

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE DIREITO

ENSAIO SOBRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Fernando Morales Cascaes

Florianópolis, 2009.

Fernando Morales Cascaes

ENSAIO SOBRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora com objetivo de obtenção de grau de bacharel no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

PhD. Eduardo de Avelar Lamy (Orientador)

Florianópolis, 2009.

RESUMO

O trabalho faz a leitura do modelo constitucional de processo civil, estudando os direitos fundamentais de conteúdo processual e a necessidade de implementar tutelas diferenciadas para concretizar o princípio da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Demonstra os aspectos da técnica antecipatória no direito processual brasileiro. Verifica que no Brasil o legislador preferiu tratar as medidas de urgência, cautelar e antecipatória, de forma separada. Traz as semelhanças da medida antecipatória e cautelar e evidencia a necessidade do tratamento unitário da tutela de urgência. Faz o cotejo entre a técnica de antecipação da tutela no direito brasileiro, francês, belga e italiano. Registra a tendência de adoção da técnica da estabilização da tutela antecipada, bem como a disposição do legislador em implementar no processo civil nacional a tutela antecipada concedida por um processo autônomo, de cognição sumária e incapaz de produzir imutabilidade. Por derradeiro, analisa o projeto de lei de iniciativa do Senado n. 186/2005 e o Anteprojeto de Reforma do Livro III do Código de Processo Civil elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Após o estudo realizado, percebe-se que a inserção do instituto da estabilização da antecipação da tutela poderá trazer maior efetividade à tutela jurisdicional, bem como a diminuição dos processos em trâmite no Poder Judiciário, haja vista a sumarização cognitiva e procedimental.

Palavras-chave: Tutela de urgência - Medida Antecipatória – Estabilização da tutela antecipada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO	6
1.1 A Constituição como um sistema aberto de princípios e regras	6
1.2 Conceito de Direitos Fundamentais.....	8
1.2.1 <i>As gerações dos direitos fundamentais</i>	9
1.2.2 <i>A influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo</i>	11
1.2.2.1 Proteção jurisdicional efetiva.....	14
1.2.2.2 Devido processo legal.....	16
1.2.2.3 Direito à ampla defesa e ao contraditório.....	18
1.3 A imbricação entre o universo valorativo e o universo validativo no campo do processo	19
1.4 Tempo e Processo.....	22
1.4.1 <i>O binômio segurança jurídica x efetividade</i>	24
1.4.2 <i>A distinção entre celeridade e efetividade</i>	25
1.4.3 <i>O amadurecimento necessário ao melhor juízo e a necessidade da tutela de urgência</i>	26
2 TUTELA ANTECIPADA	31
2.1 Tutela Antecipada: Conceito.....	31
2.2 Natureza jurídica	32
2.3 Eficácias antecipáveis.....	33
2.4 Espécies de Tutela Antecipada.....	36
2.4.1 <i>Especiais</i>	36
2.4.1.1 As Medidas Liminares.....	36
2.4.1.2 Alimentos Provisionais.....	38
2.4.1.3 Provisional de Separação de Corpos	39
2.4.2 <i>Genéricas</i>	40
2.4.2.1 Art. 273 do Código de Processo Civil.....	40
2.4.2.2 Art. 461 do Código de Processo Civil.....	44
2.5 Diferenças e semelhanças entre as medidas antecipatórias e cautelares	46
2.6 A unidade de tutela de urgência	49
3 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	52

3.1 Estabilização da Tutela Antecipada.....	52
3.1.1 Conceito.....	52
3.1.2 Antecipação de tutela antecedente.....	52
3.1.3 Debate acerca da imutabilidade das tutelas diferenciadas.....	55
3.2 Direito Comparado	57
3.2.1 Direito Francês e Belga - Rèfèrè.....	57
3.2.2 Direito Italiano - Provvedimenti d'urgenza	59
3.3 Propostas Legislativas	61
3.3.1 Projeto de Lei de Iniciativa do Senado n. 186/2005	61
3.3.2 Análise do Projeto de Lei de Iniciativa do Senado n. 186/2005.....	62
3.3.3 Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual.....	68
3.3.4 Críticas ao Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual.....	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

Tem-se que entender a Constituição como um sistema aberto de normas, regras e princípios, que necessita de instrumentos processuais e procedimentais adequados. Tais procedimentos ensejam a concretização e densificação dos direitos nela assegurados.

Um dos campos do direito mais inquieto na atualidade é a que abrange o Direito Constitucional, principalmente no que toca aos direitos fundamentais e sua otimização pelo ordenamento infraconstitucional.

A promulgação da Constituição de 1988 estabeleceu ao longo de seu texto uma série de direitos e garantias. No âmbito do processo civil em particular, foram catalogadas uma série de normas referentes aos direitos e garantias fundamentais, assentando um modelo processual constitucional. Contudo, estudar o direito processual civil a partir da Constituição não pode ser limitado à identificação de quais assuntos concernentes a ele estão previstos e regulamentados naquele diploma legal. Necessita-se aplicar as diretrizes constitucionais na construção do Processo Civil, os quais são realizados pelo exercício da função jurisdicional.

Com a constitucionalização do processo e os novos valores por ela inseridos, a aplicação do modelo oferecido com a observância das técnicas e ferramentas adequadas, em especial aquelas concernentes aos direitos fundamentais, torna-se imperiosa.

Assim, para iniciar o presente trabalho, imprescindível é o discurso, ainda que rápido, sobre o catálogo de direitos e garantias fundamentais¹ inseridos a partir da Carta Constitucional Brasileira de 1988 e suas interferências no âmbito do processo.

Uma das garantias constitucionais positivadas pela ordem constitucional é esculpida sob a égide do art. 5º, XXXV, que assegura a todos uma tutela jurisdicional efetiva. Desta garantia decorre a garantia específica do devido processo legal (5º, LIV), que por sua vez gera outras garantias, p.e., ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); direito ao juiz

¹ No presente trabalho não interessa a distinção entre direitos e garantias fundamentais, portanto, tratar-se-á os termos como sinônimos, até mesmo por que a Constituição não consigna regra que descortine os sentidos dessas expressões, nem adota terminologia precisa a respeito das garantias, cabendo a doutrina esta distinção. Contudo, sabe-se que tal acepção é reprovada pela doutrina constitucionalista, que separa com nitidez os dois institutos. Em apertada síntese, na lição de JORGE MIRANDA, *os direitos representam certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muita delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e indiretamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.* (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. Coimbra, 1988 p. 88-89.

competente (art. 5º, XXXVII e LIII); direito de não ser processado e condenado com base em prova ilícita (art. 5º, LVI), a efetividade processual (art. 5º, LXXVIII), dentre outros.

Dessa maneira, não se pode reconhecer como uma tutela jurisdicional efetiva aquela excessivamente demorada. O retardamento injustificado da prestação jurisdicional é considerado uma autêntica *denegação da justiça*². No entanto, não se vislumbra realizar uma tutela jurisdicional sem harmonizar a garantia da celeridade processual com as outras garantias processuais.

Por isso é que o Direito Processual, de longa data, ensaia muitos caminhos para criar mecanismos capazes de harmonizar essas garantias, dentre eles a sumarização de determinados procedimentos satisfativos, a ampliação do poder geral de cautela e a criação de poder de antecipação de tutela de mérito em mecanismos diferentes da tutela cautelar.

À luz dessa necessidade, a reforma do Código de Processo Civil de 1994 introduziu, mediante o texto do art. 273, o instituto da antecipação da tutela genérica que contempla os festejados direitos fundamentais da efetividade e da tempestividade da tutela jurisdicional.

Além da alteração procedimental que permitiu a tempestividade da tutela jurisdicional, o legislador permitiu a executividade provisória da decisão prolatada no processo de conhecimento, antes mesmo de ser proferida a sentença de mérito.

Todavia, o legislador não unificou a tutela conferida mediante as técnicas antecipatórias e cautelares. Embora sejam medidas diferentes, possuem características comuns que permitem serem tratadas em conjunto. O fim comum de assegurar a efetividade processual é o que unifica a tutela de urgência, sujeitando a princípios comuns ambas as técnicas.

Destarte, o ordenamento brasileiro necessita sistematizar uniformemente os provimentos urgentes. O caminho a ser traçado é o de reconhecer uma disciplina geral para aplicação conjunta das duas técnicas. O reconhecimento de unidade da tutela de urgência já foi minutado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual no Anteprojeto de Lei Sobre Tutelas Diferenciadas Medias Antecipatórias e Cautelares.

Na remodelação de distribuição das matérias contida no anteprojeto em debate, encontra-se a também a proposta da decisão concessiva da antecipação de tutela estabilizar-se, desde que o pedido de antecipação não tenha sido impugnado pelo réu

² THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela Antecipada – Evolução – Visão Comparatista – Direito Brasileiro e Direito Europeu. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual Brasileiro v.1. mai. 2008, p 424.

Não obstante, recentemente foi apresentado pelo Senador Antero Paes de Barros o Projeto de Lei do Senado n. 186/2005, o qual versa sobre a estabilização da tutela antecipada.

A proposta de estabilização da tutela antecipada, em síntese, trabalha como uma tutela de urgência, de caráter antecipatório, satisfativo e autônomo. Assim, a ação antecipatória pode ser proposta e concluída sem a obrigação da propositura de uma ação de conhecimento, contudo as partes não perdem a faculdade de fazê-lo. Caracteriza-se a tutela de urgência, dessa sorte, pela sumariedade do procedimento e a impossibilidade de gerar a imutabilidade.

A aplicação dessa técnica no direito brasileiro pode produzir a simplificação do processo como um todo, uma vez que as partes se dariam por satisfeitas, ou, não vislumbrariam a possibilidade de desconstituição do julgado na via da tutela urgente.

1 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

1.1 A Constituição como um sistema aberto de princípios e regras

A Constituição é o conjunto de normas, princípios e regras, pertinentes a composição e ao funcionamento da ordem política do Estado.³ Toda promulgação de uma Constituição revela uma modificação nos valores e direitos de uma sociedade. Esses novos valores são essenciais para a compreensão de todo o ordenamento jurídico vigente em um Estado.

Importante esclarecer que regras e princípios são duas espécies do gênero norma. No entanto, existem inúmeros critérios para a distinção entre princípios e regras no âmbito do superconceito norma.

Alguns dos métodos adotados para discriminar regras e princípios é a análise do grau de generalidade e abstração. Os princípios são marcados por um alto grau de generalidade e abstração, enquanto as regras são caracterizadas por um menor grau.

O grau de generalidade permite que sejam extraídas de um mesmo enunciado normativo⁴ diversas posições jurídicas de direito fundamental. Em diferentes palavras, uma expressão lingüística pode conferir mais de um direito.

Enquanto as regras descrevem uma hipótese de incidência fática mais individualizada, tendo aplicação direta, os princípios prescrevem valores, que devem ser observados pelos aplicadores do direito, necessitando, dessa forma, de medidas concretizadoras. Portanto, o enunciado normativo dos princípios precisa ser examinado para observar o grau de abstração; o grau de determinabilidade no caso concreto.

Deste modo, os princípios são normas-fim que estabelecem um estado de coisas

³ *Em suma, a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações 'mais importantes', únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas, rigorosamente como matéria 'constitucional'.* (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81).

⁴ Deve distinguir-se entre enunciado normativo e norma. Enunciado normativo é qualquer disposição que faz parte de um texto normativo. Norma é o significado adstrito a qualquer disposição, fragmento de disposição, combinação de disposições, combinação de fragmentos de disposições. Um exemplo de enunciado normativo é o seguinte: *nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.* (art. 5º, LI, da Constituição da República Federativa do Brasil). Este enunciado expressa a norma segundo a qual está proibida a extradição de um brasileiro nato. Assim, o enunciado normativo é a maneira pela qual as normas são linguisticamente expressadas, podendo, estas, serem dispostas através de diferentes enunciados normativos, desde que estes proclamem o mesmo significado.

para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos, à medida que as regras são normas descritivas, pois estabelecem obrigações, proibições e permissões mediante a descrição da conduta a ser adotada. Por possuírem uma natureza normogênica, os princípios são normas que constituem a *ratio* de regras jurídicas.⁵

Entretanto, limitar-se a classificar as normas jurídicas apenas com os critérios acima mencionados é insuficiente. Para solucionar essa lacuna, no que respeita às distinções entre princípios e regras, considera-se o grau de aplicabilidade em casos concretos.

Os princípios são normas multifuncionais que se distinguem qualitativamente da outra categoria de normas – as regras jurídicas. As diferenças qualitativas são traduzidas principalmente no fato de que os princípios são mandados impositivos de uma otimização compatível com vários graus de concretização, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas que cercam cada caso concreto. Dessa sorte, a razão própria dos princípios seria uma razão *prima facie*, passível de modificação de acordo com as necessidades.⁶

ROBERT ALEXY⁷, afirma que as regras, diferentemente, prescrevem imperativamente uma exigência, sendo normas que podem ser cumpridas ou não, incorrendo uma abertura de grau de concretização por se tratar de uma razão definitiva. Todavia, esta não é a compreensão mais correta. As regras também estão abertas para um grau de concretização, ainda que em menor grau. Em determinadas ocasiões podem existir duas regras completamente aplicáveis ao mesmo caso real, cabendo ao juiz ponderar qual é a mais adequada para a sua resolução, justificando a sua aplicação através dos princípios constantes no ordenamento jurídico. Portanto, o conflito entre regras também está vinculado a uma questão de valor, e não apenas de validade.

Nessa esteira, os princípios e regras coexistem, possuindo uma convivência conflitual. Ambas as normas suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação e valia), podendo ser objeto de ponderação, de harmonização entre si, uma vez que contêm apenas exigências que devem ser realizadas.

A partir da ótica de regras e princípios apresentada, tem-se que o Direito Constitucional é um sistema aberto de regras e princípios que necessita de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos para possuírem uma operacionalidade

⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 1993, p. 167.

⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 59-60.

⁷ Cf. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar v.217, jul. 1999, p. 75-77.

prática. Pensar ao contrário faria com que o sistema jurídico ficasse com uma limitação na racionalidade prática.

Um modelo constituído apenas por regras exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa que fixasse termos definitivos, premissas e resultados das regras jurídicas. Com efeito, conseguir-se-ia um sistema de segurança jurídica, porém, não haveria espaço para a complementação e desenvolvimento, haja vista que não permitiria a introdução dos conflitos, concordâncias, do balanceamento de valores e interesses de uma sociedade pluralista e aberta.

Já um sistema tomado com base apenas em princípios levar-nos-ia a indeterminação, inexistência de regras precisas e a um sistema carente de segurança jurídica e incapaz de reduzir a sua própria complexidade.

Por isso que o sistema aberto de regras e princípios é a forma mais equilibrada na formação de um sistema constitucional, eis que possui a capacidade de acompanhar a constante evolução social. O caráter aberto da nossa Constituição pode ser observado na chamada cláusula de abertura, verificada em seu art. 5º, §2º.⁸

1.2 Conceito de Direitos Fundamentais

A conceituação dos direitos fundamentais é tarefa árdua em virtude de constituírem um tema de relevante importância e amplitude para a sistematização do conhecimento jurídico.

Entende-se por direitos fundamentais aqueles direitos dos homens reconhecidos internacionalmente, que formam um ideal universal de dignidade, liberdade e igualdade, que se encontram positivados, seja implícita, ou explicitamente, pelo ordenamento jurídico constitucional de determinado Estado, assegurando um *status* jurídico-material aos cidadãos por eles regidos.

⁸ *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*(art. 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil)

BONAVIDES⁹ assevera que CARL SCHMITT estabeleceu dois critérios formais para a caracterização dos direitos fundamentais: o primeiro critério os designa como aqueles direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

No segundo critério adotado por SCHMITT, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um nível superior de garantia ou de segurança, quer seja pela imutabilidade, ou pela mudança dificultada.

Todavia, a conceituação sintética e precisa dos direitos fundamentais é dificultada em razão da sua ampliação e transformação no decorrer da história.

Em uma concepção mais abrangente de direitos fundamentais, pode-se dizer que eles criam e mantêm os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. De outro lado, há outra definição mais restrita, específica e normativa que os reconhece como sendo os direitos que o direito vigente qualifica como tais.¹⁰ GILMAR MENDES¹¹ assevera que os direitos fundamentais são direitos relacionados com posições básicas das pessoas que vigem numa ordem jurídica concreta, que visam assegurar um *status* jurídico-material aos cidadãos, sendo limitado no espaço e no tempo, pois variam de acordo com a ideologia, os valores e princípios confirmados por cada Estado.

Assim, por serem um conjunto de faculdades e instituições que vigem em um determinado ordenamento e período, para se ter uma melhor compreensão, é mister fazer uma leitura dos direitos fundamentais em cima de um contexto histórico.

1.2.1 As gerações dos direitos fundamentais

Os ideais das Revoluções Francesa e Americana acabaram por nortear os princípios de todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, vaticinando até mesmo a seqüência histórica da sua institucionalização: liberdade, igualdade, fraternidade.

Doravante, os direitos fundamentais passaram a se manifestar na ordem institucional em três gerações sucessivas, que simboliza um processo cumulativo e qualitativo. Contrapondo-se a universalidade abstrata dos direitos fundamentais contida no

⁹ Cf. BONAVIDES, op. Cit., 2008, p. 561.

¹⁰ Cf. Id., Ibid., p. 560.

¹¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 234.

jusnaturalismo do século XVIII, os direitos fundamentais, a partir das Revoluções Francesa e Americana, passaram a possuir uma universalidade material e concreta. No entanto, atualmente a doutrina constitucional fala em direitos fundamentais da quarta e quinta geração.

Necessário esclarecer, ainda, que a distinção das gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas para situar diferentes momentos e reivindicações acolhidas pelo sistema jurídico. As gerações indicam, destarte, o caráter cumulativo da evolução dos direitos no tempo.

Não se pode dizer que os direitos anteriormente previstos foram suplantados por aqueles surgidos em períodos constitucionais posteriores. Os direitos de cada geração permanecem com validade mesmo após a implantação de novas normas constitucionais, ainda que os seus significados sofram uma sorção das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. O que ocorre é que os direitos anteriormente previstos podem ter os seus significados amoldados às novas exigências, sendo denominados de novos direitos.¹²

Os direitos fundamentais da primeira geração são aqueles relacionados com as liberdades públicas, a saber, os direitos civis e políticos. Esses direitos têm por titular o indivíduo, em suma, valorizam primeiro o homem-singular, o homem que compõe a sociedade civil. Tais direitos ressaltam a separação entre Sociedade e Estado, servindo como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Também se traduzem em postulados sobre o aspecto de abstração dos governantes, criando obrigações de fazer e não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.¹³

Os direitos da segunda geração dominaram as Constituições do pós-guerra, institucionalizando os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade.

Reverteu-se a concepção absenteísta do Estado, adotando-se uma nova compreensão do relacionamento Sociedade Estado. Daí surgiram nas Constituições um novo catálogo de direitos fundamentais que obrigam o Estado à prestações positivas referentes a seguros sociais, importando na intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social.

Nessa esteira, o direito de liberdade é atendido por direitos à prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais ligados a reivindicações de justiça social.

¹² Cf. Op. cit., 2007, p. 224.

¹³ Cf. Id., Ibid., p. 223.

A dimensão dos direitos fundamentais da terceira geração se assentou na fraternidade. Assim, eles não compreendem unicamente a proteção específica de direitos individuais e coletivos, mas têm uma abrangência sobre a tutela dos direitos relativos ao gênero humano, emergindo da reflexão acerca de temas referentes ao desenvolvimento, à paz, à qualidade do meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Assevera BONAVIDES¹⁴ que os direitos da quarta geração - direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo - além de elevar a objetividade dos direitos da segunda e terceira geração, estão embebidos da subjetividade dos direitos da primeira geração. Nesse sentido, os direitos da segunda, terceira e quarta geração concretizam-se irradiados pelos valores de liberdade.

Por derradeiro, a paz é hoje considerada o direito fundamental da quinta geração. No dizer de BONAVIDES, a paz surge como direito fundamental derivado *do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.*¹⁵

1.2.2 A influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo

A promulgação de uma nova Constituição geralmente está ligada a uma mudança nos valores e direitos contidos em uma sociedade. Em nosso caso não foi diferente. A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, consolidou o chamado processo democrático brasileiro.

A *Carta Cidadã*, conforme alcunha de Ulysses Guimarães, assegurou uma série de direitos fundamentais, inclusive no âmbito do processo. O caráter principiológico dos direitos fundamentais exerce acentuada força de irradiação sobre as regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas. De acordo com ALEXY¹⁶, os direitos fundamentais são compostos por um feixe de posições jusfundamentais, cuja eficácia se dá a partir de um mandado de otimização, o qual permite uma realização em diferentes graus, de acordo com as

¹⁴ Cf. BONAVIDES, Ob. cit., 2008, p. 572.

¹⁵ Cf. Id., Ibid., p. 583.

¹⁶ Cf. ALEXY, Op. cit., 1997, p. 241-244

possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso concreto. Não obstante, a normatividade atribuída a eles norteia a regulação legislativa do processo, mas também a conduta das partes e dos órgãos jurisdicionais no processo, interferindo, inclusive no conteúdo da decisão.¹⁷

A interpretação da norma deve ser de forma mais favorável aos direitos fundamentais. Importa dizer que *deve prevalecer a interpretação que restrinja menos o direito fundamental e dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau.*¹⁸

A Constituição, por necessitar do procedimento e do processo para sua realização, contém alguns princípios de procedimento e de processo. Destarte, há que se examinar os institutos processuais e os procedimentos sob o prisma das normas constitucionais, seus valores e princípios.

Por conseguinte, a partir da introdução no sistema constitucional das garantias e princípios concernentes ao processo, houve o enriquecimento dos institutos processuais, porquanto funcionam também como parâmetro a ser observado na aplicação e construção do procedimento.

O Direito Processual deve ser orientado consoante as normas constitucionais, que fixam uma tutela constitucional do processo, com escopo de assegurar a aquiescência entre os institutos processuais básicos e os princípios e valores constantes da Constituição, concretizando-os de forma diferenciada, de acordo com uma interpretação de caráter constitucional, que tenha por base as premissas da teoria dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, os procedimentos já previstos devem se adaptar ao direito material e as vicissitudes dos casos reais a serem tutelados para adequar-se ao fim da tutela jurisdicional efetiva. A influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo deve se ater principalmente ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Daí surge a possibilidade de se obter a tutela jurisdicional urgente fundada em cognição sumária e a produção de seus efeitos fáticos imediatos.

A Constituição de 1988 trouxe um expressivo elenco de direitos fundamentais destinados à defesa da posição jurídica perante os órgãos jurisdicionais, como se pode verificar no disposto no art. 5º, XXXIV, XXXV, XXXVII a LXXIV, LXXVI e LXVIII. No

¹⁷ Já não é de hoje que a influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo tem sido o foco de estudo de alguns doutrinadores. Nessa seara, destaca-se o Projeto Florença, que *optou por uma análise sobre o acesso aos tribunais, para denunciar a ineficácia dos modelos individualistas ao estruturar a resguarda de direitos por classes economicamente segregadas* (SCARPARO, Eduardo Kochenborger. O processo como instrumento dos direitos fundamentais. *Ajuris*, Porto Alegre, v.34, n. 105, mar. 2007, p. 144).

¹⁸ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, RT v.113, jan. 2004, p. 16.

entanto, se depreende da leitura de capítulos diversos da Constituição que algumas disposições concretizam, explicam ou ampliam muitas dessas garantias, como por exemplo, o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Não obstante, o §1º do art. 5º da Carta Constitucional estatui de modo expresso que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Da inteligência desta disposição constitucional, extrai-se que os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.

Muitos desses direitos e garantias são derivados do princípio da igualdade jurisdicional, que assegura a igualdade perante o juiz, que por sua vez decorre da igualdade perante a lei, como garantia indissolúvelmente ligada à democracia.

Como é sabido, o princípio da igualdade apresenta-se tanto numa vertente negativa e crítica como numa positiva e ativa. Sob esse prisma, o princípio da igualdade jurisdicional mostra-se como uma interdição ao juiz de fazer distinções entre situações iguais, ao aplicar a lei, e como proibição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.¹⁹

Essa concepção faz com que o processo civil seja o ramo do direito em que os postulados da igualdade mais se façam presentes. Isto porque a *lide*²⁰, por si só, implica a igualdade entre as partes e a intervenção do Poder Judiciário para solucioná-la ocorre precisamente, pois, a princípio, não devem prevalecer as vontades e interesses de nenhuma das partes; e apenas dessa maneira o poder do Direito se impõe aos poderes de fato que existam na sociedade. Assim, o princípio da igualdade projeta-se tanto por si como enquanto elemento de reforço de outras normas constitucionais.

Entretanto, apenas as igualdades formais não são suficientes para harmonizar os princípios de direito e as noções de justiça. Basta atentar as condições financeiras das partes. Os que detêm maiores recursos podem obter vantagens legais e camufladas. Dessa feita, por vezes não vence aquele que possui direito material, mas aquele que adquire melhores meios de argumentação e convencimento.

¹⁹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Constituição e processo civil**. Revista de Processo, São Paulo, RT v.98, abr. 2000, p. 34-36

²⁰ O Código de Processo Civil adota a concepção caneluttiana de *lide*. Explica o professor BUZAID que *lide é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.*(BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do CPC*, cap. III, item II, n. 6)

Portanto, o processo não pode ser visualizado e interpretado unicamente de acordo com a lei que o regulamenta, mas sim de acordo com os direitos fundamentais que orientam todo o ordenamento jurídico. A interpretação deve conduzir a constitucionalidade da norma, embora possa passar pela inconstitucionalidade.²¹

O aplicador do direito deve interpretar as normas processuais de acordo com os direitos fundamentais. Na hipótese que o Estado omite em editar técnica processual adequada à tutela jurisdicional efetiva, o juiz deve justificar que a sua aplicação é necessária em face das necessidades do direito material. Os procedimentos têm que se adaptar segundo os casos concretos e conforme a dinâmica da demanda. Nesse ponto, os direitos fundamentais vêm transformando significativamente o direito processual, tanto sob o ponto de vista valorativo, quanto sob o aspecto técnico.

Feitas as considerações preliminares, passemos a fazer uma análise sob a ótica processual-civil, ainda que de forma sumária, de alguns direitos e garantias fundamentais de caráter processual inseridos pelo legislador constitucional.

1.2.2.1 Proteção jurisdicional efetiva

O primeiro direito fundamental a ser analisado é o da inafastabilidade do Poder Judiciário. A expressa garantia do texto constitucional de que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*, inscrita no art. 5º, XXXV,

²¹ *E, a partir daí, no âmbito já de uma teoria da Constituição aberta, que é a mesma teoria da Constituição não-formal, se faz possível desenvolver um conceito de inconstitucionalidade material e, ao mesmo passo, indigitar as inconstitucionalidades sociais, políticas e governamentais alojadas na órbita do poder, nos quadros da organização econômica e no domínio dos órgãos executivos e legislativos. Posto que tomem a decisão ou formulem a lei em harmonia com as bases formais das prescrições constitucionais, tais órgãos violentam, não raro, valores, princípios, elementos e bens jurídicos que ornaram, na essência, a dignidade do homem.*

A inconstitucionalidade material é o satélite da ilegitimidade. Nesse ponto entre com toda proficiência e adequação a tese de Juarez Freitas, notável publicista do Rio Grande do Sul, sobre a intrínseca e substancial inconstitucionalidade da lei injusta.

(...)

A pior inconstitucionalidade não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças. São vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam.

(...)

Quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. Governa, assim, fora da legítima ordem econômica, social e cultural e se arreda da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações. (BONAVIDES, Op. cit., 2008, p. 600-601).

garante o direito de acionar a jurisdição estatal toda vez que se estiver diante de uma lesão ou ameaça de direito, assegurando-se, desta feita, uma tutela jurisdicional efetiva. Constitui, ainda, a principal garantia dos direitos subjetivos. Esse direito fundamental possui arrimo no princípio constitucional da separação de Poderes (art. 2º, da Constituição Federal).

Tal dispositivo constitucional revela o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário. Assim, o processo civil deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela.²²

O signo “apreciação” constante do dispositivo em comento revela não apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas, sobretudo, o direito a uma decisão justa. Nesse sentido, o julgamento de mérito somente tem importância se o direito material envolvido no litígio for realizado, além de reconhecido pelo Estado-Juiz, através de meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial.²³ Do contrário, aquela apreciação seria vazia de conteúdo valorativo.

Ao exigir a efetividade na prestação jurisdicional dos direitos tutelados, o primado em comento clama por técnicas e procedimentos adequados a satisfação²⁴ daqueles. Deste modo, não se pode limitar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva aos procedimentos legalmente instituídos pelo legislador. Raciocinar que o direito da tutela jurisdicional é ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, independente de sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material tutelado, é inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual, pois o processo serve para cumprir as finalidades dos direitos materiais. Por isso que a carência de técnicas processuais adequadas para certo caso concreto representa conjectura de omissão que afronta o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Se a técnica processual é indispensável para a efetividade dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz tenha que ficar inerte. Isso por que o direito fundamental a prestação jurisdicional efetiva não se volta apenas ao legislador, mas também se dirige ao Estado-Juiz. Não se ambiciona afirmar que o juiz deva criar a técnica

²² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.20.

²³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. p. 09. Disponível em <<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>>. Acesso em 09 de abr 2009.

²⁴ A doutrina possui uma compreensão diversa do que seja satisfação de um direito. No entanto, à luz do ensinamento de OVÍDIO BAPTISTA, entendemos ser a satisfação de um direito equivalente a sua realização. O direito é um enunciado normativo pendente de realização prática. Portanto, satisfazer um direito significa realizá-lo concretamente e objetivamente.

processual adequada, mas que ele se obriga a interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição.

Nessa toada, se o direito à prestação jurisdicional efetiva não pode permitir que o jurisdicionado sofra dano em razão da demora da tutela jurisdicional final, é evidente que a técnica da tutela antecipatória está agasalhada por esse direito fundamental. Direito à antecipação da tutela quer dizer direito à técnica processual capaz de antecipar o direito ao bem da vida.

Do princípio da efetividade da prestação jurisdicional decorrem outras garantias especiais, que servem de instrumentos de defesa de liberdades (*habeas corpus*, mandado de segurança), dos direitos de caráter positivo em face de eventual lesão decorrente de omissão legislativa (mandado de injunção) e dos direitos de autodeterminação sobre dados (*habeas corpus*).²⁵

Decorrentes também do princípio da proteção jurisdicional efetiva, surgem as chamadas *garantias de segundo grau*, como o princípio da publicidade dos atos do processo. O texto constitucional consagra em seu art. 5º, LX, que *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*. Essa norma encontra correspondência direta com o art. 93, IX, da Constituição, bem como com o art. 155, do Código de Processo Civil.

Todavia, como o exercício do direito de proteção jurisdicional efetiva pressupõe a definição de competências e a definição dos procedimentos a serem adotados, não pode o legislador ser impedido de restringir ou limitar o exercício deste direito, sobretudo na hipótese de eventual com outros direitos ou valores constitucionais.

Assim, as regras sobre capacidade processual, prazos para propositura da ação, regras de competência, obrigatoriedade ou não de advogado, os limites temporais hão de ser consideradas normas destinadas a concretização do direito de proteção jurisdicional efetiva.

1.2.2.2 *Devido processo legal*

A garantia do devido processo legal está esculpido sob a égide do art. 5º, LIV, e é decorrente do princípio da proteção judicial efetiva. Essa garantia assume uma amplitude e

²⁵ Cf. MENDES, Op. cit., 2007, p. 480.

um significado inigualável como postulado que revela um rol de garantias específicas, como direito ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); direito ao juiz competente (art. 5º, XXXVII e LIII); direito de não ser processado e condenado com base em prova ilícita (art. 5º, LVI), dentre outros. TUCCI²⁶ afirma que a normatização da garantia do devido processo legal, juntamente com outras garantias específicas, acabou por criar uma situação de *superafetação*.

Este princípio garante o processo, porquanto alude a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a tutela consoante com os imperativos da ordem jurídica. Procura-se, ainda, dar concretude à igualdade processual, garantia decorrente do princípio da isonomia inscrito no art. 5º, II, da Constituição, transformando-a no princípio dinâmico da igualdade de armas.

O princípio do devido processo legal exige um *fair trail* daqueles que fazem parte da relação processual e que atuam diretamente no processo. Assim, diz-se que as disposições concernentes ao impedimento e suspeição (art. 134 e ss, do Código de Processo Civil), bem como aqueles referentes aos deveres das partes e procuradores (art. 14 e ss, do mencionado diploma legal), e os atos atentatórios a dignidade da Justiça (art. 600 e 601, do CPC) refletem o primado em comento.

Necessário lembrar aqui da norma constitucional que veda o uso de prova obtida ilicitamente nos processos judiciais (art. 5º, LVI), haja vista que a sua ocorrência configurará afronta ao princípio do devido processo legal. Este princípio também está inserido expressamente no ordenamento processual civil em seu art. 332.

Afirma-se que essa garantia está intimamente ligada com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), dentre outros.

A teoria americana da prova derivada dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) é um aspecto relevante a ser tratado, pois diz respeito a prova ilícita obtida a partir de outra prova ilícita. O Supremo Tribunal Federal já aplicou tal teoria em alguns casos, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo.²⁷

²⁶ Cf. TUCCI, Rogério Laurita. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p.84.

²⁷ HC 74.116-9/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 14.03.1997; HC 69.912/RS, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 25.03.1994; HC 72.588-1/PB, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 04.08.2000.

1.2.2.3 *Direito à ampla defesa e ao contraditório*

O direito de defesa foi ampliado a partir da Constituição de 1988, uma vez que foi assegurado aos litigantes, nos termos do art. 5º, LV, *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.*

O que o constituinte pretende assegurar é uma pretensão à tutela jurídica, não resumindo o direito de defesa a um simples direito de manifestação no processo. A doutrina constitucional alemã afirma que a pretensão à tutela jurídica contém três direitos.

O primeiro é o direito de informação, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes. Já o segundo é denominado direito de manifestação, que garante a possibilidade de manifestação sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo. Por último, temos o direito do jurisdicionado de ver seus argumentos considerados, que atribui ao julgador a imparcialidade, bem como o dever de tomar conhecimento e de considerar as razões apresentadas.

No processo civil, o princípio da ampla defesa e do contraditório têm aplicação significativa. O direito a informação é dada através da citação (art. 213 e ss. Do Código de Processo Civil), da intimação (art. 234 e ss. Do Código de Processo Civil). A citação é o ato pelo qual se chama o réu ou interessado a participar da relação processual. A intimação, por seu turno, é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos ou termos do processo, contendo também, eventualmente, comando de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Quando o réu é citado, lhe é concedido prazo para oferecer resposta (art. 297, do Código de Processo Civil). Ainda que revel (art. 319 e ss, do CPC), o réu citado por edital ou com hora-certa será defendido pelo Ministério Público (CPC, art. 9º. II) e o incapaz será por ele assistido (art. 82, I, CPC). Dessa forma, tem-se realizado o direito de manifestação.

A exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da Constituição; art. 165 c/c 458 do Código de Processo Civil) é uma garantia das partes que visa a possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma, contemplando, assim, o direito do jurisdicionado de ver seus argumentos considerados.

Todavia, o direito fundamental da ampla defesa e do contraditório pode ser flexibilizado em nome da efetividade da prestação jurisdicional. Um exemplo é a adoção dos procedimentos monitorios. O procedimento monitorio objetiva tutelar prontamente o direito do credor desprovido de título executivo, acelerando sua formação, sem que haja a

necessidade de processo de conhecimento. No Brasil, o procedimento monitório é exclusivamente documental, lastreando a cognição do juiz à prova documental produzida pelo autor. Este tipo de procedimento se caracteriza pela ausência do contraditório inicial. Apenas se o devedor, após a emissão do mandado injuntivo, opuser embargos monitórios é que se instaurará o procedimento com contraditório pleno.

No âmbito da tutela antecipada satisfativa, destaca-se o procedimento francês conhecido como o *référé*. Este procedimento admite a estabilização quando à tutela concedida não se opuser qualquer das partes, de forma a dispensar o processo de conhecimento e a sentença de mérito. Nesses casos, é reconhecida ao provimento antecipatório, não impugnado, a natureza de título executivo.

1.3 A imbricação entre o universo valorativo e o universo validativo no campo do processo

O convívio harmônico entre regras, universo validativo, e princípios, universo valorativo, é indispensável para o equilíbrio de um sistema jurídico. Os princípios não anunciam apenas uma natureza jurídica, mas também expressam uma natureza política ideológica e social normativamente predominante.

A articulação de princípios e regras ilumina a concepção do ordenamento jurídico como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em sub-princípios e regras concretizadoras desses mesmos princípios. Os princípios são normas constitutivas de um ordenamento que não estão isolados, mas fazem parte de um sistema onde os princípios gerais atuam como vínculos, que se incorporam e formam um bloco sistemático. Centro dos critérios valorativos de todo um microcosmo jurídico, o princípio assume uma idoneidade normativa irradiante.

Nesse norte, existem princípios estruturantes, designados por princípios constitutivos e indicativos da ordem jurídica. Estes princípios ganham concretização²⁸ através de outros princípios, ou sub-princípios, que os densificam²⁹, formando, assim, um sistema

²⁸ Concretizar constitui um processo que vai do enunciado da norma para uma norma jurídica concreta que será um resultado intermediário, porquanto que apenas com a descoberta de uma *norma de decisão* para a solução do caso concreto que se terá o resultado final da concretização.

²⁹ Densificar um princípio significa preencher, completar e precisar o seu espaço normativo, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

interno. No entanto, os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios, são densificados também por várias regras. Assim, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, Constituição Federal) é densificado por uma série de sub-princípios, como por exemplo, pelo princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, Constituição Federal), o direito de petição (art. 5º, XXXIV, Constituição Federal), que por seu turno, são densificados pelas regras das funções essenciais à justiça (art. 127 e ss, Constituição Federal). Por conseguinte, estes princípios e regras poderão obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e judicial.³⁰

Conforme já mencionamos antes, os princípios são mandados de otimização, eis que impõe sua realização na máxima extensão possível. Assim, um princípio pode ser aplicado em graus diferenciados, conforme o caso concreto. Tal característica revela-lhes um elemento essencial: a normatividade dos princípios é provisória, já que possuem a virtude de se adaptar à situação fática, na busca de uma situação ótima, ou seja, sua total abrangência não resulta da leitura das normas que os consagram, mas deve ser complementada pela consideração de outros fatores.

Nesse esboço, por serem os princípios determinações para que assentados bens jurídicos sejam satisfeitos e protegidos da maior medida que as circunstâncias permitirem, há que se ter em mente que em certos casos concretos existirão momentos de tensão ou antagonismo entre eles. Neste tipo de conflito não se pode usar a técnica do *tudo ou nada*, mas deve haver uma ponderação e concordância prática, consoante seu peso e as circunstâncias do caso.

O procedimento para alcançar a proporcionalidade dos princípios possui três critérios: a) adequação ao fim pretendido (princípio da idoneidade do meio); b) necessidade do meio (primado do meio mais benigno), c) proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação propriamente dito). A ponderação dos princípios, de acordo com ALEXY, deve ocorrer pelas normas de proporcionalidade, mas especificamente pelo terceiro primado parcial do princípio da proporcionalidade, o princípio da ponderação propriamente dito.³¹

³⁰ Assim, densificação e concretização caminham juntos, pois se densifica uma norma para tornar possível sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto.

³¹ Cf. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar v.217, jul. 1999, p. 77-78.

Todavia, nesse ponto, é necessário trazer a lição de LAMY³², que ao criticar as doutrinas de ALEXY e DWORKIN, inspirando-se em GÜNTHER³³ e HART, afirma que pode haver a ponderação também no âmbito das regras.

Na concepção daquele autor, o ordenamento jurídico não deve reconhecer que uma regra válida determine o resultado nos casos em que é aplicável quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso. Isto é decorrência do pensamento de que as regras, assim como os princípios, exprimem valores, *que servem de justificação e aplicação do direito em determinado caso concreto*³⁴. Nesse sentido, quando há regras conflitantes em um determinado caso concreto, não se trata de um problema de validade, mas sim de qual é a regra mais adequada e adaptada ao caso real.

Por isso, uma regra que seja vencida, em conflito com uma regra mais importante num caso concreto, pode, tal como um princípio, continuar válida para determinar a solução em outro caso concreto em que seja julgada como sendo mais importante que determinada regra concorrente.

A flexibilização das regras nos casos concretos, segundo a crítica de LAMY, é verificada, por exemplo, no acórdão do REsp 968.907/RS³⁵. No mencionado julgado há a flexibilização da regra de impenhorabilidade do bem de família contido nos arts. 1º, 3º, e 4º,

³² Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. **A Fungibilidade de Meios na perspectiva dos direitos fundamentais e da distinção entre meios e fins no Processo Civil**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p 33-43.

³³ De acordo com LAMY, GÜNTHER possui uma conceituação diversa de princípios e regras daquela desenhada por ALEXY. Ao explicar a teoria do autor, assevera que tanto os princípios e regras atuam no campo da validade e do valor, ainda que em diferentes graus. Explica que é utilizada por GÜNTHER a bipartição em normas *prima facie* e normas *definitivas*. Enquanto as normas *prima facie* baseiam-se em uma prescrição genérica inicial, cingidas à lógica do *discurso de justificação*, *as normas definitivas aplicam-se de forma concreta, ligando-se à operação posterior de aplicação das normas prima facie às situações reais*. Nesse diapasão, LAMY assevera que *as normas 'prima facie' são as razões por meio das quais se dá a ponderação de valores, uma vez que foram elencadas pelo legislador para a elaboração da norma. Por sua vez, as normas definitivas são aquelas encontradas após a análise dos fatos relevantes*. Assim, a distinção entre princípios e regras é uma diferenciação *entre pressupostos de ação dentro dos quais as normas são aplicadas*. (Cf. Id., Ibid., p. 38-43)

³⁴ Id. Ibid., p. 43

³⁵ *Civil e processo civil. Recurso especial. Bem de família. Impenhorabilidade. Andar inferior da residência ocupado por estabelecimento comercial e garagem. Desmembramento. Possibilidade. Súmula 7/STJ. Embargos declaratórios. Objetivo de prequestionamento. Caráter protelatório. Ausência. Súmula 98/STJ. Multa. Afastamento. - A jurisprudência desta Corte admite o desmembramento do imóvel protegido pela Lei 8.009/90, desde que tal providência não acarrete a descaracterização daquele e que não haja prejuízo para a área residencial. - Na presente hipótese, demonstrou-se que o andar inferior do imóvel é ocupado por estabelecimento comercial e por garagem, enquanto a moradia dos recorrentes fica restrita ao andar superior. - Os recorrentes não demonstraram que o desmembramento seria inviável ou implicaria em alteração na substância do imóvel. Súmula 7/STJ. - É pacífica a jurisprudência do STJ de que os embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionar temas de futuro recurso especial não têm caráter protelatório. Súmula 98 do STJ. Afastamento da multa. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 968.907/RS; Rel. Nancy Andriahi; DJ 01.04.2009)*

da Lei 8.009/90, em razão da colisão com a regra contida no art. 659, do CPC, da penhora como garantia da execução.

No caso em comento, houve a penhora do andar inferior do imóvel residencial, haja vista que a residência dos embargantes, que estaria abarcada pela regra da impenhorabilidade, se limitava ao andar superior. A jurisprudência pátria admite o desmembramento do imóvel, com conseqüente redução da área sob proteção do bem de família nos casos em que estão presentes: a) a não descaracterização do imóvel; b) a ausência de prejuízo da área residencial; c) a alteração na substância do imóvel; e, c) a inviabilidade do próprio desmembramento. Para tanto, necessário analisar as condições particulares de cada imóvel.

Portanto, sopesados os valores de cada regra colidente, impenhorabilidade de bem de família e necessidade de penhora para garantia da execução, houve a flexibilização da regra da impenhorabilidade para que houvesse a maior efetividade da prestação jurisdicional.

Dessa feita, as regras e princípios estão imbricados, porquanto existe um nexo de interdependência entre eles, uma vez que esses exigem e implicam a existência daquelas para sua realização. Com a observância dos princípios e garantias na aplicação e construção do processo e do procedimento, há um enriquecimento de seus institutos.

1.4 Tempo e Processo

A Carta Magna de 1988 dispôs em seu art. 5º, LXXVIII, 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*. O direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva não revela apenas o direito a ir a juízo, mas também o direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Assim, a tutela judicial efetiva implica em uma resolução do conflito em um tempo razoável, o qual há de ser proporcional e adequado à complexidade do processo.

O tempo é uma das características intrínsecas ao processo. Na voz de CARNELUTTI ao ser mencionado por OVÍDIO BAPTISTA³⁶, *o tempo é o grande inimigo do juiz, mas o processo jamais poderá dele livrar-se*. Todavia, o decurso do tempo pode

³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil, vol.2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4 ed. ver, e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 8.

ensejar o surgimento e modificações de direitos, ao perecimento de pretensões. Em consequência de alguns princípios adotados pelo ordenamento jurídico, tal qual o devido processo legal, mesmo o regular andamento processual pode gerar prejuízos notáveis ou irreversíveis as partes litigantes. Até a prestação jurisdicional definitiva, o bem objeto do litígio pode sofrer danos ou desaparecer. Por isso que o resultado da prestação jurisdicional não deve apenas conceder uma satisfação jurídica às partes, deve também ser outorgada em um lapso temporal compatível com a natureza do objeto conflituoso.

Indubitável que o transcurso do tempo implica em ônus, em uma probabilidade de prejuízo do demandante que postula a alteração do *status quo*. Há muito já ensinava MARINONI³⁷ que o processo sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem. Deve-se, então, buscar a abreviação do tempo, combatendo-se os fatos que retêm o andamento da marcha processual, como as demoras injustificáveis, formalismos inúteis, as protelações maliciosas, dentre outros. Assim, a problemática do tempo deve ser analisada a partir de sua utilização razoável no processo pelo réu e pelo juiz. TARZIA³⁸ afirma que o prazo razoável para a duração do processo se dá à luz da complexidade do caso e do comportamento do réu e da autoridade competente.³⁹

Destarte, em razão da necessidade da redistribuição do ônus processuais decorrentes do perpassar natural do tempo, implementaram-se formas diferenciadas de tutela, que permitam uma racional distribuição do tempo do processo. As aludidas tutelas diferenciadas podem conter processos simplificados ou uma cognição sumarizada.

Atualmente, a tendência é admitir uma tutela de urgência, com aptidão para transforma-se em definitiva, sem adquirir imutabilidade. Cuida-se de técnica processual que transfere os males causados pela demora do processo àquele que aparentemente não tem razão. Teria ele o ônus de provocar a tutela jurisdicional para tentar desconstituir a eficácia da tutela adquirida. Essa técnica outorga à tutela antecipada natureza de providência final. Tal técnica, denominada de estabilização da tutela antecipada, já é praticada em países como França, Bélgica e Itália.

³⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 9. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Malheiros, p. 343.

³⁸ TARZIA, Giuseppe. **L'art. 11 Cost, e Le garanzie europee del processo civile**, n. 11, p 170 *apud* LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipatória sancionatória**. São Paulo: Malheiros, 2006.

³⁹ *Porém, como já anunciado, a questão da tempestividade não se resume à problemática da tutela antecipatória, devendo ser sempre analisada a partir da utilização racional do tempo do processo pelo réu e pelo juiz. Se o réu tem direito à defesa, não é justo que o seu exercício extrapole os limites do razoável. Da mesma forma, haverá lesão ao direito à tempestividade caso o juiz entregue a prestação jurisdicional em tempo injustificável diante das circunstâncias do processo e da estrutura do órgão jurisdicional.* (MARINONI, Op. cit., 2009, p. 11.)

1.4.1 O binômio segurança jurídica x efetividade

Durante muito tempo se teve a ilusão de que as tutelas concedidas com sede em uma cognição parcial eram perigosas. Dessa feita, era recomendado ao juiz emitir seu pronunciamento sobre a causa somente após um procedimento ordinário de cognição plena e exauriente.

Ocorre que, por muitas vezes, o tempo necessário para que o juiz possua uma cognição plena e exauriente sobre o objeto do litígio pode gerar um dano irremediável e definitivo ao autor. Assim, ao final da demanda, teríamos uma sentença assentada num juízo de veracidade do mais elevado grau, entretanto, poderia ser inútil no concernente a sua efetividade. O que ganhássemos em segurança, portanto, teríamos perdido em efetividade no direito.

Entende-se por processo efetivo aquele que consegue um equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporcionando às partes o resultado desejado pelo direito material. TARZIA⁴⁰ identificou o chamado *conflitto brutale* entre a efetividade processual e o interesse na segurança jurídica. O ilustre professor da Universidade de Milão chegou a essa conclusão em virtude da crescente prevalência dos juízos de verossimilhança. Atualmente caminha-se para aplicação da efetividade em detrimento da máxima segurança obtida pelo procedimento ordinário de cognição plena. Isto porque um direito que parece evidente não pode deixar de ser protegido em razão da existência um direito que parece improvável.⁴¹

Inegável que a sociedade está constantemente mudando seus valores de acordo com o contexto histórico que vive. Em consequência disto, o sistema jurídico não deve ser rígido o suficiente para não ser capaz de acompanhar essa evolução. Dessa maneira, o juiz deve ponderar os direitos fundamentais para encontrar a técnica mais adequada para a solução do caso concreto. Em algumas hipóteses, o juiz deve correr o risco de prejuízo a um direito que lhe parece improvável para que um direito que, a seus olhos, é mais provável não sofra um dano.

⁴⁰ TARZIA, Giuseppe. **Considerazione comparative sulle misure provvisorie nel processo civile**. Rivista di Diritto Processuale, 1985 *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., 2008, p 8.

⁴¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., 2008, p 5-9

As medidas de urgência objetivam cumprir a árdua tarefa de eliminar a colisão entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição⁴². O legislador pátrio adotou várias formas de tutelas de urgência, de natureza provisória, destinadas a assegurar a efetividade da providência final⁴³. É possível identificar três grupos de tutela de urgência⁴⁴: a) tutela de urgência satisfativa autônoma (art. 1.102a e ss., do CPC); b) tutela de urgência satisfativa interinal (art. 273 e 461 e 461-A)⁴⁵; c) tutela de urgência propriamente cautelar.

1.4.2 A distinção entre celeridade e efetividade

O direito a efetividade do processo compreende, além do direito de buscar a tutela jurisdicional do Estado, o direito de obter, *em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos*.⁴⁶ Dessa maneira, um dos passos para alcançar a efetividade é o da celeridade processual.

Inegável é a necessidade da redução da demora da prestação jurisdicional, contudo, não se pode fazê-lo em detrimento de outras garantias fundamentais do processo, tais como a do devido processo legal.

O convívio harmônico do princípio do devido processo legal e da celeridade é essencial. A celeridade, embora seja um princípio fundamental, não pode ser aplicada de forma isolada, sem a observância dos demais princípios e garantias constitucionalmente previstos. Apenas assim para que o processo continue sendo um instrumento de viabilização

⁴² Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 307

⁴³ BEDAQUE, assim como os italianos fizeram em seu ordenamento, tratam essas medidas de urgência de forma unitária, mesmo que o legislador não tenha tratado da antecipação de tutela no capítulo do poder geral de cautela. Isto ocorre em razão delas nascerem da urgência de evitar uma situação perigosa, desaguando em medidas provisórias sujeitas a alterações futuras de acordo com o resultado final do processo principal. (BEDAQUE, Op. cit., 2006, p. 304-307). No mesmo sentido são as doutrinas de LAMY (LAMY. Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 52-60), ZAVASCKI (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58-61) e BUENO (BUENO. Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21-27)

⁴⁴ Classificação feita por OVÍDIO BAPTISTA. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., 2008, p 4).

⁴⁵ TOMMASEO discorda dessa classificação. Para ele *é preferível reservar a expressão 'provimentos interinais' apenas aos provimentos de condenação de cognição sumária e de conteúdo antecipatório que venham pronunciados em dependência de um procedimento ordinário, excluindo desse modo que possa ser referida à generalidade dos provimentos antecipatórios*. (tradução do autor) (TOMMASEO, Ferruccio. **I Provvedimenti d'urgenza – Struttura e limiti della tutela anticipatoria**. Padova: CEDAM, 1983, p 2.)

⁴⁶ Cf. ZAVASCKI, Op. cit., 1997, p. 64.

do direito material. Indubitavelmente, as tutelas de urgência são a melhor maneira de harmonizar o trinômio segurança, celeridade e efetividade do processo, na busca da ordem jurídica justa.

1.4.3 O amadurecimento necessário ao melhor juízo e a necessidade da tutela de urgência

A neutralidade do tempo do processo é refutada quando ele passa a ser admitido como ônus. A demora na obtenção do bem da vida ameaçado ou violado significa a sua preservação no patrimônio do réu, o que acarreta um dano imposto ao autor e um benefício ao réu.⁴⁷

Deste modo, para atender o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o ônus do tempo deve ser distribuído na medida da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu. Nessa linha, se os fatos constitutivos do direito do autor se encontram evidenciados, não há porque ele suportar o peso do tempo que serve unicamente para o réu tentar demonstrar os fatos controversos alegados na defesa. Deve-se ater a definição de pedido maduro para julgamento, ou que não requer a produção de outras provas para ser definido.

Esse raciocínio é tomado a partir da regra de distribuição do ônus da prova. O art. 333 do Código de Processo Civil, estabelece que, em relação ao fato constitutivo, o ônus da prova incumbe ao autor, e quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo o ônus é do réu.⁴⁸ Assim, permite este dispositivo determinar qual é a parte que precisa da instrução ou, em outras palavras, do tempo do processo.

⁴⁷ MARINONI, ao valer-se das lições do mestre italiano ITALO ANDOLINA sobre cognição e execução forçada no sistema das tutelas jurisdicionais, assim enceta a questão do tempo do processo: *Não há como negar que o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem. Dessa forma é eliminada a crença na neutralidade do tempo do processo. Mas, a partir do momento em que o tempo do processo passa a ser admitido como ônus, surge a consequência lógica de que ele não pode ser suportado pelo autor, pois isso seria o mesmo do que aceitar que o direito de ação constitui um ônus que recai sobre aquele que procura o Poder Judiciário.* (MARINONI, Op. cit., 2009, p. 24.)

⁴⁸ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (Art. 333, do Código de Processo Civil)

Se o Código de Processo Civil impõe ao réu provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, o mesmo raciocínio deve ser adotado para a distribuição do ônus do tempo do processo. Se a verossimilhança das alegações está evidenciada, não há razão para o autor ter que arcar com o tempo que o réu utilizará para tentar demonstrar os fatos alegados na defesa. Ou seja, ao autor não pode ser imposto o peso do tempo que serve unicamente ao réu.⁴⁹

Dentre as alternativas para que haja a redução do tempo do processo, propõe-se o reexame da técnica processual, compatibilizando-a com a natureza instrumental do processo. Uma direção mais segura, sem dúvidas, é a simplificação do procedimento, sobretudo, apresentando formas diferenciadas de tutela.

Por conseguinte, é necessário demonstrar a diferença entre sumariedade procedimental no sentido formal e a restrição da cognição no sentido material. A sumariedade formal se consagra pela aceleração da prática dos atos processuais, não limitando o juízo, embora em um tempo inferior, a respeito do objeto cognoscível.

Assim, o procedimento formalmente sumário, consagrado no art. 275 e ss, do CPC, sempre possibilita o conhecimento dos fatos litigiosos, entretanto, em virtude da aceleração dos atos processuais, consegue realizá-lo de forma mais célere que o procedimento ordinário.

A restrição quanto a cognição no sentido material enseja o nascimento de inúmeros tipos de cognição. No tocante a intensidade da cognição em relação ao objeto cognoscível, a cognição pode ser exauriente ou sumária, de acordo com a instrução probatória realizada. Diz-se, nesse caso, que a cognição está sendo observada no sentido vertical, eis que limita a profundidade do exercício da cognição. Quando se parte a uma análise no sentido horizontal, faz-se a verificação de qual matéria pode formar o objeto de cognição. Assim, a cognição horizontal indaga sobre “o que” pode formar o convencimento do juiz, enquanto que a cognição no sentido vertical pergunta “como” isso pode ocorrer.⁵⁰

A cognição no sentido horizontal pode ser dividida em cognição jurisdicional plena e parcial. A cognição plena diz respeito à amplitude do conhecimento do juiz no sentido horizontal, eis que não há qualquer limitação a cognição do magistrado quanto a extensão fática do litígio. Já a cognição parcial concerne aos procedimentos que delimitam o objeto

⁴⁹ MARINONI, Op. cit., 2009, p. 24-25.

⁵⁰ Id., Ibid., p.17.

cognoscível. Nesse diapasão, tanto o procedimento ordinário, quanto o sumário podem ser de cognição plena ou parcial.

A técnica de cognição parcial visa à certeza e a celeridade, sendo, em certas situações, imprescindível para a adequada tutela do direito material e ao atendimento de suas necessidades. Assim, o legislador pode vislumbrar procedimentos que excluam da apreciação do juiz parte da situação litigiosa, a qual deverá ser objeto de outra demanda.

Para ilustrar o dito, importante trazer à baila o Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, que trata sobre desapropriação por utilidade pública, afirma que a contestação somente versará sobre vício processual ou impugnação do preço, sendo que outra questão somente poderá ser debatida em ação própria (art. 20). Afasta, o legislador, a discussão judicial em torno do fundamento da desapropriação, restringindo o objeto de cognição do juiz.

Outro exemplo, mais ligado ao processo civil, é o das ações possessórias. Nelas o legislador achou por bem limitar a defesa, restringindo a discussão do domínio (art. 923, CPC). Todavia, em homenagem ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o réu sucumbido no procedimento de cognição parcial, fica com a possibilidade de propor ação contrária ao vencedor.

A técnica da cognição sumária restringe a cognição em seu plano vertical, enveredando ao juízo de verossimilhança ou às decisões derivadas de uma convicção de verossimilhança. Em apertada síntese, pode-se afirmar que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical visam: a) assegurar a viabilidade da realização de um direito; b) realizar antecipadamente um direito em razão do perigo e/ ou da demora na prestação jurisdicional; c) realizar antecipadamente um direito quando a defesa é exercida de modo abusivo.

A sumarização pode ocorrer em diferentes graus, dependendo da relação entre a alegação fática e as provas produzidas. Nota-se, por exemplo, que a liminar no procedimento do mandado de segurança é deferida com fulcro no juízo de verossimilhança de que a afirmação provada não será demonstrada em contrário pelo agente coator. Já a liminar cautelar é concedida baseada em um juízo de verossimilhança de que a afirmação será demonstrada, ainda que sumariamente, através de provas admitidas no procedimento sumário.

Feita esta análise sintética das técnicas de cognição, é necessário voltarmos ao início desta explanação e a necessidade de uma tutela de urgência capaz de amenizar os males da demora na prestação jurisdicional. Os desideratos de um processo justo e eficiente jamais seriam alcançados se não se imaginassem medidas de urgência. As medidas de urgência caracterizam-se pela atuação célere do Estado, conferindo ao jurisdicionado uma proteção imediata ao seu direito ameaçado ou ofendido.

Quando surge uma situação incômoda ocasionada pelo *periculum in mora* o remédio processual da técnica da antecipatória visa acelerar o procedimento para que o direito a uma prestação jurisdicional efetiva seja assegurado, apesar do risco criado pela duração do processo. Para PROTO PISANI⁵¹, a tutela antecipada fundamenta-se na necessidade de *assegurar a prestação jurisdicional efetiva nas situações de vantagem, que, tendo conteúdo e/ou função (exclusiva ou prevalentemente) não patrimonial, sofreriam dano irreparável decorrente do longo tempo necessário para o desfecho da demanda plenária*. O autor italiano ainda inclui as medidas destinadas a evitar o abuso do direito de defesa pelo réu, por produzir *dano irreparável ao demandante derivado da inerente duração da causa*.

Na tutela antecipada há certo rigor na apuração sumária do direito material. Para antecipar os efeitos materiais da tutela, o juiz deve ter supedâneo em provas, as quais o Código denomina de inequívocas⁵².

Em linhas gerais, a tutela antecipada é dada pela necessidade de evitar que o direito subjetivo material da parte sofra dano imediato e de difícil reparação, em virtude do tempo gasto na trajetória do procedimento comum.⁵³ Antecipa-se os efeitos da tutela porque, do contrário, o processo legal teria fracassado no seu propósito tutelar, e é isso que se pretende evitar por meio desse provimento urgente.

Mesmo na hipótese de antecipação de tutela para reprimir o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu⁵⁴, ou para solucionar, na pendência de pedidos cumulados, aqueles que se mostram incontroversos⁵⁵, continua a tutela antecipada a ser tratada como urgente. Acelera-se a prestação jurisdicional para evitar males concretos demonstrados ao juiz, ou para vencer o retardamento da marcha processual provocado pela parte adversa.

Há ainda, a exemplo da França, Itália e Bélgica, os sistemas jurídicos que preferem desempenhar a tutela de urgência de caráter antecipatório, ou satisfativo, em regime de autonomia, por meio de ações sumárias, totalmente desvinculada do processo principal. A

⁵¹ PISANI, Proto. **La tutela sommaria**. In: *Appunti sulla giustizia civile*, p 322 e ss.; *Appunti sulla tutela sommaria – I processi speciali*, in: *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli: Jovene, 1979. *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p 125-126.

⁵² *O juiz poderá, 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* (Código de Processo Civil, art. 273, caput)

⁵³ *haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*.(Código de Processo Civil, art. 273, I)

⁵⁴ *fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*. (Código de Processo Civil, art. 273, II)

⁵⁵ *A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*. (Código de Processo Civil, art. 273, §6º)

tutela antecipatória corresponde a uma causa distinta do processo de mérito. O que caracteriza a tutela de urgência é sua sumariedade procedimental e a impossibilidade de gerar a sua imutabilidade. Compõe-se a lide, de maneira provisória, mas as partes não ficam obrigadas a propor a subsequente ação definitiva, embora não percam a faculdade de fazê-lo.

Assim, a técnica processual adotada pelos países europeus sumariza todo o processo de conhecimento, haja vista que, em muitos casos, a necessidade de um processo principal é superada. A tutela de urgência faz com que as partes fiquem satisfeitas, ou, pelo menos, se desmotivem a promover o processo principal, sem maiores perspectivas de desconstituir o tutelado em sede de urgência.

O processo civil necessita de uma reestruturação para poder realizar com maior efetividade os direitos fundamentais constantes. A estabilização da tutela antecipatória é um dos caminhos evolutivos pelos quais o legislador deve seguir.

2 TUTELA ANTECIPADA

2.1 Tutela Antecipada: Conceito

A antecipação de tutela é uma das técnicas processuais pela qual a tutela jurisdicional de urgência é prestada. A tutela jurisdicional é o resultado no plano fático da proteção do Estado a toda e qualquer lesão ou ameaça a direito do indivíduo⁵⁶. Ela é o resultado que a jurisdição necessita realizar no mundo dos fatos, quando reconhece o direito a ser protegido.⁵⁷

A tutela jurisdicional urgente e satisfativa é o objeto da antecipação. A medida antecipatória proporciona ao jurisdicionado sentir antecipadamente os efeitos práticos da tutela jurisdicional. Assim, fica claro que o que é antecipado é a tutela e não a sentença. A sentença também é uma técnica processual para a prestação da tutela jurisdicional.⁵⁸ Dessa maneira, podemos afirmar que o que se antecipa são os efeitos executivos produzidos na realidade social de uma sentença de procedência, mas não a sentença propriamente dita.

A diversidade das situações exige que a tutela jurisdicional seja prestada de diversas maneiras, a fim de que o direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva seja realizado e concretizado. A adequação da técnica processual ao caso concreto faz com que a tutela jurisdicional tenha maior efetividade. Dessa maneira, a técnica antecipatória é a medida mais adequada à satisfação de um direito que exige uma tutela jurisdicional imediata. A medida antecipatória permite que o Estado entregue ao autor um bem da vida que está sendo lesado, ameaçado, ou que pareça evidente, através da tutela de urgência prestada com sede em um juízo de verossimilhança das alegações.

⁵⁶ O que é importante, pois, ter em mente, destarte, é que a 'tutela jurisdicional' significa, a um só tempo, o 'tipo' de proteção pedida ao Estado-juiz, mas também - senão principalmente - os 'efeitos práticos' dessa proteção no plano do direito material. Não basta que o juiz profira sua sentença. Isso não é suficiente para que ele entregue aos jurisdicionado que tenha razão a 'tutela jurisdicional'. É mister que aquilo que tiver decidido na sentença possa, vez por todas, surtir efeitos práticos e palpáveis. (...) Fundamental é que os 'efeitos práticos' - quaisquer que sejam eles - derivados da sentença sejam sentidos em concreto, na realidade palpável. Declaração e 'execução' (ou 'efetivação', como quer a Lei n. 10.444/2002 no art. 273, §3º) têm de andar juntas, são as duas faces de uma mesma moeda. (BUENO, Op. cit., 2004, p. 20).

⁵⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. **A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüências para o escopo de sistematização.** Revista de Processo, São Paulo, RT v.118, nov. 2004a, p. 291.

⁵⁸ Cf. MARINONI, Op. Cit., 2006, p. 47-49.

Nessa toada, compreende-se por técnica antecipatória aquela que satisfaz o direito nos seus efeitos fáticos através de uma decisão provisória tomada com base em uma cognição sumária e em razão da urgência da situação.

2.2 Natureza jurídica

A técnica antecipatória decide no bojo do processo a situação levada ao judiciário, para evitar que a espera da decisão definitiva cause um dano ao direito do. Afirma OVÍDIO BAPTISTA, com supedâneo na doutrina de CALAMANDREI, que esse tipo de medida visa acelerar a satisfação do direito contra o risco de *tardività*⁵⁹, natural do procedimento ordinário.

Caracteriza-se pela *provisoriedade*⁶⁰, porquanto a decisão que a concede poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo pelo provimento definitivo. Está destinada, em algumas situações, a existir até sobrevir à sentença definitiva, e suas conseqüências podem ser definitivamente eliminadas por ela, sem que se forme uma situação fática irreversível para o futuro.

A técnica antecipatória destaca-se, outrossim, pelo seu caráter satisfativo. Satisfazer o direito é realizá-lo no plano dos fatos, ou seja, é fazer com que ele tenha existência efetiva no plano da realidade social. Para exemplificar, imaginemos a situação em que o proprietário se encontra insatisfeito em virtude de terceiro ter se apossado injustamente da coisa objeto de seu domínio. Terá ele satisfeito seu direito quando o juiz, na ação reivindicatória, expulsar o intruso e colocá-lo na posse da coisa que lhe pertence.

⁵⁹ De acordo com OVÍDIO BAPTISTA, CALAMANDREI divide em duas modalidades o *periculum in mora*. Para o professor fiorentino existem o perigo de *infruttuosità* do direito, o qual é assegurado pelas medidas preventivas; e o perigo de *tardività* na satisfação do direito, que também pode ser atendido por medida assecuratória. (SILVA, Op. Cit., 2008, p 67).

⁶⁰ Entende OVÍDIO BAPTISTA que *provisoriedade* é algo diferente de *temporiedade*. Enquanto temporário é aquilo que não dura para sempre, sem que haja outro evento subsequente que o substitua; provisório é aquilo igualmente destinado a não durar para sempre, entretanto, está fadado a perdurar até que outro evento sucessivo o torne desnecessário, ou seja, deverá ser trocado ou confirmado por um provimento definitivo. (Id., Ibid., p 50-52).

2.3 Eficácias antecipáveis

Importante ater a lição de ZAVASKI, na qual é asseverado que a medida de urgência em comento visa antecipar os efeitos que a sentença de procedência pode produzir no plano dos fatos.⁶¹ Toda sentença possui uma eficácia, um efeito que prepondera perante os demais, seja de declaração, constituição, de condenação, de mandamento, de executividade, bem como, possuem as demais eficácias em ordem variável. Dessa feita, antecipar os efeitos da tutela almejada importa em antecipar as eficácias fáticas contidas nessa sentença.

Com a técnica antecipatória, o juiz deferirá provisoriamente, o bem da vida pretendido na inicial. O que se antecipa é a tutela e não a sentença, havendo, portanto, a realização antecipada de um efeito para uma finalidade específica, qual seja, a proteção do bem da vida ameaçado ou lesado.⁶²

ZAVASCKI⁶³ explica em sua doutrina que a efetividade do processo necessita de tutelas cujos efeitos provoquem mudanças ou impeçam mudanças no plano da realidade social; portanto, há efetividade processual quando a tutela importar em execução. No entanto, essa execução é em sentido amplo: pela via executiva *lato sensu*, mandamental, ou pela ação de execução propriamente dita. Leciona o autor que mesmo na tutela condenatória o que se antecipa são os efeitos executivos dela decorrentes.

Para exemplificar, pensemos na ação de despejo proposta com base na falta de pagamento dos aluguéis fixados provisoriamente. Dessa maneira, quando a constituição

⁶¹ *Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação de 'sentença'. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação por ventura pretendidas como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos.*

(...)No plano jurídico formal, ou seja, no mundo dos pensamentos, a eficácia da sentença não se sujeita a perigo algum. A mora jamais será empecilho a que a sentença definitiva produza seus efeitos no plano abstrato. Não há perigo que possa comprometer a tutela jurisdicional no que tange a declarar direitos, ou a constituir e desconstituir relações jurídicas, ou a impor condenações. O perigo, quando existe, diz respeito à eficácia social da sentença, ou seja, à sua aptidão para tornar concreta sua eficácia jurídico-formal. É nesse plano que se instala o 'periculum in mora', e é a eficácia nesse plano, conseqüentemente, a que deve ser antecipada. (ZAVASCKI, Op. cit., 1997, p. 48-49)

⁶² *A partir do momento em que se entende a distinção entre técnica para a prestação da tutela (por exemplo, sentença mandamental) e a tutela propriamente dita (tutela inibitória, por exemplo), fica bastante claro que o juiz tem poderes para conceder a tutela ao final ou antecipadamente. A tutela é prestada, em regra, ao final do procedimento, mas em alguns casos pode ser concedida antecipadamente. A tutela concedida antecipadamente confere um bem da vida ao postulante, não se limitando a assegurar a prestação do bem da vida perseguido. (MARINONI. Op. cit., 2006, p. 74)*

⁶³ Cf. ZAVASCKI, Op. cit., 1997, p. 83.

provisória enseja alguma pretensão condenatória, mandamental ou executiva, em caso de inobservância da tutela antecipatória, dá-se vida à provisoriedade, que, do contrário, perderia totalmente sua utilidade.

De acordo com BEDAQUE⁶⁴ e BUENO⁶⁵, são cabíveis os provimentos antecipatórios com objetivo de antecipar totalmente os efeitos da tutela final em qualquer eficácia. Assim, não se deve concluir que somente os efeitos condenatórios, executivos e mandamentais sejam dignos de antecipação. Apesar da divergência doutrinária, entendemos que os efeitos de uma tutela declaratória e constitutiva podem ser antecipáveis.⁶⁶

Tal pensamento é decorrência do contido no art. 273, §3º, do Código de Processo Civil⁶⁷. A tutela jurisdicional é formada pela natureza, eficácia, do provimento – declaratória, constitutiva, mandamental, executiva -, bem como pelos efeitos possíveis no plano dos fatos, o qual é completamente variável de acordo com a imbricação da criatividade do pedido feito e o direito material tutelado. Dessa maneira, o juiz deve encontrar a técnica executiva mais adequada para a formação dos efeitos no plano dos fatos.⁶⁸

As ações declaratórias pairam sobre o ser e o não ser das relações jurídicas. Dessa maneira, apenas a existência proclamada pelo juiz, na sentença, permite saber se o autor é ou não titular da relação jurídica objeto da declaração. Daí dizer que elas têm eficácia de preceito, bem como que as sentenças nelas proferidas são sentenças com *efeito de preceito*.⁶⁹

⁶⁴ Cf. BEDAQUE, Op. cit., 2006, p. 161

⁶⁵ Cf. BUENO, Op. cit. 2004, p. 97.

⁶⁶ Ao alvitre de MARINONI, em uma declaração ou constituição com fulcro em cognição sumária, mister observar a viabilidade e a utilidade destas tutelas em face das diversas situações concretas. Segundo ele, não se admite uma constituição provisória nas ações de estado, entretanto, é completamente viável a constituição provisória de um aluguel. (Cf. MARINONI. Op. cit., 2006, p. 60)

⁶⁷ *A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A. (art. 273, §3º do Código de Processo Civil)*

⁶⁸ Nesse espeque, leciona MARINONI: *Considerando-se a natureza da tutela antecipatória, não há como admitir que o juiz possa ficar amarrado às formas de execução da sentença condenatória. A natureza da tutela antecipatória impõe, sob pena de incoerência e falta de lógica, que a sua efetivação possa ser realizada mediante o emprego da multa ou das medidas necessárias e adequadas para que o bem da vida buscado pela parte possa realmente ser-lhe entregue.*

Em outras palavras: tratando-se de tutela antecipatória urgente, o juiz tem amplo poder para determinar a modalidade executiva adequada, devendo sempre considerar a necessidade de imediatidade na concessão da tutela (além, evidentemente, do direito afirmado pelo autor e do risco de lesão ao réuO, que é o que inspira a própria concessão da tutela na forma antecipada. (MARINONI. Op. cit., 2006, p. 76-77)

⁶⁹ Com apoio na doutrina de PONTES DE MIRANDA, ZAVASCKI afirma que preceito é norma, prescrição, regra obrigatória a seus destinatários. Possui, dessa maneira, uma eficácia positiva de estabelecer a certeza sobre o conteúdo da relação jurídica litigiosa, e uma eficácia negativa de impedir, vedar, futuros atos ou comportamentos do réu incompatíveis com o conteúdo do preceito emitido. Assim, o autor *pode ir contra o réu com o preceito, se o réu tem algo a fazer em contrário ao declarado ou se algo fez em contrário*. Essa eficácia negativa é passível de antecipação, o que se dá mediante ordens *de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão de atos ou comportamentos*. (ZAVASCKI, Op. cit., 1997, p. 84-85)

Cedição é que a certeza jurídica não pode ser antecipada, uma vez que não se compadece com a *provisoriidade*. A declaração e a constituição de um direito, para conferirem segurança ou certeza, não podem ser revogáveis ao longo do procedimento⁷⁰. Assim, os efeitos que decorrerão do preceito contido na sentença de procedência são passíveis de antecipação. Isto ocorre porque o autor pode ter o *interesse em obter os efeitos práticos que correspondem a certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório*.⁷¹

Tomemos como exemplo a ação em que se postula a declaração da nulidade de ato que excluiu o autor de uma sociedade recreativa. Indubitável que a respectiva declaração apenas terá efeito após o trânsito em julgado da sentença. Contudo, ele pode obter, em sede de medida antecipatória, a permissão para continuar freqüentando provisoriamente as dependências sociais. A tutela, neste caso, não está assegurando a possibilidade de o autor realizar o direito no futuro, porém viabilizando seu imediato exercício.

Nesse sentido é o acórdão no REsp 201.219/ES, em que é discutida a nulidade de escritura de compra e venda com pretensão reivindicatória. Nesse julgado, o juiz deferiu antecipadamente os efeitos da pretensão deduzida.⁷²

Da mesma maneira, a antecipação de efeitos da tutela constitutiva permite realizar antecipadamente a eficácia executiva da modificação jurídica na realidade dos fatos. É permitido à parte usufruir de determinada situação fática, vinculada a eficácia da tutela constitutiva definitiva. É o caso, por exemplo, da separação de corpos (art. 888, VI, do Código de Processo Civil).

O Superior Tribunal de Justiça julgou o acórdão no REsp 445.863/SP, que questionava a rescisão de locação por infração contratual e a possibilidade de antecipar os

⁷⁰ *Certamente que, pela própria natureza do instituto em análise, não há como antecipar um grau de certeza que só a sentença vai alcançar e que somente vai conseguir em virtude do desenvolvimento do devido processo legal e do contraditório.* (BUENO. Op. cit.. 2004, p. 98).

⁷¹ WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC.** Revista de Direito do Consumidor, Sao Paulo, Não determinada. v.19, jul. 1996, p. 89-90

⁷² *PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DECLARATÓRIA. MEDIDA DE EFEITO PRÁTICO IMEDIATO. POSSIBILIDADE. POSSE VELHA. ADMISSIBILIDADE. CASO CONCRETO. ART. 273, CPC. ENUNCIADO N. 7 DASÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.*

I - Conquanto para alguns se possa afastar, em tese, o cabimento da tutela antecipada nas ações declaratórias, dados o seu caráter exauriente e a inexistência de um efeito prático imediato a deferir-se, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a antecipação nos casos de providência preventiva, necessária a assegurar o exame do mérito da demanda.

II - Em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), não se afasta de plano a possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível a depender do caso concreto.

III - Tendo as instâncias ordinárias antecipado os efeitos da tutela com base nas circunstâncias da demanda e no conjunto probatório dos autos, dos quais extrairam a verossimilhança das alegações e o caráter inequívoco da prova produzida, torna-se inviável o reexame do tema na instância especial.(REsp 201.219/ES; Rel. Sálvio Figueiredo Teixeira; 4ª Turma; DJ de 24.02.2003, p. 236)

efeitos da tutela despejando o infrator. Os Ministros entenderam que existe a possibilidade de despejar antecipadamente, uma vez que se trata de execução provisória.⁷³

De outro lado, pacífico é o entendimento da possibilidade de antecipar os efeitos das sentenças executivas, mandamentais e condenatórias. A antecipação dos efeitos da sentença condenatória nada mais é do que a antecipação do seu efeito executivo. Não há propriamente antecipação dos efeitos da sentença, mas sim a produção antecipada do efeito executivo para realização imediata do direito⁷⁴. O que é antecipado, portanto, é a tutela, o bem da vida ameaçado ou lesado, e não a sentença.

As eficácias antecipáveis executivas *lato sensu* e mandamental possuem imensa utilidade prática. É autorizado ao magistrado, a teor do art. 461, §5º, do Código de Processo Civil⁷⁵, aplicar multas cominatórias diárias e/ou meios executivos - busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva -, para que sejam sentidos antecipadamente os efeitos da tutela. Citam-se como exemplos de eficácias executivas e mandamentais, respectivamente, as liminares concedidas na ação de reintegração de posse e as liminares nas ações de manutenção de posse.

2.4 Espécies de Tutela Antecipada

2.4.1 Especiais

2.4.1.1 As Medidas Liminares

Cabe uma rápida anotação sobre o termo *liminar*. O seu significado indica algo que se faz inicialmente, em começo. A expressão *liminar* não revela o conteúdo do

⁷³ *AÇÃO DE DESPEJO. TUTELA ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. Cabível, nas ações de despejo, a antecipação de tutela, como o é em toda a ação de conhecimento, seja a ação declaratória, seja constitutiva (negativa ou positiva) condenatória, mandamental, se presentes os pressupostos legais. Recurso não conhecido. (REsp 445.863/SP, rel José Arnaldo da Fonseca; 5ª Turma; DJ de 19.12.02, p. 407) Ver também REsp n. 595172, Rel. Paulo Galotti, DJ 01.07.2005, p. 662.*

⁷⁴ Cf. MARINONI. Op. cit., 2006, p. 52.

⁷⁵ *Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

(...)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (art. 461, §5º, do Código de Processo Civil)

provimento jurisdicional, mas sim o momento em que ele é deferido. Portanto, *liminar* é a decisão proferida no início do processo.

A técnica antecipatória objetiva antecipar os efeitos da tutela jurisdicional final. Essa medida pode ser deferida desde a propositura da ação, logo, *liminarmente*, e até após o julgamento em primeiro grau.

Dessa maneira, os conceitos de *liminar* e tutela antecipada não se confundem. Pode ocorrer, todavia, que a tutela antecipada seja concedida *liminarmente*, ou seja, no limiar do procedimento. A eficácia da tutela jurisdicional, possibilitando que efeitos pretendidos possam ser usufruídos antecipadamente, pode ou não ser concedida *liminarmente*.

Nas ações possessórias é comum o deferimento de expedição de mandado liminar de manutenção ou reintegração de posse⁷⁶, quando a petição inicial está devidamente instruída. Assim, a liminar em ações possessórias é uma medida antecipatória específica, vez que entrega desde logo o provimento que somente seria obtido após o provimento definitivo de procedência.

A Lei do Mandado de Segurança prevê em seu art. 7º, II, que o juiz deve ordenar *que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.*⁷⁷ Essa liminar trata de hipótese de antecipação dos efeitos da tutela, pois acautela e satisfaz o direito lesado, exatamente como prevê o art. 273, I, do Código de Processo Civil.⁷⁸ No entanto, o legislador limitou a eficácia antecipatória em 120 (cento e vinte) dias.⁷⁹

⁷⁶ Art. 928. *Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.*

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.(art. 928 do Código de Processo Civil)

⁷⁷ Art. 7º - *Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:*

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos a fim de que no prazo de quinze dias preste as informações que achar necessárias.

II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida. (art. 7º, da Lei do Mandado de Segurança)

⁷⁸ *Não há dúvida que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação de efeito da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do Código. Quem lhe nega esse caráter antecipatório, geralmente parte do pressuposto equivocado de que antecipação é o mesmo 'prejulgamento' da causa. (...) Também a antecipação prevista no art. 273, I, do Código de Processo Civil, não constitui prejulgamento da causa, nem afirma ou retira direito algum, e nem produz efeitos jurídica definitivos; e ela também tem por finalidade apenas acautelar direito ameaçado por risco de dano. Tais circunstâncias, contudo, de modo algum comprometem sua natureza antecipatória, pois o que fixa tal natureza é o 'conteúdo' da medida, e não a sua 'finalidade'. Quanto à finalidade, há identidade entre a medida cautelar e a antecipatória, já que ambas, em última análise e a seu modo próprio, visam a preservar a utilidade da função jurisdicional. Na espécie do art. 273, I, para afastar o perigo de comprometimento ao processo, a técnica utilizada é a de antecipar, em caráter provisório, algum*

O art. 5º, da Lei do Inquilinato, assevera que *seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo*. Dessa maneira, a ação de despejo pode ser proposta com fulcro em diversos motivos, tais como para uso próprio do locador, de seus ascendentes ou descendentes; despejo para reforma ou demolição; despejo por término do prazo do contrato; despejo por denúncia vazia.

A Lei do Inquilinato traz em seu bojo disposições de Direito Material e Processual. Ela trata da ação de despejo em seu Capítulo II (arts. 59 e ss.). É cabível a antecipação dos efeitos da tutela para a desocupação do imóvel em quinze dias⁸⁰, independentemente da audiência da parte ré e desde que prestada caução no valor equivalente a três meses de aluguel, quando as ações tiverem por fundamento exclusivo algumas das hipóteses elencadas nos incisos do art. 59, §1º.⁸¹

2.4.1.2 Alimentos Provisionais

Os alimentos provisionais são os créditos oriundos do direito de família, ou de outra relação jurídica como, por exemplo, a do direito hereditário e direito das obrigações,

efeito executivo decorrente da futura sentença, sem que isto, obviamente, importe prejulgamento da causa. (ZAVASCKI, Op. cit., 1997, p. 192-193)

⁷⁹ Art. 1º Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:

- a) é de dez dias o prazo para a prestação de informações de autoridade apontada como coatora VETADO.
- b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação (art. 1º, da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964)

⁸⁰ AÇÃO DE DESPEJO. TUTELA ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. Cabível, nas ações de despejo, a antecipação de tutela, como o é em toda a ação de conhecimento, seja a ação declaratória, seja constitutiva (negativa ou positiva) condenatória, mandamental, se presentes os pressupostos legais. Recurso não conhecido. (REsp n. 445.863/SP, Rel. José Arnaldo da Fonseca, DJ 19.12.2002, p. 407)

⁸¹ Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§ 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

- I - o descumprimento do mútuo acordo (art. 9º, inciso I), celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento;
- II - o disposto no inciso II do art. 47, havendo prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou sendo ela demonstrada em audiência prévia;
- III - o término do prazo da locação para temporada, tendo sido proposta a ação de despejo em até trinta dias após o vencimento do contrato;
- IV - a morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação, de acordo com o referido no inciso I do art. 11, permanecendo no imóvel pessoas não autorizadas por lei;
- V - a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário.

capaz de suprir as necessidades básicas e urgentes do indivíduo, tais como alimentação, tratamento de saúde, educação, vestuário.

São devidos os alimentos provisionais em diversas hipóteses elencadas pelo legislador tanto no Código Civil, quanto em legislações esparsas. A Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, estabeleceu o rito especial para a ação de alimentos. No entanto, como dito alhures, os alimentos provisionais também podem ser requeridos incidentalmente em ações de inventário e partilha; de separação ou divórcio; de reparação civil; de reconhecimento de paternidade⁸².

Assim, quando forem parte do pedido mediato, os alimentos provisionais podem ser objeto de antecipação em razão de sua própria natureza. O juiz pode fixar alimentos provisórios liminarmente ou no curso da ação. Estes alimentos provisórios *são os mesmos alimentos definitivos que se antecipam*.⁸³

2.4.1.3 Provisional de Separação de Corpos

A provisional de separação de corpos tem como objetivo o afastamento de um dos cônjuges da coabitação. Geralmente é utilizada como preparatória e preliminar de ação de separação⁸⁴. O art. 1.562 do Código Civil dispõe que *antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade*. Não obstante, o art. 7º, §1º, da

⁸² A esse caso em particular cabe um breve comentário. A Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, em seu art. 5º, dispõe que *terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta, interposto recurso*. Da inteligência do artigo, percebe-se que somente após o reconhecimento em sentença de primeiro grau poderia o autor pedir alimentos provisionais com base no art. 852, III, do Código de Processo Civil. Todavia, a jurisprudência, ainda que a questão não esteja pacificada, permite, quando haja prova consistente nos autos que indiquem a procedência da ação, a concessão de alimentos provisionais antes da prolação da sentença de primeiro grau. Nesse sentido ver REsp n. 105194, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 15.12.1997, p. 66381.

⁸³ SILVA, Op. cit., 2008, p 71

⁸⁴ SEPARAÇÃO DE CORPOS. DESNECESSÁRIA A EXISTÊNCIA DE PROBABILIDADE DE OCORRER DANO IMINENTE PARA SE CONCEDER A SEPARAÇÃO DE CORPOS COMO MEDIDA ANTECIPATÓRIA À AÇÃO DE SEPARAÇÃO. A SIMPLES INSUPOORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM JUSTIFICA O AFASTAMENTO DO CÔNJUGE QUE NÃO DETÉM A GUARDA DOS FILHOS DO LAR CONJUGAL. AGRAVO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo de Instrumento nº 70000394833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 22.03.2000)

Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977⁸⁵, indica que a separação de copos poderá ser determinada pelo juiz como medida cautelar.

A provisional de separação de corpos é considerada técnica antecipatória à medida que antecipa os efeitos da sentença de procedência em ação de divórcio ou separação. Entretanto, o legislador achou por bem inseri-la no Livro do Processo Cautelar do Código de Processo Civil.

2.4.2 Genéricas

2.4.2.1 Art. 273 do Código de Processo Civil

O art. 273 do Código de Processo Civil foi modificado pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994. A sua nova redação introduziu a técnica antecipatória genérica no processo de conhecimento.⁸⁶

De acordo com esse dispositivo, *o juiz poderá, 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 das alegações* formuladas pelo autor. Portanto, o primeiro pressuposto positivo⁸⁷ para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela contido no art. 273 é a prova inequívoca. Esse pressuposto, juntamente com a verossimilhança das alegações, é necessário à concessão da medida antecipatória.

Por prova inequívoca entende-se aquela que desencadeia para apenas um sentido possível de entender, independente de sua capacidade persuasiva.⁸⁸ Esclarece-se que a prova inequívoca não está limitada apenas a prova documental, mas se estende a todos os meios de

⁸⁵ Art 7º - A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens.

§ 1º - A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do CPC).

§ 2º - A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida. (art. 7º da Lei n. 6.515/1977)

⁸⁶ *Mais que uma simples alteração de um dispositivo do código, a nova lei produziu, na verdade, uma notável mudança de concepção do próprio sistema processual. As medidas antecipatórias, até então previstas apenas para determinados procedimentos especiais, passaram a constituir providência alcançável, generalizadamente, em qualquer processo. A profundidade da mudança – que, como se disse, é, mais que da lei, do próprio sistema 0 se faz sentir pelas implicações que as medidas antecipatórias acarretam, não só no processo de conhecimento, mas também no processo de execução, no cautelar e até nos procedimentos especiais.*

⁸⁷ A classificação entre pressupostos positivos e negativos adotada neste trabalho é utilizada por Cassio Scapinella Bueno in **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva. 2004.

⁸⁸ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. **Revista de Processo**, São Paulo, RT v.104, out. 2001, p. 104.

prova, respeitando o limite constitucional do art. 5º, LVI. A prova inequívoca deverá conduzir o juiz ao convencimento da verossimilhança das alegações capaz de autorizar a antecipação de tutela.

A verossimilhança das alegações significa que o descrito no petitório, em conjunto com as provas produzidas, faz com que a causa de pedir pareça verdadeira.⁸⁹ O narrado deve indicar ao juiz que, à luz das provas produzidas, o fato jurídico *conduz à solução e aos efeitos que o autor pretende alcançar na sua investida jurisdicional*.⁹⁰

Apenas o juízo de verossimilhança e a prova inequívoca não são suficientes para a concessão da tutela antecipada. Além dos pressupostos necessários, existem os pressupostos cumulativos com os do *caput* do artigo. Estes pressupostos cumulativos estão elencados nos incisos do mencionado artigo.

A presença do receio de dano irreparável ou de difícil reparação é o primeiro pressuposto cumulativo elencado. ATHOS GUSMÃO⁹¹ explica que o dano mencionado no inciso não é exclusivamente de perecimento da pretensão, mas pode estar ligado a um dano externo à pretensão. O autor dá o exemplo de uma ação em que é requerida entrega de máquinas vitais a uma indústria. Nela pode ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela para evitar a paralisação da indústria e sua eventual falência.

O art. 273, II traz outro pressuposto. Nesse inciso é disposto que a medida antecipatória será concedida quando ficar *caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*. O referencial do que seriam esses pressupostos, sem prejuízo de outras situações, pode ser extraído do art. 14, do Código de Processo Civil. Todavia, não apenas as situações *endoprocessuais* podem servir de fundamentação para a concessão da medida antecipatória nesse caso. As hipóteses em que o réu pratica atos fora do processo capaz de atrasar a marcha processual também podem levar à prestação tutela de urgência.

O tempo visto como ônus processual foi observado na elaboração da Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002, que inseriu o §6º no artigo 273 do Código de Processo Civil.

⁸⁹ MARINONI leciona que há distinção entre convicção de verdade e convicção de verossimilhança. Afirma o professor paranaense que, pela própria natureza humana, é impossível o juiz descobrir a verdade dos fatos. A convicção da verdade não significa dizer que é encontrada a verdade. O magistrado se convence da verdade por tentar chegar o mais perto possível da meta inalcançável através da plenitude de produção de provas e argumentos. Conclui que mesmo a convicção de verdade nunca se afasta da verossimilhança. A convicção de verossimilhança, por sua vez, quer dizer que não foi atingida a plenitude de provas e argumentos das provas. (MARINONI. Op. cit., 2006, p. 208-213).

⁹⁰ BUENO. Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 34

⁹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31.

Com base no direito fundamental esculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, foi estabelecido que a técnica antecipatória poderá ser utilizada *quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*.⁹² Se a verossimilhança das alegações já é pressuposto suficiente para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, a presunção de veracidade das alegações do autor é fator ainda mais contundente. O tempo do contraditório nesses casos não pode servir de empecilho para o início da eficácia de uma decisão que tende ser favorável ao autor.

A compreensão do significado de incontroverso é de fundamental importância para a análise desse dispositivo. O réu, ao não contestar os fatos narrados na inicial de maneira específica ou no conjunto da defesa, leva ao entendimento de que eles são verdadeiros.⁹³ Todavia, cabe ao juiz analisar se a não-contestação conduz aos efeitos jurídicos pretendidos pelo autor, para daí conceder a tutela antecipada. O que deve ser incontroverso são os fatos e não o pedido. Os fatos incontestes contidos na causa de pedir que levarão a incidência da hipótese do §6º, do art. 273 do Código de Processo Civil. Dessa maneira, tão-somente os pedidos, ou parte deles, que tenham como causa de pedir os fatos incontroversos que se encontram maduros para o julgamento.

A teor do art. 331, §2º, do Código de Processo Civil, o juiz, após a audiência de conciliação que restar infrutífera, deverá fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas.⁹⁴ Assim sendo,

⁹² Nesse ponto, BUENO leciona que o §6º não é a mesma tutela antecipada dos incisos I e II do art. 273 do Código de Processo Civil. Segundo ele, não resta dúvidas de que se cuida da técnica antecipatória, entretanto, é técnica antecipatória somente naquilo que diz respeito à possibilidade, por reconhecer a eficácia antecipada de um provimento final de procedência do pedido autoral. Afirma o doutrinador que no concernente a alguns aspectos da natureza jurídica ela não se refere à medida antecipatória. Discorre que se trata mais de uma técnica de desmembramento dos pedidos cumulados que encaminha a um julgamento antecipado *parcial* da lide do que da simples técnica antecipatória. De acordo com o autor, o juiz julga a lide antecipadamente e parcialmente com cognição exauriente em relação aos pedidos incontroversos. Por julgar com uma cognição exauriente, a decisão não estaria sujeita a revogação nos termos do §4º do art. 273 ou a necessidade de confirmação quando da prolação da sentença. Assim, a causa com relação a esses pedidos incontroversos estaria julgada em definitivo, prosseguindo o processo quanto aos demais fatos e pedidos nos moldes do art. 273, §5º, do Código de Processo Civil. (Cf. BUENO. Op. cit.. 2004, p. 45-55)

⁹³ Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:
 I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;
 II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;
 III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.
 Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público. (art. 302 do Código de Processo Civil)

⁹⁴ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

MARINONI define como incontroverso *o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, 'imediata tutela'.* É nesse sentido que se diz que o §6º é a base para a tutela dos direitos evidentes.⁹⁵

Ao alvitre de MARINONI⁹⁶ e BUENO⁹⁷, a inserção deste parágrafo quebrou a unicidade da sentença. Isto porque, com a introdução da técnica antecipatória mediante o julgamento parcial da lide, o autor que possui um pedido maduro para julgamento não pode sofrer o ônus do tempo do processo. Assim, o pedido decorrente dos fatos incontroversos obterá a imutabilidade, caso a decisão que a conceda não seja reformada, e o restante dos pedidos prosseguirá o curso normal do processo.

O pressuposto negativo para a concessão da medida antecipatória decorre do disposto no §2º do artigo em comento. De acordo com ele, *não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.* Da exata dicção do parágrafo é perceptível que a irreversibilidade é do provimento e não dos seus efeitos fáticos.⁹⁸

Não se pode confundir irreversibilidade com satisfatividade. A satisfatividade pode ter efeitos reversíveis ou irreversíveis no plano da realidade social. Será reversível quando for possível estabelecer o *status quo ante* e irreversível quando essa situação não for alcançável. Dessa maneira, a decisão que concede a antecipação de tutela sempre será reversível, mesmo que os efeitos por ela gerados sejam irreversíveis.

Os efeitos fáticos, forte em TOMMASEO⁹⁹, podem ser irreversíveis dependendo da situação.¹⁰⁰ A segurança jurídica aqui é relativizada em face da efetividade da tutela

(...)

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Art. 331, §2º, do Código de Processo Civil)

⁹⁵ MARINONI. Op. cit., 2006, p. 360.

⁹⁶ Cf. Id., Ibid., 2006, p. 360-362.

⁹⁷ Cf. BUENO. Op. cit, p. 45-55

⁹⁸ BUENO, ao contrário, afirma que a irreversibilidade de que trata o parágrafo se refere aos efeitos fáticos e concretos decorrentes da decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela. (Cf. Id., Ibid., p. 56.)

⁹⁹ *É pacífico, de outra parte, que as mesmas medidas cautelares tipicamente conservativa têm uma potencial aptidão para provocar um prejuízo, também irreparável, a cabo do sujeito que as tenha recebido injustamente: pensa-se nos efeitos de um seqüestro judicial de empresa e também naqueles atos de disposição – e portanto de transformação irreversível – que eventualmente serão necessários como nas hipóteses de venda das coisas seqüestradas deterioráveis prevista no art. 685 do c.p.c.(tradução do autor) (TOMMASEO, Op. cit., 1983, p 149)*

¹⁰⁰ Outro exemplo que pode ilustrar e auxiliar na compreensão é o dado por BARBOSA MOREIRA. *Há necessidade urgente de submeter menor a uma transfusão de sangue, para salvar-lhe a vida, mas um dos pais opõe-se ao ato, por motivo religioso, e faz-se necessário requerer ao juiz o suprimento da autorização: se não*

jurisdicional.¹⁰¹ O juiz deve conceder a tutela de urgência a um direito que preponderantemente lhe parece provável para que esse direito não sofra uma lesão. Portanto, a tutela de urgência deve ser concedida para que um mal maior seja evitado.¹⁰² Todavia, o magistrado deve prover meios adequados à reversibilidade da situação, como solicitar a prestação de caução, ao menos para garantir a reparação de eventuais indenizações.

2.4.2.2 Art. 461 do Código de Processo Civil

O art. 461 do Código de Processo Civil inseriu a tutela específicas das obrigações de fazer e não fazer. Para conceder a maior efetividade da tutela jurisdicional, o legislador conjugou nesse dispositivo diversos tipos de provimento, especialmente os de natureza mandamental e o executivo *talo sensu*.

Para a efetivação da tutela, à luz do já aludido art. 461, §5º, o juiz pode, *de ofício, ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial*. A pedido do autor ou nas hipóteses em de impossibilidade jurídica ou material de obtenção do resultado prático da tutela, haverá a conversão da obrigação em perdas e danos.¹⁰³

for obtido incontinenti, o provimento já não será útil. (...) Sem a oportuna transfusão de sangue, o menor provavelmente morreria. (...) Efeitos irreversíveis podem surgir, portanto, quer no caso de conceder-se, quer no de negar-se a antecipação. É mister encontrar uma saída para esse beco. E a atitude mais razoável consiste em proceder uma valoração comparativa dos riscos; em outras palavras, balancear os dois males, para escolher o menor. (MOREIRA, Op. cit. 2001, p. 106)

¹⁰¹ *Casos haverá, e esses certamente são casos extremos, em que o conflito entre segurança jurídica e efetividade é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo de outro. Na Justiça Federal, por exemplo, não são incomuns pedidos para a liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão (greve dos servidores, por exemplo) não é realizado. (...) Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. 'Ad impossibilia Nemo tenetur'. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é, no plano dos fatos, mais que antecipação provisória: é concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo.* (ZAVASCKI, Op. cit., 1997, p. 98)

¹⁰² BUENO entende que para a melhor compreensão do §2º, do art. 273, do Código de Processo Civil, ele deveria trazer o complemento exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor do que benefício do réu. (Cf. BUENO. Op. cit., 2004, p. 61)

¹⁰³ *Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

Quando houver perigo de ineficácia do provimento final, o juiz poderá antecipar liminarmente ou mediante justificação prévia a tutela pretendida. A decisão que antecipa os efeitos da tutela final é provisória, podendo ser modificada e revogada a qualquer tempo.¹⁰⁴ Este parágrafo consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, vez que é o provimento mais adequado para a prevenção ou cessamento de um ato ilícito.

Para a concessão do provimento antecipatório, o autor deve demonstrar que a prática pode ocorrer, continuar ocorrendo, ou se repetir, no transcurso do processo de conhecimento. Além desse requisito, deverá ficar configurado o *fumus boni iuris*. Não é necessário que o autor demonstre que a prática irá ocorrer no curso do processo, mas apenas sua probabilidade. O justificado receio contido no §3º, do art. 461, não é de dano, mas sim de ato contrário ao direito.

Adotaram medidas semelhantes à do art. 461, do Código de Processo Civil, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁵; art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁶; o art. 3º da Lei da Ação Civil Pública¹⁰⁷; art. 62 da Lei Antitruste¹⁰⁸.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Art. 461, §1º, do Código de Processo Civil)

¹⁰⁴ *§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (art. 461, §3º, Do Código de Processo Civil)*

¹⁰⁵ *Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento o preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.(art. 84, do Código de Defesa do Consumidor)

¹⁰⁶ *Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento (Art. 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente)

2.4.2.3 Art. 461-A do Código de Processo Civil

A nova técnica inserida no ordenamento jurídico para a tutela de específica de entrega de coisa está esculpida sob a égide do art. 461-A do Código de Processo Civil. Esta técnica processual dá mais efetividade, por exemplo, a ação possessória quando não couber o rito especial previsto no Código de Processo Civil¹⁰⁹. No caso de ficar evidenciada a urgência no deferimento da reintegração ou manutenção da posse, passados o prazo de ano e dia, o juiz poderá conceder a medida antecipatória com fulcro no artigo em comento.

2.5 Diferenças e semelhanças entre as medidas antecipatórias e cautelares

O ordenamento jurídico é caracterizado pela supremacia da Constituição, que dá coesão ao sistema. Lembra-se que o art. 5º, XXXV, da Carta Fundamental, possui a incumbência de impedir qualquer ameaça ou lesão a direito. O processo é, portanto, o instrumento utilizado para a realização deste direito fundamental. Assim, as técnicas processuais antecipatórias e cautelares possuem função idêntica no âmbito constitucional, à

¹⁰⁷ Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Art. 3º, da Lei da Ação Civil Pública)

¹⁰⁸ Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas. (art. 62, da Lei Antitruste)

¹⁰⁹ Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas. (art. 62, da Lei Antitruste)

¹⁰⁹ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. (art. 461-A, do Código de Processo Civil)

medida que são meios para a prestação adequada, efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional urgente.¹¹⁰

Ambas as medidas de urgência utilizam-se de cognição sumária, não definitiva e urgente, e não exauriente, permanecendo no terreno da verossimilhança das alegações. Dessa maneira, este é um dos principais pontos em comum entre essas técnicas.

A técnica cautelar atua acessoriamente, com uma base processual e procedimental própria, a uma ação principal, vez que se refere a um perigo de dano e à possibilidade da procedência do pedido formulado ou a ser formulado nessa. De outro lado, a técnica antecipatória age no bojo do processo principal, pois versa sobre o seu mérito, examinado através da prova inequívoca do direito material. Prescinde, assim, de uma base procedimental própria.

A tutela que entrega ao postulante aquilo que somente obteria após a prolação da sentença é alcançada pela técnica antecipatória. Portanto, a antecipatória satisfaz, total ou parcialmente, provisoriamente na realidade social os efeitos do provimento jurisdicional final de mérito. Por sua vez, a técnica cautelar possui o condão de assegurar o bem da vida que está, ou estará, em discussão no processo principal.

Distinguem-se as técnicas cautelares e antecipatórias, respectivamente, pelo caráter temporário e provisório das decisões que as concedem. As decisões que concedem as tutelas por meio das medidas de urgência não duram para sempre, estão destinados a perdurar até que venha o provimento definitivo. No entanto, no caso das medidas antecipatórias, a providência definitiva pode confirmar ou revogar a antecipação dos efeitos da tutela concedida no bojo processual. No caso das técnicas assecuratórias o provimento definitivo do processo principal não tem o condão de substituir o provimento cautelar, a tutela de urgência deve durar enquanto prevalecer o estado de perigo.

Assim, as tutelas cautelares são medidas de apoio ao processo e a técnica antecipatória projeta os seus efeitos para fora do processo ao atingirem o bem da vida, atuando como medida de tutela direta às pessoas e não ao processo.¹¹¹

¹¹⁰ Afirma ZAVASCKI que *em nosso direito, caracterizado pela supremacia da Constituição e pela viabilidade ampla de controle difuso dessa supremacia, todo e qualquer preceito normativo sofre inafastável relação de coordenação e subordinação para com os preceitos constitucionalizados. É a Constituição que dá unidade ao sistema, que estabelece seus princípios basilares, que fixa as diretrizes e os limites do conteúdo da legislação ordinária. (...) É preciso que as leis processuais sejam compreendidas, interpretadas e aplicadas segundo os princípios constitucionais aos quais servem e para cuja efetivação exercem função concretizadora. (...) a fundamentação constitucional das medidas cautelares e das medidas antecipatórias, que, por serem comuns às duas, constitui o mais relevante ponto de identidade entre essas espécies de providência jurisdicionais.* (ZAVASCKI, Op. cit., 1997, p. 59-61)

Ao analisar esta questão, LAMY conclui que a técnica antecipatória possui maior carga de satisfatividade, ao passo que a técnica cautelar goza preponderantemente de uma maior referibilidade. Assim, o autor afirma que *a técnica assecuratória busca assegurar e acaba por satisfazer, e a técnica antecipatória satisfaz para proteger, terminando por também assegurar*.¹¹²

Do grau de satisfatividade e referibilidade contido nas técnicas antecipatórias e cautelares, decorre a dificuldade em reconhecer características meramente assecuratórias ou antecipatórias a elas.¹¹³

Constata-se que a tutela de urgência é prestada, em sua maioria, através de decisões liminares. As medidas liminares produzem a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, destarte, possuindo satisfatividade.¹¹⁴

O caráter satisfativo pode ser encontrado em muitos provimentos denominados como cautelares e constantes no processo cautelar. LAMY cita como exemplos o *caso da produção antecipada de provas do Código de Processo Civil (art. 846 e s.)*, *dos alimentos provisionais (art. 852 e s.)* e *das demais técnicas de urgência autônomas que se utilizam do*

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. II, nº 471, p. 900.

¹¹² LAMY. Op. cit., 2004, p. 53.

¹¹³ BEDAQUE, ao citar MARINONI, afirma que até mesmo o processualista paranaense assevera existir a possibilidade de a tutela cautelar assumir cunho satisfativo. Ao distinguir tutela cautelar da interinal, *admite a possibilidade de sua concessão implicar antecipação de parte dos efeitos da sentença do processo principal (cfr. Tutela cautelar, p. 102)*. (...) *Aliás, os comentários do eminente mestre ao exemplo de Calamandrei revelam claramente sua adesão à categoria da tutela cautelar satisfativa. Trata-se da hipótese em que certa artista famosa pleiteou fosse a foto de seu rosto retirada do cabaré de Paris. Obteve tutela cautelar, consistente em vedar com um pano seu rosto. A providência importa, sem dúvida, antecipação provisória do efeito prático da sentença final. Não configura antecipação do próprio provimento, evidentemente, pois não lhe reconheceu o direito à supressão da foto. Mas concedeu-se-lhe a tutela cautelar para assegurar a utilidade do provável resultado futuro. A respeito, conclui corretamente Marinoni: 'Ora, no exemplo de Calamandrei realmente existiu antecipação de tutela. Mas com função assecurativa. Daí estar presente a cautelaridade'.* (Tutela cautelar p. 103). *Se assim é, estamos plenamente de acordo: a antecipação destinada a assegurar a efetividade do provimento satisfativo, ainda que implique também em satisfação, mas provisória, tem caráter cautelar. Mesmo porque, como ele mesmo reconhece, a antecipação ;e sempre de efeitos materiais do provimento final, nunca de sua eficácia jurídica (ob. e p. cit.). Antecipam-se os efeitos de um provável direito a ser reconhecido, não o próprio reconhecimento. E, como bem conclui Marinoni: 'Nesta dimensão, pois, fica evidenciada a possibilidade da tutela cautelar apresentar estrutura onde se verifique antecipação parcial dos efeitos da evidência definitiva' (ob. cit., p.104).* Essa antecipação parcial dos efeitos da sentença do processo principal teria natureza cautelar desde que dotada de função meramente assecurativa. *Aqui, conclui ele que todas as tutelas estruturalmente antecipatórias encontram sua verdadeira natureza pela análise funcional de cada uma (ob. cit., p. 106).* (BEDAQUE, Op. cit., 2006, p. 303)

¹¹⁴ LAMY. Op. cit., 2004, p. 56.

*procedimento sumário do processo cautelar, mas são satisfativas e irreversíveis*¹¹⁵ quanto aos seus efeitos pretéritos¹¹⁶.

A carga de cautelaridade contida na técnica antecipatória é agasalhada pelo art. 273, I do Código de Processo Civil, pois permite a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em caso de receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

2.6 A unidade de tutela de urgência

A eficácia conservativa ou antecipatória não pode ser considerada fator de discriminação para a identificação da tutela de urgência. Seja quando se trata de medida cautelar, seja quando a medida vise antecipar os efeitos da tutela definitiva pretendida, o que se faz sempre presente é a luta contra o que os males do tempo podem causar aos direitos das partes. Portanto, classificá-la apenas pelos efeitos práticos das medidas constitui um equívoco.

A tutela de urgência tem o objetivo de eliminar a colisão entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição.¹¹⁷ TOMMASEO afirma que *la convinzione che la tutela cautelare utillizzi contantemente la técnica dell'anticipazione è così forte, o almeno così largamente accettata, che spesso si giunge a ravvisare nella stessa anticipazione un elemento che rivela o concorre a rivelare Il carattere cautelare di un determinato istituto*.¹¹⁸ Desse modo, a tutela de urgência compreende tanto as medidas cautelares como as antecipatórias.

¹¹⁵ LAMY. Op. cit., 2004, p. 56.

¹¹⁶ *Os alimentos provisionais são satisfativos e definitivos. O que é provisório é a sentença que os concede, sob a forma de provisionais, porque, representando eles a satisfação da pretensão alimentar – antecipadamente atendida a quem se diga titular do direito a alimentos –, a eventual decisão final que reconheça que o direito aos alimentos em verdade não existe fará com que cesse definitivamente (para o futuro!) os efeitos da decisão que os concedera.*

É certo, sem dúvidas, que existe provisoriedade na satisfação do direito a alimentos obtidos sob a forma de provisionais. Contudo, o que interessa é saber se a provisoriedade atinge todas as prestações e a cada uma delas – posto que irrepitíveis os alimentos pagos – ou se o provisório diz respeito apenas à qualidade do ato judicial que, este sim, poderá ser desfeito; ou então determinar se a ‘provisioriedade’ que caracteriza os alimentos provisionais refere-se à sentença que, como julgamento (!), é provisória e à possibilidade de cessarem ‘para o futuro’ os alimentos concedidos, sem qualquer referência à ‘definidade’ dos alimentos já prestados. (SILVA, Op. cit., 2008, p 71)

¹¹⁷ BEDAQUE, Op. cit., 2006, p. 307

¹¹⁸ *A convicção de que a tutela cautelar utiliza constantemente a técnica antecipatória é tão forte, ou ao menos assim amplamente aceita, que freqüentemente se observa na mesma antecipação um elemento que revela ou concorre a revelar o caráter cautelar de um determinado instituto.* (tradução do autor) (TOMMASEO, Op. cit., 1983, p. 9)

De mais a mais, as duas técnicas processuais possuem idêntica função no âmbito Constitucional.¹¹⁹ Ao afastar a incidência de um dano a direito, ambas as técnicas de urgência acabam por satisfazer e assegurar, diferenciando-se, apenas, pela preponderância numa ou em outra característica. Essa fundamentação constitucional das medidas de urgência é a principal característica de unidade entre elas.

Inexiste qualquer razão para a distinção entre tutelas conferidas mediante as técnicas antecipatórias e cautelares. Embora as medidas não sejam iguais, elas possuem inúmeras características comuns. As duas técnicas possuem idêntica finalidade e características semelhantes, portanto, não há por que distingui-las. Se possuem tantos aspectos que as aproximam, melhor tratá-las em conjunto. O fim comum de assegurar a efetividade processual, ao se opor aos males que o tempo provoca ao direito das partes, é o que unifica a tutela de urgência, sujeitando a princípios comuns as técnicas assecuratórias e antecipatórias.

O ordenamento brasileiro necessita sistematizar uniformemente os provimentos urgentes. O caminho a ser traçado é o de reconhecer uma disciplina geral para aplicação conjunta das duas técnicas. Esse passo já foi dado com a Lei n. 10.444/2002. Ao inserir o §7º no art. 273 do Código de Processo Civil¹²⁰, essa lei demonstra a flexibilização da tutela de urgência.

O texto processual acima citado permite a fungibilidade entre as técnicas que instrumentalizam a tutela de urgência. Tal fungibilidade é possível em razão de ser entre os meios e não entre os fins. O fim da prestação jurisdicional é a sua tutela efetiva, tempestiva e adequada, sendo as técnicas processuais os meios para se obter esse provimento.¹²¹

Não obstante, o reconhecimento de unidade da tutela de urgência já foi minutado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual no Anteprojeto de Lei Sobre Tutelas Diferenciadas Medias Antecipatórias e Cautelares.¹²²

Na remodelação de distribuição das matérias contida no anteprojeto em debate, encontra-se a proposta da decisão concessiva da antecipação de tutela estabilizar-se, desde

¹¹⁹ Pondera LAMY: *Portanto, a interpretação dos dispositivos legais que se referem às técnicas de urgência deve se dar segundo os mandamentos constitucionais, visando a efetividade da tutela jurisdicional. Ambas as técnicas possibilitam que os efeitos fáticos da tutela definitiva sejam efetivos, sustentando a situação fática até o provimento jurisdicional final de mérito.* (LAMY, Op. cit., 2004a, p. 295).

¹²⁰ *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.* (art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil)

¹²¹ Sobre o assunto ver LAMY. Op. cit., 2004.

¹²² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Caderno IBDP – Série Propostas Legislativas. Reformas Legislativas: Leis Aprovadas, Projetos Aprovados na Câmara e no Senado, Esboços de Anteprojeto.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual. v. 5. mai 2008, p. 99-112

que o pedido de antecipação não tenha sido impugnado pelo réu. Outrossim, o mesmo assunto é objeto do Projeto de Lei de iniciativa do Senado n. 186/2005¹²³, apresentado pelo Senador Antero Paes de Barros, que versa sobre a modificação do art. 273, do Código de Processo Civil. Essa é a temática a ser abordada no próximo Capítulo.

¹²³ Projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal nº 186 de 2005. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mate/servlet/PDFMateServlet?s=http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/MateFO.xml&o=ASC&m=73862>>. Acessado em 21 de maio de 2009.

3 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

3.1 Estabilização da Tutela Antecipada

3.1.1 Conceito

Em razão do seu caráter satisfativo, a medida antecipatória pode encerrar ou reduzir a necessidade do pronunciamento definitivo de mérito. Todavia, para que isso ocorra, é imperiosa uma técnica capaz de evitar a decisão de mérito e manter inalterada a eficácia executiva do provimento antecipatório.

A medida antecipatória pode ser suficiente para encerrar o litígio, não sendo necessária a parte autora uma decisão de mérito. Em virtude disso, a técnica da estabilização transfere os males causados pela demora do processo àquele que aparentemente não tem razão. O ônus para a propositura do processo de conhecimento passa a ser do réu. Teria ele a necessidade de desconstituir a eficácia da medida de urgência adquirida.

Com essa técnica, a medida antecipatória, quando não impugnada, passa a ter natureza de provimento final. Diga-se natureza de provimento final porque sua eficácia executiva não possui limitação temporal. Explica-se que quando à tutela de urgência concedida por meio da técnica antecipatória não se opuser nenhuma das partes, o provimento antecipatório age como um título executivo que adquire aspectos de imutabilidade.

Dessa feita, conceitua-se a estabilização como sendo a técnica processual que permite às decisões que concedem a tutela diferenciada permanecerem eficazes por tempo indeterminado, sem a necessidade de uma decisão acerca do mérito, até o momento em que, qualquer das partes, tiver o anseio de decisão passada em julgado.

3.1.2 Antecipação de tutela antecedente

A constante evolução social e a necessidade cada vez mais notória de se buscar instrumentos adequados e efetivos para a solução célere dos conflitos jurisdicionais contribuiu para que o legislador aglutinasse no procedimento cautelar via alternativa de sumarização das demandas satisfativas urgentes.

A utilização das medidas cautelares satisfativas, que de cautelar possuem apenas o nome e a forma procedimental, foram reduzidas em razão da inserção da técnica antecipatória no bojo do processo de conhecimento. No entanto, para as hipóteses em que seja necessária a propositura de uma medida antecipatória *ante causam*, ainda é utilizada a medida cautelar satisfativa, em virtude da lacuna legislativa existente.

O art. 796 do Código de Processo Civil¹²⁴ demonstra a acessoriedade da ação cautelar e sua referibilidade ao direito material. Todavia, a referibilidade preconizada possui graus de intensidade diversos. Por vezes, o fundado receio de dano é tão forte que não se vislumbra uma relação jurídica mais ampla a ele ligada.¹²⁵ Nessas hipóteses, após a concessão da medida cautelar, não há motivo para que a tutela de urgência concedida seja confirmada por sentença do processo principal, haja vista o seu caráter completamente satisfativo.

Frisa-se que o elenco das ações cautelares inominadas, em razão do poder geral de cautela, disposto no art. 798, do Código de Processo Civil¹²⁶, é indefinido. Assim, eivado pela urgência da prestação jurisdicional, e não necessitando de uma decisão de mérito em processo de conhecimento, o jurisdicionado encontra neste dispositivo o embasamento legal para propor uma medida antecipatória antecedente e autônoma.

Contudo, mesmo os procedimentos cautelares quando utilizados para o desempenho da função antecipatória mantêm vínculo com a causa principal, e sua eficácia extingue-se pela caducidade, se o requerente não propuser a ação principal no trintídio

¹²⁴ *O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.* (Art. 796 do Código de Processo Civil)

¹²⁵ *Tenha-se em mente que a 'referibilidade' apresenta graus de intensidade e que somente quando a causa de pedir da ação cautelar, no seu dado remoto, contém ou deve conter afirmação relativa à ação principal, é que esta se faz de imperiosa propositura. (...) Uma regra prática talvez auxilie a determinação dos casos de dispensabilidade da ação principal: quando esta for uma ação meramente declaratória, pode-se afirmar, em princípio, que é desnecessária a ação principal, pois a ação declaratória é proposta por quem queira (e não por quem esteja obrigado) obter a declaração de certeza. Ordinariamente, nas hipóteses em que a declaratória é a ação principal, a parte contrária está habilitada a propor uma ação condenatória, de sorte que é muito razoável, e até mesmo mais prático, que se pense na inversão da iniciativa da demanda. São bastante freqüentes, no foro de São Paulo, os pedidos de sustação de protesto de duplicata não aceita, em que a alegação da parte consiste na inexistência da relação jurídica cambiária (duplicata fria, por exemplo). A idéia estratificada de que toda ação cautelar constitutiva supõe uma ação principal proposta no trintídio, apressam-se os advogados em aforar a ação declaratória negativa e cuidam os juizes, de sua parte, de fiscalizar o cumprimento da exigência que supõem prevista em lei.* (WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. atual. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 140-141)

¹²⁶ *Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.* (art. 798, do Código de Processo Civil)

legal.¹²⁷ Mantém-se, portanto, a subordinação da tutela de urgência ao exame da tutela definitiva.

A doutrina, assim como o legislador, necessita distinguir a tutela de simples segurança daquela que pode entregar antecipadamente os efeitos executivos da sentença final de mérito. Sob esse prisma, KAZUO WATANABE há muito já defende a existência da ação cognitiva sumária autônoma de caráter satisfativo.¹²⁸

O legislador pátrio deve enveredar-se pelo caminho evolutivo trilhado pelos legisladores italianos, inspirados no direito francês, e inserir explicitamente no ordenamento a medida antecipatória antecedente. Tal direção já foi ensaiada pelo Projeto de Lei n. 186/2005 e pelo esboço do Anteprojeto de Reforma do Livro III do Código de Processo Civil do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

A autonomia da ação cognitiva sumária de caráter satisfativo reside no fato de inverter o ônus da iniciativa processual. O encargo de promover a ação de conhecimento é transferido a quem haja sofrido os efeitos executivos da medida antecipatória e tenha interesse em controverter a relação jurídica alcançada no juízo sumário.¹²⁹

Seja pela simplicidade da causa ou pela natureza do conflito, o juiz consegue julgar o mérito da causa pela cognição sumária.¹³⁰ Nessas hipóteses, o legislador privilegia a celeridade, mas não confere a imutabilidade a esses provimentos.¹³¹ Na França, há estudos que demonstram que a maioria das controversas cíveis é resolvida sem a necessidade da instauração de um procedimento ordinário.¹³²

¹²⁷ *Cessa a eficácia da medida cautelar:*

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento. (art. 808, do Código de Processo Civil)

¹²⁸ Cf. WATANABE, Op. cit., 2000, p. 139-142.

¹²⁹ *Esta mesma 'inversão de contraditório' foi determinada pela Súmula 10 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se declara que o alvará de separação de corpos, concedido como medida preparatória da ação de separação judicial, não perde seus efeitos pelo não ajuizamento da ação principal, no prazo do art. 806. Esta conclusão foi aceita por LUIZ GUILHERME MARINONI, em tese de doutoramento, ao examinar as formas de contraditório 'posticipado'. (SILVA, Op. cit., 2008, p 74-75)*

¹³⁰ Nesse espeque, OVÍDIO BAPTISTA faz a distinção entre direitos aparentes e direitos evidentes. A aparência do direito é condição para a concessão da medida acautelatória. No entanto, a proteção de direitos evidentes justifica a prestação da tutela de urgência por meio de uma medida satisfativa autônoma. (Cf. Id., *Ibid.*, p 74.)

¹³¹ Cf. WATANABE, Op. cit., 2000, p. 142.

¹³² De acordo com dados analisados pela Professora Ada Pellegrini Grinover, *no rêsferè francês, as partes costumam conformar-se com o provimento, sendo que parece que mais de 90% (noventa por cento) dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário.* (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo, São Paulo, RT v. 121, mar. 2005, p. 23)

Ao contrário do que afirma RICCI¹³³, não há uma derrota da tutela jurisdicional segundo seus modelos mais adequados, mas sim uma vitória da tutela jurisdicional efetiva e adequada. O modelo francês é exemplo disso. Por meio da ação satisfativa autônoma de cognição sumária, denominada *rèfère*, consegue-se a solução rápida de mais de 90% (noventa por cento) dos casos levados a apreciação do judiciário sem a necessidade da instauração de uma ação sob o rito ordinário.

Dessa maneira, a inserção dessa técnica processual será de grande valia para a realização e concretização dos direitos fundamentais inscritos na Constituição, haja vista que tutela os direitos do jurisdicionado segundo sua necessidade.

3.1.3 Debate acerca da imutabilidade das tutelas diferenciadas

O grande debate que ocorre no campo das tutelas diferenciadas, principalmente no que tange a estabilização da tutela antecipada, é com relação a sua imutabilidade. Na França e na Itália, a tutela de urgência de caráter antecipatório que é concedida mediante processo autônomo, quando não impugnada, não possui sua eficácia limitada no tempo, bem como, não é ungida pela coisa julgada. No Brasil, no entanto, segundo os projetos propostos, tais medidas tendem a ser investidas da coisa julgada.

O conceito de coisa julgada está relacionado com o contexto sócio-político em que o ordenamento jurídico está inserido. Assim, apesar de estar inserida como princípio geral de direito na maioria das nações, a coisa julga pode atuar de diferentes maneiras em cada uma delas. Existem ordenamentos, segundo relato de DONALDO ARMELIN¹³⁴, em que inexistem uma coisa julgada com efeito impeditivo de nova decisão judicial em novo processo.

A coisa julgada material, na conjuntura nacional, implica em imutabilidade do provimento jurisdicional de mérito, haja vista que prestigia a certeza do direito¹³⁵. Em certas situações, como em capítulos anteriores, a certeza dá lugar à eficácia da prestação jurisdicional em virtude da urgência na prestação jurisdicional. Assim, a coisa julgada

¹³³ Cf. RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.6, set/dez. 1997, p. 694.

¹³⁴ Cf. ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, RT v.65, jan.-mar. 1992, p. 54.

¹³⁵ *Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.* (art. 467 do Código de Processo Civil)

material não pode ser obstáculo para adoção de uma medida de urgência capaz de satisfazer o direito do autor sem se tornar imutável.

A medida antecipatória pode ser imunizada perante a tutela de urgência idêntica e concedida por processo autônomo, mas não em relação ao processo de conhecimento posterior.

A tutela de urgência não pode tornar-se uma solução imutável. Isto é decorrência da superficialidade cognitiva da medida antecipatória. Apesar do provimento que concedeu a medida antecipatória antecedente ser definitivo, ele não produz coisa julgada material. Essa não produção da imutabilidade, portanto, permite o reexame judicial em processo de cognição plena.

É claro que essa definitividade é com relação aos efeitos práticos produzidos na tutela de urgência. Todavia, o fato de serem definitivos os efeitos práticos não induz a existência de coisa julgada material naquele provimento. O reexame da matéria pode ser por processo autônomo posterior de cognição plena.

Não raras são as vezes em que a parte que obtém a medida antecipatória fica satisfeita com o resultado e não vislumbra a necessidade de obter uma decisão abrigada pela coisa julgada. De mesma sorte, pode ocorrer que a parte contrária, depois de ter sofrido a constrição judicial, abdique do direito de reformar o provimento antecipado e obter a restituição.

Portanto, há uma espécie de formação de título executivo sem a autoridade da coisa julgada material, pois a medida antecipatória faz sentir, em todo ou em parte, os efeitos executivos da sentença final de procedência. Se a modificação ou revogação de tal decisão não for provocada a qualquer tempo, esse título executivo terá aspectos de imutabilidade. Assim, não é razoável exigir que o autor proponha uma ação de conhecimento se a decisão que concedeu a medida antecipatória foi suficiente para encerrar o litígio.

Todavia, pode ocorrer que após lapso temporal, uma das partes não se encontre mais satisfeita com o provimento antecipatório e deseje vê-lo modificado ou ineficaz. A impossibilidade de rediscussão da eficácia contida na decisão que se estabilizou acabaria com a possibilidade da propositura de um processo relacionado à mesma lide e não se estaria reconhecendo uma tutela diferenciada.

Para ilustrar o acima dito, pesa-se na tutela de urgência prestada que influencia na relação jurídica das partes com terceiros. Caso a tutela puder ser modificada em um processo

de cognição plena e exauriente, capaz de gerar imutabilidade, a instabilidade gerada pela incerteza jurídica daquela será finalizada.¹³⁶

Portanto, a tutela antecipada que se esteja estabilizada pode ter sua eficácia reexaminada por uma tutela firme em uma cognição plena e exauriente, sendo mantida ou alterada. Destarte, assim como preconizado pelo direito francês e italiano, não há necessidade de conferir imutabilidade aos provimentos que concedem a antecipação de tutela antecedente para que eles se estabilizem.

3.2 Direito Comparado

3.2.1 Direito Francês e Belga - *Rèfère*

A tutela de urgência satisfativa na França é prestada pelo instituto conhecido como *rèfère*¹³⁷. O *rèfère* francês é a técnica que o legislador encontrou para prestar a tutela de urgência por meio de uma cognição sumária, provisória, mas que não depende necessariamente de um processo principal para a sua confirmação e que não adquire a imutabilidade¹³⁸, embora possa perdurar sem um limite temporal¹³⁹.

¹³⁶ Cf. ARMELIN, Op. Cit. p. 48.

¹³⁷ O *Nouveau Code de Procédure Civile*, em seu art. 808, prevê que *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifient l'existence d'un différend.* (Em todos os casos de urgência, o presidente do tribunal de grande instância pode ordenar por meio de *rèfère* todas as medidas que não contrariem contestação séria ou que justifiquem a existência de uma disputa – Tradução do autor) E complementa, no art. 809, que *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. (O presidente pode sempre, mesmo na presença de contestação séria, determinar medidas conservativas ou de restabelecimento do estado anterior que sejam necessárias, seja para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar perturbação manifestamente ilícita. Nos casos em que a existência da obrigação não é seriamente contestável, ele pode conceder 'provision au créancier' ou determinar a execução da obrigação mesmo que se trate de obrigação de fazer – Tradução do autor) (arts. 808 e 809 do *Nouveau Code de Procédure Civile*)*

¹³⁸ O art. 489 dispõe que a eficácia dos provimentos do *rèfère*(...) *L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire.*(a ordem de *rèfère* é executável provisoriamente –Tradução do autor) E o art. 488 completa que *L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.* (a ordem de *rèfère* não tem autoridade de coisa julgada – Tradução do autor) (arts. 489 e 488 do *Nouveau Code de Procédure Civile*). Há, portanto, a formação de um título executivo provisório que não possui a autoridade da coisa julgada.

¹³⁹ Ao analisar superficialmente o *Nouveau Code de Procédure Civile* não verificamos nenhum dispositivo que determine isso. Todavia, não foi observado também qualquer dispositivo que asseverasse um prazo peremptório para o início de um procedimento sob o rito ordinário. Assim, juntamente com base na referência bibliográfica sobre o tema, chega-se a conclusão de que a eficácia do provimento não possui limitação no tempo.

Uma das principais características desse instituto é seu caráter completamente autônomo. A técnica utilizada pelos franceses para a prestação da tutela de urgência não necessita de posterior tutela jurisdicional. Todavia, eventualmente pode acontecer de sobrevir à prestação jurisdicional definitiva, mas, nas hipóteses em que isto ocorre, um procedimento não é preliminar do outro.

Após a decisão que concede a tutela de urgência, cabe às partes decidirem se haverá outro processo para a prestação da tutela definitiva, pois, finalizado o *réfère*, a decisão nele proferida não será limitada temporalmente e nem dependerá de confirmação de um provimento definitivo.

O seu escopo principal é a estabilização de uma situação, a paralisação de um abuso ou o cessamento de um ato ilícito. Este procedimento ocorre de forma sumária, de forma independente e desprovida da coisa julgada. O autor propõe a *assignation*, que é comunicada ao réu¹⁴⁰. Após o prazo para a resposta é realizada audiência¹⁴¹ e proferido o *ordennance*.

A Bélgica segue o padrão francês de tutela de urgência. Assim como no caso da França, esse instituto atua de forma autônoma. Geralmente a parte contrária está presente ou é notificada, sendo exceção quando o provimento é deferido *inaudita altera parte*. Todavia, nos casos em que é necessário para a preservação do bem da vida, pode-se haver o chamado *ex-parte proceedings*, em que há um processo de natureza unilateral.¹⁴²

O *réfère* belga leva à coisa julgada, apenas nos casos em que há a superveniência de fatos novos que é permitido alterar o provimento jurisdicional anterior.

Conforme explanação de ADA PELLEGRINI GRINOVER, na Bélgica o contraditório é exercido por meio de uma audiência prévia para apresentação de razões. Após essa etapa, o juiz profere sua decisão e dá início à execução provisória. É permitido às partes se oporem ou apelarem dessa decisão.

¹⁴⁰ *La demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés. Si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes.* (art. 485 do Nouveau Code de Procédure Civile) Tradução de Leonardo S. Durand : A reivindicação é levada através da citação a uma audiência realizada em dia e hora certas, habituais. Se, todavia, o caso demandar rapidez, o juiz do *réfère* pode permitir a citação, ao tempo certo, mesmo aos dias de férias ou aos dias não trabalhados, seja em juízo, seja em domicílio a portas abertas.

¹⁴¹ *Le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense.* (art. 486 do Nouveau Code de Procédure Civile) Tradução de Leonardo S. Durand: O juiz se certifica de que ele se expira em tempo adequado entre a citação e a audiência para que a parte citada possa preparar sua defesa

¹⁴² Cf. GRINOVER, Op. cit., 2005, p. 17.

Todavia, continua a ilustre professora, nos procedimentos *ex parte proceedings*, em que existe apenas uma parte, o demandante pode recorrer da decisão que lhe denegar o provimento jurisdicional. Nessas hipóteses, dá-se início ao procedimento em contraditório.¹⁴³

3.2.2 Direito Italiano - *Provvedimenti d'urgenza*

A medida antecipatória na Itália surgiu da interpretação da antiga redação do art. 700 do *Codice di Procedura Civile*¹⁴⁴. Alguns autores italianos afirmam que essa aparição se deve ao fato de uma distorção da inteligência do conteúdo literal, em que a palavra assegurar foi interpretada com o mesmo significado de antecipar.¹⁴⁵

Todavia, essa ampliação interpretativa não teve o condão de acabar com o caráter acessório da medida cautelar, mesmo nas hipóteses em que ela era exercida com função satisfativa. A concessão da medida sempre estava vinculada ao julgamento do mérito do processo principal.¹⁴⁶

Na Itália, a reforma do *Codice di Procedura Civile* ocorre por meio de *leggi delega*. Segundo o art. 76 da Constituição Italiana¹⁴⁷, o Parlamento delega ao Governo a

¹⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo, São Paulo, RT v.121, mar. 2005, p. 17.

¹⁴⁴ *Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.* (Atual redação do art. 700 do *Codice di Procedura Civile*) Tradução do autor: *Fora dos casos regulados nas seções anteriores a este capítulo, quem tenha fundado receio que durante o tempo necessário para fazer valer seu direito na via ordinária, este seja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável, pode recorrer ao juiz as providências urgentes, considerados, de acordo com as circunstâncias, os mais aptos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito.*

¹⁴⁵ TOMMASEO, Op. cit., 1983, p 7 e ss; RICCI, Edoardo F. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.7, jan. 1998, p. 87-95; Id., A tutela antecipatória no direito italiano. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.4, jan. 1997, p. 125-141

¹⁴⁶ *A tutela antecipatória é na Itália, ainda hoje, legada em parte à aplicação do artigo 700 do CPC, com todas as consequências do caso, seja em relação às suas formas, seja em relação à sua duração no tempo e às suas relações com a definitiva tutela de mérito (ou como se prefira: com os efeitos da sentença de mérito).* (Id., Ibid., p. 127)

¹⁴⁷ *L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.*(art.76 da Constituição Italiana) Tradução: *O exercício da função legislativa somente pode ser delegado ao Governo com determinação de princípios e critérios diretivos, em prazo determinado e objetos definidos.* (Tradução do autor)

função legislativa, mediante lei expressa que especifica a matéria e os critérios gerais da futura lei, bem como o prazo decadencial para o exercício da função delegada.

Assim, em 1994 foi instituída a *Commissione Tarzia*, que elaborou um projeto de reforma do *Codice di Procedura Civile*¹⁴⁸. Além de fazer a distinção entre a medida cautelar e antecipatória, os princípios gerais também versavam acerca da possibilidade da estabilização da tutela antecipada. Não obstante, em 2003 a mesma temática foi objeto das diretrizes apresentadas pela Comissão Vaccarella.¹⁴⁹

Na reforma do *Codice di Procedura Civile* ocorrido em 2005, por meio do Decreto-Legge n. 35, de 14 de março de 2005, os *provvedimenti d'urgenza* tiveram sua função satisfativa expressamente proclamados pelo art. 699 *novies*¹⁵⁰, bem como foi declarada

¹⁴⁸ O projeto elaborado pela *Commissione Tarzia* continha a seguinte previsão: *Revisione della disciplina dei provvedimenti d'urgenza secondo i seguenti principi: a) previsione che qualora Il diritto sai minacciato da pregiudizio imminente e gravissimo, il giudice possa pronunciare provvisoriamente la tutela del diritto; b) esclusione dell'ónere della parte istante di promuovere la causa di merito; c) previsione che il provvedimento pronunciato in corso di causa conservi efficacia nel caso di estazione del processo sul merito, in quanto non revocato o modificato; d) previsione che la parte contro la quale il provvedimento sia stato pronunciato quando non vi è causa pendente per il merito o nel corso di un processo estinto, possa chiedere in qualunque tempo l'accertamento dell'inesistenza del diritto, a tutela del quale provvedimento sia stato pronunciato; e) previsione che il provvedimento non revocato o modificato conservi efficacia siano a quando sia stata pronunciata sentenza, anche non passata in giudicato, italiana o straniera, o lodo arbitrale, che dichiari inesistente il diritto a tutela del quale il provvedimento è stato emesso.* Tradução do autor: *Revisão da disciplina dos provimentos de urgência segundo os seguintes princípios: a) previsão da possibilidade de quando o direito se encontre ameaçado de prejuízo iminente e gravíssimo, o juiz possa conceder a antecipação da tutela; b) exclusão do ônus da parte de promover a causa de mérito; c) previsão que o provimento pronunciado no bojo processual conserve sua eficácia no caso de instauração do processo de mérito, enquanto não for revogado ou modificado; d) previsão que permite a parte que sofreu a constrição judicial, quando não há instauração do processo de mérito ou no curso do processo extinto, requerer a qualquer tempo a declaração de inexistência do direito tutelado pela medida concedida; e) a possibilidade do provimento não ser revogado ou modificado conservar sua eficácia quando seja pronunciada sentença, também não transitada em julgado, italiana ou estrangeira, ou por julgado de arbitragem, que declara a inexistência do direito tutelado pela medida concedida.*

¹⁴⁹ *Del procedimento sommario. 1 – Prevedere un procedimento sommario non cautelare improntato a particolare celerità ma nel rispetto del principio del contraddittorio, che conduca all'emanazione di un provvedimento esecutivo: a) reclamabile; b) privo dell'efficacia del giudicato; c) esperibile anche nel corso di un processo a cognizione piena; d) idoneo ad ecetualmente definire tale Processo.* (art. 48 do Projeto Vaccarella) Tradução do autor: *Do procedimento sumário. 1 – Prever um procedimento sumário não cautelar, caracterizado por notável celeridade mas com respeito ao princípio do contraditório, a ser concluído por provimento com força executiva: a) recorrível; b) não coberto pela autoridade da coisa julgada; c) admissível na forma incidental no curso do processo de cognição plena; d) apto a eventualmente finalizar o processo do qual é incidente.*

¹⁵⁰ *Se il procedimento di merito non e' iniziato nel termine perentorio di cui all'articolo 669-octies, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia.* (...).(art. 699-*novies*, do *Codice Procedura Civile*) Tradução do autor: *Se o procedimento de mérito não for iniciado no prazo decadencial previsto no art. 699-octies, ou for extinto logo no início, o provimento cautelar perde sua eficácia.* (tradução do autor)

a autonomia das medidas antecipatórias de urgência em face ao processo principal, conforme dicção do art. 699 *octies*¹⁵¹.

Ainda que a medida antecipatória continue sob a égide da ampliação do poder geral de cautela, lhe foi retirada o carácter instrumental ou preparatório de um processo principal. Inexiste um prazo para a propositura da ação principal e a força executiva perdura por tempo indeterminado.

Não há uma preclusão do provimento, da mesma maneira ele não adquire imutabilidade, entretanto, geram um provimento potencialmente permanente. A propositura do processo principal sob o rito ordinário, de cognição plena, jamais será prejudicada pelo instituto da coisa julgada.

3.3 Propostas Legislativas

3.3.1 Projeto de Lei de Iniciativa do Senado n. 186/2005

O projeto de Lei de Iniciativa do Senado n. 186, publicado no Diário do Senado Federal em 25 de maio de 2005, foi apresentado pelo Senador Antero Paes de Barros. Elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, este projeto insere a técnica da estabilização da tutela antecipada ao alterar os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescentar os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D ao Código de Processo Civil.¹⁵²

¹⁵¹ *L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-novies.*

(...)

Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonche' ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte puo' iniziare il giudizio di merito.

L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al primo comma, anche quando la relativa domanda e' stata proposta in corso di causa.

(...)(art. 699-*octies*, do Codice di Procedura Civile) Tradução do autor: *A ordem que determina medida urgente antes de iniciado o processo de mérito, deve fixar um termo peremptório não superior a sessenta dias para o seu início, ressalvada a aplicação do último parágrafo do artigo 669-novies. (...) As disposições de que trata o presente artigo e o primeiro parágrafo do artigo 669-novies não se aplicam aos provimentos de urgência emitidos com fulcro no artigo 700 e aos outros provimentos cautelares capazes de antecipar os efeitos da sentença de mérito, previstos no código civil e em leis especiais, bem como aos provimentos emitidos em seguida de nunciação obra nova ou de receio de dano a teor do artigo 688, mas qualquer parte pode iniciar o processo de mérito.*

A extinção do processo de mérito não determina a ineficácia do provimento que trata o parágrafo primeiro, como também quando a demanda for proposta incidentalmente.(...).

¹⁵² De acordo com o projeto, o Código de Processo Civil passaria a vigorar com a seguinte estrutura e redação: Art. 1º *Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:*

De acordo com a decisão da relatora Ideli Salvatti, ao final da 52ª Legislatura, nos moldes do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal¹⁵³, o projeto deveria ser arquivado. A decisão foi publicada em 22 de dezembro de 2006 do Diário do Senado Federal e houve o arquivamento definitivo em 07 de março de 2007.

3.3.2 Análise do Projeto de Lei de Iniciativa do Senado n. 186/2005

Este projeto de Lei, sem embargos, foi um grande avanço para que a celeridade e efetividade da tutela jurisdicional sejam alcançadas. Todavia, o projeto sucumbe em alguns

Art. 273

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C).

§ 5º Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

.....(NR).

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa vigorar acrescida dos seguintes arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

“Art. 273-A A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

Art. 273-B Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias:

a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§ 2º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-C Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-D Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.

Art. 3º Esta lei entrará em vigor três meses após a data de sua publicação.

¹⁵³ *Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:*

I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas;

II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos;

III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato;

IV – as com parecer favorável das comissões;

V – as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49);

VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52);

VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3º e 4º, EC no 35/2001).

§ 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

§ 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente. (NR) (Art. 332, do Regimento Interno do Senado Federal)

aspectos. Salvo engano, o texto do projeto foi inspirado no direito italiano, com a simples tradução e alguns ajustes do antigo art. 699-*octies*, do *Codice di Procedura Civile*.

Importante passo foi dado com a inserção da medida antecipatória *ante causam* (art. 273-A). Por muitas vezes, o autor necessita requer medidas antecipatórias antes mesmo a propositura da ação, entretanto, atualmente, de igual maneira como ocorria na Itália antes da reforma de 2005, utiliza-se as medidas cautelares satisfativas preparatórias para suprir a carência legal. Assim, proposta legislativa dá fim a essa lacuna.

Interessante mencionar que os pressupostos necessários e cumulativos para a concessão da medida antecipatória permanecem os mesmos. Dessa maneira, mesmo na concessão da medida antecipatória antecedente, o juiz pode analisar mais profundamente o pedido. O magistrado analisa as medidas cautelares preparatórias apenas com fulcro no *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*¹⁵⁴. Em razão dos pressupostos necessários da verossimilhança das alegações fundada em prova inequívoca, o juiz pode obter maior valoração da causa na concessão da medida.

A verossimilhança das alegações, corroboradas por prova inequívoca, significa que a sentença contrária ao autor está ligada ao aparecimento de novo material cognitivo no curso processual. Assim, muito mais confiável é a valoração do juiz com base nos pressupostos necessários do art. 273 do que a conferida simplesmente em cima da *exposição sumária do direito ameaçado e do receio da lesão*.

Ao prever no art. 273-B que serão aplicados, no que couberem, as disposições concernentes as medidas cautelares, o legislador leva ao entendimento que, nas hipóteses da utilização da técnica antecipatória antecedente, o termo *preclusão* (art. 273-B, §1º) refere-se ao trintídio para a propositura da demanda (arts. 806 e 808, I, ambos do Código de Processo Civil) e na hipótese do art. 273-C, 30 (trinta) dias para o perecimento da eficácia da decisão.

Apesar do art. 808, I, do Código de Processo Civil, dispor que cessa a eficácia da medida cautelar se a demanda principal não for proposta no prazo de 30 (trinta) dias, à luz do art. 273-B, §2º, tal regra não poderá ser aplicada no caso de concessão de tutela antecipatória antecedente, haja vista que, nesse particular, haverá a estabilização da tutela antecipada. Tal entendimento, de certa maneira, já é previsto no projeto ao ser mencionado no §2º, do art. 273-B e parágrafo único do art. 273-C.

¹⁵⁴ Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:

(...)

IV - a *exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão*; (art. 801, III, do Código de Processo Civil)

Após os prazos peremptórios para a propositura de uma ação de conhecimento, ou para o prosseguimento do feito, previstos respectivamente nos arts. 273-B, §1º, 273-C, a decisão que concedeu a medida antecipatória adquire *força de coisa julgada*.

Eis aqui a primeira falha do projeto. A Professora Ada não foi clara nesse ponto, o que leva a falhas em sua interpretação. Conforme exposto anteriormente, a medida antecipatória antecedente não forma coisa julgada material impeditiva de propositura da ação de conhecimento. A imutabilidade desse tipo de provimento está relacionada à tutela de urgência idêntica e concedida por processo autônomo.

Em razão da superficialidade cognitiva da tutela que concede a medida antecipatória antecedente e o direito do autor ser apenas aparente, não pode o provimento de urgência ser impedimento a um eventual processo de cognição plena. A adoção da técnica antecipatória antecedente, por sua inaptidão de gerar certeza e segurança, como ocorre no processo de conhecimento, deve *ater-se as situações em que a urgência sobrepõe-se aquelas qualidades jurídicas*.¹⁵⁵

A percepção que este é o entendimento da Professora Ada encontra fundamento no art. 273-D. Ao asseverar que a *eventual extinção, sem julgamento do mérito* (do processo de conhecimento), *não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões*, ela está distinguindo a tutela de urgência da tutela jurisdicional definitiva.

Assim, ela pretende criar a imutabilidade do provimento com relação à tutela de urgência idêntica, mas não àquele ligado em processo lastreado em cognição plena.

Outro aspecto discutível no projeto são os curtos prazos para a propositura ou prosseguimento da ação concedidos no §1º, do art. 273-B e 273-C. Nota-se que tais dispositivos são traduções das redações dos arts. 699-*octies* e 699-*novies* do *Codice di Procedura Civile* antes da reforma de 2005.

Em suas antigas redações, os dispositivos mencionados estavam ligados unicamente ao processo cautelar, haja vista que não era previsto expressamente no ordenamento jurídico italiano a possibilidade de medida antecipatória antecedente. Dessa maneira, o prazo para a propositura ou prosseguimento de ação cognitiva plena era o mesmo daqueles da medida assecuratória. No entanto, após a mencionada reforma, assim como no direito francês, não foi adotado prazo para a propositura da ação de conhecimento.

¹⁵⁵ Cf. ARMELIN, Op. cit., 1992, p. 50.

Segundo o §1º, do art. 273-B, para propor a ação com cognição plena é concedido o prazo de 60 (sessenta) dias ao réu que vise à sentença de mérito (art. 273-B, §1º, “a”), e ao autor que vise à satisfação integral da pretensão em caso de antecipação parcial (art. 273-B, §1º, “b”).

O caminho mais correto é não assinalar nenhum prazo para a propositura, e, após o prazo preclusivo da decisão que concedeu a tutela de urgência, a sua executividade perdurar indefinitivamente no tempo. Assim, a qualquer momento as partes podem vislumbrar provimento judicial definitivo acerca do litígio. Isto já ocorre no direito francês, belga e italiano.

No entanto, caso entenda-se necessário o estabelecimento de um prazo prescricional, este não pode ser tão breve como preconiza o projeto. O prazo para prescricional mínimo, de acordo com o Código Civil¹⁵⁶, é de um ano. Assim, estabelecer um limite menor que este para as hipóteses do art. 273-B, §1º não parece razoável.

¹⁵⁶ Art. 205. *A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.*

Art. 206. *Prescreve:*

§ 1º *Em um ano:*

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º *Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.*

§ 3º *Em três anos:*

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º *Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.*

Outra crítica necessária é a adoção da permissão do autor propor o processo principal apenas nos casos em que a medida tenha sido concedida parcialmente. A melhor opção seria facultar a ambas as partes a propositura do processo de cognição plena, sempre que tiverem interesse, pois, o autor pode ter interesse em ver declarada definitivamente a existência do seu direito, mesmo quando a medida antecipatória tenha satisfeito a totalidade dos pedidos.

O projeto inova ao inserir a técnica da estabilização da tutela antecipada concedida incidentalmente (art. 273-C). Não raro, quando é concedida a medida antecipatória no bojo processual, a parte autora se vê por satisfeita e não possui a necessidade do prosseguimento da ação para a prolação da sentença final de mérito.

Estabilizar a tutela não significa conferi-la imutabilidade, do contrário, exprime que naquele momento não há motivo para uma decisão de mérito, haja vista a saciedade das partes. Enquanto o conflito esteja pacificado, não há porque prosseguir para uma resolução de mérito. Dessa maneira, a estabilização da tutela torna efetiva a prestação da tutela jurisdicional.

Todavia, é previsto no art. 273-C que, após a preclusão da decisão que concedeu a medida antecipatória, *cabe a parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito*. Neste caso, realmente é necessário o estabelecimento de um prazo preclusivo, pois a demanda já está em curso.

No entanto, necessário retornar ao debate da coisa julgada em sede de tutela diferenciada, em virtude do mencionado no parágrafo único do artigo em comento. À luz de tal dispositivo, a tutela possuirá força de coisa julgada quando não requerido o prosseguimento do feito no prazo de 30 (trinta) dias. Lembra-se que a imutabilidade do provimento diz respeito à tutela de urgência, e não ao processo de conhecimento.

Assim, quando o requerimento do prosseguimento for realizado pelo autor, não haverá coisa julgada material, podendo o provimento ser reexaminado em sede de provimento final. Do contrário que possa se pensar, não há a quebra na unicidade da sentença. De acordo com a norma vigente¹⁵⁷, as questões de mérito serão julgadas em um ato só. Assim, a cisão do julgamento confronta o sistema processual brasileiro.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo. (Art. 205 e 206 do Código Civil)

¹⁵⁷ São requisitos essenciais da sentença:

Contudo, não há um julgamento final de mérito no caso sob análise. O que há é a prestação de uma tutela diferenciada. A decisão que concede a medida antecipatória é caracterizada pela sua provisoriedade, podendo ser modificada a qualquer tempo, antes da decisão final de mérito.

A visão de que a elaboradora do projeto entende serem as decisões que concedem a tutela diferenciada e a tutela jurisdicional definitiva diferentes é demonstrada, conforme dito alhures, no art. 273-D. Dessa maneira, não há a quebra na unidade da sentença.

A hipótese que merece análise é a de quando o prosseguimento do feito não for requerido por nenhuma das partes. Conforme redação do projeto, entende-se que não haveria a estabilização da tutela, mas sim o julgamento antecipado da lide por meio da medida antecipatória.

Se o réu não possui o interesse de desconstituir a medida entregue ao autor, bem como, o demandante se encontra satisfeito, após o prazo de preclusão teria a formação da coisa julgada da tutela definitiva. Não se pode falar aqui em uma tutela de urgência, uma vez que a medida antecipatória concedida incidentalmente no processo ordinário possui métodos de se fundamentar em todas as informações com base nas quais deverá ser proferida a sentença.

Na medida antecipatória incidental, as informações que o juiz tem para fundamentar a sentença são as mesmas que possui para conceder a tutela antecipada no bojo do processo ordinário. Tais informações são colhidas sob as garantias típicas do processo de conhecimento, e é nessa tutela que se obterá maior certeza e segurança. Além disso, os pressupostos necessários para a concessão da medida antecipatória privilegiam a valoração mais correta do juízo.

Ao conceder a antecipação da tutela incidentalmente, o juiz pronuncia um projeto de sentença, que poderá transforma-se em definitivo se confirmado na sentença final de

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem. (art. 458, do Código de Processo Civil)

O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida. (art. 459, do Código de Processo Civil)

mérito. Assim, ao abdicarem as partes de prosseguirem no feito para uma solução de mérito, há a prestação jurisdicional definitiva e não a estabilização da tutela.

Outrossim, importante repisar que a técnica da estabilização da tutela antecipada antecedente, assim como o procedimento monitório, fundamenta-se no contraditório eventual, em que não havendo impugnação da parte contrária, há a estabilização da demanda. Dessa maneira, a redação do art. 273-B pecou ao não mencionar que se houver a impugnação do réu não há como a medida antecipatória se estabilizar.

Ao elaborar o projeto, olvidou a eminente professora Ada Pellegrini Ginover de ressaltar os casos em que há citação ficta. Nessas hipóteses, certo que não poderá haver a estabilização da tutela antecipada, haja vista que não se tem a certeza da ciência do demandado.

O projeto foi um avanço para a construção de um processo adequado, efetivo e célere, e deve servir de inspiração para a elaboração de novos. Contudo, apresenta as falhas aqui pontuadas, as quais deverão ser observadas para apresentação de novos projetos sobre o tema.

3.3.3 Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual

O projeto visa à alteração do Livro III do Código de Processo Civil. Ele foi elaborado pelo professor Athos Gusmão Carneiro, que, ao perceber a unidade da tutela de urgência, aglutina no Livro III tanto as medidas cautelares, como as medidas antecipatórias.

Há poucas inovações na seara da técnica cautelar específica, entretanto, no âmbito das medidas antecipatórias o eminente docente traz ao ordenamento pátrio a técnica antecipatória antecedente e de estabilização. Como o objetivo do presente trabalho é limitado à medida antecipatória e sua estabilização, apenas será observada somente as alterações concernentes a esse instituto.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Dessa maneira, colacionam-se apenas os excertos pertinentes a medida antecipatória:

ARTIGO 1º - O Livro III da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com a epígrafe 'Da Tutela de Urgência'; o seu Título Primeiro com a epígrafe 'Das medidas cautelares e antecipatórias'; o seu Título Segundo com a epígrafe 'Dos processos de urgência'.

ARTIGO 2º - Os artigos e epígrafes a seguir enumerados passam a vigorar com a seguinte redação:

*TÍTULO I
DAS MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS
CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS*

Art. 796 - As medidas antecipatórias dos efeitos da tutela e as medidas cautelares podem ser requeridas antes ou no curso do processo, e a este estão vinculadas.

Parágrafo único - O pedido de uma medida antecipatória ou cautelar em lugar de outra, salvo na hipótese de má-fé ou erro grosseiro, não obstará que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos encontre provados.

Art. 797 - Nos casos de manifesta urgência e a fim de prevenir dano grave, o juiz poderá determinar a medida antecipatória ou cautelar sem a audiência da parte requerida.

Art. 798 - Além das medidas cautelares específicas, poderá o juiz determinar as providências que entender adequadas, quando houver fundado receio de que possa a parte, injustamente, sofrer lesão grave e de difícil reparação.

Parágrafo único. Salvo erro grosseiro, o pedido de medida cautelar incabível não obsta a que o juiz outorgue outra medida cujos pressupostos considerar comprovados.

Art. 799 - Nos casos do artigo anterior, as medidas admissíveis para evitar ou afastar o dano incluem a determinação, autorização ou proibição da prática de determinados atos ou atividades ; a guarda judicial de pessoas; a vigilância e o depósito de bens, e a prestação de cauções.

Art. 800 - As medidas antecipatórias ou cautelares serão requeridas, quando incidentais, ao juiz da causa; quando antecedentes, no juízo competente para conhecer da ação ou, sem firmar prevenção, no juízo onde ocorra o fato danoso ou onde esteja situado o bem objeto da lide ou da prova.

§ 1º - Interposto e recebido recurso da sentença ou do acórdão, a medida cautelar ou antecipatória será requerida diretamente ao tribunal de destino.

§ 2º - Antes do recebimento do recurso, a medida será requerida, em primeira instância, ao juiz da causa; em segunda instância, ao desembargador a quem caiba decidir sobre a admissão do recurso.

§ 3º. Da decisão relativa à tutela de urgência, apreciada nos termos do parágrafo anterior, in fine, caberá agravo interno, em cinco dias, ao colegiado prolator do acórdão recorrido.

(...)

CAPÍTULO IV DAS MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS SEÇÃO I

DAS MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS EM GERAL

Art. 881-A - O juiz poderá, liminarmente ou no curso do processo, deferir total ou parcialmente requerimento do autor para a antecipação dos efeitos da tutela pretendida na petição inicial, desde que:

I - diante da invocação de prova inequívoca, resulte convencido da verossimilhança da alegação;

III- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa.

Parágrafo único - A antecipação parcial de tutela também poderá ser concedida quando, havendo cumulação de pedidos, um ou mais deles, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Art. 881-B. O juiz não concederá a medida antecipatória nos casos de irreversibilidade de seus efeitos, salvo se a negativa acarretar a extinção do próprio direito ou se a irreversibilidade apresentar-se recíproca, casos em que o juiz terá em conta, com prudência, o princípio da proporcionalidade.

§ 1º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, o disposto nos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A.

§ 2º. A antecipação de tutela poderá ser revogada ou modificada, em decisão fundamentada, salvo o disposto no art. 881-D;

§ 3º. O juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de manifesta urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

§ 4º. Na decisão que antecipar a tutela o juiz exporá, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

Art. 881-C. Aplicam-se às medidas antecipatórias, tanto as requeridas em processo antecedente como na pendência do processo principal (art. 273), no que couber, os dispositivos do Capítulo II.

Art. 881-D. Caso o requerido não haja impugnado o pedido de antecipação de tutela formulado em processo antecedente, e preclusa a decisão concessiva, é facultado, no prazo de sessenta dias:

I - ao réu, propor ação que vise o julgamento da lide;

II - ao autor, em caso de antecipação parcial, propor ação que vise a satisfação integral de sua pretensão.

§ 1º. Não proposta a ação, a decisão concessiva da antecipação de tutela adquirirá força de coisa julgada.

§ 2º. Não se aplica o disposto neste artigo nos casos de citação ficta (art. 802).

"Art. 881-E. Se o requerido houver impugnado o pedido, cumpre ao autor propor a ação de conhecimento no prazo de 30 (trinta) dias, contados da juntada aos autos do mandado ou documento que comprove a integral efetivação da medida; não o fazendo, a decisão concessiva da antecipação perderá sua eficácia."

SEÇÃO II DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS

Esclarece-se que o anteprojeto ainda está em debate pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. A comissão que está discutindo e alterando o esboço do projeto apresentado por Athos Gusmão Carneiro é formada por Eduardo de Avelar Lamy, Luiz Guilherme Marinoni, Cássio Scarpinella Bueno, José Roberto Bedaque dos Santos e Petrónio Calmom.

Art. 881 - F. É lícito pedir alimentos provisórios:

I - nas ações de alimentos, inclusive revisionais;

II - nas ações de separação judicial, de divórcio, de anulação e de nulidade do casamento, e de dissolução de união estável;

III - nas ações de investigação de paternidade, desde que procedente em primeira instância, ou quando o pedido for amparado em prova técnica de reconhecido valor probatório;

IV - nas ações de suspensão e perda do poder familiar;

V - nas ações de indenização por ato ilícito, proposta por dependente, e de que haja resultado a morte ou a incapacidade do prestador de alimentos.

Art. 881-G. O pedido de alimentos provisórios será apresentado ao relator, caso a ação penda de julgamento no tribunal.

Art. 881- H. Na petição relativa aos alimentos provisórios, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do requerido, bem como os motivos pelos quais a concessão apresenta-se urgente.

Parágrafo único. A decisão relativa a alimentos não transita em julgado, podendo a qualquer tempo ser revista, inclusive em decorrência de modificação da situação financeira dos interessados.

Art. 881- I. A decisão concessiva de alimentos provisórios pode ser cumprida, a requerimento do credor:

a) mediante desconto em folha de pagamento do devedor;

b) mediante desconto de rendimentos do devedor, tais como alugueres, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz;

c) mediante intimação do devedor, pessoalmente ou por advogado constituído, para cumprir a decisão no prazo de três dias ou justificar a completa impossibilidade de fazê-lo, sob cominação de prisão civil por até 60 (sessenta) dias;

d) mediante expedição de mandado de penhora e avaliação de bens do devedor, aplicando-se, no que couber, as normas relativas ao cumprimento de sentença; recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de impugnação não impedirá que o credor levante mensalmente a importância da prestação."

ARTIGO 3º - Os arts. 270, 273, 732, 733 e 735 da Lei 5.869/73 - Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação;

(...)

Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento do autor, no início do processo ou durante seu curso, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela (art. 881-A), bem como deferir medidas cautelares (art. 798).

§ 1º. Concedida ou não a antecipação de tutela, o processo prosseguirá até final julgamento.

§ 2º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, caso presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental.

Art. 732. A execução de sentença condenatória ao pagamento de prestação alimentícia far-se-á conforme o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulo X.

Parágrafo único. Recaindo a penhora em dinheiro ou aplicação financeira, o oferecimento de impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação."

Art. 733. Na execução da sentença, a requerimento do exequente, o juiz poderá de início mandar intimar o devedor, pessoalmente ou por advogado constituído, a efetuar o pagamento no prazo de 3 (três) dias ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, sob cominação de prisão civil pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, em regime que o magistrado fixará.

§ 1º. O cumprimento da prisão não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 2º. Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá a ordem de prisão.

Art. 735. Se o devedor não pagar os alimentos provisórios a que foi condenado, proceder-se-á nos termos do art. 881-I.

ARTIGO 4º. São cancelados os artigos 852 a 854, inclusive, e os artigos 882 a 887, inclusive, bem como as respectivas epígrafes

ARTIGO 5º - A presente lei entrará em vigor três (3) meses após a data de sua publicação

A redação final do anteprojeto será votada durante o Seminário Ada Pellegrini Grinover, que se realizará entre os dias 02 e 04 de agosto de 2009.

3.3.4 Críticas ao Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual

O Anteprojeto possui inúmeras alterações referentes à técnica antecipatória, no entanto, como o escopo desse trabalho é a estabilização da tutela antecipada, o estudo versará somente sobre esse matiz. Nota-se, que, em relação à estabilização da tutela antecipada (art. 881-D e art. 881-E), o projeto é semelhante ao analisado anteriormente, com poucas modificações, as quais serão objeto de críticas.

O esboço do projeto de autoria do Professor Athos Gusmão Carneiro reconhece a unidade da tutela de urgência. O mencionado projeto traz para o Livro III do Código de Processo Civil a regulação das medidas antecipatórias, entretanto, sem extraí-la do bojo do processo de conhecimento.

As duas técnicas processuais possuem idêntica função no âmbito Constitucional, à medida que são meios para a prestação adequada, efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional urgente. Ao afastarem a incidência de um dano a direito, ambas acabam por satisfazer e assegurar, diferenciando-se, apenas, pela preponderância numa ou em outra característica.

Embora sejam diferentes em alguns aspectos, elas possuem inúmeras características semelhantes e a finalidade idêntica de assegurar a efetividade processual e se opor aos males que o tempo provoca ao direito das partes. Por isso, melhor tratá-las em conjunto como faz o Anteprojeto em comento.

Nos artigos 796 a 800 do Anteprojeto são tratadas as disposições gerais concernentes as medidas antecipatórias e cautelares. Assim como o Projeto de Lei de Iniciativa do Senado antes criticado, há previsão de medida antecipatória antecedente no art. 796. Não obstante, é considerada a fungibilidade dos meios no parágrafo único do mencionado artigo, como também no art. 798.

Os requisitos para a concessão da medida antecipatória antecedente são os mesmo que os da genérica. Tais pressupostos estão dispostos no art. 881-A e ss. Não há mais a previsão de pressupostos cumulativos. O projeto classificou como pressupostos necessários o convencimento da verossimilhança das alegações (art. 881-A, I); o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou a caracterização do abuso do direito de defesa (art. 881-

A, III). Outrossim, mantém a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela quando houver pedidos incontroversos (art. 881-A, Parágrafo único).

Nos casos de deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela em processo preparatório, em que não haja a impugnação desse pedido, haverá a estabilização da tutela quando não houver propositura de ação de conhecimento após 60 (sessenta) dias da preclusão da decisão concessiva (art. 881-D, §1º). O projeto, ao contrário do anteriormente analisado, foi perspicaz quando obstou a estabilização nas hipóteses em que haja impugnação do pedido pelo demandado.

De acordo com a redação sugerida para o art. 881-C, entende-se que a preclusão da decisão concessiva que dispõe o *caput* do art. 881-D é mesma daquela concernente as medidas cautelares preparatórias, portanto, de 30 (trinta) dias *contados da data da juntada aos autos do mandado ou documento que comprove a integral efetivação da medida*.¹⁵⁹

Aqui se faz a mesma anotação anterior. Após o prazo preclusivo da decisão que concedeu a medida antecipatória, a sua eficácia deve perdurar sem um limite no tempo. Não é necessário estabelecer um limite para a propositura da ação sob a via ordinária. O interesse da decisão definitiva de mérito deve ser das partes. Assim, quando uma delas cobiçar a modificação ou confirmação da medida antecipatória, o fará pela via ordinária.

Mais uma vez afirma-se que, caso a opinião seja contrária ao exposto acima, o prazo para que as partes possam intentar a ação de conhecimento deve ser maior. De acordo com os dispositivos já do Código Civil, o menor prazo prescricional para a propositura da ação é de um ano. No mínimo, a redação do projeto deveria obedecer tais limites.

No §1º, do art. 881-D, o ilustre professor propõe que, não havendo a propositura da ação, a decisão que concedeu a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada. Como a parte que cuida das medidas antecipatórias em geral, salvo engano, foi inspirada no Projeto de Lei n. 186/2005, as críticas acabam se tornando repetitivas e cansativas para o leitor.

Assim como ocorreu no Projeto antes analisado, parece que não houve clareza na elaboração da redação quando é afirmado que a decisão que concedeu a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada. A estabilização da medida antecipatória antecedente não obsta a propositura da ação de ação pela via ordinária. A imutabilidade do provimento que a

¹⁵⁹ *Tratando-se de medida cautelar deferida em processo antecedente, cumpre à parte propor a ação no prazo de trinta dias, contados da data da juntada aos autos do mandado ou documento que comprove a integral efetivação da medida, quer resultante de decisão liminar, quer da decisão final.*
Parágrafo único - Não proposta a ação, o juiz revogará a medida e extinguirá o processo cautelar. (redação para o art. 806, do Código de Processo Civil dada pelo Projeto em análise)

concede está relacionada à tutela de urgência idêntica e concedida em processo autônomo, e não a tutela definitiva concedida em processo de cognição plena.

Novamente ambos os projetos possuem o mesmo equívoco. Assim como no projeto analisado anteriormente, há a permissão do autor propor o processo principal somente nos casos em que a medida tenha sido concedida parcialmente. Frisa-se que a melhor opção seria facultar a ambas as partes a propositura do processo de cognição plena, sempre que tiverem interesse, pois, o autor pode ter interesse em ver declarada definitivamente a existência do seu direito, mesmo quando a medida antecipatória tenha satisfeito a totalidade dos pedidos.

Há a impossibilidade de estabilização da tutela antecipada quando a citação foi ficta. Importante esta inserção no texto legal. Apesar de parecer lógica esta interpretação, necessário é explicitá-la para não haver celeuma interpretativa. Inconcebível pensar que se pode estabilizar a tutela antecipada concedida em processo em que não existe a certeza da citação do demandado.

Outro ponto destoante do Projeto 186/2005 é a previsão do art. 881-E. Segundo a sua dicção, nos casos em que o réu tiver impugnado o pedido, cabe ao autor propor a ação de conhecimento no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de perda de eficácia da medida antecipatória.

Da inteligência do artigo, percebe-se que o ônus de propor a demanda é do autor. A técnica da estabilização da tutela antecedente age da mesma forma que a monitória. Ao não impugnar o provimento antecipatório, o réu renuncia-se a opor-se. Já na hipótese de impugnação da decisão que concede a medida antecipatória, o réu se mostra insatisfeito com o provimento. Assim, concedida a medida antecipatória, o ônus para a sua desconstituição deve ser do réu.

Todavia, se recair ao réu o ônus da propositura da ação de conhecimento, sob perda da eficácia da medida, estará dando poderes a ele de desconstituir a medida pela simples inércia. Por essa razão, interpreta-se que o Professor Athos entregou ao autor a obrigatoriedade da propositura da ação de cognição plena para que a eficácia da medida antecipatória não sucumba.

Até a votação de sua redação final, que ocorrerá, conforme dito, nos dias 02 e 04 de agosto de 2009, durante a realização do Seminário Ada Pellegrini Grinover, espera-se que as modificações necessárias sejam realizadas, bem como novas idéias floresçam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção de inúmeros direitos e garantias fundamentais ligados ao processo na Constituição Federal de 1988 estabeleceu um modelo constitucional do processo que leva o legislador a buscar técnicas adequadas para a prestação da tutela jurisdicional. Sobreleva-se que os princípios expressam a natureza política ideológica e social predominante em uma sociedade.

Todavia, os princípios não se encontram isolados no ordenamento jurídico. Eles fazem parte de um sistema onde os princípios gerais atuam como vínculos, que se incorporam e formam um bloco sistemático. Centro dos critérios valorativos de todo um microcosmo jurídico, o princípio assume uma idoneidade normativa irradiante. Em virtude de seu caráter principiológico, os direitos fundamentais exercem uma força de irradiação sobre as regras já existentes, e, de mesma sorte, influenciam na formulação de outras regras específicas.

A observância dos princípios e garantias fundamentais na aplicação e construção do processo e do procedimento acaba por enriquecer os institutos jurídicos. Os princípios e as regras possuem entre si uma interdependência, haja vista que aqueles necessitam dessas para sua realização.

Ao exigir a efetividade na prestação jurisdicional, os direitos e as garantias fundamentais instam por técnicas e procedimentos adequados a satisfação daqueles. Assim, há a necessidade de buscar técnicas adequadas para a prestação da tutela jurisdicional, que se adaptem à sua finalidade específica e, dessa maneira, aumentem a sua efetividade.

Os direitos e garantias fundamentais clamam por uma aplicação segundo sua máxima otimização, concretizando-se em diferentes graus de acordo com as situações fáticas e jurídicas a que são submetidos. Por serem os princípios determinações para que assentados bens jurídicos sejam satisfeitos e protegidos da maior medida que as circunstâncias permitirem, há que se ter em mente que em certos casos concretos existirão momentos de tensão ou antagonismo entre eles. Nessas hipóteses, utilizam-se as normas da proporcionalidade, consoante o peso e as circunstâncias do caso.

Não obstante, a norma da proporcionalidade também é utilizada nos casos de conflitos entre regras. A aplicação do princípio da ponderação no caso de colisão entre regras é em razão delas, assim como os princípios, expressarem valores, que justificam a sua aplicação no caso concreto.

A necessidade de adequação das técnicas utilizadas para a prestação jurisdicional visa diminuir a inconveniente demora na prestação jurisdicional. A obtenção da excelência do processo para a vereda da efetividade da tutela jurisdicional é ensaiada de diversas formas.

Nessa seara, a técnica de antecipação é ferramenta de grande destaque. Ao inserir a medida antecipatória no bojo do processo de conhecimento, pois o legislador permitiu uma maior eficiência do instituto e uma melhor estrutura. Contudo, na aplicação da técnica antecipatória, entram em conflito os princípios fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica.

Em razão das características do caso real, o tempo necessário para exercer o direito fundamental ao contraditório pode invalidar a efetividade prática da tutela jurisdicional e representar uma injustiça a quem necessita recorrer ao Estado-juiz. Deste modo, para atender o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o ônus do tempo deve ser distribuído na medida da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu. Assim, o juiz deve correr o risco de prejuízo a um direito que lhe parece improvável para que um direito que, a seus olhos, é mais provável não sofra um dano.

Urge, então, harmonizar os princípios constitucionais da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva e o da segurança jurídica é necessário, a fim de que um não anule o outro. As medidas de urgência objetivam cumprir esta difícil tarefa.

Apesar de permitir a fungibilidade entre as técnicas cautelares e antecipatórias, o legislador pátrio ainda não trata uniformemente os provimentos urgentes. Todavia, o reconhecimento da unidade da tutela de urgência já foi minutado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil no anteprojeto que visa remodelar a distribuição das matérias do Código de Processo Civil.

Em países como a França, Bélgica e Itália, a medida antecipatória é concedida em procedimento autônomo de cognição sumária que não depende necessariamente de um processo principal para a sua confirmação e que não adquire a imutabilidade, embora possa perdurar sem um limite temporal. Contudo, eventualmente pode acontecer de sobrevir à prestação jurisdicional definitiva, mas, nas hipóteses em que isto ocorre, um procedimento não é preliminar do outro.

Assim, a técnica processual adotada pelos países europeus sumariza todo o processo de conhecimento, haja vista que, em muitos casos, a necessidade de um processo principal é superada. A tutela de urgência faz com que as partes fiquem satisfeitas, ou, pelo menos, se desmotivem a promover o processo principal, pois não vislumbram possibilidade de desconstituir o tutelado em sede de urgência.

Quando não ocorre a prestação jurisdicional definitiva, há a chamada estabilização da tutela antecipada. Estabiliza-se a tutela porque a decisão que concede a tutela diferenciada permanece eficaz por tempo indeterminado, sem a necessidade de uma decisão acerca do mérito, até o momento em que, qualquer das partes, tiver o necessidade de decisão passada em julgado.

Estudos realizados na França demonstram que o litígio é encerrado sem a necessidade do processo principal em 90% (noventa por cento) dos casos. A aplicação de um processo satisfativo autônomo e sumário, nos moldes do sistema aplicado nos países como França, Bélgica e Itália, dará maior efetividade à prestação jurisdicional brasileira.

A tutela antecipada, ao estabilizar-se, não obsta que sua eficácia seja examinada por um processo de cognição plena e exauriente. Destarte, há um efeito extremamente positivo e prático para a solução dos conflitos, sem que haja a supressão do princípio constitucional da segurança jurídica.

A diversidade da tutela jurisdicional concebida em processo antecedente possui a qualidade de se estabilizar, ter uma durabilidade maior, sendo imunizado somente frente a tutela de urgência idêntica e concedida por processo autônomo, mas não em relação ao processo de conhecimento posterior.

Em decorrência da superficialidade da cognição, a medida antecipatória é provisória, apesar do provimento que concedeu ser definitivo. Assim, ele não produz a imutabilidade, possibilitando o reexame judicial em sede de processo de cognição plena.

Assim, a estabilização apenas transfere o ônus da demanda principal a quem tenha sofrido a constrição judicial, com a finalidade de obtenção de decisão de mérito. Tal técnica auxiliaria na redução do volume processual em trâmite no Poder Judiciário. Todavia, a mudança não deve ocorrer apenas na legislação, mas também no modo de pensar dos operadores do direito e dos jurisdicionados.

Isto porque, a maioria das pessoas ainda possui aquele antigo pensamento do “vamos recorrer para ver no que vai dar”, mesmo quando a jurisprudência e a lei estão do lado contrário ao seu. A estabilização da tutela antecipada somente começará a dar resultados

quando este pensamento desaparecer. Pois, se isso não ocorrer, haverá sempre a propositura do processo de conhecimento, e de pouca valia será a adoção desse instituto.

Portanto, a estabilização da tutela antecipatória é um dos caminhos evolutivos pelos quais o legislador deve seguir para alcançar a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva dos direitos.

Os projetos analisados no presente trabalho já ensaiaram os primeiros passos para a implementação da técnica da estabilização da tutela. Contudo, ambos não estão acabados, necessitam de significativas alterações. O projeto de lei apresentado pelo Senado Federal iniciou esse processo de remodelação do direito brasileiro. Entretanto, pecou em alguns aspectos. Talvez tal falha decorra de ter ele sido inspirado na simples tradução e alguns ajustes do antigo art. 699-*octies* do *Codice di Procedura Civile*.

O mais completo, sem dúvidas, é o esboço elaborado por Athos Gusmão Carneiro, que ainda está em discussão pela comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual, por reconhecer a unidade da tutela de urgência além de regularizar o instituto da estabilização da tutela.

Como dito, o anteprojeto de reforma do Livro III do Código de Processo Civil, apesar de ser o mais robusto, ainda necessita de alterações e melhoras. Não se pode deixar de observar o direito estrangeiro, pois este serve de auxílio para a elaboração, desenvolvimento e aprimoramento do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar v.217, jul. 1999, p. 67-79

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar v.217, jul. 1999, p. 55-66.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, RT v.65, jan.-mar. 1992, p. 45-58.

ANDOLINA, Italo Augusto. Il modelo costituzionale del processo civile. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.4, jan. 1997, p. 142-157.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malhareiros, 2007.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. **O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações**. Disponível em:

<<http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=25&t=VGV4dG9zIEltcG9ydGFudGVzIC0gTyBtb2RlbG8gY29uc3RpdHVjaW9uYWwgZGUGcHJvY2Vzc28>>. Acesso em: 06 de abr. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 1993.

_____. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, CONSULEX v.45, set. 2000, p. 36-43

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Caderno IBDP – Série Propostas Legislativas. Reformas Legislativas: Leis Aprovadas, Projetos Aprovados na Câmara e no Senado, Esboços de Anteprojetos**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual. v. 5. mai 2008, p. 99-112.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo. Malheiros, 2006.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GREIF, Jaime. Procesos Urgentes. Antecipacion de La Tutela. Procesos Monitorios. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual Brasileiro v.1. mai. 2008, p 241-277.

GRINOVER, Ada Pellegrini, BEDAQUE, José Roberto dos Santos, WATABABE, Kazuo, MARINONI, Luiz Guilherme. Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada. **Caderno IBDP – Série Propostas Legislativas. Reformas Legislativas: Leis Aprovadas, Projetos Aprovados na Câmara e no Senado, Esboços de Anteprojetos**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual. v. 5. mai 2008, p. 95-97.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, RT v.121, mar. 2005, p. 11-37

HECK, Luis Afonso. Princípios e garantias constitucionais do processo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.7, jan. 1998, p. 46-52

HOFFMAN. Paulo. Prevalência da Decisão Liminar Independentemente do Resultado contido na Sentença Final Transitada em Julgado: Bases Científicas para um Renovado Direito Processual. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual Brasileiro v.2. mai. 2008, p 325-340.

LAMY, Eduardo de Avelar. **A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüências para o escopo de sistematização**. Revista de Processo, São Paulo, RT v.118, nov. 2004, p. 289-303.

_____. **Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **A Fungibilidade de Meios na perspectiva dos direitos fundamentais e da distinção entre meios e fins no Processo Civil**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 09 de abr. 2009.

_____. *Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941*. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acessado em 09 de abr. 2009.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 09 de fev. 2009.

_____. *Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968*. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L5478.htm>>. Acesso em: 22 de mai. de 2009.

_____. *Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>>. Acesso em: 23 de mai. de 2009.

_____. *Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1975*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de

valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.htm>>. Acesso em: 20 de mai. 2009.

_____. *Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990*. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 09 de fev. 2009.

_____. *Lei n. 8.060, de 13 de julho de 1990*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 20 de mai. 2009.

_____. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 18 de mai. 2009.

_____. *Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 21 de mai. 2009.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 de mai. 2009.

FRANÇA. *Nouveau Code de Procédure Civile*. Disponível em: <<http://www.droit.org/jo/copdf/NCPC.pdf>>. Acesso em: 07 de jun. 2009.

ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/costituzione/costituzione.htm>>. Acesso em: 7 de jun. 2009.

_____. *Decreto-legge n. 35, 14 marzo 2005*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=9393>>. Acesso em: 07 jun. 2009.

_____. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33746>> Acesso em: 07 de jun. 2009.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipatória sancionatória**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **A antecipação da tutela**. 9. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em <<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>>. Acesso em 09 de abr. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. Constituição e processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, RT v.98, abr. 2000, p. 29-42

_____. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV. Coimbra, 1988 p. 88-89.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. **Revista de Processo**, São Paulo, RT v.104, out. 2001, p. 101-110

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, RT v.113, jan. 2004, p. 9-21

OLIVEIRA, Flávio Luís de. A antecipação da tutela na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.4, jan. 1997, p. 184-193.

Projeto de Lei de iniciativa do Senado n. 186/2005. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mate/servlet/PDFMateServlet?s=http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/MateFO.xml&o=ASC&m=73862>>. Acessado em 21 de maio de 2009.

RICCI, Edoardo F. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.7, jan. 1998, p. 87-95.

_____. A tutela antecipatória no direito italiano. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.4, jan. 1997, p. 125-141

_____. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.6, set/dez. 1997, p.691-721.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. O processo como instrumento dos direitos fundamentais. **Ajuris**, Porto Alegre, v.34, n. 105, p. 135-152, mar. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil, vol.2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4 ed. ver, e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Aspectos polêmicos da Antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVESTRI, Caterina. **I provvedimenti d'urgenza nell'ordinamento francese**. Disponível em: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/6756.pdf>>. Acessado em: 05 mai. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela Antecipada – Evolução – Visão Comparatista – Direito Brasileiro e Direito Europeu. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual Brasileiro v.1. mai. 2008, p 423-442.

_____. Tutela antecipada. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.4, jan. 1997, p. 40-54

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, Rogério Laurita. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

WAMBIER. Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. V 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Não determinada. v.19, jul. 1996, p. 89-90

_____. Da cognição no processo civil. 2. ed. atual. Campinas/SP: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Não determinada. v.4, jan. 1997, p. 111-124