o rótulo do perfume, e sim a fragrância.

Portanto, entendermos ser totalmente possível essa extensão da fungibilidade para a tutela de evidência, defendida por Elpídio Donizetti[134], que apesar não ter previsão expressa no ordenamento jurídico, vem em perfeita correlação com objetivo buscado pelo legislador e garante os princípios do direito de ação e da razoável duração do processo.

3.7. PRESSUPOSTOS GERAIS PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Faz-se necessário discorremos sobre os pressupostos ou requisitos gerais para a concessão da tutela provisória de urgência. No diploma processual vigente[135] tais requisitos vem disposto no caput do artigo 300, dispondo que para a concessão da tutela de urgência exige-se a presença de dois requisitos: a) probabilidade do direito invocado mais o perigo de dano ou b) a probabilidade do direito invocado mais o risco ao resultado útil do processo, ainda consta a exigência que tutela provisória seja reversível, conforme previsão do §3º do referido artigo supracitado. Assim, o novo dispositivo, ao unificar a tutela provisória antecipada (satisfativa) e a medida cautelar, também unificou os requisitos para a concessão da tutela de urgência em caráter geral, ou seja, as tutelas de urgência, cautelares e satisfativas, fundam-se nos requisitos comuns do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com a consequente abolição do processo Cautelar, conforme enfatiza Artur César de Souza[136]:

---

[134] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Direito Processual Civil.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1528.
[135] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[136] SOUZA, Artur César de. **Tutela Provisória - Tutela de Urgência e Tutela de Evidência.** São Paulo: Almedina, 2016. p. 266.

> Evidentemente, na atual fase do direito processual civil brasileiro, em tese, não se fala mais em processo cautelar ou em processo principal, mas, sim, em pedido de medida cautelar e pedido principal, pois o processo encontra-se unificado.

O art. 273 do código de processo civil de 1973, referente à antecipação de tutela, condicionava a sua concessão à existência de prova inequívoca, devendo o juiz se convencer da verossimilhança da alegação formulada. Neste talante, o artigo 273, caput do Código de Processo Civil de 1973, impunha a observância de dois pressupostos genéricos, que eram: (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança de alegação. Ambos conceitos devem ser analisados à luz da pretensão de direito material e do princípio da especificidade, segundo o qual o ordenamento deve dar ao credor aquilo que ele obteria se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo devedor. Além dos pressupostos genéricos, o artigo 273 ainda enumerava os seguintes pressupostos: (a) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I); (b) abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (inciso II); (c) quando os pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (§ 6º, introduzido pela Lei 10.444/2002).

Luiz Fux[137] classifica os pressupostos da tutela antecipada em substanciais e processuais, sendo que, genericamente, os pressupostos substanciais são a "evidência" e a "periclitação potencial do direito objeto da ação", e os pressupostos processuais, a "prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação" e o "requerimento da parte".

Neste sentido, a primeira preocupação do magistrado não era verificar se a conduta devida pode ser substituída por prestação pecuniária, mas antes o alcance da frustração do credor no descumprimento da obrigação específica. O dano irreparável, assim, manifestar-se-á na impossibilidade de cumprimento da obrigação mais tarde ou na própria inutilidade da concessão da vitória, salvo se antecipadamente.

O dano pode ser também de difícil reparação pela insolvabilidade do sucumbente ou porque este se mostre incapaz de recompor o patrimônio do vencedor diante da lesão ao seu direito. A entrega imediata de determinada coisa que pode vir a perecer resulta em utilidade maior para o credor do que a conversão em perdas e

---

[137] FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 340.

danos pelo seu mais alto valor. Em resumo, para fazer jus à tutela antecipada o requerente há de demonstrava de forma inequívoca o seu direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória, exigindo mais do que a simples aparência do direito (fumus boni iuris) reclamada para as medidas cautelares exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em prova inequívoca. Esclarece Humberto Theodoro[138] que:

> A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grua de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.
>
> É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo.

Cândido Dinamarco [139] sintetiza bem o melhor entendimento a respeito:

> Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do CPC (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes.
> As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável: pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados: e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.
> O grau dessa 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 é mais do que o fumus boni juris exigido para a tutela cautelar.

Não dissente, a respeito, Carreira Alvim[140]*:*

---

[138] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 558.
[139] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo**: Malheiros, 1995. p. 27.
[140] ALVIM, CARREIRA. **Ação Monitória e temas polêmicos da reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 164.

> Postas essas premissas, pode-se concluir que prova inequívoca dever ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável.

É fundamental ressaltar, que as concessões da tutela provisória mantem a mesma regulamentação da antiga tutelas antecipada, a qual não se dar pela mera discricionariedade do julgador, ou seja, não pode ser concedida *ex oficio*, mas sim, através do pedido da parte interessada, e uma vez satisfeitos seus requisitos deve ser concedida.

Nos próximos tópicos detalharemos os dois requisitos universais da tutela de urgência satisfativa e cautelar.

3.7.1 Probabilidade do direito (Fumus Buni Iuris)

Para a concessão da tutela de urgência, dispensa-se a comprovação do direito material em risco, pois este apenas a terá declarada no provimento jurisdicional do magistrado em sentença. Assim, apenas faz-se necessária a demonstração do interesse que justifica o direito à ação. O juízo exigido, dessa maneira, não é o satisfativo de certeza do exposto, mas o baseado nos fatos que demonstram a verossimilhança das alegações provados sumariamente pela parte.

A probabilidade do direito deve estar evidenciada por prova suficiente, de forma que possa levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado, pois trata-se de um juízo provisório, de cognição sumária. Assim, basta que, no momento da análise do pedido, todos os elementos convirjam no sentido de aparentar a probabilidade das alegações. Essa análise pode ser feita liminarmente (antes da citação) ou em qualquer outro momento do processo. Assim, passíveis de tutela os direitos que se coerentes às alegações da parte que efetua o pedido. Não sendo logicamente coesos os pedidos do autor, não há que se falar em tutela de urgência, vez que seu objetivo está na instrução mais eficaz para a atuação da jurisdição final

do pretendido. Entretanto, Humberto Theodoro Júnior[141] explicita situação diversa da certeza quanto ao direito material pretendido, conforme exposto:

> Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela de urgência. Se, à primeira vista conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, e se acha apoiado em elementos de convencimento razoáveis, presentes e acha o fumus boni iuris, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas sumarias.

Neste entendimento, Fred Didier Jr[142]:

> De um lado, nem sempre uma prova dos fatos implicará o acolhimento da pretensão - ainda que em caráter provisório. É o que se dá, por exemplo, quando os fatos, ainda que devidamente corroborados, não se subsomem ao enunciado normativo invocado, ou, ainda que judicializados, não geram os efeitos jurídicos desejados. E mais, ainda que provados e verossímeis os fatos trazidos pelo requerente, pode o requerido trazer prova pré-constituída de fato novo, extintivo (ex.: pagamento), modificativo (ex.: renúncia parcial) ou impeditivo (ex.: prescrição) do direito deduzido, invertendo, pois, a verossimilhança.
>
> De outro lado, nem sempre a verossimilhança advirá de prova. Na forma do art. 300 do CPC, basta que haja "elementos que evidenciem a probabilidade" do direito. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontroversos, notórios ou presumidos (a partir de máximas de experiência, por exemplo), ou decorrentes de uma coisa julgada anterior, que serve com fundamento da pretensão (efeito positivo da coisa julgada)

3.7.2 Perigo da demora (Periculum In Mora)

Para Enrico Tullio Liebman[143] para a obtenção da tutela de urgência, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode

---

[141] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Volume I Teoria Geral do Processo Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 624.

[142] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 2. 10 ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2015. p. 596.

[143] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I, n. 41, p. 92.

ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas.

O perigo da demora, também conhecido como periculum in mora, ligado à possível ocorrência de um dano, fato que coloque em risco o resultado útil do processo, de forma que, em consequência da demora nos trâmites judiciais até a prolação da sentença, haja risco da perda do objeto da ação.

Portanto, o perigo na demora da prestação jurisdicional (periculum in mora), ou seja, o perigo de dano ou o risco de que a não concessão da medida acarretará à utilidade do processo, trata-se de requisito que pode ser definido como o fundado receio de que o direito afirmado pela parte, cuja existência é apenas provável, sofra dano irreparável ou de difícil reparação. O dano ao direito substancial em si ou ao resultado útil do processo acaba por ter como referibilidade o direito material, uma vez que o processo tem como escopo principal a certificação e a realização desse direito tutelando no processo. Frisa-se que não basta a mera alegação, sendo indispensável que o autor aponte fato concreto e objetivo que leve o juiz a concluir pelo perigo de lesão.

A expressões dano irreparável e difícil reparação são exemplos do que a doutrina chama conceitos jurídicos vagos ou indeterminados.

O primeiro ponto há ser ressaltado é o de que as duas situações contidas no caput do artigo 300, do CPC/2015[144] ou seja, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo não precisam se configurar concorrentemente. Basta atentar para a redação do dispositivo, na qual o legislador, usando a conjunção coordenativa alternativa ou deixou clara a alternatividade, porém, pode haver a ocorrência simultânea das situações, o que aumentará a convicção do juiz em prol da decisão antecipatória.

O receio de dano irreparável ou de difícil reparação previsto no artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil de 1973[145], foi substituído pela expressão ''O perigo de dano ou o risco do resultado útil do processo'', no novo diploma processual civil. O processo cautelar utiliza como instrumento adequado para as prestações jurisdicionais de urgência dois requisitos específicos, estritamente técnicos,

---

[144] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[145] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

chamados periculum in mora e fumus boni iuris, hoje unificados para a concessão das tutelas de urgência.

O periculum in mora refere-se à demora que a jurisdição poderá apresentar para solucionar os processos, provocando lesão ao direito, decorrente desse lapso de tempo. Da mesma maneira como a situação apresenta o temor de dano ao interesse a ser definido, sob pena desse bem jurídico sofrer eliminação ou restrição de realização, deve a situação levada à apreciação do Poder Judiciário demonstrar ao órgão jurisdicional que o seu interesse está relacionado com o direito objetivo. Nos dizeres de Sérgio Bermudes[146], sobre os requisitos na vigência do antigo CPC:

> (d) Concomitantemente com os requisitos extraídos do caput e do § 2º, que sempre devem ser atendidos, é preciso que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, aplicando-se na verificação desse pressuposto, os mesmos princípios, abundantemente versados pela doutrina e aplicados pela jurisprudência, relativos ao periculum in mora.

Nesse campo, merece transcrição o comentário de Dinamarco [147] que contém expressão que se tornou consagrada, por todos aqueles que tratam da matéria:

> No juízo equilibrado a ser feito para evitar a transferência para o réu dos problemas do autor, o juiz levará em conta o modo como a medida poderá atingir a esfera de direitos daquele, porque não lhe é lícito despir um santo para vestir outro

Tanto na redação do Código de Processo Civil vigente quanto no anterior, o perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido, ou seja ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

No mesmo sentido era a definir fundado receio como aquele que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros,

---

[146] BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 30.

[147] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 130.

objeto de prova suficiente para autorizar o juízo da verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Para ser "fundado" deve vir acompanhado de "circunstâncias fáticas objetivas" que demonstrem que a falta da tutela dará ensejo ao dano. Fala-se em receio de dano é porque há um temor acerca de dano que ainda não ocorreu, mas está na iminência de ocorrer. Pode se ver que não se trata de qualquer receio, como podemos perceber nas palavras de Humberto Theodoro Júnior[148]:

> Os simples inconvenientes da demora processual, aliás, inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável à ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Neste sentido, o perigo de dano demonstrado pelo dispositivo ordinário demonstra o cuidado do legislador de evitar que a demora ou o perigo iminente cause prejuízo ao requerente ou ao processo, vindo a frustrar a prestação jurisdicional, ou seja, justifica-se pela necessidade, e não pela utilidade que o efeito possa vir a trazer ao autor, sendo evidente que a simples demora não é motivo justificável para se conceder a autorização da tutela.

3.7.3 Requisito Negativo – Irreversibilidade

Dispõe o art. 300, § 3.º, do novo Código de Processo Civil[149] que não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. A norma tem nobre preocupação com o direito ao contraditório e a ampla defesa, servindo como salvaguarda do direito à segurança jurídica do réu, mas deve ser interpretada à luz da efetividade da tutela jurisdicional.

Entendo que a correta interpretação desse dispositivo legal é essencial para a tutela antecipada ser um efetivo instrumento no acesso à ordem jurídica justa. Trata-se de um pressuposto específico para as tutelas antecipadas, não aplicável as tutelas

---

[148] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** . Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 559.

[149] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

cautelares, que limita a concessão da tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, previsto no artigo 300, §3º do Código de Processo Civil vigente.

No diploma processual antigo o parágrafo segundo do artigo 273 do Código de Processo Civil determina que "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado."

De acordo com o preceito legal acima, compreende-se a reversibilidade da situação material resultante da decisão antecipatória. A situação tutelada antecipadamente deve ser reversível sob pena de não se antecipar. Assim tratando-se de requisito negativo para a concessão da tutela antecipada. Cabe registrar a impropriedade técnica do dispositivo, pois o provimento antecipatório se dar por uma decisão interlocutória, que é sempre reversível, seja porque cabível recurso (agravo de instrumento), seja porque, por sua natureza, é provisória e revogável. Vale ressaltar que irreversibilidade é conceito vago ou indeterminado, cuja identificação dependerá das circunstâncias de cada caso concreto que cumpre ao juiz avaliar.

Observa Luiz Fux[150] que:

> A irreversibilidade significa a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior caso a decisão antecipada seja reformada, e continua dizendo que a percepção literal do fenômeno da irreversibilidade pode aniquilar com o novo instituto, haja vista que essa reversão não pertence ao mundo das normas jurídicas.

O mesmo autor[151] exemplifica a questão:

> É verdade que algumas determinações judiciais podem ser desfeitas, restabelecendo as coisas ao estado anterior, como, v.g., a devolução de um bem determinado antecipadamente ou a devolução de um cargo ocupado por força de decisão liminar. Entretanto, há providências cujos resultados são irreversíveis e urgentes a necessidade de tutela. Sob esse prisma, o juízo, desincumbindo-se de seu poder-dever, há que responder de tal maneira que, malgrado irreversível o estado de coisas, a decisão não cause prejuízo irreparável ao demandado.

---

[150] FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 350.
[151] Ibid, p. 351.

Ainda sobre o assunto, aduz Leandro Galli[152]:

> A literal interpretação, contudo, pode levar o exegeta a conclusões desacertadas, na medida em que há numerosos exemplos de mandamentos antecipatórios que importarão em irreversão à perfeita situação fática anterior. Os efeitos de uma decisão antecipatória, após atuarem na realidade fenomênica alterando-a, operam indubitavelmente mudanças definitivas, assimiladas pelo mundo fático. Não há como fechar os olhos para isso.

Marins[153] em didático trabalho sobre elementos comuns e diferentes entre tutela antecipatória e tutela cautelar, aborda com muita propriedade a matéria, nos seguintes termos:

> A reversibilidade fática (que também é jurídica), permitirá sic et simpliciter o retorno à situação primitiva. A reversibilidade jurídica, ou seja, pelos meios previstos em direito, compreende, além da reversibilidade fática, outras formas de reversibilidade. Dá-se em conformidade com o art. 461, § 1º, na seguinte ordem: a) mediante o retorno ao status quo ante da providência prática específica; b) por meio da medida como resultado prático equivalente ao da providência decretada; c) pela aferição das perdas e danos.

Aborda, ainda, Leandro Galli [154] uma situação em que é evidente a impossibilidade de reversão do provimento antecipado como, por exemplo:

> Imagine-se o caso de uma pessoa pobre, vítima de acidente automobilístico ensejado, a que tudo indica, pelo carro de uma grande empresa pilotado imprudentemente. Esta pessoa carece de uma intervenção cirúrgica urgente e dispendiosa. Uma decisão antecipatória que determine seja a cirurgia custeada pela empresa ré, mesmo ciente de que impossível será a reversibilidade da decisão, caso não confirmada por sentença, sob nenhuma forma, será legítima?

---

[152] GALLI, Leandro. **Antecipação dos Efeitos da Tutela e Satisfatividade**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 1999. p. 26.
[153] MARINS, Victor A. A. Bomfim. **Antecipação da tutela e tutela cautelar. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.** São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 567.
[154] GALLI, Leandro. **Antecipação dos Efeitos da Tutela e Satisfatividade**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27.

Carreira Alvim[155] , cita ainda, o seguinte exemplo:

> Pense-se na hipótese em que, para salvar a vida do paciente, se peça, contra sua vontade, autorização judicial para amputar-lhe uma perna. Ninguém porá em dúvida que o provimento será, no caso, irreversível – aliás, "irreversibilíssimo, admitindo, quanto muito, a substituição da perna amputada por uma mecânica. Mas ninguém negará também que, para salvar uma vida, não se deva, ante o disposto no § 2º do art. 273, amputar uma perna, pelo simples fato de que essa amputação possa, na sentença, revelar-se precipitada.

Instaura-se aqui a polêmica, pois vozes as mais respeitáveis da hodierna processualística têm-se levantado para admitir, bem verdade em casos excepcionais, o sacrifício do direito menos verossímil quando previsível o perecimento do direito caso não antecipado os efeitos da tutela. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador, entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente possível. Marinoni[156] entende em tais casos ser possível o sacrifício do direito menos provável, quando em favor da antecipação de outro que pareça provável. Invoca para tanto, princípios da probabilidade e proporcionalidade, justificando o sacrifício do bem jurídico menos valioso em favor do mais. Dessa forma, a atuação do juiz deve orientar-se em não permitir providências estruturalmente irreversíveis, mas, se o princípio puser em risco a própria eficácia da tutela pleiteada, cogitará de um eventual refazimento para aceitar, em última hipótese, sendo a situação invencível, a mera possibilidade de ressarcimento integral.

Gláucia Santoro[157] ensina:

> A questão da irreversibilidade do provimento antecipado, no entanto, tem sido tratada por nossos processualistas no campo da aplicação do estado de necessidade dos direitos de evidência com análise dos princípios da probabilidade e da proporcionalidade.

---

[155] ALVIM, CARREIRA. **Ação Monitória e temas polêmicos da reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 174.
[156] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p.167.
[157] SANTORO, Gláucia Carvalho. **Tutela Antecipada: a solução.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17.

Deverá o juiz, exercer a função jurisdicional da antecipação da tutela, atentando para a maior probabilidade, onde diante de duas situações cabalmente irreversíveis, negando a tutela antecipada poderá se defrontar com uma situação também irreversível. Portanto, quanto maior o valor jurídico do bem a ser sacrificado, maior será a probabilidade e relevância do direito que irá justificar o seu sacrifício.

De toda sorte, a irreversibilidade não é obstáculo intransponível à concessão da tutela antecipada, pois sendo ainda vencido o autor da lide, de este indenizar a parte contrária pelos prejuízos decorrentes da execução da medida antecipatória.

3.7.4 Caução

No art. 804 do CPC/1973, a caução era expressamente prevista como possível condição para a concessão liminar da tutela cautelar. Ainda que não existisse norma expressa nesse sentido para a concessão da tutela antecipada, já que o art. 273 do CPC/1973 não mencionava a caução de forma expressa para essa espécie de tutela de urgência, o entendimento doutrinário92 e jurisprudencial era por sua admissão.

O § 1º do artigo 300 do diploma processual vigente, prever a possibilidade de o magistrado exigir prestação de caução dos danos a serem suportados pela parte contrária, ressalvada, expressamente, a situação do hipossuficiente economicamente. Para o professor Casio Scarpinella[158], é fundamental a ressalva, *in verbis*:

> A Ressalva é pertinentíssima porque eventuais ônus financeiros não podem ser transformar em obstáculo ao acesso à Justiça. A solução dada pelo dispositivo, destarte, é plenamente harmônica com os incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Portanto, ainda indiretamente, podemos verificar com pressuposto para a concessão da tutela de urgência a exigência de caução pelo magistrado com escopo de garantir o ressarcimento dos danos que eventualmente pode ser causado a parte contrária com reversibilidade da medida de urgência. Para Theodoro Jr[159] a prestação

---

[158] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 291.
[159] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56 ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 622.

de caução só deve ser exigida quando o juiz estiver em dúvida a respeito da concessão da tutela de urgência e notar no caso concreto a presença da irreversibilidade recíproca. A caução poder real ou fidejussória (art. 300, § 1º). A primeira é aquela prestada sob a forma de garantia real (art. 1.419 do CC), como o penhor e a hipoteca. Nessa modalidade de garantia, um bem é destinado a assegurar o ressarcimento de eventual prejuízo, para, se for o caso, garantir o pagamento das perdas e danos decorrentes da execução da medida. Já a caução fidejussória é uma espécie de garantia pessoal, no caso prestada por um terceiro, que se torna responsável pelo ressarcimento de eventuais prejuízos.

3.8 MOMENTO DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

As Tutela de urgências cautelar ou satisfativa podem ser requerida antes do ajuizamento da petição inicial, no bojo da petição inicial ou no curso do processo (arts. 294, parágrafo único, e 303). Nos termos do art. 294, parágrafo único, do novo diploma processual civil[160], a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Não há dúvida de que a regra aproxima as duas espécies de tutela de urgência, considerando-se que na vigência do CPC/1973 era impensável uma tutela antecipada antecedente.

A concessão liminar é aquela que se faz sem a oitiva da parte contrária, postergando-se temporariamente a bilateralidade da audiência, em atenção à efetividade da prestação jurisdicional em benefício do autor, que demonstra ter probabilidade de sagrar-se vitorioso na demanda. Na legislação revogada não tinha prefixou de forma rígida o momento adequado para a antecipação de tutela, pois da redação do artigo 273 e incisos do Código de Processo Civil/73 parecia inferir-se como momento mais propício o despacho inaugural ou o saneamento do processo atualmente na audiência a que se refere o artigo 331do referido diploma legal revogado. Entendo que o momento da antecipação, deve-se observar o princípio da menor restrição possível, pois o momento não pode ser antecipado mais do que o

---

[160] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

necessário, devido à probabilidade de causar um dano à outra parte. Theodoro Júnior[161] assim analisa:

> O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela. Poderá tal ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar ulteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória.

Nas hipóteses de concessão de antecipação de tutela no despacho inaugural ou no saneamento do processo, a cognição será essencialmente superficial, sendo adotado em toda a sua extensão o juízo da verossimilhança. Contudo, nada impede que a antecipação ocorra após a instrução ou mesmo em seu curso. Nada impede, também, que seja concedida a antecipação da tutela mesmo antes da prolação da sentença, em situações de impossível execução provisória, ou mesmo no Tribunal, em grau de recurso, casos em que a cognição não será superficial, mas em que a entrega definitiva da prestação jurisdicional, por motivos os mais diversos, ainda não pode tardar. Nesse ponto, vale ressaltar a interessante doutrina de Marinoni[162] em que sugere que a tutela antecipatória através da técnica da condenação com reserva da exceção substancial indireta:

> [...] das técnicas da não contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido; da técnica monitória; do julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados. São exemplos pinçados do direito processual italiano, de concessão da tutela antecipatória (inclusive com base em cognição exauriente), cuja implantação em nossa realidade é desafio corolário a esse novo paradigma.

Assevera Leandro Galli[163] que:

---

[161] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 560.
[162] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 36.
[163] GALLI, Leandro. **Antecipação dos Efeitos da Tutela e Satisfatividade**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

> A concessão da antecipação momentos antes da sentença definitiva é um interessante artifício hodiernamente identificado pela processualística, como forma de corrigir a distorção do legislador de 1973, mesquinho ao prever a possibilidade de execução provisória imediata dos julgados.

Acrescenta Marinoni[164] a respeito do momento da antecipação da tutela que:

> Por outro lado, já demonstramos, ao longo deste livro que a tutela antecipatória final também é cabível a partir do inc. II do art. 273. Assim, como já dissemos, é viável a tutela antecipatória final nas hipóteses I) de contestação genérica; II) de comparecimento e não contestação; III) de não contestação de um dos pedidos, quando o outro admite julgamento antecipado do mérito; IV) de aplicação da técnica monitória no procedimento comum; V) de demanda que versa unicamente sobre matéria sumulada no tribunal. Além dessas hipóteses parece-nos possível à tutela antecipatória final no caso de defesa deduzida contra texto expresso de lei, e mesmo nos casos de fato notório e de fato confessado.

Destas assertivas depreende-se que a decisão antecipatória não depende de cognição exauriente, embora o mais aprofundado conhecimento da situação litigiosa não a impeça de incidir. Logo, a eficácia declaratória mínima a respeito da existência ou inexistência do direito, apenas presente nas decisões de mérito, é absolutamente ausente em qualquer decisão precedente à decisão final passada em julgado. Por fim, passaremos a abordar de forma mais detalhada os momentos para a concessão da tutela de urgência, que com a entrada em vigor do novo diploma processual civil passou a existir a concessão das tutelas de urgências em caráter antecedente, como o novel mecanismo da estabilização da tutela de urgência, e em caráter incidental, está ultima com a concessão liminarmente ou após audiência de justificação previa.

3.8.1 Concessão da Tutela em Caráter Incidental

3.8.1.1 Concessão da tutela de urgência de forma liminar – inaudita altera parte

O novo diploma processual civil prevê no § 2º do art. 300 a possibilidade de ser a tutela de urgência cautelar ou antecipada, concedida liminarmente, ou após justificação prévia.

---

[164] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 37.

A concessão liminar é aquela que se faz sem a oitiva da parte contrária, postergando-se temporariamente a bilateralidade da audiência, em atenção à efetividade da prestação jurisdicional em benefício do autor, que demonstra ter probabilidade de sagrar-se vitorioso na demanda. Segundo Tereza Wambier[165] "a concessão de tutela de urgência liminar deve ter como fundamento urgência tamanha a ponto de impossibilitar que se aguarde a citação do réu, ou que haja risco de que ele possa tornar inefetiva a medida, caso deferida apenas após sua oitiva.

No diploma processual revogado (CPC/1973) a antecipação da tutela, quando fundada no inciso I, do artigo 273 do Código de Processo Civil, poderia ser concedida mesmo antes de se operar a citação do réu, não encontrando qualquer óbice para a medida. Aliás, o próprio artigo que regulava a matéria não elencava momentos específicos para que, nessa hipótese, seja ela permitida. Ao contrário, facultava tal possibilidade a qualquer momento, desde que preenchidos os requisitos necessários, o que nos leva a concluir que, não havendo proibição expressa a esse respeito, pode haver antecipação de tutela inaudita altera parte. Mesmo assim, era controvertida a posição doutrinária sobre poder, ou não, ser antecipada a tutela sem que tenha havido a manifestação da ré. No vaticínio de Nery Júnior[166]:

> A liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contrária. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou também quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo inaudita altera pars, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente ao contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.

O referido autor é acompanhado por Marinoni[167], que assinalava:

> O próprio artigo não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência, sem dúvida, não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável.

---

[165] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. [Coords.]. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 783.
[166] NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 58.
[167] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 60.

Talvez um pouco mais clara, é a ideia de Carlos Feres[168] sobre tal permissão, quando diz que:

> [...] a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação nem sempre permite que, como sói acontecer em alguns casos, se aguarde a citação, principalmente quando o réu ou os réus está se ocultando, dificultando a realização do ato, ou mesmo se encontrem em lugar incerto e não sabido. Também não pretendeu o legislador tal condição, porque, caso contrário, expressamente o teria disposto na norma.

Desse modo predominava a corrente doutrinária que aceitava a possibilidade de concessão do instituto da tutela antecipada, em razão do iminente risco que poderá ser atribuído ao autor, caso seja necessária à operação da citação e sua consequente apresentação de defesa.

Em sentido contrário – não aceitava, portanto, a possibilidade de antecipação sem a manifestação da parte ré, sob a alegação de que se trata de providência exigida pelo princípio constitucional do contraditório, destacamos as opiniões de Dinamarco[169]:

> [...] se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional, e de Zavascki (1997 pág. 105): A providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário.

Calmon de Passos[170] se mostra contrário à antecipação da tutela *inaudita altera parte*, mas não sob o enfoque da constitucionalidade do contraditório, como os juristas anteriormente citados:

> Não ficou claro, entretanto, qual o momento em que deve o autor formular seu pedido de antecipação da tutela e se, ultrapassado ele, haverá preclusão. Acreditamos tenha sido o silêncio do legislador não um descuido, e sim uma deliberação consciente no sentido de que a tutela pode ser antecipada, desde que satisfeitos os pressupostos para ela previstos, a qualquer momento do

---

[168] FERES, Carlos Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34.
[169] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p 184.
[170] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no código de processo civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 34.

> procedimento, se não houver incompatibilidade entre a fase em que se encontra o procedimento e essa antecipação de tutela. Cremos, portanto, seja possível a postulação logo após a contestação do réu, ou até que o feito seja saneado e, mesmo assim, no curso da instrução, ou em grau de recurso.

Se por um lado, era controvertida a doutrina, acerca de poder, ou não, ser concedida a antecipação de tutela, sem a audiência do réu, se pacificou na jurisprudência, tal possibilidade:

> Compromisso de compra e venda – Tutela antecipada – Subsistência da verossimilhança e prova inequívoca – Perspectiva de dano irreparável – Inteligência do art. 273 –Tutela deferida.
>
> Agravo de instrumento contra decisão que reconsiderou a liminar concedida como tutela antecipada, com fulcro no art. 273 do Cód. de Proc. Civ. – Preliminar prejudicial da falta de juntada de certidão do decurso de prazo – Afastada – O ato praticado com fundamento no art. 14 e 16, letra c, do Regimento Interno da Câmara Municipal... Recurso provido, restaurando a decisão anterior e que concedeu a liminar de tutela antecipada.[171]

Com a vigência do novo diploma processual civil brasileiro encerrou esse embate doutrinário trazendo no art. § 2º do art. 300 do CPC/2015, onde se prevê de forma expressa a possibilidade de ser a tutela de urgência cautelar ou antecipada, concedida liminarmente, ou após justificação prévia.

3.8.1.2 Outros Momentos Para a Concessão

Não sendo concedida liminarmente, no caso de tutela de urgência incidental, em virtude de o juiz não se convença, de plano, sobre a probabilidade do direito do autor ou da urgência de seu requerimento, poderá ser designada audiência de justificação prévia, oportunidade em que ao autor caberá demonstrar, por meio de provas, o preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão de tutela provisória de urgência, probabilidade do direito e risco de dano. A referida audiência de justificação prévia enseja maiores elementos probatórios ao juiz, a fim de que se convença (ou não) da probabilidade do direito e da urgência na tutela dos interesses do autor. Para Humberto Theodoro Jr.[172] a regra geral, no entanto, é a ouvida prévia

---

[171] TJSP – AI 19.692, Rel. Des. Olavo Silveira, DOE 27.06.94.

[172] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** . 56 ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1571.

da parte contrária, visto que a liminar inaudita altera parte se justifica quando o risco de dano é imediato e sua coibição não permite aguardar o contraditório. Mesmo nesses casos excepcionais, não se elimina totalmente o contraditório, mas apenas o posterga.

No Diploma processual revogado a doutrina defendia que só era possível, se não fosse concedida liminarmente, após o oferecimento da peça defensiva, conforme expõe Feres em sua obra. Por não haver rigidez acerca do momento do cabimento do pedido, este pode ser feito na peça inicial, no curso do processo, de forma incidental, ou em fase recursal, sendo a tramitação e a existência ou eventual superveniência de circunstâncias que justifiquem a formulação do pedido antecipatório. Com efeito, poderá, a tutela, ser antecipada quando da prolação da sentença, quando se tratar casos de reexame necessário ou então apelação com efeito suspensivo.

Nery Júnior[173] assim comenta acerca da impossibilidade de concessão de tutela antecipada quando da prolação da sentença:

> [...] a medida pode ser concedida, tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença. [...] Proferida a sentença não há mais interesse processual na obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão".

Por fim, entendemos que foi superada esse embate doutrinário com o novo Código de Processo Civil de 2015, conforme esclarece Elpídio Donizetti[174], a tutela antecipada pode ser pedida em qualquer fase, inclusive em sede recursal, e estando o processo no primeiro grau de jurisdição, o pedido será formulado em simples petição, dirigida ao juiz do feito, que conterá as alegações e a indicação das provas referentes aos requisitos da tutela antecipada. Ademais, de acordo com a expressa dicção do art. 1.012, §1º, inciso V, do Novo Código: “Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (…) V – confirma, concede ou revoga tutela provisória; (…)”, confirmando o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que

---

[173] NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 59.
[174] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Direito Processual Civil.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1628.

mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973 já admitia a concessão da tutela antecipada na sentença.

3.8.2 Tutela de urgência cautelar ou antecipada requerida em caráter antecedente

A o novel diploma processual civil brasileiro inovou a trazer a possibilidade de concessão da tutela de urgência (cautelar ou antecipada) antes da propositura do processo, chamada pela legislação de em caráter antecedente. Todavia, considera-se antecedente toda medida urgente pleiteada antes da dedução em juízo do pedido principal, seja ela cautelar ou satisfativa. Em regra, ambas são programadas para dar seguimento a uma pretensão principal a ser aperfeiçoada nos próprios autos em que o provimento antecedente se consumou.

O novo Código, entretanto, faz uma distinção entre medidas antecedentes conservativas e medidas antecedentes satisfativas, para tratar as primeiras como acessórias do processo principal, e as últimas como dotadas, eventualmente, de autonomia frente a este processo.

No caso das tutelas cautelares ou conservativas, a parte terá sempre de formular o pedido principal em trinta dias após a efetivação da medida deferida em caráter antecedente ou preparatório, conforme dispõe o caput do artigo 308 do CPC/2015[175], sob pena de cessar sua eficácia (art. 309, I, CPC/2015). A medida de urgência, nessas condições, não tem vida própria capaz de sustentá-la sem a superveniência do tempestivo pedido principal.

Quanto a tutela de urgência antecipada ou satisfativas, o regime pode, eventualmente, ser o de autonomia, visto que se permite estabilizar sua eficácia, conforme dispõe o artigo 304 do CPC/2015, não ficando, assim, na dependência de formulação do pedido principal no prazo do art. 308 do Diploma processual civil vigente, se prevendo é a possibilidade de recurso contra a respectiva decretação (art. 304, caput) e de demanda posterior para rever, reformar ou invalidar a tutela satisfativa

---

[175] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

estabilizada (art. 304, § 2º). Seus efeitos, no entanto, se conservarão, enquanto não ocorrer a revisão, reforma ou invalidação por ação própria (art. 304, § 3º).

Na sistemática instituída pelo Código, portanto, para que a estabilização da tutela satisfativa ocorra, basta que o demandado não interponha recurso contra a decisão que a concedeu (art. 304, caput).

O Código implanta, portanto, regime similar ao francês e ao italiano: as medidas de urgência satisfativas obtidas em caráter antecedente perduram indefinidamente, sem depender da propositura da ação principal, mas não se recobrem da força de coisa julgada material. Deixa ao critério das partes a deliberação de provocar, ou não, o julgamento definitivo da lide em processo principal.

3.8.2.1 Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente

Os artigos 303 e 304 regulam a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. Essa possibilidade não era prevista no CPC/1973. No Código em vigor[176], dependendo do grau de urgência, se permite que a tutela antecipada seja formulada em petição inicial incompleta (que será complementada a posteriori). As tutelas antecipadas antecedentes são importante novidade trazidas pelo CPC/15, e inovam a sistemática processualística, principalmente no que tange à estabilização da tutela**.**

Faz-se necessário ressaltar que cabe tutela antecipada antecedente nos casos de ameaça ao direito subjetivo da parte, que não se encontram em possibilidade de aguardar sentença definitiva pelo tramite dos atos processuais em virtude de sua demora, como por exemplo situações que coloquem em risco o bem vida. Para Robson Godinho[177] a “urgência” ou a “cautelaridade em sentido amplo” justifica não só a antecipação dos efeitos da decisão final, mas também a instituição de procedimentos menos complexos para concessão da tutela provisória. Há, assim, uma atuação normativa bifronte, em prestígio o principio constitucional de acesso à Justiça

---

[176] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

[177] GODINHO, Robson Renault. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo [Coords.]. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 477.

(CF, art. 5º, XXXV, CF/88[178]) e da razoável duração do processo, (CF, art. 5º, LXXVIII, CF/88), uma vez que a ferramenta implementa grande celeridade processual.

Para o professor Humberto Theodoro Júnior[179], as peculiaridades do procedimento próprio que traçam a tutela antecipada antecedente são:

> (a) em sendo a urgência contemporânea à propositura da ação, o requerimento inicial conterá o pedido apenas da tutela de urgência satisfativa, limitando-se à simples indicação do pedido de tutela final apenas para demonstração do fumus boni iuris; da petição inicial constarão ainda,
>
> (b) a exposição sumária da lide e do direito que se busca realizar; e
>
> (c) A demonstração do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional

Portanto podemos perceber que nestas situações se enquadram os direitos em perecimento ou iminência deste, que se não tutelados de imediato deixam de existir, razão pela qual necessitam de breve proteção jurídica.

O novo Código de Processo Civil permite que a parte interessada ajuíze a ação apenas com a exposição sumaria da lide, e que após concedida a medida pretendida se adite a Inicial, no prazo de 15 dias, ou ainda em prazo divergente desde que fixado pelo juiz, com a complementação da argumentação e documentos na ação principal, conforme artigo 300, §1º, I do Diploma processual vigente. Entretanto, prevê a lei que caso deferida a liminar, não haja apresentação de recurso pela parte contraria, dar-se-á por estabilizada a tutela, e se extinguirá o processo sem resolução de mérito de forma, portanto, a conservar o provimento emitido, sem fazer coisa julgada, nos termos do art. 304, § 6º, do Novo Código de Processo Civil. Desse modo, o legislador avançou ao reconhece que, muitas vezes, a tutela concedida com base em cognição sumária é suficientemente capaz de resolver a crise de direito material, colocando esse mecanismo à disposição das partes.

Aditada a petição inicial, independentemente de ter sido concedida ou não a tutela provisória, encerra-se, por assim dizer, o procedimento abreviado antecedente, e inicia-se o procedimento comum, sendo o réu citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação (CPC/2015, arts. 303, § 1º, I, e 334). Concedida a tutela

---

[178] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[179] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** . 56 ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.1541.

antecipada antecedente e sem a interposição do recurso de agravo de instrumento pelo réu (CPC/2015, arts. 304, caput, e 1.015, I), a tutela provisória se torna estável. Deve-se atentar aos prazos fixados para o autor e para réu, bem explicou Fredie Diddier Jr[180]:

> É necessário que se observe, contudo, que o prazo de resposta do réu não poderá começar a ser contado antes da sua ciência inequívoca do aditamento da petição inicial do autor, para que se garanta a ele, réu, o lapso temporal mínimo de quinze dias para resposta à demanda do autor em sua inteireza. Por exemplo, se a causa não admitir auto composição, não sendo cabível a designação da audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, §4o, 11, CPC), o réu será citado de imediato, mas o prazo de resposta só deverá correr da data em que for intimado do aditamento da inicial.
>
> Quando o réu responde à demanda do autor e/ou recorre da decisão que concede a tutela antecipada, o procedimento com um se desenvolverá normalmente, rumo às suas etapas de saneamento, instrução e decisão. Quando o réu fica inerte, o procedimento pode tomar outros rumos, com a possibilidade de estabilização da decisão de tutela antecipada antecedente e extinção do feito.

Portanto, respondendo o réu ao demandando pelo autor, ou recorrendo este da decisão que concede a tutela, o processo correrá normalmente em seus atos, seguindo as etapas processuais até a decisão final.

Caso quede inerte, o procedimento pode tomar outros rumos, com a possibilidade de estabilização da decisão de tutela antecipada antecedente e extinção do feito, sem a ocorrência de coisa julgada.

3.8.2.2 Da Estabilização Da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente

O Novo Código de Processo Civil brasileiro foi buscar diretrizes do entendimento do sistema jurídico francês, e também adotado no direito italiano, neste sistema chamadas medidas de estabilidades antecipatórias, objetivando a diminuição da excessiva demora na prolação de sentença definitiva das lides italianas, bem como visando evitar a duplicidade de processos, quando as partes se satisfaziam das tutelas

---

[180] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm , 2015. p. 674.

antecipadas concedidas, de forma a se dispensar a propositura de processos principais.

No direito brasileiro adequou as diretrizes do direito Italiano, no Código de Processo Civil de 2015, para disponibilizar um procedimento abreviado e simplificado para requerimento da tutela provisória de urgência antecipada, em claro prestígio do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) e à efetividade da prestação jurisdicional. Assim, caso a "urgência" seja contemporânea à propositura da ação, é possível que a petição inicial, num primeiro momento, limite-se ao requerimento da tutela antecipatória e à indicação do pedido de tutela final, facilitando, em razão da urgência, o acesso à função jurisdicional (CPC/2015[181], art. 303, caput). O legislador pátrio proporcionou uma sistemática para rápida solução da lide, utilizando a cognição sumária da tutela provisória antecipada, uma vez que será capaz de solucionar a crise de direito material no plano empírico. Em outras palavras, reconhece-se que a tutela que disciplinou provisoriamente a relação de direito material está apta a satisfazer os interesses práticos das partes envolvidas, diminuindo ou eliminando a necessidade de discussão do mérito.

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando se concede a tutela em caráter antecedente, e esta não é impugnada pelo réu ou demais sujeitos do polo passivo processual, sem manifestação contrária acerca da decisão proferida, o processo será extinto, e a decisão proferida em caráter antecipado continuará produzindo seus efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma que vise sua revisão, reforma ou invalidação. Nesses casos, no entanto, não há resolução de mérito, como já enfatizado (art. 304, § 6º, CPC), uma vez que a estabilização da tutela ocorre em um momento processual em que sequer o pedido principal foi formulado.

A estabilização da tutela é prevista no Código de Processo Civil em seu artigo 304, caput e §1º, que estabelece que se a decisão concessiva de tutela não for impugnada pelo réu com a interposição do recurso cabível, ocorrerá a estabilização da decisão antecipatória e o processo será extinto. Nos casos em que se extingue o processo, conserva-se os efeitos da decisão que concedeu a tutela provisória satisfativa, entretanto podendo ser revista, reformada ou invalidada a decisão

---

[181] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

concessiva no prazo decadencial de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, conforme § 5º do art. 304 do Código de Processo Civil de 2015.

Para Fredie Didier[182], os pedidos de tutela antecipada são na sua maioria favoráveis aos autores, ut infra:

> A estabilização normalmente é algo positivo para o autor. A estabilização da decisão que antecipa os efeitos de tutela condenatória, por exemplo, permite a conservação de efeitos executivos, mostrando-se útil e satisfatória se perenizada. Mas é possível que o autor tenha interesse em obter mais do que isso. As tutelas declaratória e constitutiva, por exemplo, podem só servi r ao jurisdicionado se concedidas em definitivo e com força de coisa julgada - não basta uma separação provisória de corpos, é necessário um divórcio definitivo com dissolução do vínculo matrimonial, para que se realize o direito, permitindo que se contraiam novas núpcias; para além da sustação ou cancelamento provisório do protesto de um título, impõe-se a sua invalidação por decisão definitiva.

Faz-se necessário ressaltar que da decisão proferida em posterior ação resultará julgamento definitivo do mérito, que substituirá a tutela provisória até então em vigor, constituindo coisa julgada material. A competência do juízo para a nova ação será daquele que concedeu a tutela provisória estabilizada, pois será o magistrado prevento para avaliar tal demanda.

Por fim, entendo que uma importante inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil com a tentativa atenuar a morosidade processual no direito brasileiro, já que poderá colocar fim as lidas utilizando somente a cognição sumária, entretanto tratando de considerável novidade no sistema, ainda que guarde semelhanças com fenômenos diferentes já existentes em França e na Itália, traz uma série de questionamentos a serem enfrentados nos casos concretos pela jurisprudência dos nosso tribunais.

3.9 REVOGACAO E MODIFICACAO DA TUTELA ANTECIPADA

Faz-se necessário ressaltar que a decisão interlocutória por meio da qual se concede tutela provisória é, como o próprio nome sugere, eminentemente provisória,

---

[182] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 683.

podendo ser modificada e revogada a qualquer tempo. Diferentemente da decisão de mérito, que nasce preordenada a se tornar imutável (*rectius*, cujo comando dispositivo deve tornar-se imutável quando, esgotados os recursos cabíveis, vier a restar acobertado pela coisa julgada material), a concessão de tutela provisória se faz por decisão provisória, que nasce para ser absorvida pela decisão final.

O art. 296, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil[183], ao prever a possibilidade de revogação ou modificação da tutela provisória a qualquer momento, permite que, durante a constância do processo, a tutela provisória possa ser revogada ou modificada pelo próprio juízo que a concedeu.

No diploma processual revogado (CPC/73), tanto a tutela cautelar, quanto a tutela antecipada também poderia ser revogada, conforme previsão legal contida no §4º do artigo 273, do Código de Processo Civil/73[184]. A precariedade com efeito, é elemento característico de toda a decisão sobre tutela provisória.

A tutela que fora antecipada poderia ser revogada, conforme previa o § 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil/73, mediante decisão fundamentada, a qualquer tempo, o que implica dizer que poderá ser revogada em qualquer instância, também. Pode ser revogada, inclusive, pelo magistrado que lhe concedeu, se este, verificando a ocorrência de novos fatos, no curso do processo, levem-no à convicção de que a prova inequívoca ou o *periculum in mora* não mais existem.

A revogabilidade da medida está em perfeita harmonia com sua provisoriedade e reversibilidade e pode ocorrer sempre que se modificar a situação fática que justificou a providência ou novas provas forem apresentadas. Tal possibilidade foi mantida pelo legislador no novo diploma processual civil vigente, inserindo no caput do seu artigo 296 a possibilidade de revogação ou modificação da tutela provisória a qualquer momento.

Neste sentido, Luiz Feres[185]:

> Entendendo, pois, o juiz, que aquilo que houvera por verossímil, na realidade, total ou parcialmente não traduzia a real situação alegada, isso após ter sido produzida em audiência o restante da prova, ou mesmo fora dela, deve revogar ou modificar a tutela concedida anteriormente.

---

[183] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[184] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.
[185] FERES, Carlos Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 35.

Esclarece Araújo Filho que podendo haver concessão total ou parcial da tutela antecipada, pode haver modificação quantitativa (ampliação ou redução) dessa mesma tutela; ou qualitativa (substituição da tutela originária por outra). Contudo, se mostra tão excepcional quanto o é a própria modificação qualitativa do próprio pedido.

Zavascki[186] diz que a revogação é:

> Providência cabível, basicamente, em duas situações: (a) com a mudança do estado de fato ou (b) com o aprofundamento da cognição sobre o direito afirmado, em função, inclusive, da mudança do estado da prova.

A revogação implica a eliminação da medida anteriormente concedida e a modificação pode ser quantitativa ou qualitativa. Advirta-se, entretanto, que o sistema da lei é informado pelo princípio dispositivo, haja vista que a antecipação pressupõe pedido e adstrição do juízo à inicial. Disto decorre que tanto as revogações quanto à modificação devem ser requeridas, vedando-se em princípio a atividade *ex officio*. Quanto à tutela de urgência, Bedaque[187] e Marcelo Guerra[188] defendem a possibilidade de o juiz, mesmo sem ser provocado, revogar ou modificar a tutela provisória antes de prolatar a sentença caso entenda que os requisitos que motivaram sua concessão não estão mais presentes. Desse modo, verificando o juízo através de provas inequívocas que a tutela merece, por exemplo, uma ampliação sob pena de frustrar aquela anteriormente concedida, deve atuar de ofício, ainda que seja para equilibrar as posições das partes no processo.

A modificação e a revogação obedecem à regra da necessidade de motivação, que se exige, também, para a concessão. Encetada a decisão no curso do procedimento, a mesma comportará o agravo pela natureza incidente da decisão.

De acordo com Luiz Fux[189]:

> A sentença final que dispõe sobre o litígio cassa a tutela antecipada, prevalecendo sobre esta, não ocorrendo, aqui, a controvérsia sobre a

---

[186] ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Da Antecipação da Tutela.** Rio de Janeiro. 1996. p. 238.

[187] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 300.

[188] GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 109.

[189] FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.354.

> prevalência da liminar sobre a decisão final suspensa por recurso recebido no duplo efeito.

A tutela antecipada, como o próprio nome sugere, é a antecipação do resultado final e sobre este não pode prevalecer, máxime porque o último é adotado após cognição plena. Para Calmon de Passos[190], era certo na vigência do antigo diploma processual civil dificilmente a tutela antecipada mereceria revogação na sentença final, haja vista o requisito probatório exigido para a sua concessão era uma prova mais robusta.

No entendimento de Calmon de Passos: "A antecipação da tutela é requerida, sendo inviável sua decretação de ofício, também sua revogação ou modificação reclama provocação, sendo inviável sua concessão de ofício." Já de acordo com Araújo Filho[191]:

> A revogação da tutela antecipada, por sua vez, não merece maiores observações, restando claro que pode ser decretada *ex officio* pelo juiz, independentemente de qualquer provocação, pelo simples exercício do poder de dirigir o processo conforme as disposições do Código.

Diante disso, entendo ser perfeitamente possível a revogação de oficio pelo magistrado, em que pese entendimento doutrinário majoritário defendido por Marinoni[192] e Dinamarco[193] em sentido contrário, ou seja, sem a necessidade de requerimento da parte interessada, privilegiando o interesse público, contudo para que ocorre esse revogação ou modificação depende de novas circunstâncias, ou seja, está intimamente ligada à ocorrência de outros fatos que provoquem a alteração da situação fática ou modifiquem o convencimento do juiz acerca daquela ensejadora do deferimento da tutela antecipatória.

---

[190] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no código de processo civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 211.
[191] ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Da Antecipação da Tutela.** Rio de Janeiro. 1996. p. 238.
[192] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p.164.
[193] DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.149.

3.10 TUTELA DE EVIDÊNCIA

Na busca pela celeridade e efetividade processual, trouxe o legislador à luz das mudanças da processualística brasileira a figura da tutela de evidência, em consonância aos pilares constitucionais do princípio da razoável duração do processo, a nova figura visa a pacificação social, a entrega do direito aquele que notadamente faz jus à este, reduzindo a morosidade na efetuação e livre atuação do direito, disciplinado no artigo 311 do diploma processual vigente[194]. A tutela da evidência, como espécie de tutela provisória diferente da tutela de urgência, recebeu um capítulo próprio no novo Código de Processo Civil, ainda que contendo apenas um artigo, diferente da realidade presente no CPC/1973, em que essa espécie de tutela estava espalhada pelo diploma legal.

A tutela de evidência se diferencia das tutelas de urgência por tratar de situações que necessitam de imediata tutela, baseada em comprovada situação de direito da parte que a requer. Dessa forma, distancia-se do perigo de dano, e aproxima-se do provável direito. Tal tutela é possível quando se apresenta inegável aparência de direito, uma vez que restando convicto o magistrado acerca do direito, pode-se auferir o juízo de mérito a favor de uma das partes. A concessão da tutela de evidência independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Sobre isso, oportunamente afirma Humberto Theodoro Júnior[195] que:

> A tutela de evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a liquidez e certeza do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram. [...] Mesmo abstraindo o risco de dano material imediato, a tutela de evidência parte do princípio de que a duração do processo não deve redundar em maior prejuízo para quem já demonstrou, satisfatoriamente, melhor direito dentro do conflito material a ser no final composto por provimento definitivo.

A tutela da evidência é uma espécie do gênero tutela provisória. Obviamente, não se tutela a evidência, mas sim o direito evidente, isto é, aquela situação jurídica

---

[194] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

[195] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 130.

que permite inferir um alto grau de probabilidade do direito substancial afirmado. Dessa forma, caracteriza-se a tutela de evidência como a mais célere das tutelas provisórias, pois parte do entendimento de que não há que se postergar a duração do processo para a livre efetivação do direito quando se encontram presentes os pressupostos lógicos que levam ao evidenciamento da melhor satisfação processual que ao final deve compor o julgamento definitivo. Para Eduardo Arruda Alvim[196] trata-se de excelente mecanismo de redistribuição do ônus do tempo processual, ut infra:

> A tutela provisória da evidência caracteriza-se, dessa forma, como um mecanismo de redistribuição do ônus do tempo processual. Caracterizada a probabilidade do direito e presente alguma das hipóteses dos incisos do art. 311 do CPC/2015, o peso do tempo do processo será transferido do autor (que antes deveria aguardar todo o trâmite processual, até final decisão de mérito) para o réu (que se verá privado do bem da vida provisória e anteci-padamente). São situações de direto material em que evidentemente não faria sentido privar o autor da tutela imediata.

Deve-se ressaltar que o antigo diploma processual civil (CPC/1973) e também a legislação esparsa já contemplavam essa modalidade de tutela, embora não com esse nome. A novidade encontra-se na sistematizada tipificação, o que não descarta a possibilidade de, no caso concreto, se vislumbrarem-se outras hipóteses que dispensem a urgência.

Nos termos do art. 311 do CPC/2015[197], a tutela será concedida quando:

> Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
>
> I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
> II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
> III – se tratar 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 cominação de multa;
> IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

---

[196] ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 131.
[197] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. A hipótese já figurava no CPC/1973 como ensejadora na época da tutela antecipada, bastava I) a "prova inequívoca" suficiente para levar o juiz a se convencer da verossimilhança e II) a caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu para dar ensejo à tutela antecipada sem o requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, caput e II, do CPC/1973). Porque o ordenamento jurídico de então não se valia da pomposa expressão "tutela da evidência", os dois requisitos constituíam a situação fático-jurídica capaz de ensejar a antecipação da tutela, independentemente de se aferir a possibilidade de dano (hoje denominada tutela da evidência). Mudou o rótulo, mas não o conteúdo, embora não se possa desconsiderar a excelente sistematização operada pelo novo diploma processual vigente.

A antiga possibilidade de antecipação da tutela nos casos de abuso do direito de defesa por parte do réu surgiu como meio de desestimular o uso indevido do processo pelas partes, evitando, assim, que as partes agiam de forma maliciosa ou temerária. Devem-se entender as duas expressões jurídicas apenas como atos ou fatos que, realmente constituam obstáculos ao andamento do processo, de uma maneira genérica, já que as duas expressões se complementam. Apesar disso, o professor Teori Albino Zavascki[198], diferenciou as duas expressões:

> Tratando-se, todavia, de expressões que o legislador considera de conteúdo distintos, e de mister que se busquem critérios para distingui-las. Ora, a referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa hão de ser entendidos os atos protelatórios praticados no processo. Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação de prova, não-atendimento de diligência, simulação de doença.

Para ocorrência da hipótese de abuso do direito, se faz necessário que o requerimento seja feito depois de apresentada contestação, pois a situação descrita na hipótese do inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil 2015, somente pode ocorrer depois de esgotado o prazo de defesa concedido ao demandado. Antes disso

---

[198] ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 77.

não se pode cogitar de abuso do direito de defesa ou conduta protelatória. Dessa forma, a tutela da evidência, com base nesse inciso, não pode ser concedida liminarmente (parágrafo único do art. 311, a contrario sensu).

Nota-se o periculum in mora, no entanto, podia se tornar dispensável, ainda na vigência do Código de Processo Civil revogado, desde que clara e evidente a situação prevista então prevista no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil/73[199], e hoje no inciso I do artigo 311 do diploma processual vigente, qual seja o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Na opinião de Araújo Filho[200]:

> No que concerne ao abuso de direito de defesa, entretanto, duas interpretações afiguram-se-nos admissíveis: ou se considera que trata a lei de verdadeira usurpação, atribuindo-se ênfase ao abuso; ou se concebe que alcança a lei o exercício lícito do direito de defesa, mais além do que razoavelmente pode o réu esperar, e., com exagero. Em outras palavras: não se exige a conduta ímproba; basta que o réu, no exercício do direito de defesa, ultrapasse o que tem razoável possibilidade de ser reconhecido. Não é indispensável que ele deduza defesa contra texto expresso de lei, ou proceda de modo temerário; basta que persista, verbi gratia, em recorrer contra o entendimento pacífico da jurisprudência, de modo que se mostre injustificada a protelação da produção de feitos da decisão.

Deve ficar claro que a antecipação da tutela com base no abuso do direito de defesa não significa violação do direito à ampla defesa, mas tão-somente técnica de redistribuir o ônus do tempo no processo, de forma que não seja mais suportado por aquele cujo direito é evidente.

O inciso II do art. 311 do Novo CPC cria uma nova hipótese de tutela da evidência, inexistente no sistema do CPC/1973: as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos, sem a necessidade de trânsito em julgado ou em súmula vinculante.

O inc. II do art. 311 permite a concessão da tutela da evidência quando não houver necessidade de prova além da documental já constituída e a pretensão se fundar em precedentes. Para Cassio Scarpinella[201] a expressão prova documental deve ser interpretada de forma ampla, *in verbis*:

---

[199] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.
[200] ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Da Antecipação da Tutela.** Rio de Janeiro. 1996. p. 23
[201] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 310.

> (...), ainda tendo presente o inciso II do art. 311, a exigência de prova documental por ele feita merece ser interpretada de forma ampla para abranger qualquer prova pré-constituída que possa ser apresentada com a petição inicial, ainda que não se trate de documento. É, apenas para ilustrar, o que se dá com relação a provas colhidas anteriormente com esteio nos arts. 381 a 383, à ata notarial (art. 384) ou, ainda, quando o autor faz uso de trabalho técnico nos moldes do art. 472.

A terceira hipótese de tutela da evidência vem prevista no inciso III do art. 311 do Novo CPC: quando se tratar 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 cominação de multa.

A probabilidade da existência do direito mais uma vez decorre de prova documental produzida pelo autor, nesse caso de forma mais específica à espécie de pedido (reipersecutório) e ao tipo de documento (contrato de depósito). Entendo que essa prova documental exigida pelo art. 311, III, do Novo CPC não precisa ser necessariamente o contrato de depósito, bastando que seja uma prova escrita que demonstre a relação jurídica material de depósito

O inciso IV do art. 311, do novo Código de Processo Civil[202] prevê a última hipótese de tutela da evidência, que consiste na hipótese de se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, ao juiz caberá a concessão da tutela provisória da evidência, podendo ser a prova documentada, ou seja, o autor pode se valer de prova emprestada oral ou pericial.

Acreditamos que essa ultima hipótese para a concessão da tutela de evidência teve sua raiz no antigo §6º na redação do artigo 273 do CPC/73[203], o qual deixava claro o que antes, no entender de grande parte dos doutrinadores, podia ser feito, ou seja, sendo o pedido cindível, pode o juiz, não sendo uma das partes do pedido objeto de controvérsia entre as partes, antecipar desde de logo os efeitos da tutela pretendida pelo autor.

Trata-se de pedidos incontroversos, que consistia, na ausência de um confronto de afirmações em torno de um fato alegado pelo autor, ou seja, não haver

---

[202] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[203] BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

duvida a esta parte, sendo pacifica entre as partes. Assim, possuindo razões mais convictas e fortes para a concessão da medida antecipatória, na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

É fundamental ressaltar, que diante da redação do antigo § 6º e da pujante segurança para julgar, emergente da incontroversas sobre os fatos relatados na exordial, assim, passando a dispensar o periculum in mora, ou "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ordinariamente exigida pelo inciso I do artigo 273, do estatuto processual revogado, pois a incontroversa já é suficiente para eliminar parcialmente essa morosidade e lentidão para a decisão de mérito, e satisfazer a garantia constitucional de uma tutela jurisdicional tempestiva. Pelas mesmas razões, impendem a não incidência do veto às antecipações de efeito irreversíveis.

Vale ressaltar, que a antecipação da tutela fundada na hipótese do antigo § 6º do art. 273 do CPC/73, e hoje da atual tutela de evidência, prevista no art. 311 do CPC/2015, trata-se de uma decisão não fundada em cognição sumária, portanto, não se trata de uma decisão provisória, pelas razões acima citada, e principalmente por não se embasar na reversibilidade do provimento, mais sim na cognição exauriente. Assim, tratando-se propriamente de uma decisão antecipada do mérito, quando não houver outra parcela do pedido a ser decidida depois, e não propriamente uma tutela antecipada, como podemos verificar na citação do professor Dinamarco[204]:

> Se nenhuma outra parcela do pedido houvesse para ser decidida depois (após a realização da prova), em vez de conceder a tutela antecipada o juiz julgaria antecipadamente o mérito e para tanto, obviamente, não se preocuparia com os riscos da irreversibilidade. A circunstância de haver mais algum *petitum* pendente não compromete a segurança para permitir que se produzam efeitos irreversíveis.

É também na citação do professor Marinoni[205]:

> Se um dos pedidos apresentados pelo autor estiver maduro para julgamento, seja porque diz respeito apenas à matéria de direito, seja por que independente de instrução dilatória, a necessidade cada vez mais premente,

---

[204] DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97.
[205] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 203.

> de uma prestação jurisdicional célere. [...] A tutela não é fundada em cognição sumária, mais sim em cognição exauriente.

Portanto, se é possível a realização de um direito que se afigura apenas provável, seria gritante contradição e justiça, não admitir a tutela de evidência, mediante cognição exauriente de um dos pedidos cumulados na inicial, já que a tutela de evidência possibilita a tutela definitiva e a tutela provisória, dependendo do momento de sua concessão.

Podemos concluir que o próprio conceito da evidência pode ser compreendido como aquele que por si só se demonstra, dispensando a comprovação de perigo, e reconstruindo o tempo necessário para o transcurso de um processo e a concessão de uma providência satisfativa. Por esta razão, temos a ampla ligação das tutelas com o direito fundamental da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF)[206], a medida que a satisfação do direito por meio da tutela faz com que o ônus do tempo processual decorrido para a concessão de determinada providencia jurisdicional se encurte, tornando menos protelatório não só o decurso de tempo para uma tutela definitiva, mas atuando com razoabilidade ao conceder a tutela para o sujeito processual que demonstre evidência suficiente que comprove sua pretensão.

3.11 AS MEDIDA PROVISÓRIAS NO CONTEXTO MUDIAL

Tendo em vista da nova estrutura processual estabelecida para a concessão de tutelas provisórias, é necessário transitar-se no âmbito do direito comparado, a fim de se confrontar a metodologia do atual Código de Processo Civil brasileiro[207] com os demais códigos de processo civil internacionais. Faz-se de suma importância o estudo da presença das tutelas de urgência nos ordenamentos jurídicos dos principais sistemas processual da Europa, como é destacado por Humberto Theodoro Jr[208], *ut infra*:

---

[206] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[207] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

[208] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento das medidas cautelares. Doutrinas essenciais do processo civil.** V. 5. São Paulo: RT, 2011. p. 228

> Na Europa, de maneira geral, não se adotou essa introdução de antecipação de tutela de mérito no seio do procedimento ordinário. A tutela de emergência, obviamente, não foi desprezada, mas sua adoção se deu, em regra pela ampliação do poder geral de cautela. Em consequência disso, passou-se a admitir que as providências cautelares poderiam tanto ter o caráter conservativo (medidas típicas) como antecipatórias (medias atípicas).

Portanto, em regra geral os ordenamentos jurídicos Europeu adota a medida cautelar tem natureza satisfativa ou asseguratória do pedido principal tutela no processo, como veremos abaixo.

3.11.1 No Direito Italiano

Na Itália, de um modo geral, a doutrina entende que a tutela cautelar está amparada na previsão constitucional do acesso ao judiciário. Admite-se no ordenamento itálico, não só na doutrina, mas também na jurisprudência, a possibilidade de uso das medidas cautelares, antecipação de tutela- e as medidas cautelares de natureza conservativa. É o que observa o professor Edoardo Ricci[209]:

> A tutela antecipatória no direito italiano, acentuando a filiação da antecipação de tutela às medidas cautelares709. Nesse trabalho há parte em que se historia que "O emergir de uma tutela antecipatória, na prática [do direito italiano], [se deu] através de uma extensão das medidas cautelares inominadas (CPC italiano, art. 700) […]", observando no texto que, certamente, não eram esses o significado e o âmbito originários da norma e afirmando que a tutela antecipatória "ingressou no direito italiano, antes ainda que o legislador se propusesse a criá-la com institutos expressos" e até hoje repousa (a antecipação de tutela) substancialmente, no referido art. 700.

Portanto, a antecipação de tutela, na prática do direito italiano, é uma extensão das medidas cautelares prevista no artigo 700 do Código de Processo Civil italiano e até hoje é fundamento jurídico para a sua obtenção, então, é certo que a antecipação da tutela adentrou no mundo jurídico antes mesmo que o legislador a criasse.

---

[209] RICCI, Edoardo. **A tutela antecipatória no direito italiano. Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, v. 4, 1997. p. 125.

Chiovenda sugeriu o poder cautelar geral argumentando que havia hipótese em que os elementos, *periculum in mora* e *fumus bonis iuris*, estavam presentes sem que houvesse previsão da medida cautelar tipificada.

O Código de Processo Civil italiano foi influenciado de certa forma pelo pensamento do professor e jurista Elio Fazzalari, que propôs que se atribuísse maior poder ao juiz de instrução quando estivesse em face de elementos probatórios suficientes, com todas as garantias do contraditório e não de modo sumário. Chiovenda foi o autor que escreveu com mais ênfase e convicção sobre a necessidade do poder geral de cautela afirmando que compete ao juiz estabelecer, segundo as circunstâncias o modo melhor para a conservação do *status quo*, segundo a razão composta entre os danos temidos pelo direito e dos danos eventuais temidos pela medida assecurativa.

Tal ideia foi contestada sob o fundamento central de uma noção rígida da tripartição dos poderes, com o que se entendia que o juiz não poderia afetar a esfera de alguém sem que a lei expressamente autorizasse.

Na Itália, fundamentalmente, admite-se como uma das possibilidades das medidas cautelares, o que para nós é a antecipação de tutela. A doutrina reconhece essa possibilidade em face das medidas cautelares, e esse entendimento tem sido aplicado na jurisprudência. Urge mencionar que na Itália há a possibilidade da estabilização da tutela provisória antecedente, mesmo sem um juízo exauriente de mérito, a semelhança no Brasil do disposto no artigo 304 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

O Decreto Legislativo 5/2003 previa para casos de natureza comercial e societária e expandido para todas os casos por meio da Lei 80/2005. Com isso, verifica-se que a tutela cautelar, na Itália, em determinadas hipóteses, não depende de um provimento de mérito, então, tem autonomia.

No artigo 669-*octies* ,§ 1º do *Codice di Procedura Civile* estabelece que deferido o pedido cautelar, antes do pedido de mérito, fixa prazo para o autor de até 60 dias para que proponha a ação principal, sob pena de ser cassada a eficácia do provimento sumário. Muito parecido como o que prevê o artigo 308 do Código de Processo Civil brasileiro vigente.

O mais importante é a estabilização que ocorre no que prescreve o § 6º daquele dispositivo italiano em que ressalva que se a tutela cautelar for concedida com fundamento no artigo 700 da lei italiana tendo por objeto a antecipação dos efeitos da

tutela de mérito em razão da urgência não haverá submissão do autor a prazo peremptório para a propositura de ação principal. Deixa claro o comando legal que não cessará a eficácia do provimento sumário satisfativo com a não propositura de demanda.

Tal instituto tem a finalidade clara de conferir meios para a solução da crise de direito material, sem que para isso seja necessário o julgamento de mérito de maneira idêntica ao direito brasileiro.

Há consciência na Itália de que as cautelares que antecipem situações normalmente estão antecipando de forma definitiva. É o que afirma Piero Pajardi[210]:"siano in realtà, sempre in via di fatto definitivi" ["na realidade, estão sempre, via de fato, antecipando de forma definitiva"]"

Por fim, podemos concluir que, assim como no nosso ordenamento jurídico, o legislador italiano percebeu que é necessário instrumentalizar o processo civil com meios para criar certa estabilidade às pretensões das partes, independentemente, da instauração de processo de cognição plena de mérito.

3.11.2 No Direito Alemão

Na Alemanha se denomina a possibilidade da antecipação dos efeitos como medidas provisórias ou provisionais. Filiam-se na Alemanha a duas antigas raízes os fundamentos da proteção provisória de direito.

Nos séculos XVIII e XIX o processo sumário foi colocado ao lado do processo ordinário e com as medidas provisórias se objetivo manter o *status quo* de tal forma que entre o momento do ilícito e a recomposição do estado anterior não ocorresse dano ao autor ou o seu agravamento. Assim, as medidas provisórias acabam por atribuir legitimidade ao processo ordinário, alçando o próprio processo de execução ou, ainda acabam por substituir a autotutela.

No que toca ao contraditório, na Alemanha, para as medidas provisionais é possível a concessão *inaudita altera parte* em face de circunstancias diversas, consoante impõe os artigos 922,934,937,942 e 944 do Zivilprozessordunung (ZPO), em face de uma urgência ou do *periculum in mora* qualificado. No ordenamento

---

[210] PAJARDI, Piero. **I provvedimenti d'urgenza tipici nel processo civile**. 2. ed. Milão: Pirola, 1993. p. 15.

alemão, há um instrumento para garantir o contraditório e combater a possibilidade de concessão de medidas provisionais *inaudita altera parte* ou sem audiência é o chamado Schutzszchirift (escrito de proteção preventiva) criado pela doutrina.

Desta forma se existe a suspeita de que foi pedida ou de que será pedida medida provisória, este escrito destina-se a previamente pedir a sua rejeição ou ao menos que não seja outorgado sem a existência de uma audiência prévia. Mas foi somente em 1965 que o Tribunal de Hamburgo mencionou expressamente sobre este instituto criado pela doutrina e afirmou que estavam amparados no âmbito do artigo 103. I da Lei Fundamenta alemã, isto é, garantia ao contraditório com patamar constitucional.

Na realidade do direito brasileiro, pode-se comparar com o que se designa atravessar uma petição como fito de fornecer elementos pelo Requerido de uma medida cautelar ou antecipação de tutela. Na Itália a cautelaridade sempre era liga a ideia de satisfatividade. A esse respeito interessantes observações de Renato Beneduzi[211]:

> Curioso notar que esta espécie de einstweilige Verfügung (providencia que assegura a execução de pretensões não pecuniárias) causa certo incômodo entre os processualistas alemães exatamente porque, em diversos casos, acaba por servir para antecipar, ainda que provisoriamente o resultado final desejado pelo demandante. Mas não é mais controversa, hoje, a admissibilidade desta espécie de satisfação provisória (vorläufige Befriedigung) do próprio direito cuja tutela se pede no processo de conhecimento.

E esse entendimento evoluiu no mundo inteiro. Aliás no direito processual alemão o § 940 do ZPO houve uma modificação na interpretação no sentido de abranger a tutela satisfativa e não somente a cautelar. Nelson Nery Jr[212]. já apontava que no § 935 da lei alemã estão previstas medidas assecuratórias, enquanto que no § 940 estão previstas as providencia satisfativas e condenatórias em sentido lato. E, ainda, Renato Beneduzi[213] afirma que a utilização de certos requisitos autorizadores das medidas provisórias: *akude Notlage* (perigo agudo) e o *schwere Nachteile* (graves prejuízos).

---

[211] BENEDUZI, Renato. **Introdução ao Processo Civil Alemão**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.151.
[212] NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 66-67.
[213] BENEDUZI, Renato. **Introdução ao Processo Civil Alemão**. Salvador: Juspodivm, 2015, p 154.

Na Alemanha de qualquer forma a tutela cautelar tem sempre o pressuposto de urgência contrariamente com o que ocorre no Brasil, pois desde a introdução do inciso II do artigo 273 do Diploma processual revogado e com a previsão atual do artigo 311 do Código de Processo Civil vigente[214] (CPC 2015) com as chamadas tutela de evidência é dispensado o perigo de dano para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pleiteada. Outra diferença é que no direito alemão a tutela cautelar (tutela de urgência) satisfativa ou não deverá ser requerida em processo cautelar autônomo, ou seja, não poderá ser requerido conjuntamente com o pedido de mérito. Ao passo que no Brasil com a vigência do Novo CPC praticamente extingue os casos de tutela provisória em procedimento próprio, podendo ser ventilada em conjunto com o pedido de mérito, em virtude da adoção do sincretismo processual no Brasil.

No direito alemão percebe-se que há certa preferência pela resolução do mérito propriamente dito diferente do que ocorre no Brasil que permite que a parte se satisfaça com a simples resolução fática de seu litígio, conforme estatui o artigo 304 do CPC/15, ao passo que o legislador alemão demonstra certa predileção pela resolução do mérito propriamente dito.

3.11.3 No Direito Francês

No direito francês a sociedade industrial exigiu modificações para ampliar as medidas cautelares. Sucede que no século XVIII os tipos de litígios permitiam a convivência de uma justiça lenta, então, eram suficientes algumas poucas medidas provisórias. Já no século XIX os tipos de ações- reparação de acidentes, pensões alimentares, defeitos em construções imobiliárias evidenciavam que não era suportável a lentidão da justiça.

Na França, à semelhança do que se passou na Itália, em tempos antigos (século XIX), não havia desenvolvimento maior da cautelaridade. Como observa Roger Perrot[215], foi a sociedade industrial que veio a exigir a modificação do pensamento, que se abriu para o aumento das medidas cautelares.

---

[214] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

[215] PERROT, Roger. **Les mesures provisoires en droit français. Les mesures provisoires en procédure civile**. Atti del Colloquio Internazionale. Milano, 12-13 ottobre 1984 (org. professor Giuseppe Tarzia). Milão: Giuffrè, 1985. p. 151.

As medidas de antecipação, na França, ocorreram como Decreto Real de 22/01/1685, mas estas medidas estavam limitadas a sua aplicação apenas na jurisdição de Paris. A condição exigida era que a obrigação não tivesse sido contestada com seriedade e mesmo sem a necessidade de urgência. Já como Código de Processo de 1806 ampliou-se a aplicação do instituto para toda a França. O instituto é denominado *référé* cujo significado é o de um procedimento rápido e simplificado para disciplinar provisoriamente uma situação.

No atual Código de Processo francês o référé possui dois traços representados pela sumariedade processual e idoneidade da ordem a ditar uma disciplina definida na relação jurídica controversa.

O direito francês autoriza o magistrado da référé, que não é o juiz competente para analisar o mérito, a ordenar medidas necessárias para solucionar o problema apresentado pelas partes, sem que para isso exerça larga cognição acerca da relação jurídica, satisfazendo-se no plano empírico. Esta decisão não é intangível, visto ser provisória, podendo qualquer das partes demandar da outra para que seja resolvido o mérito. Faz-se necessário ressaltar que a demanda que analisará o mérito não guarda relação de dependência com o *référé*, não há também na relação inversa.

O legislador francês, ao contrário do brasileiro, não estipulou um prazo para a propositura da ação, submetendo-se a eventuais prazos ligados ao direito material. No Brasil, há o biênio para a propositura da ação, na forma do que prescreve o artigo 304, §5º do Código de Processo Civil brasileiro.

No *référé* independe do requisito da urgência embora esteja mais ligado a ideia de celeridade processual, isto é, a solução rápida do conflito do que a ideia de solução efetiva entendida esta como a solução de mérito de que pode beneficiar a parte vencedora.

A tutela provisória no direito francês tem uma preocupação com o contraditório e a autorização da tutela provisória de urgência se dará após a oitiva do réu, possibilitando a este influenciar na convicção do juiz. Por isso, a ordem do *référé* deverá ser emanada após oitiva das partes, diferenciando do nosso ordenamento, já que o artigo 303 e 304 do Código de Processo Civil autoriza a tutela provisória de urgência liminarmente.

Para Humberto Theodoro Jr[216]. o *référé* é utilizado no mais das vezes em caso em que a defesa do réu não é ou não pode ser séria, protegendo o autor de conduta de má-fé do réu e pontua que: "O devedor condenado no âmbito do *référé* só uso o processo de cognição plena se realmente existe motivo sério para contestar a obrigação".

O direito francês tem muito a contribuir para compreender a estabilização da tutela provisória em caráter antecedente, visto que o instituto evoluiu tanto que atingiu o ponto de ser desnecessária a demonstração do risco de dano, servindo para tutelar interesses daqueles que deveriam ter uma resposta rápida do Judiciário em decorrência da falta de seriedade na defesa do réu. A similaridade como direito brasileiro é a hipótese da tutela da evidência (art. 311 do CPC/2015[217]) em que certa medida se assemelha como os requisitos autorizadores da ordem de *référé.*

Portanto, graça a pressão da sociedade industrial a França no seu ordenamento evoluiu quanto a rápida solução das crises do direito material a tal ponto que passou a prescindir da decisão de mérito em prol da celeridade, resguardados o direito ao contraditório e a possibilidade de as partes ajuizarem a ação para discutir o mérito.

3.11.4 No Direito Português

Em Portugal, segundo o Código de Processo Civil de 1961, a partir de suas reformas ocorridas nos anos de 1995 e 1996, passou a prever medidas cautelares destinadas a tutelar situações de urgência, as quais podem apresentar tanto natureza conservativa, quanto antecipatória. Para Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego[218] tais medidas consistiam:

> (...) a providência conservativa tem por intuito "manter inalterada situação de fato que preexiste à ação, tornando-a imune à possível ocorrência de eventos prejudiciais", ao passo que "as providências antecipatórias visam a obstar ao

---

[216] THEODORO JUNIOR, Humberto; Andrade, Érico. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC**. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 206, 2012. p.20.
[217] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.
[218] REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 1999. Coms. ao art. 381, observação II, da p. 275.

> prejuízo decorrente do retardamento na satisfação do direito ameaçado, através de uma provisória antecipação no tempo dos efeitos da decisão a proferir sobre o mérito da causa

O processo cautelar português estava dependente da ação principal. Todavia, com a instituição do novo Código de Processo Civil português, em 2013 há dispositivos que preveem a tutela cautelar ligando-a a urgência, contudo, inovou trazendo a chamada "inversão do contencioso" a qual permite eximir o requerente da providência cautelar propor a ação que visa discutir o mérito, caso observados alguns requisitos. Sobre a inversão do contencioso, Leonardo Ribeiro[219] , afirma que:

> (...) com essa nova figura, permite a lei portuguesa, mediante requerimento da parte, transformar um procedimento cautelar, até então caracterizado por um processo urgente destinado a decretar medidas provisórias – numa decisão definitiva sobre a composição do litígio. Este novo regime veio quebrar o princípio segundo o qual os procedimentos cautelares estão sempre dependentes de uma ação principal, relativizando, por assim dizer, sua provisoriedade e, bem assim, a sumariedade da cognição, pois pode gerar um juízo de certeza.

O novo Código de Processo Civil português busca combater a morosidade processual. A celeridade judicial é um dos temas comuns à maior parte das nações ocidentais, quase sempre premidas pela dialética que se forma com o confronto entre garantias do réu e direitos do autor. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil português encerra a completa subordinação do procedimento cautelar ao processo principal.

A existência da inversão do contencioso ocorre quando o magistrado forma a convicção firme acerca dos fatos e fundamentos de que se valeu o requerente, isto é, o julgador possa ter certeza acerca do direito alegado por aquele que pretende a tutela cautelar, a qual deve ser adequada a compor o litígio definitivamente quer dizer que os efeitos jurídicos coincidam com os efeitos que decorreria a decisão de mérito. Com a presença destes dois requisitos acima mencionados pode o autor requerer a inversão do contencioso e impor ao réu o ônus de propor em seguida a ação em que se pretenda discutir o mérito propriamente dito. Subtrai-se o autor da providencia

---

[219] RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva**. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/73 ao CPC/15**. São Paulo: RT, 2015. p.177.

cautelar o ônus de propor a ação principal sob pena de caducidade da cautelar concedida, direcionando-a ao réu.

Por fim, podemos concluir que a inversão do contencioso é uma técnica de sumarização do processo tornando definitiva a tutela provisória, permitindo a composição da lide de forma breve. No entanto, parece que a razão determinante para essa mudança tão profunda no quadro legislativo foi o compromisso português com reformas no sistema judiciário e processual, a fim de atender às exigências das autoridades econômicas e monetárias da União Europeia. Como sempre, a segurança jurídica (dos investidores e dos credores), a previsibilidade das decisões judiciais (em favor desses dois grupos) e a celeridade das ações executivas foram os argumentos manejados para dar lastro à aprovação de um novo Código de Processo Civil.

3.11.5 No Direito Argentino

Na Argentina, Jorge A. Rojas[220] identifica as medidas cautelares sob os nomes de "cautela material", "tutela autosatisfactiva", ou, então, "tutela antecipada", com o objetivo de "marcar los caracteres que exorbitan de las medidas cautelares [marcar as características que exorbitam das medidas cautelares]. Outros autores, como Augusto Mario Morello[221], referem-se a cautela satisfactiva ou a cautela material.

O que observa Jorge A. Rojas é que os esquemas e estudos desenvolvidos na Argentina conduzem à conclusão, com absoluta clareza, de que os marcos das medidas cautelares restam excedidos, aduzindo "[...] ya que nos encontramos frente a una situación límite que importa un pronunciamiento jurisdiccional – en principio – definitorio" ["[...] já que nos encontramos diante de uma situação limite que implica um pronunciamento jurisdicional – em princípio – definitivo"]. O nomen iuris autosatisfactivo decorre da observação de que, concedida certa tutela, ela se esgota, sendo necessária apenas à propositura da ação principal, para evitar a decadência. É de se destacar que não há no processo civil argentino a expressa admissibilidade da tutela antecipatória, o que, todavia, não tem impedido a sua aplicação.

---

[220] ROJAS, Jorge A. **Una cautela atípica**. Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n. 1. 1996. p. 57.
[221] MORELLO, Augusto Mario. **Antecipación de la tutela**. La Plata: Platense, 1996. p. 12.

No direito Argentino a mera verosimilitud é insuficiente, exigindo-se ‘una fuerte probabilidad’ a embasar a medida, pois a ‘verosimilitud’ é o que se requer para as medidas cautelares, propriamente ditas. É possível a concessão dessa antecipação de tutela sem audiência prévia da outra parte.

3.11.6 No Direito Americano

O direito norte-americano é filiado ao direito inglês, assim, é possível a utilização das medidas cautelares e em algumas circunstâncias a tutela de direitos com lastro na equidade.

Na América, há o uso de algumas medidas cautelares, as quais servem, por exemplo, para obsta transferências de estoques; de notas promissórias ou outros documentos; bloquear transferências de títulos de domínio; impedir que a parte deduza uma defesa sem significação ou injusta; obstar que a parte transfira mercadorias no intuito de fraude; desfazer uma camuflagem quando há um verdadeiro estado de insolvência; interromper a continuidade de um comportamento lesivo contra o direito de vizinhança; obstar a ruptura de um contrato; impedir que uma empresa, em liquidação voluntária, distribua o patrimônio a terceiros sem resguardar bens para responder diante de devedores.

Portanto podemos concluir que a possibilidade do dano é um dos pressupostos para a tomada da medida preventiva, mas não é adequada para obstar dano que já ocorreu, conforme explica John Bouvier [222]:

> (...) a possibilidade de dano; é ordinariamente preventiva e não é apta à correção de lesão já defi-nitivamente consumada. Se o requerente demora muito para tomar uma providência, descabe esta medida, o que representa, também, um critério que poderá auxiliar o juiz, ao avaliar a presença do perigo de dano ou risco de resultado útil ao processo

Neste diapasão, é muito semelhante ao disposto na parte final do nosso artigo 300 do Código de Processo Civil vigente (CPC2015), ou seja, se o autor demorar muito para tomar a providência descabe a medida cautelar, assim, servirá de critério

[222] BOUVIER, John. **Bouvier’s Law Dictionary and Concise Encyclopedia**. 8. ed. 3. rev. Nova York, 1984. v. 2. p. 1.577.

para o magistrado avaliar a presença de risco de dano ou risco ao resultado útil do processo. É, também, permitido ordenar a chamada injunção interlocutória, sem audiência, quando o peticionário sofrer lesão irreparável, quando não for concedida imediatamente ou, seja inviável pela escassez de tempo para a citação à parte contrária, logo, no caso, o contraditório será adiado.

Por fim, podemos resumir que no direito norte americano estabelece algumas medidas cautelares e em alguns casos irá proteger o direito com a aplicação da tutela antecipada, entretanto não deter quando já ocorreu o dano, mas pelo critério da equidade a qual existe paralelamente à *cammon law.*

4. DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

4.1 O TEMPO E O PROCESSO

A Delimitação do tempo no processo é tão importante quando a própria ideia de justiça e ganha contornos e corres tão difíceis de definir como a justiça, por ser termo abstrato relativos, apurado em determinado momento da vida de cada cidadão. Na mitologia grega, Cronos era o Deus da agricultura e também simbolizava o tempo. De acordo com a mitologia, Cronos temia uma profecia segundo a qual seria tirado do poder por um de seus filhos. De temperamento violento e negativo, Cronos passou a matar e devorar todos os aqueles gerados por Reia. Porém, a mãe conseguiu salvar um deles, Zeus, escondendo-o numa caverna da ilha de Creta. Ao crescer, Zeus libertou os titãs e com a ajuda deles fez Cronos vomitar os irmãos (Hades, Hera, Héstia, Poseidon e Deméter). Zeus, com a ajuda dos irmãos e dos titãs, expulsou Cronos do Olimpo e governou como o Rei dos Deuses gregos. Como tinha derrotado o pai Cronos, que simbolizava o tempo, Zeus tornou-se imortal, poder estendido também aos irmãos.

Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró[223] iniciam sua obra "Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável" expondo sobre o rompimento do paradigma Newtoniano acerca do tempo e acerca do surgimento da Teoria da Relatividade de Einsten:

> Recordemos que para NEWTON o universo era previsível, um autômato, representado pela figura do relógio. Era a ideia do tempo absoluto e universal, independente do objeto e de seu observador, eis que considerado igual para todos e em todos os lugares [...] Com EINSTEN e a Teoria da Relatividade, opera-se uma ruptura completa dessa racionalidade, com o tempo sendo visto como algo relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador, pois ao lado do tempo objetivo está o tempo subjetivo

Acerca da regência do tempo em nossas vidas, Lopes Jr. e Badaró[224] aduzem que:

---

[223] LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19.
[224] Ibidem, p. 20.

> Vivemos numa sociedade regida pelo tempo, em que a velocidade é a alavanca do mundo contemporâneo, nos conduzindo à angústia do presenteísmo. Buscamos expandir ao máximo esse fragmento de tempo que chamamos de presente, espremido entre um passado que não existe, uma vez que já não é, e um futuro contingente, que ainda não é, e que por isso, também não existe.

Desde a antiguidade até os dias atuais, as mais variadas sociedades e os mais diversos pensadores sempre estiverem preocupados e em constante duvidas sobre as questões relacionadas ao tempo, não só por ser de vital importância para as diferentes áreas cientificas, mas porque o seu transcorrer está intimamente ligado à qualidade de vida do ser humano.

O tempo é indissociável do processo. Quer dizer que não existe processo instantâneo, haja vista que este se dá por intermédio de uma sequência de atos no tempo. O estudo da tutela provisória nada mais é do que, segundo os princípios constitucionais da celeridade, efetividade e demais inerentes ao processo, adequar a tutela jurisdicional às situações que necessitem de sua prestação de forma imediata. A preocupação com o decurso de tempo desprendido no processo judicial não surge como novidade para a doutrina, que há anos tem se preocupado em pesquisar e desenvolver teses referentes aos prazos e períodos de tempo decorridos no processo até sua conclusão. A duração excessiva dos processos judiciais está longe de ser um peculiaridade da experiência jurídica brasileira, conforme Jean Vincent[225], uma vez que trata-se de um celeuma global, afligindo os diversos ordenamentos, inclusive aqueles tidos como mais desenvolvidos , tanto que não há discussão alguma sobre as reformas processuais que não mencione ou tenha como fundamento primordial a morosidade da justiça.

Segundo Boaventura de Souza Santos[226], a consagração da garantia do processo sem dilações indevidas faz parte dos modernos movimentos de incremento do acesso à justiça, in verbis:

> O problema da morosidade da justiça é, numa perspectiva comparada, talvez o mais universal de todos os problemas com que se defrontam os Tribunais

---

[225] VINCENT, Jean; MONTAGNIER, Gabriel; VARINARD, André. **Le Justice et ses Institutions**. Paris: Dalloz, 1982. p. 122.

[226] SANTOS, Boaventura de Souza. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso Português**. Porto: Afrontamento, 1996. p. 390.

> em nossos dias. Não assumindo a mesma acuidade em todos os países e, no entanto, sentido em todos eles e, virtualmente, também em todos é *objecto* de debate político. Compreende-se que assim seja. A maior ou menor rapidez com que é exercida a garantia dos direitos é parte integrante e principal dessa garantia e, portanto, da qualidade da cidadania na medida em que esta se afirma pelo exercício dos direitos. Por esta via, o problema da morosidade da justiça constitui uma importante interface entre o sistema judicial e o sistema político particularmente em regimes democráticos.

Podemos perceber que a preocupação em combater a morosidade é global, já que configura o principal obstáculo para que o processo cumpra a sua função institucional, como observa José Rogério Cruz e Tucci[227], pois o tempo poderá causar o perecimento das pretensões, ocasionando danos econômicos e psicológicos as partes e aos operadores do direito, levando até mesmo um descredito do poder judiciário.

Para Flavia de Almeida zanferdini[228], se por um lado, os grandes avanços conquistados nos últimos anos deram-se no campo da facilitação do acesso à justiça e do rompimento com certos obstáculos ilegítimos que o impediam, por outro, surge o desafio de dar eficiência ao aparelho judiciário para que este absorva de modo satisfatório a crescente demanda. Neste diapasão, José Carlos Barbosa Moreira[229] procurou sistematizar esses novos desafios:

> O simples aumento da população, que entre nós nada fez crer que se detenha a certo prazo, já seria, por si só, causa de sobrecarga de trabalho. Nem se trata, apenas, de levar em conta a progressiva elevação do aumento de habitantes: na verdade, à medida que se vão disseminando o conhecimento dos direitos, a consciência da cidadania, a percepção de carências e a formulação de aspirações, correlatamente emerge, na população já existente, a demanda até então contida, sobre a percentagem dos que pleiteiam, reclamam, litigam; e, por maior relevância que possam assumir outros meios de solução de conflitos, seria perigoso apostar muito na perspectiva de um desvio de fluxo suficiente para aliviar de modo considerável a pressão sobre os congestionados canais judiciários. Somem-se a isso fatores como a crescente complexidade da vida econômica e social, o incremento dos contatos e das relações internacionais, a multiplicação de litígios com feições nova e desafiadora, a fazer aguda a exigência de especialização e de emprego de instrumentos diversos dos que nos são familiares, e ficará evidente que não há como fugir à necessidade de mudanças sem correr o risco de empurrar para níveis explosivos a crise atual, em certos ângulos já tão assustadora.

---

[227] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. p. 89.

[228] ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **A Crise da Justiça e do Processo e a Garantia do Prazo Razoável. Revista de Processo**, n. 112, out/dez 2003. p. 263.

[229] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Justiça no Limiar de Novo Século**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

Em face desse acontecimentos, surgem a discussão a cerca da distribuição equitativa do ônus do tempo no processo entre as partes, através das inúmeras técnicas de aceleração processual, entre elas destacamos a tutela provisória como uma excelente ferramenta de aceleração do tempo processual, e de atenuação da morosidade processual, e principalmente como mecanismo de inversão do ônus processual entre as partes, como bem observou Marinoni[230]. Desse modo, uma decisão judicial, se não eficaz no tempo de sua necessidade perde sua razão de ser, uma vez que poderia se perder o bem em litigio ao longo do curso processual. Por esta razão as tutelas provisórias se tornam peças chave no tramite processual, pois tão injusto quanto se negar um direito a quem é devido, é reconhecê-lo intempestivamente, quando a utilidade do seu exercício já foi destruída ou mitigada pela ação implacável do tempo.

A visão de prestação jurisdicional em tempo razoável, por sua vez, se dá de maneira relativa frente aos casos concretos. Não há que se falar em justiça quando em uma lide se busque tutelar o bem vida, e a resposta do Estado seja efetivada após anos. Algumas necessidades demandadas em juízo necessitam de provimento imediato, que são passiveis de serem concedidos através das tutelas provisórias.

4.2 CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A morosidade processual também é motivo de queixas em diversos países europeus, o que levou vários jurisdicionados a encaminhar reclamações perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Diante disso, Artur César de Souza[231] explica que o Tribunal Europeu analisou e elaborou critérios da razoável duração do processo adotando a “doutrina do não prazo”. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos indica uma série de critérios objetivos para estabelecer a existência ou não de prazo razoável, podendo ser citadas, dentre essas exigências, as seguintes: a)

---

[230] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado: parte incontroversa da demanda**. São Paulo: RT, 2002. p. 21.
[231] SOUZA, Artur César de. **Tutela Provisória - Tutela de Urgência e Tutela de Evidência.** São Paulo: Almedina, 2016. p. 67.

natureza e circunstâncias do litígio; b) complexidade e média geral dos litígios com o mesmo objeto; c) conduta do demandante e do órgão judicial; d) consequências para os litigantes em razão da demora. Esses critérios podem ser observados nas seguintes decisões: Sts Wemhift (27 de junho de 1968); König (28 de julho de 1978); Foti y otros (10 de dezembro de 1982); Zimmermann y Steiner (13 de julho de 1983); Lechner y Hess (23 de abril de 1987); Erkner y Hofaur (23 de abril de 1987).

O juízo sobre a complexidade dos casos deve ater-se, segundo Maurizio de Paolis[232]: a) à matéria; b) ao tipo de procedimento aplicado; c) à novidade ou seriedade das questões discutidas; d) ao número de partes; e) ao número de demanda formulada; f) à tipologia (quantitativa e qualitativa) da investigação levada a cabo; g) à necessidade de reenvio para fins instrutórios ou ao lapso de tempo ocorrido entre o reenvio e audiência sucessiva; h) à presença de sub-procedimentos sumários; i) à quantidade de documentos produzidos para exame dos magistrados e dos advogados; j) aos acertamentos técnicos desenvolvidos; l) às provas produzidas.

Assim, a somatória de fatores, portanto, será um importante critério para avaliar se determinado processo teve ou não uma razoável duração, uma vez que se está diante de um conceito indeterminado. Portanto, a razoável duração do processo deve ser avaliada pela justiça do processo, entendida como o resultado final da resposta do juiz à demanda da parte e sua efetiva concretização.

O novo Diploma processual civil vigente garante o direito a uma razoável duração do processo, tanto para a solução integral da lide, como para a satisfação integral do direito material reconhecido.

Desse modo, a razoável duração do processo diz respeito às atividades satisfativas exercidas pelo juiz no processo, que podem decorrer de uma antecipação provisória de tutela (tutela de urgência) quanto da execução definitiva da tutela prestada.

A preocupação pela rápida duração do processo deve ser constante e ser avaliada em todo o arco do procedimento, inclusive quanto ao número de partes que podem compor a demanda, ou quanto à possibilidade de intervenção de terceiro que deve ocorrer durante a relação jurídica processual.

---

[232] DE PAOLIS, Maurizio. **Eccessiva durata del processo: risarcimento del dano**. II ed. Republica de San Marino, 2012. p. 139.

4.3 DIREITO FUNDAMENTAL A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A inquietação com a morosidade da Justiça na solução das lides processuais, em âmbito mundial, adquiriu tal importância que, já na década de 70 passou a ser objeto de tratados internacionais sobre direitos humanos.

O primeiro tratado internacional a fazer menção à celeridade processual foi o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que dispunha em seu art. 14: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a pelo menos as seguintes garantias: [...] c) de ser julgado sem dilações indevidas".

Três anos mais tarde, em 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, foi firmada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que por isso ficou conhecida como "Pacto de San José da Costa Rica". Neste tratado, a celeridade processual foi reconhecida internacionalmente como "direito humano", passando, em seguida, a ser positivada na legislação da maioria dos países signatários.

O Art. 5º da referida Convenção assim alude:

> Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O Brasil, somente uma década e meia após ter ratificado os dois tratados, inseriu no texto da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional n. 45, a garantia da celeridade processual. Porém, lamentavelmente omitiu-se o legislador, ao não fixar qual seria o prazo considerado razoável para a duração do processo, tampouco quais as medidas a serem utilizadas para sua implementação.

Nesse sentido é a manifestação de Alexandre de Moraes[233]:

> A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do devido

---

[233] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2005. p. 94.

> processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, caput).

A Emenda Constitucional n. 45/04, porém, a nosso ver trouxe somente a preocupação de elevar a nível constitucional a busca pelo celeridade processual, trazendo poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça Brasileira. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados.

Ao positivar no texto da Carta Magna um direito que o Brasil já havia se comprometido a observar, o legislador, não fixando os critérios para se auferir a razoabilidade na duração de um processo, deixou margem para as mais variadas interpretações. Também não foram determinados quais os instrumentos a serem usados, em caso de atraso injustificável.

Criticando esta omissão legislativa, lamenta Paulo Hoffman[234]:

> É lamentável constatar que, sem antes tomar medidas de ordem prática e sem que nada na ineficiente estrutura e nas condições do Poder Judiciário fosse alterado, a EC 45 simplesmente acresceu o parágrafo (sic) LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo no sistema brasileiro. Infelizmente, o simples acréscimo da Constituição Federal não modificará em nada a duração do processo. Trata-se, por ora, somente de mais uma garantia constitucional vazia.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o inciso LXXVIII no elenco do artigo 5º da Constituição da República – CR/88 -, portanto, entre os direitos e garantias fundamentais do Título II.

De há muito se discute a efetividade como princípio que se adere ao plano dos direitos e garantias fundamentais, sob diversas facetas, dentre elas o próprio acesso à justiça (inciso XXXV do artigo 5º e múltiplas decorrências legais), bem como o devido processo legal (inciso LIV, complementado pelo inciso LV do artigo 5º) e a imutabilidade das decisões, após cognição exauriente, com atuação dos dispositivos antes referidos.

---

[234] HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 97-98.

A efetividade é gênero no qual está contida a ideia de duração razoável do processo, como consequência lógica de que a efetividade está relacionada à jurisdição e a tempestividade ao processo.

É por isso que, ao referir que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do artigo 5º), a Constituição quer fazer efetiva a atuação jurisdicional por meio de um processo que também seja célere.

Este inciso não trouxe novidade ao meio jurídico, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, no seu artigo 8º, item 1, já previa que toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...), ao que vale lembrar que o Brasil é signatário deste Pacto, eficaz no plano internacional desde 1978, desde a edição do Decreto nº 27, de 26 de maio de 1992, com adesão do Brasil em setembro do mesmo ano. Esta norma, portanto, já integrava e complementava o catálogo de direitos fundamentais por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, segundo Didier[235], ou, no mínimo, diante de conhecida controvérsia jurisprudencial anterior à inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal, compunha o sistema jurídico brasileiro infraconstitucional.

Contudo, o que de há muito se discute é que o processo moroso somente traz benefício à parte que sabe estar a razão do lado adverso, àquele que quer justamente impedir ou postergar a aplicação das normas. Enfim, a morosidade do processo caminha na razão proporcional do uso arbitrário do poder e da desconsideração das normas que consagram garantias e direitos da sociedade.

É, todavia, oportuno identificar que não é somente o autor que tem direito à prestação jurisdicional, porquanto o réu também busca o resultado útil do processo. Se, de um lado, o autor busca a procedência da ação, com o reconhecimento de que o direito lhe assiste, de outro, o réu busca declaração em sentido contrário. Sendo assim, goza de todos os direitos e garantias atribuídos ao autor, merecendo tratamento igualitário na busca de uma prestação jurisdicional justa.

Diante disso, não se pode olvidar que, estando inseridos no rol de direitos fundamentais, tanto o direito ao processo célere quanto o direito ao contraditório e à ampla defesa (*due process of law*), direitos e garantias, em princípio, não devem conflitar, mas harmonizar-se na busca da efetividade. Outrossim a celeridade do

---

[235] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 39.

processo visa atingir o escopo da utilidade, de outro, não pode sacrificar o ideal de justiça da decisão, que demanda um processo dialético-cognitivo exauriente que, por sua vez, demanda tempo.

Por último, é preciso dizer que não se pretendia resolver a questão da morosidade dos processos com a simples inclusão do citado dispositivo no texto constitucional, na verdade, o legislador de reforma buscava dar relevo especial a tal problema, para que, a partir de então, os juristas passassem a procurar, ainda mais, meios de acelerar o procedimento sem reduzir a atividade cognitiva do processo.

4.4 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NA CF/88

A inquietação com a morosidade da Justiça na solução das lides processuais, em âmbito mundial, adquiriu tal importância que, já na década de 70 passou a ser objeto de tratados internacionais sobre direitos humanos.

O primeiro tratado internacional a fazer menção à celeridade processual foi o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que dispunha em seu art. 14: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a pelo menos as seguintes garantias: [...] c) de ser julgado sem dilações indevidas". Três anos mais tarde, em 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, foi firmada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que por isso ficou conhecida como "Pacto de San José da Costa Rica". Neste tratado, a celeridade processual foi reconhecida internacionalmente como "direito humano", passando, em seguida, a ser positivada na legislação da maioria dos países signatários.

O Brasil, somente uma década e meia após ter ratificado os dois tratados, inseriu no texto da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional n. 45, a garantia da celeridade processual. Porém, lamentavelmente omitiu-se o legislador, ao não fixar qual seria o prazo considerado razoável para a duração do processo, tampouco quais as medidas a serem utilizadas para sua implementação. Nesse sentido é a manifestação de Alexandre de Moraes[236]: A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração

[236] Alexandre de. **Direito constitucional**. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2005. p. 94.

do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, caput).

A Emenda Constitucional n. 45/04, porém, a nosso ver trouxe somente a preocupação de elevar a nível constitucional a busca pela celeridade processual, trazendo poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça Brasileira. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados.

Ao positivar no texto da Carta Magna um direito que o Brasil já havia se comprometido a observar, o legislador, não fixando os critérios para se auferir a razoabilidade na duração de um processo, deixou margem para as mais variadas interpretações. Também não foram determinados quais os instrumentos a serem usados, em caso de atraso injustificável. MORAES,.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o inciso LXXVIII no elenco do artigo 5º da Constituição da República – CF/88[237] -, portanto, entre os direitos e garantias fundamentais do Título II.

Ressalta-se que há muito tempo se discute a efetividade como princípio que se adere ao plano dos direitos e garantias fundamentais, sob diversas facetas, dentre elas o próprio acesso à justiça (inciso XXXV do artigo 5º e múltiplas decorrências legais), bem como o devido processo legal (inciso LIV, complementado pelo inciso LV do artigo 5º) e a imutabilidade das decisões, após cognição exauriente, com atuação dos dispositivos antes referidos.

A efetividade é gênero no qual está contida a ideia de duração razoável do processo, como consequência lógica de que a efetividade está relacionada à jurisdição e a tempestividade ao processo. É por isso que, ao referir que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do artigo 5º), a

---

[237] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Constituição quer fazer efetiva a atuação jurisdicional por meio de um processo que também seja célere.

Este inciso não trouxe novidade ao meio jurídico, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, no seu artigo 8º, item 1, já previa que toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...), ao que vale lembrar que o Brasil é signatário deste Pacto, eficaz no plano internacional desde 1978, desde a edição do Decreto nº 27, de 26 de maio de 1992, com adesão do Brasil em setembro do mesmo ano. Esta norma, portanto, já integrava e complementava o catálogo de direitos fundamentais por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, segundo Didier[238] , ou, no mínimo, diante de conhecida controvérsia jurisprudencial anterior à inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal, compunha o sistema jurídico brasileiro infraconstitucional.

Contudo, o que de há muito se discute é que o processo moroso somente traz benefício à parte que sabe estar a razão do lado adverso, àquele que quer justamente impedir ou postergar a aplicação das normas. Enfim, a morosidade do processo caminha na razão proporcional do uso arbitrário do poder e da desconsideração das normas que consagram garantias e direitos da sociedade.

É, todavia, oportuno identificar que não é somente o autor que tem direito à prestação jurisdicional, porquanto o réu também busca o resultado útil do processo. Se, de um lado, o autor busca a procedência da ação, com o reconhecimento de que o direito lhe assiste, de outro, o réu busca declaração em sentido contrário. Sendo assim, goza de todos os direitos e garantias atribuídos ao autor, merecendo tratamento igualitário na busca de uma prestação jurisdicional justa.

Diante disso, não se pode olvidar que, estando inseridos no rol de direitos fundamentais, tanto o direito ao processo célere quanto o direito ao contraditório e à ampla defesa (*due process of law)*, direitos e garantias, em princípio, não devem conflitar, mas harmonizar-se na busca da efetividade. Outrossim a celeridade do processo visa atingir o escopo da utilidade, de outro, não pode sacrificar o ideal de justiça da decisão, que demanda um processo dialético-cognitivo exauriente que, por sua vez, demanda tempo.

Por último, é preciso dizer que não se pretendia resolver a questão da morosidade dos processos com a simples inclusão do citado dispositivo no texto

---

[238] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 39.

constitucional, na verdade, o legislador de reforma buscava dar relevo especial a tal problema, para que, a partir de então, os juristas passassem a procurar, ainda mais, meios de acelerar o procedimento sem reduzir a atividade cognitiva do processo.

4.5 A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO CONTEXTO MUNDIAL

A preocupação pela razoável duração do processo nos remete ao Século XVIII, quando Cesare Beccaria[239] já afirmava que, se por um lado, ao acusado deve ser proporcionado o tempo necessário para que exerça sua defesa, por outro o castigo não deve demorar muito a ser imposto, de forma que, além da punição a aquele, sirva também de freio aos demais indivíduos. Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo das garantias fundamentais, é claro, estão calcados no respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo no correto funcionamento das instituições, e na própria confiança na capacidade da Justiça de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável.

Diante do aumento de volume das demandas judiciais, proporcional ao crescimento da população, o Estado, na maioria dos países, não estruturou seu Poder Judiciário, a fim de suprir essa demanda. A preocupação dos operadores do Direito cada vez mais ganha corpo, no sentido de buscar soluções para a morosidade processual. Assim o afirma Paulo Hoffman[240]:

> "(...) Sem se esquecer da importância e relevância dos demais princípios, a duração do processo tem se caracterizado como ponto de grande preocupação e atenção dos operadores e estudiosos do Direito, porquanto uma Justiça que tarde é sempre falha. Independente de a razão ao final ser atribuída ao autor ou ao réu, a demora na prestação jurisdicional causa às partes envolvidas desconforto, ansiedade e, na maioria das vezes, prejuízos de ordem material e moral a exigir a justa e adequada solução em tempo aceitável."

---

[239] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 28.
[240] HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 24-25.

É interessante observar a forma como os ordenamentos jurídicos, mundo afora, enfrentam a questão dos prazos no processo. Do quanto se depreende das legislações alienígenas, a problemática causa tamanha inquietação nos legisladores, que os sistemas jurídicos têm elevado a discussão à estatura constitucional.

4.5.1 No Direito Argentino

O ordenamento jurídico argentino não possui em sua legislação nacional dispositivo específico sobre a razoável duração do processo. Entretanto, a jurisprudência vem aplicando seguidamente a dilação indevida da lide para responsabilizar o Estado, entendendo que seriam indevidos os danos sofridos pelas partes quando o Poder Judiciário demora de forma desproporcional na solução do caso concreto. Edgardo López Herrera[241] esclarece que o direito a um processo sem dilações indevidas foi reconhecido pela Corte Suprema de Justicia de la Nación da República Argentina em 19687, no julgamento “Mattei, Ángel”, ao entender incluído na garantia da defesa em juízo o direito de todo imputado a obter logo do juiz competente um pronunciamento que termine, da forma mais rápida possível, a situação de incerteza e de inegável restrição da liberdade que comporta o processo penal. O entendimento se repetiu ao longo dos anos de forma praticamente intocada

A Corte Suprema de Justiça da Argentina, após o caso Mattei[242] passou a reconhecer a garantia do direito de defesa também compreenderia o direito de obter um pronunciamento que, definindo sua posição frente a lei e a sociedade, conclua da forma mais célere possível o processo. Passou-se a entender que, mais que o acesso à justiça, é mister que se oportunize uma decisão em tempo hábil.

A Corte Suprema de Justiça da Argentina considera a duração razoável do processo como um direito de defesa, devendo ser inserido no corpo do devido

---

[241] HERRERA, Edgardo López. **Daños por demora irrazonable del proceso judicial**. Disponível em: Disponível em: <http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7560119/Danos-por-Demora-irrazonable-del-ProcesoJudicial.html>. Acesso em: 03. mar. 2019.

[242] ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación da República Argentina**. Caso Mattei, Angél. Velez Carreras, Ignacio y otros**. Julgado em: 29. nov. 1968. Disponível em: <http:// www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=370645&indice=3>. Acesso em: 03 mar. 2019.

processo legal. No Recurso Ordinário de Apelação B.789 XXXI[243] a Corte Suprema considerou:

> A garantia constitucional da defesa em juízo e o devido processo não se esgotam no cumprimento normal dos trâmites previstos nas leis adjetivas sem que se estenda à necessidade de obter uma rápida decisão que ponha fim aos conflitos e situações de incerteza, evitando, dentro dos limites do razoável e conforme as circunstâncias de cada caso, uma dispendiosa e eventualmente inútil atividade jurisdicional.

Desse modo, considera a jurisprudência argentina que dilações desnecessárias, ainda que normais aos olhos da lei, prejudicam o direito de defesa, privando a parte da efetiva justiça, apesar da inexistência previsão expressa legislativa vem sendo preenchida pela jurisprudência argentina com uso da interpretação extensiva do princípio constitucional do direito de defesa, podendo gerar a responsabilização do Estado quando há dilações desnecessárias retardando seu resultado e prejudicando as partes. Tal entendimento vem sendo reiteradamente aplicado pela Corte Suprema argentina. Por fim, faz-se necessário ressaltar que no ordenamento jurídico argentino não aplica a noção de razoável duração apenas no processo penal, como explica Edgardo López Herrera, que é feita pelos tribunais uma interpretação baseada no acesso à justiça, decidindo-se que é possível afastar-se o art. 1.101 do Código Civil argentino , que exige prévia solução na instância criminal antes da sentença cível de indenização, quando essa condição não se concretiza, gerando dilação indevida do processo.

4.5.2 No Direito Espanhol

A Espanha prevê, em seu próprio texto constitucional, a existência do direito a um processo sem dilações indevidas como sendo fundamental. Entre outras garantias, prevê o seu artigo 24[244] o direito à razoável duração do processo, vedando expressamente indevidas dilações, *ut infra*:

---

[243] ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación da República Argentina. **Caso Barry, Maria Elena v. Anses**. Julgado em: 10. out. 1996. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp>. Acesso em: 03 mar. 2019.

[244] Art. 24 da Constituição Espanhola.

> Artigo 24. 1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunas no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa haver indefesos. 2. Além disso, todos têm direito a um juiz ordinário predeterminado por lei, à defesa e à assistência de um advogado, a ser informado de todas as acusações contra eles, a um julgamento público, sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de provas pertinentes à sua defesa, a não testemunhar contra si mesmos, a não se confessar culpado e à presunção de inocência.

Portanto, o Tribunal Constitucional Espanhol tem entendido que a expressão "dilações indevidas" constitui um conceito jurídico indeterminado, permitindo discricionariedade ao julgador quando de sua averiguação. Para o doutrinador espanhol José Antônio Tomé Garcia[245], a expressão dilações indevidas contido no artigo 24 são:

> Delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários (apud VIANA, 2007, p.107).

Para a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, as limitações de recursos humanos e estruturais não isentam o Estado de prestar a tutela em tempo razoável, cabendo indenizações no caso de lentidão no julgamento dos processos, desde comprovada individualmente a lesão.

4.5.3 No Direito Americano

A Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, no complexo conhecido como *Bill of Rights*, na sua sexta emenda embora esboçando no sentido limitado ao processo criminal assegura aos acusados o chamado *the right to a speedy and public trial*.

---

[245] GARCIA, José Antônio Tomé. Apud VIANA, Adriana Grandinetti. **A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

Nos Estados unidos, por exemplo, a razoabilidade de tempo no transcurso de um processo criminal é rigorosamente observada, muito embora não haja um marco temporal objetivamente estabelecido em lei. Aliás, na jurisprudência norte-americana, o direito de o acusado ser julgado num tempo razoável é obedecido com muito maior severidade do que em muitos países que determinam prazos em lei. No entanto, não se faz necessário traçar comparativos com a legislação europeia ou norte-americana, tão distantes da realidade brasileira, quando na América do Sul já é possível encontrar legislações bastante inovadoras em matéria processual penal.

Por fim, cabe ressaltar que o sistema judicial norte-americano funciona tão bem que um caso de homicídio lá é julgado, em média, em 03 meses e 11 dias, enquanto no Brasil, o mesmo caso é julgado em 03 anos, 11 meses e 6 dias.[246]

4.5.4 No Direito Italiano

O Direito Italiano é um dos ordenamentos jurídicos mais estudados, devido ao posicionamento de seus juristas, é o ordenamento italiano. Contudo, embora o grande valor de seu sistema processual, a Itália ainda está às voltas com a delonga processual, conforme comenta José Carlos Barbosa Moreira:

> Na área civil, segundo dados constantes do relatório sobre a administração da Justiça em 1988, elaborado pelo Procurador-Geral da República junto a Corte de Cassação, girou em torno de quatro anos, entre 1991 e 1997, a duração média de processos em primeiro grau de jurisdição, perante os órgãos de competência comum

Portanto, na Itália, os processos em primeira instância, entre 1991 e 1997, duravam em média quatro anos.

O Legislador italiano procurando alterar este quadro, em 2001 foi inserido na Constituição italiana o artigo 111, prevendo expressamente a razoável duração do processo. Ainda, devido às constantes condenações que a Itália sofreu por morosidade processual na Corte Europeia de Direitos Humanos, aliado à reposta do chamamento constitucional, o legislador italiano editou a Lei Pinto (Legge Pinto),

---

[246] MENEZES, Cynara. **As vitorias parciais contra a corrupção**. Revista Veja, ed.1861. a. 37, n. 27, p. 36-39. São Paulo: Abril, p. 39, 07 jul. 2004.

prevendo indenização pelo descumprimento do prazo razoável na duração do processo. Seu artigo 2º. faz direta referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Devido às recentes alterações, a Itália conseguiu significativa redução na celeridade processual, passando de 4 anos para aproximadamente 200 dias o tempo de tramitação na primeira instância cível.

4.5.5 Nos Demais Países Desenvolvidos

O ordenamento francês, por sua vez, não traz em sua Carta Constitucional a expressa tutela ao direito à razoável duração do processo. Entretanto, os órgãos jurisdicionais e administrativos franceses aplicam o instituto em suas decisões.

No Japão, antes da implantação do novo código (1998) para chegar à Suprema Corte os processos não levavam menos do que uma década.[247] Um levantamento feito em Portugal, em 2002, revelou que uma ação de despejo leva aproximadamente onze anos para chegar ao fim no primeiro grau de jurisdição.[248] Apesar de não haver estatísticas precisas, a situação não é diferente no Brasil: os litígios que, ressalvados os imprevistos, deveriam durar em média 131 dias, raramente chegam a termo antes de completarem o primeiro ano.[249]

A morosidade no trâmite dos processos prejudica não só à administração pública, mas também, e principalmente, aos litigantes. A demora dos processos, os processos que contam tempo, não por anos, mas por quinquênios, como já verberava Rui Barbosa, não atentam apenas contra a cidadania e uma boa política judiciária. Ferem também a pessoa, na sua estrutura de vida, de pensamentos e de emoções. Assim, resta evidente que o Brasil necessita implementar reformas urgentes em sua legislação infraconstitucional, a exemplo do que ocorreu no Paraguai, um país que, tendo permanecido por três décadas sob um regime ditatorial, não apenas ratificou o

---

[247] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual: Oitava Série**. São Paulo: Editora Saraiva. 2004. p. 2.
[248] Anuário Estatístico da Justiça.
[249] WAMBIER, Luiz Rodrigues e Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 38.

Pacto de San José da Costa Rica, como efetivamente implementou as reformas processuais necessárias, a fim de efetivá-lo.

Por fim, podemos concluir que não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, um dos maiores problemas enfrentados pelo Direito é o da excessiva morosidade dos processos, uma vez que os Estados, que vedam a autotutela, são incapaz de solucionar os conflitos pela via judicial dentro de um tempo razoável.

4.6 A TUTELA PROVISÓRIA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

A Constituição Federal assegura a quem litiga em juízo vários direitos fundamentais que genericamente são denominados de Devido Processo Legal. Dentre esses diversos direitos, destacam-se o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica. O direito à efetividade da jurisdição compreende não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também, a de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar de forma eficaz no plano dos fatos. Já o direito à segurança jurídica pode ser definido como o direito à cognição exauriente, entendida como, segundo Marinoni[250] "a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais se ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos". Ambos os direitos, por se tratarem de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não possuem hierarquia entre si e, por essa razão, merecem do legislador ordinário e do juiz estrita e fiel observância. No entanto, isso não impede que, no plano da realidade, esses direitos entrem em atrito. O decurso do tempo ao passo que é compatível com a garantia da segurança jurídica, muitas vezes é incompatível com a efetividade da jurisdição, principalmente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente.

Sempre que ocorrer a situação em que o direito à segurança jurídica e à efetividade da justiça não puderem conviver, harmônica e simultaneamente, ter-se-á uma colisão de direitos fundamentais que reclamará uma solução harmonizadora, já que, não se pode, simplesmente, eliminar-se um dos direitos colidentes. A solução conformadora deve ocorrer, de modo que todos os direitos em conflito sobrevivam,

---

[250] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 134.

senão de modo absoluto, pelo menos relativizado, pela aplicação proporcional e embasado na razoabilidade do aplicador do direito. A nosso ver, em nosso ordenamento jurídico, a fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a outorga de medidas de caráter provisório, aptas a superar situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos. Entretanto, o próprio legislador encarregou-se de estabelecer modo de solução das antinomia das normas de dos princípios processuais conflitados, indicando a providência a ser tomada, embora, nem sempre há soluções previamente estabelecidas e, nessas situações, caberá ao juiz a tarefa de criar topicamente a regra conformadora.

A tutela provisória foi tratada como tutela cautelar, embora tenha esta última função de apenas assegurar a viabilidade da realização do direito. Obviamente, tal distorção foi fruto da necessidade de celeridade e da exigência de efetividade da tutela dos direitos. Ademais, o uso da tutela cautelar com fim satisfativo, ou como técnica de antecipação da tutela, aliado ao problema que se verifica na prática forense da desnecessária duplicação de procedimentos para a tutela do direito material e da impossibilidade de realização de parcela do direito evidenciado no curso do processo, levou o legislado a introduzir no Código de Processo Civil na norma que consta no art. 273, CPC/73, previsto agora nos art. 294 a 311 do Código de Processo Civil de 2015.

A tutela provisória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas nas hipóteses de dano irreparável ou de difícil reparação, mas também "para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu, como no caso das tutelas de evidências", segundo o doutrinador Eduardo Alvim[251].

Desse modo, a técnica da tutela provisória visa, assim, a distribuir o ônus do tempo do processo, entretanto, é preciso que os operadores do direito utilizem tal instrumento de forma adequada, compreendendo a sua importância, assim como é necessário que o juiz compreenda que não há efetividade sem riscos, pois não é só a ação que pode trazer prejuízos, mas também a omissão.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, e a inserção do inciso LXXVIII, ao art. 5º, é possível afirmar-se que a antecipação da tutela ganhou um

---

[251] ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 132.

fundamento constitucional expresso, já que o dispositivo assegura não apenas o direito à razoável duração do processo, mas também os meios que garantam a celeridade da tramitação. Dessa forma, é possível afirmar-se que o inciso LXXVIII veio reforçar o provimento antecipatório, já que a antecipação dos efeitos da tutela tem como um de seus fundamentos evitar que o provimento jurisdicional venha intempestivo, tornando-se inútil para a parte.

Portanto, na medida em que a tutela antecipada é uma forma de viabilizar a conformidade entre a efetividade da justiça e da segurança jurídica, ela também constitui um meio de permitir que as partes tenham um processo em tempo razoável e efetivo, assim, satisfazendo o princípio inserto no inciso LXXVIII do art. 5º da Lei Magna, passando a ser adotado como um dos fundamentos constitucionais da tutela provisória, já que reforça a importância do resultado do processo em tempo hábil, ainda que provisório.

4.7 A CELERIDADE PROCESSUAL VERSO A SEGURANÇA JURÍDICA

A tão buscada celeridade não pode vir a comprometer a atividade cognitiva do juiz, pois de nada adianta imprimir presteza ao trâmite se, ao final, o processo apresentar para os litigantes uma solução injusta ou superficial. A ideia de duração razoável do processo está ligada à efetividade da prestação da tutela jurisdicional, uma vez que a celeridade do processo visa atingir o escopo da utilidade, todavia, sem sacrificar o ideal de justiça da decisão, que demanda um processo dialético-cognitivo exauriente que, por sua vez, demanda tempo.

Quando se propõe uma demanda não há, num primeiro plano, a preocupação com a rapidez em obter a resposta, o que se busca, de fato, é a solução daquele conflito de interesses. Como já foi dito, a pior das consequências da morosidade na prestação da tutela jurisdicional é, exatamente, a perda do objeto do processo, a negação da sua natureza instrumental e do seu caráter de caminho para a concretização de direitos materiais. Verdadeiramente, "de nada adianta a prestação tardia; o direito pode ter perecido, na prática, ou perdido muito de seu significado para

o seu detentor." [252] Infere-se, assim, que ao primar pela celeridade, e só pela celeridade, um juiz pode vir a cometer outros erros que são, no mínimo, tão prejudiciais quanto a demora para proferir sua decisão final. Neste contexto, tem-se que a tutela prestada em tempo curto não é, necessariamente, a garantia de uma solução adequada para a lide. Tanto quanto a morosidade traz a angústia e a sensação de insegurança para os litigantes, a sentença superficial ou injusta gera o descrédito e a insatisfação social. Ainda, é preciso ponderar que o descontentamento em relação aos pronunciamentos emitidos gera crescimento tanto na proposição de recursos quanto na de novas demandas. De acordo com o irretocável Barbosa Moreira, “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”. [253]

Diante do exposto, conclui-se que apenas o fato de tornar o processo mais rápido, não garante a satisfação de seus sujeitos. É preciso sim aperfeiçoar os mecanismos e minorar a burocracia processual, sem deixar, no entanto, que a celeridade prevaleça sobre a segurança jurídica das decisões.

4.8 DOS PRAZOS PARA MANIFESTAÇÃO DO JUIZ

A implementação da Emenda Constitucional nº 45, trouxe consigo a possibilidade de vincular a duração razoável dos processos à atividade dos magistrados. A partir desta alteração, tornou-se possível responsabilizar os juízes por dilações indevidas no trâmite processual. Entendem-se aqui "dilações indevidas" como: os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual e outro, sem subordinação a um lapso

---

[252] WAMBIER, Luiz Rodrigues e Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 43.

[253] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual: Oitava Série**. São Paulo: Editora Saraiva. 2004. p. 05.

temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários. [254]

O Poder Constituinte derivado implementou a alteração da redação da línea “c” do art. 93, inciso II, bem como, a inclusão da alínea “e” do mesmo dispositivo legal, para estabelecer critérios mais objetivos para a remoção e promoção dos magistrados, atendidos a efetiva prestação jurisdicional, sempre buscando a razoável duração do processo. Decorre de tais mudanças o fato de que, doravante, os juízes somente serão promovidos se atenderem a critérios objetivos: produtividade e presteza. Significa dizer que aquele magistrado, que por culpa exclusiva atrasar o trâmite dos processos ou que não for ágil na solução dos mesmos, não receberá promoção. Além disso, os juízes que não forem produtivos, ou seja, aqueles que praticarem menos atos processuais do que poderiam e deveriam ter praticado, logicamente levando-se em conta a complexidade dos processos que estão sob sua responsabilidade, estarão impossibilitados de acessar às instâncias superiores. Enfim, o desrespeito aos prazos por desídia do magistrado se tornou causa impeditiva de promoção.

Portanto, o mecanismo criado pela Emenda atrelou a razoável duração do processo aos interesses pessoais dos magistrados, pretendendo, com isso, despertar neles verdadeiro interesse e empenho na prestação de uma tutela jurisdicional dentro do menor tempo possível.

4.9 MODIFICAÇÕES QUE VISAM DAR CELERIDADE AO TRÂMITE PROCESSUAL

Dentre outras, podem ser citadas as seguintes mudanças: a eliminação das férias coletivas nos juízos de primeiro e de segundo graus (inclusão do inciso XII ao art. 93); a proporcionalidade entre o número de juízes e o número de pleitos judiciais de cada comarca (inclusão do inciso XIII ao art. 93) e a delegação aos servidores judiciários da prática de "atos de administração e atos de mero expediente" (inclusão do inciso XIV ao art. 93).

A vedação das férias coletivas parece ser, a priori, uma medida eficaz na redução da morosidade processual. Anteriormente, durante o alongado recesso

---

[254] GARCIA, José Antônio Tomé Apud TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997 p. 67.

paralisavam-se todas as atividades do Judiciário e suspendiam-se os prazos processuais, o que prejudicava, irreparavelmente, os interesses de toda a sociedade. De fato, não se pode conceber a ideia de que os direitos possam ficar sobrestados em determinada época do ano, como se naquele período houvesse verdadeiro período de hibernação da ordem jurídica e da vida social. Assim, parece mais que razoável a extinção dessa prática, ainda mais tratando-se de atividade na esfera pública. Com relação a proporcionalidade entre o número de magistrados e a demanda judicial das comarcas, e também a delegação de algumas funções, que até então só podiam ser exercidas pelos magistrados, aos serventuários, implementam maior agilidade aos processos.

Outra modificação importante, foi a introdução na tutela antecipada, do o inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, na época chamado de tutela antecipada, desde que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. No atual diploma processual civil brasileiro, tendo em vista a grande reformulação no instituto das medidas de urgência, tal possibilidade passou a ter nova roupagem e passou a ser chamada de tutela de evidência (art. 311 do CPC/2015). O Estatuto Processual Civil vigente demonstra nítida preocupação com a atuação subjetiva, justamente para evitar que a demora opere em franco prejuízo de uma e proveito de outra parte, proporcionando assim, um excelente mecanismo de equidade do ônus temporal a ser suportado pelas partes dentro de um processo.

Ao comentar este dispositivo (inciso II do artigo 273 do CPC/73, atualmente na tutela de evidência, art. 311 CPC/2015), e criticando a expressão manifesto propósito protelatório do réu, Teori Zawaski[255], acabou por conferir valiosa contribuição à identificação desta atuação prejudicial. Adotou, para tanto, o critério da atuação dentro ou fora do processo como diferenciadora das expressões referidas pelo legislador. Para Teori a referência ao abuso de direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais (atos protelatórios praticados no processo). Já o manifesto propósito protelatório resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora com ele relacionados, e exemplifica com a ocultação de prova, não-atendimento de diligência e simulação de doença.

---

[255] ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 77.

4.10 DA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO

Para que a prestação jurisdicional seja cumprida satisfatoriamente, além de criar procedimentos formalmente céleres e que visam à imediata entrega do bem da vida, o Estado deve aparelhar-se. Isso implica mão-de-obra (qualificada), instalações físicas e equipamentos. Mais das vezes a prestação jurisdicional, num país pobre como o Brasil, sofre os efeitos da demora também pela falta de estrutura. Ora, não se pode, jamais, enfocar a prestação satisfatória da tutela, que tem por meio o processo, cuja duração atende ao mandamento constitucional de que seja razoável, sem atentar para a estrutura do Sistema.

Desse contexto, extrai-se mais uma conclusão: é razoável que o processo demore mais que o esperado se a estrutura disponível for determinante nesse sentido. Por óbvio, a estrutura deve ser compatível com o volume de causas postas sob os ombros dos juízes. Todavia, concorda-se com Cruz e Tucci[256], quando afirma que E, ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pletora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, nesse particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional. Afora esse particular, para se aferir se a duração do processo é razoável há que se ponderar o volume de serviço e a estrutura disponível, sem desconsiderar a míngua instrumental de um país em desenvolvimento como o nosso.

Portanto resta clarividente que a morosidade nos tramites processuais dificulta a adequada prestação da solução dos conflitos juridicamente debatidos. Infelizmente, no poder judiciário Brasileiros, muitos são os fatores que são obstáculos para uma efetiva prestação judicial, em razão da grande demanda desproporcional aos servidores investidos em seus cargos, as atitudes emanadas até mesmo pelas partes que podem prolatar o processo, dentre outros fatores que fazem com que a eficácia não seja plenamente alcançada pelas unidades do nosso Poder Judiciário.

---

[256] CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. Revista Jurídica, n. 277, 2000. p. 23.

CONCLUSÃO

Foi constatado na presente dissertação que o surgimento do instituto das Tutela Provisórias veio ao encontro aos anseios de uma Justiça mais rápida e efetiva, ficando demonstrado que as medidas provisórias seja tutelas de urgência ou tutela de evidência, respeitado certos requisitos, buscam em sua finalidade, ao menos em tese, abreviação do tempo despendido no processo judicial entre a interposição da lide e a concretização do direito pleiteado em juízo. Neste sentido, insta destacar a imprescindibilidade dessas medidas para alcançarem o resguardo do direito material durante o tramite processual, possibilitando maior celeridade para o demandante da tutela jurisdicional.

Foi estudado no primeiro capítulo o Neoprocessualismo, e foi constatado que esse corrente hermenêutica foi a base de sustentáculo do Novo Diploma Processual Civil vigente, passando as norma constituição a serem o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídica, assumindo um caráter fundamental, pois a partir do momento em que se contemplaram amplos direitos e garantias, tornam constitucionais os mais importantes fundamentos dos direitos material e processual, insculpindo com a positivação os princípios constitucionais do processo civil, os quais foram demonstrado e detalhados a sua importância e aplicabilidade no Ordenamento jurídico pátrio., com exegese da norma jurídica processual subordinada as garantia e princípios previstos na Constituição Federal.

No segundo capítulo foi abordado um amplo estudo sobre a instrumentalização do processo, mecanismo fundamental é único pelo qual é resolvido, no âmbito do judiciário, o conflito de interesse qualificado pela pretensão resistida, através do conjunto sistematicamente ordenada em um procedimento, pautado pela garantia do contraditório e da ampla defesa, com emprego da jurisdição. Foi verificado e estudado a evolução do processo, os aspectos relevantes de sua instrumentalidade e foi encerrado o capítulo discorrendo sobra o maior problema do processo na atualidade no Brasil e no Mundo, que é a temida morosidade processual.

No capítulo central da dissertação, foi estudado e bastante detalhado a Tutela Provisória, iniciando com um breve levantamento histórico, e descoberto a origem deste instituto, dentro do Direito Romano, nos interditos romanos, bem como foi

verificado a sua evolução, passando desde sua origem até a sua aplicação no mundo atual, sendo enumeradas e citadas as evoluções legislativas, foi enfatizado os fundamentos constitucionais, e sobre a nova classificação adotada pelo novo Código de Processo Civil, com abolição do processo cautelar em virtude da adoção do sincretismo processual. No novo Código de Processo Civil foi verificado a divisão das Tutela Provisória em tutela de evidência e tutela de urgência, e está, por sua vez**,** foram subdivididas em tutela de urgência antecipada, de natureza satisfativo e tutela de urgência cautelar, de ordem conservativa, sendo estudado suas peculiaridades; semelhança; diferenças básicas; a fungibilidade; os requisitos; momento da concessão, em caráter incidental ou antecedente e novel possibilidade de estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada, resolvendo a lido antes até do próprio início do processo. Foi analisada a possibilidade de modificação e revogação, abordando sempre a diferença entre o novo e o velho diploma processual civil; a tutela de evidência, que restou comprovado configurar uma excelente ferramenta de combate a morosidade processual e por fim estudado e verificado como tal instituto é utilizado nos principais ordenamentos jurídicos no Mundo.

No ultimo capítulo foi estudado à razoável duração do processo, e concluímos o estudo aprofundado do tempo processual se faz necessário e fundamental para ser definido o tempo razoável de tramitação dos processos. Também foi abordado a evolução e influencia da convenção americana de direitos humanos no nosso Estado Democrático de Direito, sendo enfatizado o tempo de processo nos principais ordenamentos jurídicos do Mundo, e por fim verificou as possibilidades de solucionar ou ao menos, atenuar o tempo de tramitação dos processos, com a utilização das Tutelas Provisória para esse fim, com auxilio mecanismo processuais e estruturais necessários para a contemplação uma tutela jurisdicional realmente efetiva.

Encerra-se a presente dissertação com a certeza de que os Tutelas Provisórias vai contribui para que haja uma maior efetividade na prestação jurisdicional, sendo capaz de impedir o perecimento do direito de quem busca a tutela, e mais, sendo extremamente útil na busca da repressão dos vários modos maliciosos protelatórios do andamento processual, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva e em tempo razoável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Dicionário Básico de Direito.** 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro **Reforma do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional.** São Paulo: Método, 2005.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **On the concept and the nature of law**. Ratio Juris, Oxford.

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

ALVIM, CARREIRA. **Ação Monitória e temas polêmicos da reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Tutela antecipada**. São Paulo: São Paulo, 2001.

ANDRADE, Érico. **A técnica processual da tutela sumária no direito italiano**. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010.

ANDRADE, Sérgio Monteiro de. **Tutela Antecipada**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais**,** 1997.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Da Antecipação da Tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación da República Argentina**. Caso Mattei, Angél. Velez Carreras, Ignacio y otros**. Julgado em 29. nov. 1968. Disponível em: <http:// www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=370645&indice=3>. Acesso em: 03 mar. 2019.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela Provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

BARBOSA, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controlo das Políticas Públicas**. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação E Aplicação Da Constituição Fundamentos De Uma Dogmática Constitucional Transformadora.** 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____.**Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando**. O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENEDUZI, Renato. **Introdução ao Processo Civil Alemão**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____.**A Reforma do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BERTOLO, José Gilmar. **Tutela Antecipada: origem, princípios e diferenciações no direito positivo brasileiro**. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOUVIER, John. **Bouvier's Law Dictionary and Concise Encyclopedia**. 8. ed. 3. rev. v. 2. Nova York, 1984.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º60.607- SP – 2ª T. Relator: Ministro Ademar Maciel. **Diário de Justiça da União,** p. 49.929, de 04 setembro de 1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n.º 761- 1. Relator : Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União,** n.º 106, p. 24.786, 6 junho de 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 3 fev. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13. 105, de 13 de Março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> diversos acessos.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-lei n. 3.686, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 27, De 1992.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

BRASIL. **Lei n. 8.952,** de 13 de dezembro de 1994.

BRASIL. **Lei nº 10.444**, de 07 de maio de 2002.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. volume único. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____.**Tutela provisória no novo CPC : dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____.**Curso Sistematizado de direito processual civil.** volume 2. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito processual civil.** v 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 2005.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo : Almedina, 2016.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. (Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Teoria del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A Origem Romana da Tutela antecipada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Studi di diritto processuale**. Padova: Cedam. 1925-1938.

CASCONI, Francisco Antônio. **Tutela Antecipada nas Ações Possessórias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CASTRO, Leonardo Prieto. **Derecho Processal Civil**. Zaragoza: Livraria General , 1949. pág. 209

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do direito processual**. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998.

COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis Metateórico,** in

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes Corrêa. **Governança Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DE PAOLIS, Maurizio. **Eccessiva durata del processo: risarcimento del dano**. II ed. Republica de San Marino, 2012.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume I. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____.**Curso de Direito Processual Civil**: Volume 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma.** 2 ed. São Paulo: Malheiros,. 2002.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Direito Processual Civil.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRIEDE, Reis. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Tutela Antecipada, Tutela Especifica e Tutela Cautelar.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FUENTESECA, Pablo. **Investigaciones de derecho procesal romano**. Salamanca, 1969.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Cientifico.** 8 ed. Porto Alegre: 2000.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GALLI, Leandro. **Antecipação dos Efeitos da Tutela e Satisfatividade.** Curitiba: Revista dos Tribunais, 1999.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. Madrid: Civitas, 1995.

GARCIA, José Antônio Tomé Apud TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

GARCIA, José Antônio Tomé. Apud VIANA, Adriana Grandinetti. **A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

GIOLO JUNIOR, Cildo. **Morosidade da justiça: a responsabilidade patrimonial do estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

GODINHO, Robson Renault.; CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES, Frederico Augusto. **A estabilização da tutela antecipada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7ª ed. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUERRA FILHO, Santigo Willis**. Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva.

GUERRA, Adriana Diniz de Vasconcellos. **A Tutela Antecipada e sua Admissibilidade em Sede de Ação Rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito Processual e o resgate do Humanismo.** 2 ed. Rio de Janeiro: Thex Editora. 2001.

HERRERA, Edgardo López. **Daños por demora irrazonable del proceso judicial**. Disponível em: Disponível em: <http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7560119/Danos-por-Demora-irrazonable-del-ProcesoJudicial.html>. Acesso em: 03. mar. 2019.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JOBIM, Marcos Félix. **O direito à razoável duração do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ .Disponivel em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acessado em 15/02/2020.

KELSEN, Hans. **Teoria purado direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LACERDA, Galiano. **Tutela Antecipada e Tutela Interdital**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. **Augusto Comte e o positivismo redescobertos**. Revista de Sociologia e Politica, Curitiba, v. 17, n. 34, out 2009.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Campinas: Servanda, 2010.

LEAL, Fabio Resende. **A celeridade processual como pressuposto da efetividade dos direitos fundamentais. Curitiba**: Juruá, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco**. v. I, n. 41. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio Costa. **Tutela Antecipada.** São Paulo: Oliveira Mendes. 1998.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Right Americano – Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MARIANO, João Cura. **A Providência Cautelar de Arbitramento de Reparação Provisória**. Coimbra: Almedina, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

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

_____. Apud GUERRA, Adriane Diniz de Vasconcellos. **A Tutela Antecipada e sua Admissibilidade em Sede de Ação Rescisória**. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1994.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista os Tribunais, 2008.

_____. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: Parte incontroversa da demanda**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. **Antecipação da tutela e tutela cautelar. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.** São Paulo: RT, 1997.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton e MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Reforma do Poder Judiciário. **Comentários iniciais à EC 45/2004**, Malheiros: São Paulo, 2005.

MARTINS, Samir José Caetano. **Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros**. Revista CEJ, v. 11, n. 36, p. 61-73, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MENEZES, Cynara. **As vitorias parciais contra a corrupção**. Revista Veja, ed.1861. a. 37, n. 27, p. 36-39. São Paulo: Abril. 07 jul. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Justiça no Limiar de Novo Século**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____.**Temas de Direito Processual: Oitava Série**. São Paulo: Editora Saraiva. 2004.

MORELLO, Augusto Mario. **Antecipación de la tutela**. La Plata: Platense, 1996.

MOTTA, Cristina Reindolf da. **Due Process of Law**. In: PORTO, Sérgio Gilberto (organizador). As garantias do Cidadão no Processo Civil: relações entre constituição e processo.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Atualidades sobre o processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil. Penal Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** -Volume único.8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NICOLITT, André. **A duração Razoável do Processo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza, **O juiz e o novo Código de Processo Civil**. 1 ed. Curitiba: crv, 2016.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. >. diversos acessos.

PAES, S.M. S. **Direito a ser ouvido em um prazo razoável. Morosidade da justiça segundo a ótica do tribunal europeu de direitos humanos**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 34, n.135, p.3, jul./set. 1997.

PAJARDI, Piero. **I provvedimenti d'urgenza tipici nel processo civile**. 2. ed. Milão: Pirola, 1993.

PASSOS, José. Joaquim. Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Niterói: Ímpetos, 2007.

PERROT, Roger. **Les mesures provisoires en droit français. Les mesures provisoires en procédure civile**. Atti del Colloquio Internazionale. Milano, 12-13 ottobre 1984 (org. professor Giuseppe Tarzia). Milão: Giuffrè, 1985.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PINTO, Rui. **A Questão de Mérito na Tutela Cautelar. A obrigação genérica de não Ingerência e os limites da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. **A boa-fé na formação dos contratos (direito romano)**. In: *Obrigações e contratos*[S.l: s.n.], v. 3. , 2011.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva**. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/73 ao CPC/15**. São Paulo: RT, 2015.

RICCI, Edoardo. **A tutela antecipatória no direito italiano. Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, v. 4, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos do Direito processual civil.** v 1. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

ROJAS, Jorge A. **Una cautela atípica**. Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n. 1,1996.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência: sistematização das liminares**. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTORO, Gláucia Carvalho. **Tutela Antecipada: a solução.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso Português**. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Jean Carlos Pimentel dos. **Tutela Provisória e razoável duração do processual: aspectos relevantes.** Revista dos Tribunais. Vol. 994. p. 501-524. São Paulo: RT, agosto 2018.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCARPELLI, Natália Cançado. **Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente**. 2016. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

SCHIMIT, Carl. **Teoria de la Constituición. Munchen.** Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1928.

SCHINKI, Luiza. **O Novo CPC e as Inovações no Instituto das "Condições das Ações**, 2016. Acesso em 24/06/2018.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Cientifico.** 22. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo:Pillares, 2004.

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

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**, v.3 2.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____.**A Antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo. 1986.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 19.

_____.. **Reforma da justiça: notas à Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004**. Rio de Janeiro: Ed. Ímpetus, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional - Teoria, história e métodos de trabalho,** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SOUZA, Artur César de. **Tutela Provisória – Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Coimbra/PT: Almedina, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TAVARES, Fernando Horta(coord).**Urgência de Tutela**. Curitiba: Juruá. 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto; Andrade, Érico. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Volume I Teoria Geral do Processo Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. 55 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 56 ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 31 ed. São Paulo: Forense, 2001.

_____. **O cumprimento das medidas cautelares. Doutrinas essenciais do processo civil.** v. 5. São Paulo: RT, 2011.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1992.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. Revista Jurídica, n. 277, 2000.

_____.**Tempo e Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

VINCENT, Jean; MONTAGNIER, Gabriel; VARINARD, André. **Le Justice et ses Institutions**. Paris: Dalloz, 1982.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2º Fase da Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. [Coords.]. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

_____. Comentário ao **Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Vol. V. arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____.**Reforma do Judiciário**: **Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.45/2004.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **A Crise da Justiça e do Processo e a Garantia do Prazo Razoável. Revista de Processo**, n. 112, out/dez 2003.

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

_____.**Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: Reforma do Código de Processo Civil** - obra coletiva, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.