

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

CAMILA SOUZA JULIO

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: ANÁLISE DA
VIABILIDADE TEÓRICA DE SUA APLICAÇÃO**

Porto Alegre

2010

CAMILA SOUZA JULIO

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: ANÁLISE DA
VIABILIDADE TEÓRICA DE SUA APLICAÇÃO**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

**Porto Alegre
2010**

CAMILA SOUZA JULIO

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: ANÁLISE DA
VIABILIDADE TEÓRICA DE SUA APLICAÇÃO**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

Conceito:.....

Porto Alegre, 01 de dezembro de 2010.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por ser exemplo de dedicação à ciência processual e por ser inspiração, ao vislumbrar o processo como indissociável da realidade no qual esteja inserto. Agradeço pelo acolhimento desta idéia, pela confiança, enfim, no desenvolvimento da presente pesquisa.

Ao Professor e amigo Eduardo K. Scarparo que, além de ter me ensinado as primeiras lições sobre processo civil, dirimindo as dúvidas mais singelas, conseguiu despertar em mim o senso crítico necessário ao desenvolvimento deste trabalho. Agradeço pela presença constante, pelo desprendimento no auxílio prestado de forma incansável, sempre com um questionamento a ensejar o debate, a troca de idéias e impressões, despertando o desejo de ir além daquilo que já foi dito e procurar o novo.

Aos meus pais e à minha irmã, que, mesmo longe, me deram o suporte emocional necessário nos momentos em que parecia muito difícil trilhar o caminho escolhido. Muito mais que estímulo e incentivo, agradeço a confiança, que me foi depositada há 5 anos, quando comecei a concretizar um projeto que entendo ser nosso, e não somente meu.

Ao meu pai, em especial, por tentar me fazer ver através de seus olhos pragmáticos, mantendo-me atenta sobre os riscos de um aprofundamento demasiado teórico, apartado da prática.

Ao Guilherme, pelas leituras atentas sempre que solicitado, pelas críticas oportunas e pela paciência, mas principalmente por acreditar.

RESUMO

Buscou-se analisar, a partir da perspectiva ditada pelo formalismo-valorativo, a viabilidade teórica da aplicação do anteprojeto de estabilização da tutela antecipada, especialmente em relação à cognição, contraditório e possibilidade de a decisão proferida com base em verossimilhança ser apta à produção da coisa julgada. Por prestigiar a segurança jurídica e a efetividade simultaneamente, oferecendo pronta resposta e concretização do comando antecipatório e conferindo certeza às partes quanto à situação resultante da decisão, entende-se pela viabilidade de sua aplicação.

Palavras-chave: Formalismo-valorativo. Segurança jurídica. Efetividade. Ordinarietàade. Estabilização. Tutela antecipada. Cognição. Contraditório. Coisa julgada. Viabilidade.

ABSTRACT

We sought to examine, from the perspective dictated by the axiological formalism, the theoretical feasibility of implementing the bill to stabilize the anticipatory command, especially in relation to cognition, contradictory, and the possibility of ruling based on likelihood of being able to produce res judicata. By honoring the legal certainty and effectiveness while providing rapid response and implementation of the anticipatory command and giving certainty to the parties about the situation resulting from the decision means the feasibility of its application.

Keywords: Axiological formalism. Legal certainty. Effectiveness. Ordinarity. Stabilization. Anticipatory command. Cognition. Contradictory. Res judicata. Viability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
I. PARTE GERAL	10
1. VALORES, NORMAS E POSTULADOS NORMATIVOS	10
2. SEGURANÇA JURÍDICA vs. EFETIVIDADE DIALOGANDO NO PROCESSO – ÍNTIMA RELAÇÃO CONSTITUCIONAL	15
3. DO FORMALISMO VALORATIVO	19
4. DA ORDINARIEDADE	24
5. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	32
6. DAS CAUTELARES	36
6.1 Distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar	41
II. PARTE ESPECIAL	44
1. DO ANTEPROJETO	44
1.1 Considerações Gerais	45
2. DIREITO COMPARADO	53
2.1. Sistema francês	54
2.2. Sistema italiano	56
3. DA COGNIÇÃO, DA VEROSSIMILHANÇA, DO CONTRADITÓRIO E DA COISA JULGADA NO ANTEPROJETO	58
3.1 Da cognição	58
3.2 Da verossimilhança	61
3.3 Do contraditório	69
3.4 Da coisa julgada	75
4. DA SOLUÇÃO ADOTADA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	82
CONCLUSÕES	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

INTRODUÇÃO

Diante de um quadro de ineficiência e lentidão na prestação jurisdicional, busca-se mais que soluções, buscam-se as causas do problema para conseqüente enfrentamento. Já não se concebe que a *ineficiência, a inadequação e a morosidade de nossa Justiça* encontrem sua razão de ser tão-somente nas *eventuais imperfeições de nossos Institutos de Direito Processual*, tampouco se espera que modificações feitas *nas estruturas de nossos procedimentos* tenham o condão, sozinhas, de suprir todas as *carências de que padece nosso Poder Judiciário*¹.

Estas imperfeições, em cotejo com uma realidade em que com velocidade assustadora se modifica qualitativamente o objeto das demandas, ainda, com a urgência que determinados pleitos trazem consigo, implicam mais que mudança de procedimento, exigem rompimento de paradigmas.

E foi neste contexto que foi trazido ao nosso conhecimento o Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada, entregue ao governo em 31 de março de 2007, proposta inovadora que inicialmente surpreende por inverter uma lógica de “ordinariedade” aprendida nos bancos desta Egrégia Faculdade de Direito.

O primeiro contato, uma proposta que visa a outorgar à decisão concessiva da tutela antecipada a mesma força e a mesma estabilidade daquela decisão proferida após todo o tramitar do processo ordinário, nos enche de questionamentos e indagações.

Eis a motivação da presente pesquisa: qual o fundamento que se apresenta para tamanha inovação, qual a necessidade de se romper este paradigma, quais as conseqüências de tamanha ousadia, mas principalmente, será esta proposta apta a atingir os fins que a justificam?

De autoria de comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanane, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni a proposta apresentada pelo anteprojeto ora em estudo, convertido no Projeto de Lei 186/05, visa, em suas próprias palavras: “tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória”.

Através da ótica ditada pelo formalismo-valorativo, em que contrapostas sempre

¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 25, n. 73. p. 5-17, mar. 1998

segurança jurídica e efetividade buscar-se-ão respostas a estas indagações, mas pretende-se ir além, almeja-se concluir pela viabilidade ou inviabilidade, ante a investigação teórica dos aspectos envolvidos na proposta, de sua aplicação.

I. Parte Geral

1. VALORES, NORMAS E POSTULADOS NORMATIVOS

A estrutura interna do processo civil é ditada, dentre outros fatores, pela questão axiológica, pelos valores adotados, pois fenômeno cultural². Neste sentido, pertinente, na busca de uma maior precisão conceitual, a tentativa de definição do que sejam valores, diferenciando-os, posteriormente, de normas e de postulados normativos ou metanormas.

Tal compreensão inicial é importante ao presente estudo, justamente porque a proposta de estabilização da tutela antecipada, objeto da presente pesquisa, enseja, além de uma contraposição entre dois valores que norteiam a estruturação do direito processual civil, uma relação de preponderância que um assume face ao outro. A aproximação entre processo e Constituição, bem destacada pelo formalismo-valorativo, implica a necessidade de se compreender a organização do processo conforme a axiologia e a deontologia. Daí a imperiosidade de definição acerca dos conceitos de valor e norma para fins de discutir a adequação da proposta de estabilização da tutela antecipada ao substrato cultural e constitucional hodierno.

Partindo da divisão dos conceitos práticos proposta por von Wright, que os divide em três grupos - deontológicos, axiológicos e antropológicos - Alexy, a ressaltar uma diferença importantíssima entre valor e princípio, afirma que *princípios são mandamentos de um determinado tipo, mandamentos de otimização*, assim, pertencem a esfera deontológica. Valores, diferentemente, integram o nível axiológico. Na divisão proposta, *conceitos deontológicos são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo*, passíveis de redução a um conceito deontico básico, qual seja, o conceito de dever ou dever-ser, já os conceitos axiológicos são o *conceito de bom*³.

² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73

³ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 145-146

Ao tratar dos valores, Alexy o faz em íntima relação com princípios. Relaciona-os de forma que seja possível falar de uma colisão e de um sopesamento entre princípios, bem como entre valores; no mesmo sentido, a realização gradual dos princípios corresponderia à realização gradual de valores⁴.

Ainda no processo de definição, os valores não se constituem nos objetos de apreciação, mas nos *critérios da valoração*⁵. E no tocante a tais critérios, afirma-se a necessidade de sopesá-los, porquanto *competem entre si*. Dessa forma, a classificação de algo como bom, seria expressão de uma valoração global. Havendo a aplicação de critérios de valoração entre os quais existe esta necessidade de sopesamento, estar-se-ia, em verdade, a aplicar princípios⁶.

Diferentemente da posição esposada acima, adota-se, no presente trabalho, o entendimento de que, havendo a necessidade de sopesamento, o que se aplica são os postulados normativos aplicativos⁷.

Denominados de postulados normativos aplicativos, metanormas, ou normas de 2º grau, consistem no modo como se estrutura a aplicação de normas⁸, são deveres estruturantes da aplicação de outras normas⁹, assim, não podem ser enquadrados como regras ou princípios, situando-se em nível diverso¹⁰. São normas imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas, as quais se situam no plano do objeto da aplicação, em síntese, são normas sobre a aplicação de outras normas¹¹.

Voltando aos valores, aquilo que é tido, na sua esfera, *prima facie* o melhor é, na concepção de princípios, *prima facie* devido; já aquilo que é, na concepção de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Assim, no

⁴ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 144

⁵ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 150

⁶ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 150

⁷ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 163

⁸ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 122

⁹ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 123

¹⁰ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 123

¹¹ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 122

primeiro caso, princípios e valores diferenciam-se somente em virtude de seu caráter deontológico e, no segundo caso, axiológico¹².

Na lição de Risieri Frondizi, os valores não existem por si só, necessitando de um depositário¹³. Tratando das qualidades primárias e secundárias de um objeto, pondera que o valor não lhe agrega ser, como referidas qualidades¹⁴. Valores, assim, não seriam coisas, tampouco elementos destes objetos, mas propriedades, *cualidades sui generis*, que alguns objetos possuiriam. Assim, os valores, em sua concepção, não seriam independentes, carecendo de *sustantividad*¹⁵.

Definido o que se entende por valores, os quais se encontram no plano axiológico, atribuindo uma qualidade positiva a determinado elemento¹⁶, passamos às normas, que retratam os valores eleitos e positivados pelo sistema¹⁷.

No esforço de definir em que consiste uma norma, Robert Alexy adverte que qualquer definição a que se proceda, implica necessariamente em decisões sobre o objeto e o método da disciplina, em síntese, sobre seu próprio caráter. Assim, assevera que o que se sustenta sobre a conceituação, terá fundamentação variável conforme a norma seja entendida como o sentido objetivo de um ato pelo qual se ordena, se permite ou se autoriza uma conduta, ou como expectativa de comportamento *contrafaticamente estabilizada*, espécie de imperativo, modelo de conduta que ou é respeitado ou, não sendo, acarreta como consequência uma reação social, *como uma expressão com uma forma determinada ou uma regra social*¹⁸.

Trazendo à baila, novamente, o que se disse a respeito de pertencerem os princípios ao plano deontológico¹⁹, como conceito integrante de normas, estas, logicamente, situam-se neste plano, reduzindo-se ao conceito de dever ou dever-ser, impondo uma conduta a ser observada.

¹² ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 153

¹³ FRONDIZI, Risieri. *Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: FCE, 1972. p. 15

¹⁴ FRONDIZI, Risieri. *Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: FCE, 1972. p. 16

¹⁵ FRONDIZI, Risieri. *Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: FCE, 1972. p. 17

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 80

¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 125

¹⁸ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 52

¹⁹ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 145-146

Alexy afirma ser a norma o *significado de um enunciado normativo*²⁰, do qual o diferencia. Portanto, para que se identifique uma norma, devem-se buscar critérios no nível desta, e não recorrendo ao enunciado normativo, com o qual não se confunde. Neste contexto, nos informa que os critérios buscados podem ser formulados se nos socorrermos das modalidades deônticas *do dever, da proibição e da permissão*²¹.

Neste particular, no mesmo sentido Humberto Ávila²², que não confunde normas com textos ou o conjunto deles, mas as define como sentidos construídos a partir de uma interpretação sistemática destes textos normativos. Assim, o objeto da interpretação são os dispositivos, seu resultado, a norma. A despeito disso, afirma-se não haver uma essencial correspondência biunívoca entre dispositivo e norma, estando presente um, não necessariamente vislumbraremos o outro.

Estabelecida a diferença entre valores e normas, informados de que, para Alexy, estas se subdividem em princípios e regras, e, na posição adotada, soma-se a categoria diversa das normas de 2º grau, ou metanormas, ou ainda, postulados normativos aplicativos, partimos para breve distinção.

Na classificação proposta por Humberto Ávila, postulados normativos aplicativos são entendidos como “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”²³.

Robert Alexy, inicialmente, sustenta que normas podem ser divididas entre regras e princípios, e que entre eles existe uma diferença qualitativa, e não somente uma diferença gradual²⁴.

Partindo para a distinção propriamente dita, *princípios* seriam *normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*. Seriam *mandamentos de otimização*, os quais se caracterizam pela possibilidade de satisfação em graus variados e pelo fato de que não são somente as possibilidades fáticas, mas também as jurídicas, que definem a medida devida de sua

²⁰ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 54

²¹ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 54-55

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 30-31

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 135

²⁴ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 90

satisfação. Ainda, o que determina a abrangência destas possibilidades jurídicas seriam os princípios e as regras colidentes²⁵.

Em relação às regras, constituir-se-iam em normas que são ou satisfeitas ou não satisfeitas, sempre. Se a regra é válida, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela prescreve; nem mais, nem menos. Conteriam, assim, *determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível*²⁶.

Forma complementar de se demonstrar esta distinção, adotando-se as afirmações anteriores, é no caso de conflito entre regras ou de conflito entre princípios. No primeiro caso, o conflito pode ser resolvido introduzindo-se, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou declarando-se inválida pelo menos uma das regras²⁷. Entretanto, quando tratamos da colisão de princípios, um deles terá necessariamente que ceder. Não ocorre como nas regras, o *princípio cedente* não será declarado inválido, nem nele será introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre, em verdade, é a precedência de um dos princípios em face do outro *sob determinadas condições*. A colisão de que tratamos aqui, entre regras, ocorre na dimensão da validade, já a colisão entre princípios ocorre na *dimensão do peso*, eis que, para poderem colidir, os princípios devem ser, antes de tudo, válidos, e estes possuem pesos diversos, tendo precedência o de maior peso²⁸.

Especificamente na colisão entre princípios, a solução consiste em estabelecer uma relação de precedência condicionada entre eles, com base no contexto em que inserto o caso concreto. É com base no caso em testilha que se estabelecem estas *relações de precedências condicionadas*, ou seja, na fixação das condições sob as quais determinado princípio terá precedência em relação a outro. Dessa forma, ante condições diversas, a precedência pode assumir outros contornos. Por fim, essa precedência faz com que o princípio que prevalece acabe por restringir as *possibilidades jurídicas de realização do outro*²⁹.

A concretização destes princípios é realizada pelo juiz, no caso concreto que tem diante de si, ressaltando-se que esta aplicação possui poucos limites, como a *coerência com os*

²⁵ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 90

²⁶ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 91

²⁷ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 92

²⁸ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 93-94

²⁹ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p.96

fundamentos constitucionais, o sistema jurídico e a linguagem interna do direito, ao passo que o conteúdo das regras, em maior ou menor grau, lhe é ínsito³⁰.

No que tange aos postulados normativos aplicativos, não se confundem com regras ou princípios, quanto ao nível em que se situam e à função que desempenham. Como normas de primeiro grau, teríamos regras e princípios, objetos da aplicação, já em segundo grau, os postulados estariam a estabelecer os critérios dessa aplicação. Ainda, os princípios e regras funcionam como comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas (regras), ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir determinados fins (princípios), já os postulados funcionam como parâmetro para a realização de outras normas³¹.

Na perspectiva de uma nova constitucionalização do processo, em que se atualiza o processo civil nos termos das teorias aqui expostas, no que tange a valores, normas e postulados normativos, bem como na concretização dos direitos fundamentais a equacionar os *problemas de ordem constitucional*, analisaremos o conflito entre segurança jurídica e efetividade, tomados aqui como valores em permanente conflito na conformação do processo civil.³²

2. SEGURANÇA JURÍDICA vs. EFETIVIDADE DIALOGANDO NO PROCESSO – ÍNTIMA RELAÇÃO CONSTITUCIONAL

Subsistem entre o processo civil e a Constituição relações dialógicas, de implicação recíproca, refletindo numa comunicação permanente entre o direito processual civil e o direito constitucional³³. Nesse sentido, há principalmente dois grupos de direitos fundamentais que se consubstanciam em fonte de normas jurídicas processuais, pertinentes à efetividade e à

³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 01

³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 125

³² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 42-43

³³ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 39

segurança jurídica³⁴, os quais nos interessam mais de perto no estudo da antecipação de tutela e, por via de consequência, no cabimento da proposta de estabilização³⁵.

Em íntima relação dentro do processo civil, mantém entendimento constante, buscando não se excluírem mutuamente, mas almejando meios de conviver no mesmo espaço. Encontram-se em permanente conflito, numa relação de proporcionalidade inversa, pois quanto maior a efetividade, menor a segurança, e vive-versa³⁶. Essa tensão se verifica, na perspectiva aqui abordada, em decorrência do decurso do tempo, o qual é “inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente”³⁷.

Nesta perspectiva conflituosa, temos como importante consequência a conformação interna do processo e do procedimento, bem como sua organização, ditadas pelo equacionamento destes conflitos entre princípios constitucionais em tensão, os quais refletem valores atentando a *fatores culturais, sociais, políticos e econômicos e às estratégias de poder num determinado espaço social e temporal*, a exemplo da disputa entre efetividade e segurança jurídica³⁸.

Quanto à função que desempenham, na visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁹, ao orientar o juiz na aplicação de regras e de normas de princípio, atuariam como metanormas, regras de hermenêutica, mas não deixariam de ser valores, os quais se refletem em normas principiais do ordenamento.

Especificamente no tocante à efetividade, para Guilherme Rizzo Amaral⁴⁰, constitui-se mais num fim almejado do que num valor a ser ponderado. Fim ou valor, buscamos conceituá-la.

³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66

³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 125

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 68

³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 08

³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 125. Humberto Ávila, entretanto, autor do qual advém o conceito de metanormas utilizado neste trabalho, entende a segurança jurídica não como metanorma, mas como sobreprincípio, norma que influencia outra norma e que está, diferentemente das metanormas, no nível das normas objeto de aplicação. Este sobreprincípio atua sobre outras normas no âmbito semântico e axiológico, e não no âmbito metódico (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 122).

⁴⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 49

Entendida como a síntese de uma ideia em que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*⁴¹, a efetividade do processo, é a *almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito*⁴².

Para vê-la consagrada não basta o acesso ao Poder Judiciário, necessário que a jurisdição prestada seja o mais eficiente possível, para tanto, impõe-se, dentre outras condições, um processo que rejeite formalismos excessivos, causas de dilações temporais desnecessárias, processo este apto a conceder à parte vencedora aquilo que pleiteia em juízo, efetivo e justo⁴³. Uma tutela jurisdicional efetiva reclama proteção tempestiva, e concreta, àquilo que é afirmado pelas partes em juízo⁴⁴.

A segurança jurídica, por sua vez, abrange a previsibilidade, a confiança legítima nos atos da administração e atos estatais em geral, o respeito ao direito positivo, a dignidade da legislação, a estabilidade das relações jurídicas, etc.⁴⁵ Liga-se à noção de Estado Democrático de Direito, garantindo o cidadão contra o arbítrio estatal, através da salvaguarda de princípios fundantes de uma sociedade verdadeiramente democrática⁴⁶.

Ultrapassando uma perspectiva estritamente processual, a segurança jurídica está ligada a duas exigências, quais sejam, (i) qualidade da lei e (ii) previsibilidade do direito⁴⁷. Numa visão estática, reflete-se na garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB), já numa visão dinâmica, mais amoldada às necessidades de nosso contexto temporal, assentaria no direito fundamental a um processo justo⁴⁸.

No que toca à efetividade, além da imposição de uma prestação tempestiva de tutela, esta implica um direito da parte à possibilidade concreta de obter do juiz uma decisão de mérito, em harmonia com a natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo que se satisfaça plenamente a necessidade de tutela trazida pela demanda; e a fim de que essa

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 330

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 331

⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p.87

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 94

⁴⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 48

⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p.79

⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129

⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 130-131

expectativa não se veja frustrada, as formas de tutela não podem se ver adstritas a limites formais, podendo ser elásticas e diferenciadas, fundamentando-se essencialmente nas exigências do caso em testilha⁴⁹.

Da admissão desta realidade, decorre a intensificação da jurisdição de urgência, através das tutelas cautelar e antecipatória. Para tanto, necessários mecanismos que garantam uma duração razoável ao processo, no que retomamos a ideia da tutela tempestiva, mas além, que outorguem satisfação efetiva do direito reconhecido na esfera judicial⁵⁰, *resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas*⁵¹.

Nesta perspectiva encontramos um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, nos termos do art. 5º, XXXV da CRFB, sendo esta proteção judicial oferecida às partes em tempo razoável⁵², o que se reflete no inciso LXXVIII do mesmo dispositivo constitucional, o qual prescreve 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*.

Malgrado a importância da disposição constitucional expressa, o próprio § 1º do art. 5º nos assegura de que os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem de leis concretizadoras, principalmente em matéria processual, cujas normas definidoras de direitos fundamentais não são dispositivos de eficácia contida, condicionada à regulação por lei infraconstitucional⁵³. Tal disposição expressa visa a evitar um *esvaziamento* do conteúdo destes direitos fundamentais⁵⁴, aplicando-se tão-somente a eles, e não a todas as normas constitucionais⁵⁵.

O princípio da razoável duração do processo não está limitado ao seu tempo de duração em sentido estrito, isto é, de seu ajuizamento até o trânsito em julgado, mas respeita, igualmente, à adoção de meios alternativos de solução de conflitos, com o fito de aliviar a carga de trabalho da justiça ordinária.⁵⁶ Importa, mais uma vez se ressalva, num ônus do

⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 128

⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 128

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 365

⁵² MITIDIERO, Daniel Franciso. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 46

⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 05

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 264

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 268

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 314

Estado em dispor de procedimentos que resultem na prestação de tutela jurisdicional sem *dilações indevidas*⁵⁷, mas mais do que isso, a proteção tempestiva deve ter por objeto aquilo que se quer em juízo, a efetiva satisfação do direito. Em nada contribui a concessão de uma tutela em tempo hábil se esta não é apta a satisfazer empiricamente o que se postula, residindo nesta observação a diferença entre mera celeridade e real efetividade.

Esta razoabilidade na duração do processo deve ser aferida com base em parâmetros objetivos, tais como a complexidade da causa posta, a postura adotada pelo autor durante o procedimento, o comportamento das autoridades judiciária, administrativa e legislativa (critérios traçados pela *Corte di Strasburgo*), bem como se os meios garantidores da celeridade na tramitação do feito encontram-se predispostos pelo ordenamento jurídico, ainda, a sindicabilidade dos atos processuais que acarretem delonga insuportável à parte⁵⁸.

Ocorre que, e aqui entra a habilidade do jurista em lidar com o sopesamento quando necessário, não há se elevar a celeridade, faceta da efetividade, a princípio absoluto a ser tomado como norte, mister que todos aqueles que lidam com o processo se pautem igualmente pela segurança jurídica.

Ademais, tomar a celeridade como único parâmetro pelo qual seja possível aferir a efetividade de um processo é uma conduta temerária, porquanto traz em si risco de que outro valor extremamente importante acabe desprezado. Não é de somenos importância, se comparada a pôr termo à morosidade excessiva, preservar a *segurança* proporcionada pelo devido processo legal⁵⁹.

Neste permanente conflito, conforme dito anteriormente, não há exclusão de um princípio em benefício do outro, há, sim, proeminência de um em relação ao outro. Privilegiando-se a efetividade, temos os arts. 273 (tutela antecipatória) e 461 (tutela das obrigações de fazer e não-fazer) do Código de Processo Civil, os quais permitem a realização do direito já na fase de conhecimento, mediante antecipação parcial ou total dos efeitos da vindoura sentença de mérito, liminarmente ou no curso do processo, pela adoção de medidas de cunho mandamental ou executivo.⁶⁰ No que tange ao art. 1.102 do CPC, o qual prevê o procedimento monitorio, vislumbra-se a efetividade privilegiada não por ser possível a execução já na fase inicial de conhecimento, mas por ser esta fase bastante abreviada.

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 46

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 64

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 48

Estes dispositivos, e as tutelas diferenciadas que prevêm, refletem a existência de uma busca incessante pelo aprimoramento do instrumento estatal que se destina a fornecer tutela jurisdicional - o processo; entretanto, este aprimoramento no sentido de conferir maior efetividade ao instrumento não pode pretender se esgotar na celeridade, olvidando-se da segurança, essencial a um processo tido como justo; assim, na visão de José Roberto dos Santos Bedaque, *processo efetivo* será aquele que, atentando ao equilíbrio entre os valores *segurança e celeridade*, tem o condão de proporcionar às partes o *resultado desejado pelo direito material*⁶¹. Ainda, a verificação da efetividade do instrumento processual não se dá somente em termos de lapso temporal decorrido, mas com observância, inclusive, do conteúdo dos pronunciamentos judiciais⁶², nesta perspectiva, vê-se a efetividade englobando a segurança jurídica, e não como valor que possa estar em tensão com a mesma.

Neste constante processo de aprimoramento, surgem projetos de reforma, como o aqui abordado, que buscam, almejando o maior equilíbrio possível entre efetividade e segurança, a modificação deste instrumento de concessão de tutela a fim de responder aos anseios práticos daqueles que lidam diariamente com o processo civil, mas igualmente aos contundentes anseios sociais que permeiam nossa realidade, de uma prestação célere, justa e concreta, ou seja, busca-se dotar o sistema de maior efetividade e celeridade. Tais propostas, colocadas no papel e transformadas em projetos de lei, são os *novos meios jurisdicionais*, que se querem *mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão processual exercida*⁶³. No caso específico, no tocante a uma proposta de estabilização da tutela antecipada, analisa-se a sua viabilidade dentro do contexto no qual estamos insertos.

3. DO FORMALISMO VALORATIVO

⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126

⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 49

⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86

A problemática central do fenômeno jurídico, entendida como a tensão entre efetividade e segurança jurídica, está inserida numa nova perspectiva através da qual se encara o processo civil, a do formalismo-valorativo⁶⁴.

Iniciamos a abordagem por algumas conceituações pertinentes.

Forma, em sentido estrito, é o invólucro do ato processual, o modo pelo qual este deve se exteriorizar⁶⁵, neste sentido a forma é funcional ao conter o arbítrio judicial, igualmente concedendo segurança às partes⁶⁶; em sentido amplo, abrange as condições de lugar e tempo em que se efetiva o ato processual⁶⁷, estas circunstâncias, extrínsecas ao ato, constituem as formalidades⁶⁸.

Da forma ao formalismo, este traz em si a concepção do processo enquanto *organização da desordem*, emprestando ao procedimento aquela carga de previsibilidade⁶⁹ que a segurança jurídica lhe cobra. Além, respeita ao *conflito fundamental entre liberdade e autoridade no âmbito processual*⁷⁰.

Conforme a diferenciação a que se procedeu, entre forma em sentido estrito e em sentido amplo, entende Guilherme Rizzo Amaral ser o formalismo sinônimo de forma em sentido amplo, *não se confundindo, assim, com a forma em sentido estrito, que é apenas parte do todo que é o formalismo; e como parte, a forma em sentido estrito pode eventualmente dar lugar a outros elementos que, no caso concreto, se mostrem mais relevantes*⁷¹.

A forma em sentido amplo também pode ser concebida como uma combinação entre o meio de expressão, e as condições de tempo e lugar em que se realizam o ato processual⁷².

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo, ou forma em sentido amplo, *“implica a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as*

⁶³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87

⁶⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 06

⁶⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142

⁶⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 07

⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 07

⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 09

⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

⁷¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 37.

formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”⁷³. Em manifesta ligação com a Constituição e seus valores vai desembocar no que se denomina de formalismo-valorativo.

Neste particular, não se admite, num contexto em que os direitos fundamentais balizam condutas, especialmente aqui no que toca à conformação processual, a persistência da *forma pela forma, forma oca e vazia*, impondo-se, para sua justificação, que seja útil, ou que atue como *fator de segurança*, enfim, que se encontre vinculada a algum conteúdo cuja pertinência seja reconhecida, ou seja, ligada a *algum valor considerado importante*⁷⁴. E é exatamente este valor a que se dá destaque, que acabará por conformar internamente o processo civil, eis que o formalismo processual não pode ser encarado sob um único prisma valorativo⁷⁵.

O que desinteressa à realidade do processo civil é o apego exagerado à ideia do formalismo, destituído de razão, ao que se denomina de *formalismo pernicioso*⁷⁶. Introduzindo a ideia do que veremos mais adiante, à correta aplicação da técnica processual é imprescindível a adaptação do procedimento, a observância do princípio da adequação, ou seja, o modelo de procedimento e as condutas a serem desempenhadas pelos sujeitos processuais devem, o quanto possível, adequar-se à situação de direito material posta em juízo.⁷⁷

Estabelecido o que se entende por forma em sentido estrito, forma em sentido amplo e formalismo, passamos à perspectiva com que atualmente se vislumbra o processo civil e toda sua problemática, a ótica do formalismo-valorativo, a qual, por sua vez, ao determinar os fundamentos do formalismo processual civil, considera *suas conexões internas e externas*,

⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 07

⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 08

⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 08

⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 260

⁷⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 45

estremado-se as vertentes políticas, culturais e axiológicas, que, conforme já dissemos, condicionam a estrutura e a organização do processo⁷⁸.

Entendido como movimento cultural, através do caráter instrumental do processo, se encontra destinado a concretizar valores constitucionais no formalismo processual, ou seja, impregnar a técnica processual de valores constitucionais, utilizando o processo como instrumento de busca do que é justo, não o conformando como mera técnica, reconhecendo-lhe esta estruturação, mas assumindo a conformação de instrumento ético⁷⁹. Ainda, em uma perspectiva de evolução metodológica do direito processual civil, alinha-se posteriormente às fases do praxismo, processualismo e instrumentalismo⁸⁰.

Autorizada doutrina entende que o processo civil brasileiro já se insere numa quarta fase metodológica, o formalismo-valorativo, *que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo*⁸¹. Tal assertiva fundamenta-se no fato de que o formalismo de que hoje se fala no processo, está estruturado de forma que se relacione e se justifique em razão de valores, essencialmente aqueles positivados em nossa Constituição; tais valores, informadores do processo civil, serão positivados em princípios, regras e postulados, conforme visto no 1º capítulo, passando-se do plano axiológico ao plano deontológico⁸².

Consagrando a segurança jurídica, o formalismo-valorativo é garantidor da *liberdade do cidadão em face do eventual arbítrio dos órgãos exercentes do poder do Estado*, ao mesmo tempo em que serve *como anteparo aos excessos de uma parte em relação à outra*, constitui-se, ainda, em *fator organizador*, a conceder maior *efetividade ao instrumento processual*⁸³.

Nessa senda, busca o equilíbrio no conflito que lhe embasa, procurando estruturar o processo de modo que esse propicie aos jurisdicionados uma *tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva*, prestigiando, assim, a efetividade, sem olvidar da necessidade de

⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 259

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 20

⁸⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 29

⁸¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 47

⁸² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 47

⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 258

observância das garantias inerentes ao *devido processo legal processual*, expressão maior da *segurança jurídica dos cidadãos em face do Estado*⁸⁴.

Quando a ponderação entre efetividade e segurança jurídica resta equivocada, *limita-se em demasia um em prol da concretização do outro*, isto reflete no que Guilherme Rizzo Amaral denomina de *excesso de formalismo*, que se identificaria com *excesso de processo*⁸⁵.

O processo civil, na perspectiva do formalismo-valorativo, busca *construir soluções justas, pensadas à luz da concretude dos casos*⁸⁶, *é um instrumento para persecução da justiça no caso concreto*⁸⁷.

Concluindo, o diferencial do formalismo-valorativo residiria no reconhecimento dos valores a ponderar, quais sejam, efetividade e segurança, de seu inerente conflito, bem como na identificação do processo como fenômeno cultural⁸⁸. E é sob esta perspectiva, analisando a congruência do projeto sob exame com os valores que lhe servem de fundamento, que se desenvolve a presente pesquisa.

4. DA ORDINARIEDADE

Priorizando a segurança jurídica como valor imperante no processo civil, vislumbra-se a ideologia que serve de base ao paradigma racionalista⁸⁹. Correspondendo “às exigências dos

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 71-72

⁸⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.38

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 72

⁸⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 82

⁸⁸“O processo deixa de ser mero instrumento ou técnica, passando a exibir também um conteúdo axiológico que nenhum intérprete pode negar ou deixar de considerar na aplicação das normas processuais ai caso concreto. Fundamentalmente, reconhece-se no formalismo-valorativo a presença dos valores a serem concretizados, enquanto na visão instrumentalista tais valores encontram-se somente no campo social, para serem apreendidos pelo intérprete, que usa o processo apenas como instrumento de concretização.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 46)

⁸⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 115

grupos sociais dominantes”⁹⁰, a ordinariedade implica o procedimento ordinário como regra no sistema processual, justificando-se por uma necessidade de que o julgador só venha a prover após ter descoberto a “vontade da lei” para aquele caso concreto, e isto porque somente após encerrada a “relação processual”⁹¹, após “amplo debate probatório” o julgador terá a indispensável segurança, necessária ao julgamento, “própria dos juízos de certeza”⁹². Esta concepção é fundamentada no racionalismo, que por sua vez se sustenta na ideologia da separação de poderes⁹³. São os “grandes sistemas filosóficos que alimentaram as idéias e sistemas políticos desenvolvidos na Europa a partir da Revolução Francesa”, sob os quais nasceu e se desenvolveu a ciência do Processo Civil, e sob os quais se conserva⁹⁴.

Numa perspectiva comparatista entre o sistema da Common Law e da Civil Law, argumenta-se que esta necessidade de juízos de certeza para que seja possível o julgamento, estaria amparada, igualmente, na falta de confiança que se deposita nos juízes num sistema de direito continental, aos quais seria vedado “fazer” a lei no caso concreto, em benefício de um juízo de certeza e, para tanto, o processo de interpretação e aplicação da lei deveria ser tão automático quanto possível, impondo-se que a lei fosse clara, completa e coerente⁹⁵.

A universalização do procedimento da *actio*, com a conseqüente *condemnatio*, em detrimento das tutelas interditais, já no direito romano, ampara as idéias adotadas pela ordinariedade e se justifica pelo predomínio do valor segurança em oposição à “justiça”, que deu ensejo à era das codificações na Civil Law e à valorização dos precedentes na Common Law, bem como em razão da estruturação do espírito científico moderno, que submeteu o *pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas*⁹⁶. No século XIX a segurança que se buscava era encontrada na codificação, já no século XX há uma mudança de perspectiva, “a complexidade das relações travadas no

⁹⁰BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 162

⁹¹ Com a superação do paradigma da relação processual, o processo passa a ser entendido como um procedimento em contraditório, conforme bem aponta FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Pádova: CEDAM, 1975. p. 29-29, razão pela qual a expressão “relação processual” deve ser vista com ressalva.

⁹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 143

⁹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 215. No mesmo sentido MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition: An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Stanford, California: Stanford University Press, 1969. p. 38

⁹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais*. **AJURIS**. Porto Alegre, v. 25, n. 73. p. 5-17

⁹⁵ MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition: An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Stanford, California: Stanford University Press, 1969. p. 50 tradução livre

⁹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 104-105

contexto de uma sociedade de massas vai exigir, justamente, a edição de normas especiais, ficando o Código, agora, num espaço residual, periférico”⁹⁷.

Essa separação entre processo de conhecimento e execução, menosprezando as liminares, assegura ao processo a “fidelidade ao modelo romano que o inspirou”, afirmando sua “vocação para a ‘ordinariedade’”⁹⁸. Anteriormente à introdução em nosso ordenamento, através da Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, da antecipação dos efeitos da tutela, a regra era de que qualquer decisão que viesse a alterar o *status quo* dos envolvidos só deveria gozar de efetividade após prévia atividade cognitiva, que além de prévia deveria ser plena e exauriente, tal imposição demonstrava a “preocupação saliente com a certeza e a segurança, vinculadas à noção de coisa julgada”⁹⁹. Assim, conhecimento e execução não poderiam, em regra, ter lugar na mesma fase processual e isto se justificaria pela necessária neutralidade de que deve estar imbuído o juiz, eis que, se pudesse conceder uma tutela de cunho executório, numa demanda, ou fase, em que só caberia o conhecimento, e isto ocorre na concessão da tutela executiva antecipada, estar-se-ia dando ao juiz um poder, uma “faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade”, isto porque esta liminar poderia resultar revogada ao final, pelo julgamento de improcedência da ação e então o poder concedido ao juiz seria arbitrário, pois concedera tutela a quem a lei não concedeu direitos, o que só se constatou ao final da demanda¹⁰⁰. Ademais, o conhecimento deveria necessariamente preceder a execução porque “não teria cabimento invadir a esfera jurídica do réu sem a ele ter sido conferida ampla oportunidade de defesa”¹⁰¹

Outra razão para que não se aceite a efetivação da execução antes de finda a cognição, é que tal execução seria resultado de um julgamento baseado em verossimilhança, tema do qual nos ocuparemos mais tarde, e este julgamento não é considerado seguro, o que vai de encontro ao desiderato do racionalismo, abandonando-se o pensamento clássico de origem aristotélica, segundo o qual “a compreensão do direito e as soluções dos problemas jurídicos haveriam de ser necessariamente contingentes, sujeitas a juízos de verossimilhança, nunca a

⁹⁷ KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33-34

⁹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais. **AJURIS**. Porto Alegre, v. 25, n. 73. p. 5-17

⁹⁹ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 77

¹⁰⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 106-107

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 69

juízos de certeza, próprios das ciências da natureza, inaplicáveis à moral e ao direito, enquanto ciências do espírito”¹⁰².

Os “juízos lógicos com pretensão a verdades científicas absolutas” sustentam o Processo de Conhecimento como regra, o qual não se contenta com menos do que “juízos pretensamente definitivos de certeza”, tornando os juízos de verossimilhança “não-julgamentos”¹⁰³, isto porque as medidas concedidas em caráter liminar seriam provimentos que não conteriam qualquer decisão, “porquanto não estaria ainda a *declarar o direito*, conseqüentemente a traduzir a justiça contida na lei”¹⁰⁴.

E é o procedimento ordinário aquele capaz de oferecer ao “Estado condições para que o magistrado decidisse com a segurança que o exaustivo tratamento probatório do conflito lhe daria”, bem como ao “cidadão-litigante a plenitude de defesa em juízo”, culminando com o equacionamento de todas as questões trazidas à lide, assegurando, “para sempre, com a máxima amplitude da coisa julgada, por tal modo obtida, o resultado prático alcançado pelo litigante vitorioso.”¹⁰⁵

As premissas ideológicas que limitam a função jurisdicional nesta medida no Estado Moderno são “o Estado artificialmente criado pelo Homem, para preservá-lo da insegurança do ‘estado da natureza’; a lei como exclusiva medida da justiça; a demonstrabilidade dos problemas morais e jurídicos, análoga à demonstrabilidade das equações geométricas”¹⁰⁶. Tais premissas, especialmente a definição de Hobbes no que tange à lei “como uma limitação da liberdade natural, originariamente ilimitada de que supostamente gozariam os homens no ‘estado de natureza’”, constituem óbice “às formas de tutela preventiva, particularmente da tutela de urgência, necessariamente fundada em juízos de verossimilhança”, a existência, nos sistemas jurídicos contemporâneos, desta espécie de tutela, na concepção de Ovídio Baptista é devida mais a “pressão das contingências práticas” do que “a uma tomada de consciência teórica.”¹⁰⁷ Ademais, o que se antecipa, não é a tutela em si, mas seus efeitos, porquanto juízo

¹⁰²BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 106-107 - Acerca das filosofias políticas do século XVII, cujo ethos foi a busca da segurança jurídica, que não é o objeto principal desta pesquisa, veja-se o livro da presente citação.

¹⁰³BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 114

¹⁰⁴BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p.119

¹⁰⁵BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 164

¹⁰⁶BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 114-115

¹⁰⁷BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 118-119

amparado em verossimilhança julgamento não é, “presumindo-se que antecipar julgamento provisório equivale a não antecipar julgamento algum”¹⁰⁸.

Nesta linha de raciocínio, a ciência do Direito Processual Civil estaria tão comprometida com o ideal racionalista, que teria se tornado uma ciência na busca constante da verdade, análoga às ciências exatas, “sem qualquer compromisso com a justiça concreta” e, como somente o procedimento ordinário seria apto a garantir a “neutralidade do juiz”, fazendo com que este julgasse somente após “haver adquirido convencimento definitivo”, chegamos à *ordinariedade*, predominando as “*demandas plenárias*”, suprimindo-se as formas sumárias de tutela processual, ou minorando sua existência, “independentemente do elevado custo social que esta opção possa provocar.”¹⁰⁹

Aderindo-se à concepção de que, antes do julgamento, deve se dar, necessariamente, amplo debate probatório, o contraditório será necessariamente prévio. Partindo desta premissa, o sistema teria expurgado “todas as formas de tutela *sumárias*, optando pela generalização do *procedimento ordinário*”, preterindo-se as formas de contraditório diferido e de contraditório eventual, consagrando “o contraditório *prévio*, como única forma legítima de contraditório.”¹¹⁰ Malgrado o sistema conviva “com inúmeros exemplos de procedimentos capazes de produzirem medidas liminares” o próprio Ovídio nos adverte de que não há exagero no que se disse, em razão de que o sistema só admitiria as liminares “sob a condição de não serem consideradas ‘decisões sobre a lide’ – alguma coisa que já se considere decisão (de mérito) antecipado”¹¹¹.

O contraditório prévio impõe que o “juízo só poderá conhecer da lide depois de ouvir a ambas as partes (*audiatur et altera pars*)”. O contraditório *diferido*, por sua vez, invertendo a “estrutura da relação processual” permite que se antecipe algum efeito da sentença de mérito, sendo a “cognição superficial”¹¹², o juiz estaria autorizado a julgar desde logo, mas através de um julgamento provisório, que poderá ser revertido quando da sentença verificando-se a improcedência da ação e, segundo a doutrina capitaneada por Ovídio Baptista, “mesmo sendo provisória e baseada em verossimilhança, a decisão que antecipa algum efeito da tutela pretendida pelo autor não deixa de ser um juízo sobre a plausibilidade da pretensão por ele

¹⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 191

¹⁰⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p.132

¹¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 112

¹¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 113

invocada”¹¹³, embora a ordinaryidade dite que esta decisão processual julgamento não será, mas decisão interlocutória. Retornando ao que dissemos antes sobre a impossibilidade de se efetivar a execução antes de finda a cognição, tem-se aqui uma “inversão”, permitindo-se a execução antes da sentença final de procedência, sendo que “o juiz antecipa julgamento sob a forma de um provimento provisório, relativo, porém, ao mérito da causa”¹¹⁴. Esta espécie de contraditório se dá “na mesma relação processual”, porém, posteriormente “à efetivação de dada medida contra quem se deve dar a possibilidade de participar posteriormente”¹¹⁵

O contraditório eventual faz com que se remeta seu exercício “para outra demanda, a ser ajuizada pelo réu, caso queira contrapor-se às razões do autor”. Aqui o ônus de arcar com uma demanda de “cognição plena e exauriente” é transferido ao demandado, se este entender que dela necessita, retirando-se do autor o ônus de demandar, o qual “por já dispor de prova consistente dos fatos constitutivos do seu direito” apresenta-os, prescindindo da cognição que impõe a ordinaryidade¹¹⁶. Como exemplo temos a execução dos títulos executivos extrajudiciais, em que o contraditório só será levado a efeito por proposição do executado e em processo diverso¹¹⁷.

No que tange à legitimidade da utilização de outras formas de contraditório, que não o contraditório prévio, temos, inicialmente, a concepção arraigada nos ditames da ordinaryidade, entendendo que o princípio do contraditório só estará sendo observado se as partes puderem produzir suas alegações e provas antes que da lide o juiz conheça, o que não ocorreria se o “conteúdo da defesa” se constitui-se em ação incidental ou em ação independente¹¹⁸.

Entretanto, “conquanto irrestrito no processo de cognição amplo e exauriente” reconhece-se a possibilidade de que este princípio possa sofrer restrições legítimas, como na

¹¹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 145

¹¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.152-153 “O art. 273 do CPC é claro ao prescrever que a concessão da tutela antecipada dependerá de que o juiz se convença da ‘verossimilhança da alegação’, que se deve entender como plausibilidade de êxito da ação. A medida liminar, qualquer que ela seja, contém um juízo declaratório – embora rarefeito – sobre a legitimidade do pedido formulado na ação, conseqüentemente constitui um julgamento a respeito do *meritum causae*, que só não será de mérito para a doutrina, que reduz o conceito de mérito às hipóteses em que o julgamento tenha caráter *definitivo*.”

¹¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.152/153

¹¹⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 55-56

¹¹⁶ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 83

¹¹⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 55-56

“antecipação dos efeitos da tutela, no processo de execução e cautelar”, moldando-se “à finalidade e estrutura da função processual”¹¹⁹.

É possível, assim, que a garantia do contraditório reste postergada, o que é de todo legítimo em nosso sistema. Tendo em vista o conflito a que está submetido o processo civil entre seus dois valores fundamentais, o da segurança jurídica e o da efetividade do processo, as soluções que conjuguem ambos são uma realidade¹²⁰.

Em respeito à garantia do contraditório, que é entendido como contraditório prévio nos termos ditados pela ordinariedade, os juízos feitos com base em verossimilhança terão de ser provisórios, porquanto determinam a postecipação do contraditório¹²¹. Conforme já dito, numa visão assim orientada, “julgar sob o signo da provisoriedade é não julgar”, tendo em vista que a cognição a que se procedeu não foi plena, este juízo pode se tornar uma arbitrariedade que se permitiu ao juiz, “sem correspondência na ‘vontade da lei’”¹²².

O processo de conhecimento, “vocado para demandas plenárias” e “ordinário por natureza”, instrumento da ideologia da ordinariedade, garante que o juiz só possa julgar após ter “descoberto a vontade da lei”, produzindo um “juízo de certeza”, qualquer juízo emitido antes disso, por ser baseado em verossimilhança, juízo não é, pois lhe falta a certeza que o decorrer de toda a instrução processual é capaz de lhe proporcionar¹²³. Dessa forma, elimina-se a possibilidade de que os provimentos liminares contenham decisões de mérito, mantendo-se hígido o contraditório – prévio, somente sendo passível de apreciação o mérito após cognição exauriente¹²⁴.

A concepção de que os juízos sumários não constituem “efetivos juízos sobre o mérito”, entretanto, já não é de unânime aceitação, visto que se concebe que “sua inerente provisoriedade em nada lhes retira a natureza de verdadeiros julgamentos”. Malgrado ainda não sejam aptos à produção da coisa julgada, “implicam análise da plausibilidade da

¹¹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 146

¹¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p.139

¹²⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 55/56

¹²¹ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.137

¹²² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 147

¹²³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 27-28

¹²⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 113

pretensão do autor”, a caracterizar a verossimilhança necessária a sua concessão, configurando “análise provisória do mérito”¹²⁵.

E a razão pela qual não ensejam a produção da coisa julgada é exatamente por serem proferidos enquanto o contraditório ainda não se realizou em toda a sua extensão, dado que postecipado ante a emissão do juízo amparado em verossimilhança¹²⁶.

Entendido que a “vaga expressão verossimilhança é o móvel de uma notável mudança de paradigma no processo civil”, autorizando o juiz a prescindir da certeza consagrada no processo ordinário “para oferecer resposta rápida e efetiva às necessidades prementes de tutela”¹²⁷, supera-se a questão da negativa em oferecer aos juízes este tipo de “poder”, em conceder uma tutela baseada numa situação tão somente verossímil¹²⁸. Retornamos aqui ao ponto de partida da presente pesquisa, “o complexo jogo de valores com os quais já se habituou o processo, eternamente perplexo diante das tensões entre segurança e efetividade, entre saber e poder”¹²⁹.

É com base nas peculiaridades do caso trazido à lume que se deve permitir ao magistrado prover, desde logo, com base na verossimilhança das alegações expendidas. E isto é possível através dos provimentos antecipatórios, os quais permitem que se tutele o direito que se mostre “mais provável” ante a apreciação judicial, ou “quando a pronta efetivação seja uma exigência inerente à natureza do direito a tutelar”¹³⁰. Esta adaptação que se instaura no procedimento fundamenta-se no denominado “princípio fundamental da adequação”, o qual se justifica pela “necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material e de outorga de justiça”¹³¹.

Assim, visto que a segurança que pretende consagrar o modelo da ordinariedade encontra-se em permanente tensão com valores igualmente importantes como a efetividade e o direito fundamental à duração razoável do processo, impõe-se a busca de vias alternativas à

¹²⁵ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 136

¹²⁶ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 83

¹²⁷ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 152

¹²⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 217

¹²⁹ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 152

¹³⁰ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 91

¹³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p.134

tutela dos direitos¹³². “*Mudança de paradigma*, portanto, é a palavra de ordem”, mas não a qualquer custo, necessário cotejar a “busca da celeridade e razoável duração do processo” com “outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito”, “notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa”¹³³.

5. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Em seus primórdios, o processo era concebido de forma que a execução só seria possível após a sentença definitiva, forma adotada pelo direito romano na estruturação do processo a fim de “resguardar o suposto devedor de qualquer intromissão em seu patrimônio enquanto não se julgasse exaustivamente a controvérsia instalada entre ele e o pretensor credor”, numa clara concepção privatista do direito processual existia a necessidade de “dois procedimentos distintos: um necessário ao accertamento de direito subjetivo da parte e outro, posterior, destinado à realização coativa do mesmo direito subjetivo da parte, caso persistisse a recalcitrância do devedor em se submeter à pretensão já líquida e certa do credor vitorioso na demanda cognitiva”¹³⁴.

Entretanto, já no próprio direito romano, “registra a história do direito processual casos de tutela de conhecimento em que se permite, até por cognição *prima facie*, a interferência no mundo fático, com antecipação dos efeitos materiais”¹³⁵.

Afirma-se, assim, que no direito romano existiam “dois sistemas de processo civil”, num se permitia “a obtenção de ordem liminar, até sem a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito”, no outro,

¹³² FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 78

¹³³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 318

¹³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

¹³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 342. p. 13-36, abr.q /mai./ jun. 1998

entretanto, aduz-se a presença do pleno contraditório, não sendo “possível a emissão de mandado e a atividade cognitiva era privada”¹³⁶.

No momento em que há uma tomada de “consciência do caráter público do processo”, surgem outras preocupações, inserindo-se o “valor da efetividade” como elemento a ser prestigiado no processo, a partir das “reais necessidades da sociedade”, a permitir o alargamento do objeto de cognição judicial e a “criação de novos meios jurisdicionais, mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão aforada”¹³⁷.

Nessa toada, em princípio, busca-se a “preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado”, para conservá-los, há um esforço em afastá-los de qualquer situação que os coloque em risco, tal atitude está permeada pelo conceito da utilidade que, ao final, será alcançada aos litigantes¹³⁸, o objetivo restringia-se ao “âmbito da *conservação* de bens úteis ou necessários à maior eficiência da tutela principal, dita tutela *satisfativa*”¹³⁹. Neste meio é que surge a “teoria das medidas cautelares”, evolução que, entretanto, não se verifica quanto temos em mente “a demora na prestação jurisdicional satisfativa”, que fica à margem desta nova construção¹⁴⁰, na medida em que “não se concebia o uso de medidas cautelares sumárias para satisfazer, fora do processo principal, pretensão material do litigante”¹⁴¹. É neste contexto que, “para antecipar, na medida do necessário à efetiva tutela jurisdicional, providências de mérito”, passa-se a “defender algo mais efetivo que a medida cautelar”¹⁴².

Assim, justifica-se a afirmação de que “*as raízes da tutela antecipatória residem na percepção de que a tutela do direito, se quer ser efetiva, deve ser também tempestiva*”¹⁴³.

A própria tutela cautelar, de início, se apresentava em termos de medidas típicas, mais tarde, porém, com o preconizado pelo art. 798 do CPC, “concebeu-se um poder geral de

¹³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 30

¹³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 342. p. 13-36, abr.q /mai./ jun. 1998

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

¹³⁹ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu*. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

¹⁴¹ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu*. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

¹⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

¹⁴³ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

cautela”¹⁴⁴. Nem este, contudo, lograria alcançar todos os casos em que se apresentasse a necessidade de prover com urgência, para tanto seria necessário que se concebessem “medidas de urgência para atuar também no terreno da satisfação urgente do direito subjetivo material lesado ou ameaçado”. Dentre as alternativas que se apresentaram, foram adotadas a “sumarização de determinados procedimentos satisfativos, a ampliação do poder geral de cautela e a criação de poder de antecipação da tutela de mérito em mecanismo apartado da tutela cautelar”¹⁴⁵.

Naquele momento o sistema convivia, pontualmente, com “ações especiais”, as quais “desfrutavam de liminares cuja eficácia consistia em antecipar, provisoriamente, efeitos da futura e possível tutela principal”, essa possibilidade, contudo, não se estendia a todos os pleitos formulados perante o Judiciário, mas, como sintoma evolutivo, “o direito processual convivia com tutelas diferenciadas de urgências tanto no plano conservativo como no satisfativo”¹⁴⁶.

O direito processual brasileiro introduziu aos poucos, no processo de conhecimento, “alguns mecanismos de antecipação de tutela”, mas esta sempre se caracterizou pela excepcionalidade, e era “restrita a procedimentos especiais”¹⁴⁷.

Nesse meio tempo, a forma de “tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça” foi a utilização da ação cautelar como meio através do qual fosse possível, de alguma forma, acelerar a prestação da tutela jurisdicional e “antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa”. A dificuldade encontrada foi “de ordem técnica”, já que se passou a utilizar um instrumento não concebido para o fim que se pretendia, redundando num “desvio do poder geral de cautela para cumprir a missão nova que se lhe atribuía”¹⁴⁸. Essa utilização baseava-se no fato de que o procedimento adotado para “cumprir a função cautelar contém liminar e pode terminar em uma sentença

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

¹⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

¹⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

¹⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

capaz de permitir a tutela preventiva”, utilizava-se, dessa forma, um instrumento pensado “para cumprir a função cautelar para realizar a função preventiva apenas pelo motivo de que esta última não podia ser desempenhada por meio do processo de conhecimento”¹⁴⁹.

Foi por meio da Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que se estruturou a sistemática da “antecipação provisória de tutela satisfativa”, como resposta a uma das exigências impostas pelo “devido processo legal, em sua visão mais dinâmica e atual de pleno acesso à Justiça com a carga máxima de efetividade da prestação jurisdicional”¹⁵⁰.

Ampliando-se os domínios da efetividade, quando em conflito com a segurança jurídica, a “universalização da tutela antecipada” representa momento de rompimento ideológico com os termos em que sempre concebida a divisão em “processos autônomos, de conhecimento, de execução e cautelar”. Tais atividade, a partir de então, passam a ser factíveis dentro do processo de conhecimento, na fase mesma de conhecimento, “mediante ordens ou mandados expedidos ali mesmo pelo juiz”¹⁵¹.

Alcançado este ponto na evolução do instituto, cabe indagar “se não vale a pena tornar a tutela antecipatória de tipo satisfativo mais estável, prevendo que esta sobreviva em certos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito”¹⁵². Esta ideia foi em parte concretizada no Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada, entregue ao governo em 31 de março de 2007¹⁵³.

O anteprojeto em si será abordado com mais vagar na parte subsequente desta pesquisa, desde já, contudo, importa ressaltar que “o provimento antecipatório, exatamente porque visa a provocar a satisfação do direito” é apto a “reduzir a aspiração das partes à pronúncia da sentença de mérito, assumindo uma função deflacionária da litigiosidade”¹⁵⁴. Justifica-se, dessa forma, e de maneira preambular, a importância em se analisar projetos deste jaez. Apresentado como “mecanismo que consinta evitar a decisão acerca do mérito da lide e, simultaneamente, manter intacta a força executiva (ou mais genericamente satisfativa)

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 69

¹⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

¹⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 03

¹⁵² RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

¹⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

¹⁵⁴ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

do provimento”¹⁵⁵, o anteprojeto vai além do que se esperava ao conferir à antecipação de tutela a força de coisa julgada, preenchidos determinados requisitos. Numa perspectiva em que não se cogitava desta atribuição já se preconizava que “na prática, a pura e simples satisfação do direito pode parecer mais importante do que o julgado sobre a relação controvertida”¹⁵⁶.

Assentado que o instituto da antecipação da tutela se desenvolveu no bojo da teoria da tutela cautelar, impende proceder a breve aprofundamento acerca.

6. DAS CAUTELARES

Embora desborde dos objetivos a que se propõe a presente pesquisa, antes de partir para uma tentativa de resposta à pergunta de em que se constitui a tutela cautelar, importante que se proceda a um resgate histórico da evolução deste instituto, por alguns entendidos como “*tertium genus*”, que reúne “as funções de processo de conhecimento e de execução”¹⁵⁷.

Inicialmente, tal como “construída pelos sistemas jurídicos da Europa continental, de tradição romano-canônica”, a teoria da tutela cautelar encontra-se intimamente ligada ao processo de conhecimento¹⁵⁸. Como “técnica de sumarização processual”, o processo cautelar não goza da aptidão em oferecer a segurança desejável, lugar de destaque reservado ao processo de conhecimento, “na medida em que a ordinariedade permite a plenitude da demanda judicial”, atendendo, como exaustivamente referido no capítulo acerca da ordinariedade, “às exigências e valores do individualismo liberal do século XIX”, as quais resumem-se basicamente (i) à deferência “à liberdade individual do demandado”,

¹⁵⁵ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

¹⁵⁶ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

¹⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40a. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 467

¹⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 03

concretizada através da garantia de “ampla e exauriente defesa”; e (ii) a qualidade da coisa julgada, que torna impassível de mudança o que já se decidira¹⁵⁹.

O processo ordinário expressa, ainda, um comprometimento com a ideia de que o juiz deve tão somente atuar a vontade da lei, sendo-lhe retirado qualquer poder criativo. Essa concepção, a exaltar o mito da neutralidade, acreditava poder afastar qualquer subjetivismo por parte do juiz, no qual ele poderia incorrer ao julgar com base em verossimilhança, conservando intacta a pretendida separação entre conhecimento e execução¹⁶⁰.

Chegado o momento, entretanto, em que a técnica do procedimento ordinário, concebida pela “ideologia liberal-individualista” como apta a tutelar os mais diversos direitos, mostrou-se inidônea a tal fim, em especial no que toca aos “direitos que reclamam uma tutela de urgência”, surge a necessidade de mitigar a rigidez deste procedimento, chegando-se a afirmar que “o procedimento ordinário do processo civil, como técnica universal de solução de litígios, deve ser substituído, na medida do possível, por outras estruturas procedimentais, mais condizentes com a espécie de direito material a ser tutelado”¹⁶¹.

Esta concepção nada mais é, em verdade, do que reflexo da tensão entre segurança jurídica e efetividade, sendo que se clama por esta última, admitindo-se abrandar, sob certos parâmetros, a segurança jurídica. A resposta a este anseio, viabilizando esta difícil convivência, “é a da outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos”¹⁶², para tanto, dispõe-se de duas técnicas distintas, a cautelar e a antecipatória¹⁶³. Posicionamento diverso é adotado por José Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar que “a segurança quanto ao resultado pode ser garantida não apenas por medidas conservativas, mas também antecipatórias”¹⁶⁴, dá-se à tutela antecipatória caráter acautelatório, já que “modalidade de providência destinada a satisfazer antecipadamente, não para solucionar o litígio, mas para assegurar que essa solução possa ocorrer de forma útil e eficaz”, dessa forma assevera serem cautelares não somente as medidas conservativas, mas igualmente “aquelas destinadas a regular provisoriamente o conflito, antecipando eventuais efeitos concretos da tutela final”¹⁶⁵.

¹⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.07-08

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 116/117

¹⁶¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 120

¹⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 69

¹⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 70

¹⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 129

¹⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 128

Adotando-se a posição de que se constituem em técnicas distintas, a cautelar “assegura a efetividade do processo por meio de medida de garantia”, enquanto a antecipatória “assegura essa efetividade mediante a antecipação, total ou parcial, de efeitos executivos da própria tutela definitiva pretendida na inicial”¹⁶⁶. Esta espécie de tutela jurisdicional, se assim se lhe admite, é oferecida pelo sistema “paralelamente à tutela definitiva”, constituindo espécie de tutela diferenciada^{167 168}.

É de se notar, porém, que antes que se concebesse uma tutela antecipatória no bojo de um processo de conhecimento, tínhamos como resposta à necessidade de efetividade e urgência em prover tão-somente a tutela cautelar. Esta “dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução”, outorgando “situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes”¹⁶⁹.

Assim, a tutela cautelar, para uns, surge como *tertium genus*, lado a lado com o processo de cognição e de execução¹⁷⁰, destinada “não a satisfazer diretamente o direito material afirmado, mas sim a garantir a eficácia da tutela de conhecimento ou de execução”¹⁷¹, justificando-se por conter “em sua estrutura eficaz, simultaneamente, cognição e atividade lato sensu executiva”, apta a quebrar a *ordinariedade*¹⁷². Para que se continue fiel ao paradigma racionalista liberal, sem dividir abruptamente o conhecer e o executar, interferindo na dicotomia do pensar e do agir, é que se cria este terceiro gênero, colocando-o à parte da própria *ordinariedade*.

Para outros, no entanto, como Calamandrei, a tutela cautelar não chega a se constituir num *tertium genus*, pois, segundo ele, o que a diferencia das tutelas ditas não-cautelares, não é um critério que se relaciona ao conteúdo, a “*qualidad de los efectos*”, mas a peculiar

¹⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 70

¹⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26/27

¹⁶⁸ Por tutela diferenciada podem-se tomar dois conceitos diversos: (i) “aquela concedida nos processos dotados de especialidade procedimental, mas que propiciam o desenvolvimento de atividade cognitiva ampla e exauriente”; e (ii) aquele que “liga o conceito de tutela jurisdicional diferenciada à gradação da atividade cognitiva”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p.647-676.

¹⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40a. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 467

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40a. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 471

¹⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 08/09

¹⁷² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 41

característica da relação de instrumentalidade que estabelecem com a providência principal¹⁷³. Ovídio nos explica que, para este autor, as cautelares não chegam a se opor à cognição e à execução, pois podem assumir o conteúdo de ambas, mas delas se diferenciam pela finalidade para a qual foram criadas, qual seja, “assegurar a eficácia daquelas duas formas de atividades jurisdicionais”¹⁷⁴.

Funcionalmente, o provimento cautelar se presta a “proteger o direito aparente diante de uma situação de risco” e a atividade cognitiva que se desenvolve objetiva identificar a situação que se quer protegida. Há entendimento no sentido de que neste momento não se aprecia a situação de mérito, “cingindo-se à aferição da necessidade de proteção do direito diante de uma extraordinária situação de risco, autorizando intervenção de caráter eminentemente conservativo.”¹⁷⁵

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, o que se presta a caracterizar a tutela cautelar é a “circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de simples segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não satisfativa do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial”¹⁷⁶.

Outra circunstância caracterizadora do processo cautelar é sua necessária dependência em relação a um processo principal, tal se explicaria, novamente, pelo compromisso do sistema com o paradigma racionalista. Como já ressaltamos, não se permite ao juiz um verdadeiro julgar com base em verossimilhança, então, será necessária uma demanda plenária para que o juiz possa “descobrir a vontade da lei” e verdadeiramente julgar¹⁷⁷. Não se concebe outorgar autonomia à tutela cautelar, pois esta não tem o condão de fazer coisa julgada¹⁷⁸, porque, nunca é demais reiterar, não houve julgamento, pois apóia-se num juízo de probabilidade¹⁷⁹ e, necessária demanda principal plenária posterior, se preserva o contraditório prévio¹⁸⁰.

¹⁷³CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares*. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. p. 135

¹⁷⁴BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42

¹⁷⁵FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 125

¹⁷⁶BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 03

¹⁷⁷BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 111

¹⁷⁸BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 223

¹⁷⁹BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 226

¹⁸⁰BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 224

Tanto as medidas cautelares incidentes quanto as preparatórias ligam-se necessariamente a um processo principal, “ou a medida é tomada no curso do chamado ‘processo principal’; ou, se não o for, terá de ser, necessariamente, ‘preparatória’ dele”. Numa visão crítica, toma-se um pedaço do procedimento ordinário, processo principal, e forma-se a tutela cautelar¹⁸¹. Nega-se autonomia a esta tutela cautelar, na medida em que se exige a propositura de uma demanda plenária, e para que se consentisse com uma “tutela processual autônoma e, ao mesmo tempo, não satisfativa” seria necessário “superar o *paradigma* da *ordinariedade*”, admitindo-se seja esta tutela terminativa e fundada em juízo de verossimilhança¹⁸². Recusa-se a definitividade própria da coisa julgada à tutela cautelar pois se concebe que esta serve tão somente a um processo, não indo ao mundo dos fatos, exatamente por prescindir desta qualidade¹⁸³.

Sustenta a doutrina que a decisão da ação cautelar não pode fazer coisa julgada tendo-se em conta que nada dispõe quanto ao mérito, não “atingindo a lide”, considerando coisa julgada como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença de mérito não mais sujeita a recurso”¹⁸⁴, nos termos do art. 467 do CPC¹⁸⁵. Ressalve-se que o que se nega à decisão do processo cautelar é a qualidade de coisa julgada material, entendida como “o fenômeno pelo qual a sentença de mérito torna-se imutável e indiscutível, seja no processo em que foi prolatada, seja em qualquer outro que venha futuramente a ser instaurado entre as mesmas partes ou seus sucessores”¹⁸⁶, a coisa julgada formal não deixa de se formar, “como decorrência do encerramento da *relação processual*, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação recursal”¹⁸⁷. Há posicionamento, no entanto, de que a tutela cautelar não produz coisa julgada em razão de sua modificabilidade e revogabilidade a qualquer tempo¹⁸⁸. Assim, na jurisdição cautelar o que inexistente é a “definitividade do julgamento”, já que sua sentença

¹⁸¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 231-232

¹⁸² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 230-231

¹⁸³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 144

¹⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40a. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 470

¹⁸⁵ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

¹⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40a. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 468

¹⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40a. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 520

¹⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 37

não é apta a produzir coisa julgada material, não ficando a decisão “imune a novo exame em demanda subsequente”, o que não impede, todavia, que a sentença cautelar seja dotada de definitividade, “qual provimento que encerra uma determinada demanda”¹⁸⁹.

Na doutrina capitaneada por Ovídio Baptista da Silva haveria, ainda, um caráter satisfativo ínsito à tutela cautelar, já que satisfeita estaria a “pretensão à segurança”¹⁹⁰. Não satisfaz, entretanto, o direito material, que será objeto da lide principal, e para que seja considerada cautelar essa não-satisfatividade do direito material deve estar presente, além da provisoriedade, que também é marca das tutelas satisfativas sumárias, e da concessão com base em cognição sumária¹⁹¹.

6.1 Distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar

Partindo da concepção de tutela cautelar na doutrina italiana, adverte-se a confusão que se dá entre a tutela antecipatória prevista no art. 273 do CPC e as cautelares já existentes no Código¹⁹². Aduz-se que a “assimilação entre medidas antecipatórias e cautelares parte do errôneo pressuposto de que, para a concessão de qualquer delas, as exigências (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) sejam idênticas”, no caso das “autênticas medidas cautelares” não se fala em *periculum in mora*, o que só tem cabimento nas “medidas antecipatórias, de que haverá de resultar, também necessariamente, alguma forma de execução provisória (urgente)”¹⁹³. Concebendo-se uma forma de tutela simultaneamente cautelar e antecipatória,

¹⁸⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 37

¹⁹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 231

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 108

¹⁹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 110

¹⁹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 110

anula-se a diferença entre ambas, sendo que o processo cautelar, gozando de autonomia procedimental, integraria o processo principal¹⁹⁴.

Não se nega que estas medidas possuam entre si semelhanças, sendo ambas providências de natureza emergencial atualmente adotadas em caráter provisório, pertencendo ao “gênero comum da tutela de prevenção” entretanto, nos ensina Humberto Theodoro Junior que “o que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão”¹⁹⁵. Por este entendimento, as cautelares não são satisfativas, tampouco da pretensão à segurança, como preconiza Ovídio Baptista da Silva.

A medida cautelar é apta tão somente a oferecer “a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito”, a tutela antecipatória, por sua vez, tem o condão de “antecipar solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal”¹⁹⁶.

Adotando-se uma maior precisão conceitual, provisória é tão-somente a antecipação da tutela, sendo a medida cautelar temporária¹⁹⁷. Provisória é a medida destinada “a durar até que sobrevenha um evento sucessivo que o torne desnecessário”, já temporária é a medida “que não dura para sempre, sem que pressuponha a ocorrência de outro evento subsequente que o substitua”^{198 199}.

No que tange aos pressupostos destas tutelas, a antecipatória “não se contenta com a mera plausibilidade do direito”, suficiente à tutela cautelar, representada pela “fórmula *fumus boni iuris*”, mas exige “prova inequívoca das alegações em que fundado o demandante”. Ademais, a tutela antecipatória, por “representar a própria realização do direito material

¹⁹⁴BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 111

¹⁹⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40a. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 475

¹⁹⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 468

¹⁹⁷ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53

¹⁹⁸BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil – Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4 ed. rev. e atual. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51

¹⁹⁹ A exposição se dá de acordo com as ideias expostas por CALAMANDREI em. *Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares*. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. p. 135

afirmado pelo demandante (e não mera garantia de utilidade e eficácia do próprio processo)” jamais poderá ser concedida sob risco de irreversibilidade²⁰⁰.

Conforme noticiado acima, “o tratamento processual unitário é (...) preconizado, entre nós, por José Roberto dos Santos Bedaque, mesmo que o legislador não tenha tratado da antecipação de tutela no capítulo do poder geral de cautela”²⁰¹. Há, contudo, “maior rigor na apuração sumária do direito material da parte a ser acautelado por medida de antecipação de tutela” sendo que para o deferimento da “medida cautelar puramente conservativa” bastaria uma “perfunctória aparência de direito”²⁰².

²⁰⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. Contraditório e ‘Prova inequívoca’ para fins de antecipação de tutela. *O processo: estudos e pareceres*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 113

²⁰¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 401

²⁰²THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 401

II – PARTE ESPECIAL

1. DO ANTEPROJETO

De autoria de comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanane, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni a proposta apresentada pelo anteprojeto ora em estudo, convertido no Projeto de Lei 186/05, visa, em suas próprias palavras: “*tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória*”²⁰³, *in verbis*:

ANTEPROJETO DE LEI

Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada.

Art. 1º Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

"Art. 273

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

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

.....(NR)".

²⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

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. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

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

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

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

“Art. 273-C. Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

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

“Art. 273-D Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”²⁰⁴

1.1 Considerações gerais

²⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

A tutela definitiva, “prometida pelo Estado”, é aquela concebida dentro de um “processo contraditório, com garantia de meios adequados de defesa para as partes, e coberta, ao final, pela marca da coisa julgada”, voltada, portanto, a adquirir imutabilidade²⁰⁵. Como regra geral, esta tutela implica que “o ônus do tempo no processo” será suportado pelo autor, em consonância com a concepção de que “o *status quo ante* ao processo será sempre provavelmente o mais justo”, necessário ponderar, entretanto, que “o que marca a situação das partes antes do processo” é a “completa aleatoriedade”²⁰⁶.

A tutela concedida por uma medida antecipatória, não coberta pela coisa julgada, conteria “providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que julgar procedente o pedido”²⁰⁷.

A tutela, seja concedida definitivamente, seja temporariamente, o será através do processo, sendo que a missão do direito processual consistiria em “tornar possível a realização do direito material, criando os instrumentos indispensáveis à realização desses objetivos”, por esta concepção mais ligada ao instrumentalismo, “a opção por um ou outro instrumento será uma tarefa do político e não do processualista”, cuja incumbência seria a de “mostrar as vantagens e defeitos dos instrumentos que poderão ser criados”²⁰⁸.

No mesmo sentido se afirma que “o processo é o instrumento destinado à atuação da vontade da lei”, inovando ao afirmar que deve desenvolver-se, na medida do possível, “mediante um procedimento célere, a fim de que a tutela jurisdicional emerja realmente oportuna e efetiva”²⁰⁹.

E neste intuito de constante desenvolvimento, que “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais processuais” impõe, imperativo que se preste às partes uma tutela adequada e tempestiva, e isso se dirige não só ao juiz, mas igualmente ao legislador processual²¹⁰. Os processualistas, dando sua contribuição neste aprimoramento “passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja, a imprescindibilidade da efetividade do processo”, tomando-o como “instrumento de realização da justiça”²¹¹. Nesta perspectiva instrumental é desejável um *redimensionamento da importância da técnica*

²⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52

²⁰⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 95.

²⁰⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52

²⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 34

²⁰⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 27

²¹⁰ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 75

²¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 63

processual, para que se atinja uma tutela verdadeiramente efetiva, “muitas vezes é necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar as garantias inerentes à segurança jurídica, a fim de evitar que o tempo deteriore a utilidade prática da tutela”, justificando assim o desenvolvimento pelo qual vem passando as tutelas de urgência, solução de natureza excepcional por implicar “determinados sacrifícios do contraditório”²¹².

Por técnica se entende “a predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais”, sendo eminentemente instrumental, na medida em que se justifica “em razão da existência de alguma finalidade a cumprir”²¹³, pela ótica na qual se desenvolve a presente pesquisa, o formalismo-valorativo, a justificação da técnica é mais que teleológica, ela deve ser passível de justificação por sua ligação com algum valor considerado importante pelo ordenamento sob o qual se desenvolve. Nesta senda mostra-se pertinente a visão a respeito da forma pela qual atua a técnica exposta por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem “o que a técnica faz é atuar sobre a cognição, restringindo-a ou elasticando-a, para adequá-la de maneira mais proveitosa à realização dos fins e valores do processo”²¹⁴.

Pontua-se, mais uma vez, o conflito inerente à prestação jurisdicional, em que o processo judiciário “como instrumento de composição da lide ou resolútorio de conflitos de alta relevância social” vê-se impelido a observar às garantias inerentes ao devido processo legal, em respeito à segurança jurídica, o que “se faz incompatível com a precipitação”²¹⁵. Conforme já aludimos anteriormente, não se trata a efetividade do processo de simples “precipitação”, de mera aceleração do procedimento, isso, por si só, não reflete este valor.

O direito processual, factualmente, “oscila entre a necessidade de decisão rápida e a de segurança na defesa do direito dos litigantes”, como consequência a “intensidade nas medidas para alcançar um desses objetivos implica, quase sempre, o distanciamento do outro”, observa-se que “a um processo muito rápido corresponde geralmente à restrição na defesa do direito por parte do réu; e a uma garantia muito desenvolvida dessa defesa corresponde um processo moroso”²¹⁶. O que se procurará mostrar, quando da análise específica da garantia do contraditório no anteprojeto, é que neste caso não há restrição nos meios de defesa da parte ré, mas sim oferecimento de opção a esta de, satisfeita com a situação alcançada, prescindir de todo o trâmite de um processo plenário.

²¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 87-88

²¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 273-275

²¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 151

²¹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 27-28

A segurança jurídica exige “um lapso temporal razoável para a tramitação do processo”, já a efetividade reclama “que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário”, é no ponto de equilíbrio entre estes dois *valores* que se poderá “garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional”²¹⁷. Cumpre a técnica processual encontrar este ponto de equilíbrio, alertando-nos Cândido Rangel Dinamarco de que “ao estabelecer o desejado modelo do equilíbrio entre a celeridade e a ponderada cognição como virtudes internas do processo” deve-se estar consciente dos riscos em se “afastarem dos critérios de **certeza** e passarem a confiar na **probabilidade** suficiente, como metro para as soluções processuais”²¹⁸.

Já se afirmou que o processo civil, hoje, orienta-se mais no sentido de prestigiar a segurança jurídica, “a ser obtida através de um processo - não importa qual o tempo que ele haverá de durar - orientado no sentido de uma composição plena, absoluta e definitiva da lide”, mas não se estará invertendo completamente essa orientação no momento em que se conceber factível a estabilização da tutela antecipada; a efetividade, “enquanto realizabilidade efetiva e oportuna”²¹⁹ dos direitos outorgados pela ordem jurídica” não será o único valor motivador desta modificação de perspectiva, na medida em que a estabilização em si é fator ínsito à segurança jurídica.

Entendido o tempo como um “custo que deve ser suportado pelas pessoas que demandam a prestação da tutela jurisdicional”, como fator “ineliminável do processo”, o equacionamento da questão consiste na “partilha harmoniosa e justa desse custo necessário”, de maneira a não onerar demasiadamente um dos litigantes em detrimento do outro²²⁰. Nesta seara a “atividade jurisdicional” não pode prescindir de “instrumentos e mecanismos adequados” aptos a minimizar os “efeitos deletérios do tempo sobre o processo”²²¹. Assentado que tempo é fator que dificulta a concretização da “efetividade da tutela jurisdicional”, tal se justifica na medida em que “para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória”, a fim de que se atinja um nível de convencimento o mais próximo possível da certeza antes de julgar, e aí se

²¹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 38-39

²¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 66

²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 279

²¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais*. **AJURIS**. Porto Alegre, v. 25, n. 73. p. 5-17

²²⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais*. **AJURIS**. Porto Alegre, v. 25, n. 73. p. 5-17

²²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40a. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 466

encontra o óbice à “imediate concessão do provimento requerido”, que seria necessária para afastar risco de “inutilidade ou ineficácia”²²².

E é nisto que reside o diferencial deste anteprojeto: satisfeito o réu com a solução que lhe foi alcançada pelo Judiciário em sede de antecipação de tutela, não há porque lhe impor uma demanda plenária que se prolongue pelo tempo necessário ao seu deslinde.

Para que uma solução deste jaez se justifique, necessário que se estabeleçam critérios de resolução do “conflito existente entre efetividade e segurança na distribuição do ônus do tempo no processo que possam ser praticamente consensuais, entre indivíduos desinteressados e não identificados com qualquer situação preestabelecida”. Por estes critérios se estará delimitando “em que hipóteses estará o juiz autorizado a proceder à alteração no *status quo* processual”, qual o limite na medida desta alteração e sua natureza²²³. A tanto se propõe o presente anteprojeto, delimitando em que situações a tutela antecipada poderá gozar de estabilidade própria da coisa julgada.

A excessiva demora na tramitação dos processos é uma realidade. Este fato é prejudicial, principalmente para as partes, aquelas que se socorrem do Poder Judiciário na esperança de ver sua lide equacionada e seu pleito atendido. Nem os operadores do direito, tampouco o legislador processual se encontram indiferentes a essa realidade. Apesar de não solucionar de forma definitiva, medidas paliativas vêm sendo adotadas, como as formas de tutela de urgência, “por natureza provisórias, destinadas simplesmente a assegurar a efetividade da providência final”. Na concepção de José Roberto dos Santos Bedaque tais medidas, conservativas ou antecipatórias, destinam-se “tão-somente a afastar o risco de dano decorrente da morosidade do processo”, destituídas de pretensão de “solucionar definitivamente as crises de direito material”²²⁴.

Em que pese este posicionamento inicial, o autor reconhece a tendência em se “admitir modalidade de tutela sumária, com aptidão para transformar-se em definitiva, embora sem adquirir imutabilidade”. Esta técnica processual seria caracterizada “pela transferência dos males causados pela demora do processo àquele que aparentemente não tem razão”, sendo “dele o ônus de provocar a atividade jurisdicional para tentar desconstituir a eficácia da tutela de urgência”. Esta modalidade de tutela é, em última análise, a adotada pelo anteprojeto aqui examinado, confere-se “à tutela antecipada natureza de providência final, passível de

²²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 17

²²³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 96.

imunização pela coisa julgada”. Precedida de cognição não-exauriente, esta tutela é embasada “apenas na versão apresentada pelo autor”, com o diferencial, aqui, de a decisão poder tornar-se imutável.”²²⁵, isso quando concedida *inaudita altera parte*.

Atualmente, os ordenamentos jurídicos que abrigam a tutela antecipada dispõem de dois modelos, “um primeiro modelo é aquele da construção de um procedimento próprio, separado do processo civil ordinário: mesmo antes de iniciar o processo ordinário, a parte interessada pode pedir ao juiz a antecipação provisória da tutela”, o segundo modelo “lastreia-se no princípio em virtude do qual a tutela antecipatória é concedida pelo juiz do processo ordinário, durante o curso do próprio processo”²²⁶.

O primeiro modelo apresentado, “que se desenvolve antes e separadamente do processo civil ordinário” apresenta como tendência “assumir as características do procedimento sumário, no que concerne à colheita do material instrutório (e do material de cognição em geral)”²²⁷, conforme o art. 273-A do Anteprojeto, este primeiro modelo passa a ter aplicabilidade em nosso ordenamento, inovando na medida em que na redação atual do art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação de tutela só é possível no bojo de um procedimento ordinário²²⁸.

²²⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 47.

²²⁵BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 47.

²²⁶RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

²²⁷RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

²²⁸ Art. 273. 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 e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º 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.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Já no segundo modelo, atualmente o único à disposição dos operadores do Direito em nosso ordenamento, “as informações, com base nas quais deve ser deferida ou negada a tutela antecipada, são as mesmas sobre as quais deverá fundar-se a sentença”, Edoardo F. Ricci afirma a superioridade deste modelo na medida em que as “informações são colhidas sob as garantias típicas do processo civil ordinário”²²⁹.

Em relação à necessidade de uma demanda plenária, conforme breve análise a que procedeu Daisson Flach, deixa-se às partes a decisão sobre a conveniência, ou inconveniência, “da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito”. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, caberá a parte a decisão sobre a necessidade de haver ou não cognição plena, caso entenda pela desnecessidade, o provimento concedido será apto a transitar em julgado, caso entenda pela imprescindibilidade, deverá exercer o contraditório, “em ação de cognição plena e exauriente” pela própria parte ajuizada, na modalidade de contraditório eventual²³⁰.

A possibilidade de autonomia desta tutela, ou de qualquer tutela “que não corresponda à cognição ordinária”, entendida como “independência de um processo principal”, é realizável através da “inversão do contraditório”, transformando algo que seria parte da demanda em demanda autônoma.

Isto já acontece com as “ações cautelares preparatórias”, nesse caso a parte autora da ação antecedente “terá o ônus de iniciar o ‘processo principal’ no prazo de trinta dias (art. 806 do CPC), sob pena de o provimento cautelar perder a eficácia”²³¹. A proposta toma por empréstimo esta idéia, com o diferencial de aqui ser ônus da parte contra quem a liminar foi proferida pleitear o prosseguimento da demanda, caso o pleito tenha sido incidental, no trâmite do processo principal, ou ajuizar o processo principal, caso da antecipação antecedente. A possibilidade encarnada aqui já fora aventada pelo Professor Ovídio Baptista da Silva, para quem “seria possível conceber para as antecipatórias o mesmo critério, fazendo, por exemplo, com que os provimentos previstos pelos arts. 273 e 461 do CPC fossem pedidos como se

§ 7º 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.

²²⁹RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

²³⁰ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 106-107

²³¹SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 235

pedem as cautelares preparatórias, em procedimento antecedente ao processo principal”²³². Previa o autor, ainda, a possibilidade de conceder *terminalidade* processual, para quem bastaria “dispensar a parte que obtém essa tutela de iniciar a lide plenária, a qual a cognição, ao invés de limitada (sumária) deverá ser ‘exauriente’”²³³, questão igualmente contemplada no anteprojeto.

Opiniões divergentes, contudo, apontam no sentido de que a tutela antecipada não outorga satisfação definitiva, pois não se daria a “realização plena do Direito Material”, se assim o fosse, “não teria sentido prosseguir no processo”²³⁴. Pois é exatamente seguindo este raciocínio que se concebe o presente anteprojeto, satisfeitas as partes com a decisão alcançada pela tutela antecipada, ilógico seria dar continuidade ao processo.

Mais, com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, entendemos que a “satisfação provisória, alcançada por meio da antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito” está além dos efeitos fáticos, situada, em verdade, “no plano jurídico, por força do valor atribuído ao fato pelo sistema jurídico”²³⁵.

Das muitas implicações que podem ser extraídas do anteprojeto ora em estudo três nos chamam mais a atenção: (i) a cognição que se desenvolve; (ii) as possibilidades de exercício do contraditório que se oferecem às partes; e (iii) a autoridade de coisa julgada que se atribui à decisão antecipatória, preenchidos determinados requisitos. Antes de adentrarmos nesta análise específica, contudo, noticiaremos as experiências análogas vividas pelo direito estrangeiro.

Iniciamos esta abordagem, advertindo, contudo, nossa primeira impressão favorável sobre o anteprojeto na medida em que, oferecendo pronta resposta ao pleito das partes em Juízo, oferece tributo à efetividade e, dotando a decisão da força de coisa julgada, não deixa que o conflito se eternize no tempo, outorgando às partes segurança quanto à situação de que dispõem, em claro prestígio à segurança jurídica. Lembra-se aqui primorosa observação de José Rogério Cruz e Tucci de que “mesmo aquele que sai derrotado não deve lamentar-se da pronta resposta do Judiciário, uma vez que, sob o prisma psicológico, o possível e natural

²³²SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 235

²³³SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 235

²³⁴GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Aspectos da Antecipação de Tutela – CPC, art. 273. **AJURIS**, Porto Alegre, v.73. p. 7-13, jul. 1998

²³⁵ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 342. p. 13-28, abr.q /mai./ jun. 1998

inconformismo é, sem dúvida, mais tênue quando a luta processual não se prolonga durante muito tempo”²³⁶.

2. DIREITO COMPARADO

O anteprojeto sinaliza, na exposição de motivos, a existência, no direito italiano, da “possibilidade de estabilização dos provimentos de urgência”²³⁷.

Efetivamente, “verifica-se na legislação estrangeira a estabilidade relativa de tutela de urgência e antecipatórias”, entretanto, não se chegou ao ponto de, como previsto na proposta, admitir a “imutabilidade própria da coisa julgada material”²³⁸.

Temos, em síntese, os “*référés* previstos nos ordenamentos jurídicos belga, francês e luxemburguês” e a “tutela antecipada do direito italiano”, que deixam de impor, “em todos os casos, o exame definitivo na sentença de mérito”²³⁹.

Malgrado se negue a qualidade de coisa julgada, “pode-se chegar à *estabilização da tutela antecipada*, quando a ela não se opuser qualquer das partes, de forma a dispensar o processo de conhecimento e a sentença de mérito”, este é o caso específico do “*référé* francês e belga e de algumas hipóteses específicas na Itália”²⁴⁰.

Tendo em vista os limites a que se propôs a presente pesquisa, analisa-se o sistema de tutela antecipada vigente no sistema francês e o sistema italiano.

²³⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 64/65

²³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

²³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p.333

²³⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p.647-676

²⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O Processo: estudos & pareceres**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 83-110

2.1 Sistema francês

Na França, a tutela de urgência é perfectibilizada por meio de um “processo cognitivo sumário, provisório, mas que não depende de posterior processo principal para confirmação do provimento emergencial”²⁴¹.

Afirma-se que o instituto da jurisdição de *référé* apresenta-se “como fruto da prática forense mais do que como um produto doutrinário”, sob a qual “hoje tudo se decide, num primeiro estágio, sob forma 'provisória' e, como inicialmente se afirmava, sem 'prejuízo ao principal’” e, num segundo momento, avançou-se mais “absorvendo uma porção considerável da jurisdição comum”. Adotam-se, assim, “medidas francamente satisfativas”, por meio do “procedimento sumário e urgente”, que, além de interferir “no mérito da demanda principal”, quando realizam “concretamente o direito litigioso”, em determinados casos, “o superam, por serem providências judiciais irreversíveis em seus efeitos”, prescindindo da “futura sentença de mérito, ante o fato consumado”²⁴².

Previsto no art. 808 do Nouveau Code de Procédure Civile francês, prevê que “o magistrado que preside a *jurisdiction des référés* poderá ordenar (...) todas as medidas (*toutes les mesures*) contra as quais não vislumbre o magistrado alguma ‘contestação séria’”²⁴³.

O instituto do *référé* atua na aceleração da prestação jurisdicional, especificamente “no campo da sumarização do procedimento cognitivo (e não da cautelaridade), para realizar a tutela de urgência satisfativa”²⁴⁴.

Caracteriza-se por “sua autonomia frente ao processo principal”, sendo que “essa ulterior composição do litígio de caráter definitivo” é eventual, não se apresentando como uma “necessidade sistemática ou orgânica”; tem por finalidade não a “composição definitiva do

²⁴¹ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁴² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 05/06

²⁴³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 25, n. 73. p. 5-17, mar. 1998

²⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo**

conflito”, mas sim “a estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso”, tudo feito de forma sumária e “sem aspiração de definitividade”²⁴⁵. Entretanto é de se observar que mesmo que o procedimento se encerre “no plano da emergência, com provimento próprio e independente de qualquer outro processo”, a “sentença é desprovida de autoridade de coisa julgada”, quando confrontado com “futuro e eventual processo principal ou de fundo, em torno da mesma controvérsia, o provimento do refere é apenas provisório”²⁴⁶, sendo “destinado a permanecer eficaz até que (num momento futuro qualquer) sobrevenha julgamento contrário”²⁴⁷.

Ocorre que, como no anteprojeto analisado, “cabe às partes decidir sobre a instauração, ou não, do processo principal”, mas, “encerrado o *référé* a solução judicial perdurará, sem limite temporal e sem depender de ulterior confirmação em processo definitivo”²⁴⁸, o que o diferencia da proposta de regramento apresentada para o ordenamento brasileiro.

Tem-se notícia de que, atualmente, a *jurisdiction de réfères*, é algo como “uma jurisdição paralela à comum”, apta a absorver “todas as questões e litígios”²⁴⁹, tendendo, inclusive, a “suplantar o processo de cognição ordinário, como instrumento para a tutela dos direitos subjetivos”, afirmando-se que, “em França, a maioria das controvérsias cíveis não vai além do puro e simples procedimento de *référé*”²⁵⁰, noticiando-se que “mais de 90% dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário”²⁵¹.

Armelin. Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin.** Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin.** Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁴⁷ RICCI, Edoardo. F. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. trad. Mariulza Franco. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 7. p. 87-95, jan./mar. 1998

²⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin.** Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁴⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 25, n. 73. p. 5-17, mar. 1998

²⁵⁰ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

2.2 Sistema italiano

O Sistema italiano apresentava, inicialmente, o poder geral de cautela, amparado no art. 700 do CPC italiano, como “instrumento de realização de providências urgentes apenas conservativas”, contudo, as sempre presentes “exigências de efetividade da tutela jurisdicional”, levaram ao elastecimento da compreensão desta “atividade cautelar genérica, de modo a nela incluir, também, quando necessário, a antecipação da tutela de mérito”, concebia-se, assim, “a possibilidade de medida cautelar antecipatória ou satisfatória”. Malgrado a dificuldade em “encontrar nos próprios termos da definição dos provimentos de urgência do art. 700 do CPC, uma autorização direta para a inclusão, em seu âmbito, das medidas antecipatórias dos efeitos da futura decisão de mérito da demanda principal”, a aplicação dos “*provvedimenti d’urgenza*” passou a ser amplamente utilizada, com o intuito de “realizar, com antecipação, os efeitos da sentença de mérito, ou seja, com a imediata satisfação da pretensão, no todo ou em parte”²⁵². O que havia, em suma, era “uma verdadeira distorção aplicativa de um instrumento que, ao contrário, nascera para outras finalidades”²⁵³.

Através deste expediente, incluindo-se as medidas de antecipação de tutela na disciplina dos provimentos cautelares, “manteve-se a regra básica da acessoriedade, segundo a qual a concessão de qualquer provimento da espécie sempre se sujeita à fixação de um termo peremptório dentro do qual o promovente terá de iniciar o processo principal, ou de mérito, sob pena de caducidade do provimento provisório de urgência”²⁵⁴.

Foram as reformas ocorridas no CPC italiano em 2005, no entanto, que produziram duas “grandes e profundas inovações”, ao proclamarem expressamente a “função antecipatória (ou

²⁵¹GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O Processo: estudos & pareceres**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 83-110

²⁵²THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁵³RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

²⁵⁴THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

satisfatória)” dos “*provvedimenti d’urgenza*” em texto de lei e retirarem o caráter acessório dos provimentos de urgência antecipatória em relação ao processo principal²⁵⁵.

Esta última modificação, que consiste na “adoção de ação sumária autônoma para pleito dos provimentos de urgência de natureza antecipatória”, vem contemplada no art. 669-novies, cujo “prazo peremptório para aforamento da ação de mérito” foi expressamente afastado das “ações cautelares satisfativas reguladas pelo art. 700”²⁵⁶, não mais se determina um prazo no qual a parte deva ajuizar a ação principal, logo após o deferimento da “medida cautelar satisfativa, de antecipação de efeitos de sentença de mérito”, a ausência do ajuizamento não mais “conduz (...) à ineficácia do provimento, cuja executividade perdura indefinidamente no tempo”²⁵⁷. Dessa forma, abandona-se o “padrão acessório que tradicionalmente caracterizava a tutela de urgência nesse respectivo sistema”, adotando-se algo de similar ao *référé* francês, fazendo prevalecer a “autonomia e a sumariedade das ações cautelares satisfativas”²⁵⁸.

Assim, embora as medidas antecipatórias continuem sob o regramento das medidas cautelares, lhe foi retirado o “papel de instrumentalizar ou preparar ulterior prestação definitiva em processo principal”, deixando de ser “um instrumento vinculado à garantia de eficiência do processo principal”, constituindo-se em “procedimento autônomo” que se desenvolve “plenamente em contraditório”, apresentando-se como “célere e sumário”, com a peculiaridade, ressalve-se, de “não produzir a coisa julgada”²⁵⁹.

Em razão desta última característica assinalada, “não produzir *res iudicata* material”, não há “preclusão em torno de seu provimento”, de modo que o ajuizamento de futura demanda, “de cognição plena, não fica prejudicada, se alguma das partes entender de buscar novo pronunciamento judicial sobre o mesmo litígio”, quando, então, se poderá “alcançar a

²⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁵⁸ MIELKE SILVA, Jaqueline. *Tutela de Urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 45-46

²⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

definitividade da *res iudicata*, seja na confirmação da tutela antecipada sumariamente, seja na sua reforma ou cancelamento”²⁶⁰.

Por este sistema, o “código italiano põe à disposição do litigante” duas opções de “acertamento” (declaração), uma via “sumária e célere”, mas que, no entanto, não goza do “atributo da coisa julgada”; e outra via “com acertamento pleno e exauriente, capaz de alcançar a indiscutibilidade própria da coisa julgada material”²⁶¹.

Assim, no ordenamento italiano, “os provimentos cautelares antecipatórios acabaram por ser cautelares apenas no modo de dizer” já que, da modificação em diante, dos provimentos cautelares claramente se distinguem, ao afastar o caráter de acessoriedade²⁶².

3. DA COGNIÇÃO, DA VEROSSIMILHANÇA, DO CONTRADITÓRIO E DA COISA JULGADA NO ANTEPROJETO

3.1 Da cognição

Quando abordamos a ordinariedade, como paradigma que ampara determinados dogmas do processo civil, como a cognição plena e o contraditório necessariamente prévio,

²⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁶¹ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419

²⁶² MIELKE SILVA, Jaqueline. *Tutela de Urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 48

dissemos que assim se sustenta a concepção de que juiz só julgará quando tiver descoberto a “vontade da lei”²⁶³.

O anteprojeto prevê que a realização de “cognição plena e exauriente” será deixada a cargo das partes, caso entendam pela conveniência e necessidade de sua realização²⁶⁴. Dessa forma, não se está negando às partes o direito à “cognição plena e exauriente”, apenas se retira a obrigatoriedade de sua ocorrência, facultando às partes exercerem uma opção baseada no que entenderem mais conveniente. Corroborando esta concepção já se afirmou que “o essencial para garantir o direito à cognição exauriente é que – seja em procedimento ordinário, seja em procedimento sumário, seja num único processo, seja em mais de um processo – a sentença definitiva de mérito só se torne imutável após oferecimento de meios adequados e razoáveis de participação dos litigantes na formação do convencimento do juiz”²⁶⁵.

Os “meios adequados e razoáveis de participação” no convencimento do juiz são oferecidos aos litigantes, cabe a estes, entretanto, optar por sua utilização ou não, a depender da necessidade e das vantagens que se apresentem.

Assim, não há óbice a que a “lei ordinária estabeleça limites razoáveis à garantia da ampla defesa, seja em correspondência com a limitação do nível horizontal de cognição, seja em razão da simplicidade ou da notoriedade das situações fáticas”, na medida em que assim se possibilita a construção de “procedimentos especiais apropriados à tutela de situações diferenciadas de conflito, que, nos seus limites próprios, constituem, sim, processos de cognição exauriente”²⁶⁶.

Em relação à limitação da cognição, afirma-se que a tutela provisória, em que hoje se constitui a antecipação de tutela, sofre uma limitação no nível vertical de cognição, já que “formada à base de cognição sumária, no que diz respeito à profundidade”, sendo concedida com base em “juízos de verossimilhança”, enquanto a tutela definitiva “busca juízo de certeza”²⁶⁷. Esta limitação se explica na medida em que a tutela antecipada é conferida nos casos em que há “em alguma medida, urgência”, o que a torna incompatível com o tempo

²⁶³SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 16

²⁶⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

²⁶⁵ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22

²⁶⁶ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 23

²⁶⁷ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32

necessário ao “atendimento simultâneo e completo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”, assegurados pelo procedimento ordinário²⁶⁸.

Afirma-se que a cognição pode ser concebida em “dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade)”²⁶⁹. O que nos interessa aqui é o plano vertical, em que “a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta)”²⁷⁰.

Atualmente, a ideia que se concebe acerca da cognição sumária orienta-se no sentido de ser “própria de tutela jurisdicional não autônoma, de caráter temporário, inapta a formar coisa julgada material, sempre relacionada a uma tutela definitiva à qual serve”²⁷¹, rendendo ensejo a “juízos de probabilidade, de verossimilhança, de aparência, de *fumus boni iuris*”; já a cognição exauriente, privilegiando o valor da segurança jurídica, “se presta à busca de juízos de certeza, de convicção”²⁷².

A tutela antecipada, nos termos atualmente vigentes do art. 273 do CPC, será concedida, cumulativamente, com base em prova inequívoca da verossimilhança das alegações expendidas. Mesmo havendo a apresentação inicial desta “prova inequívoca”, a cognição “continua sendo incompleta, não exauriente”, já que mesmo “a prova documental *initio litis* não retira à cognição *prima facie*, exercida na tutela antecipatória, a sua condição de sumária”, ao apreciar a prova trazida aos autos, o magistrado “continua a trabalhar com a aparência”, que poderá ser afastada, pois ainda “sujeita ao crivo do contraditório”, bem como pela instrução processual, que “poderá demonstrar a falsidade do elemento que servirá de base à convicção inicial do órgão judicial”²⁷³.

Especificamente em relação à prova inequívoca da verossimilhança da alegação, abalizada doutrina afirma que “a ‘verossimilhança’ a ser exigida pelo julgador deve sempre considerar: o valor do bem jurídico ameaçado de lesão; a dificuldade de se provar a alegação; a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação; e a própria urgência”²⁷⁴.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, conforme já aludimos, entende que a “realização prática”, que se dá com a antecipação de tutela amparada em cognição sumária, não se confunde com a “verdadeira e própria satisfação do direito”, para que ambas pudessem ser

²⁶⁸ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32

²⁶⁹WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 111

²⁷⁰WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 112

²⁷¹ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33

²⁷²ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33

²⁷³ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 342. p. 13-28, abr.q /mai./ jun. 1998

²⁷⁴MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008. p. 271

tomadas como equivalentes, “seria indispensável demonstrar que a cognição sumária compartilha da mesma força, qualidade e efeitos da cognição plena e exauriente”²⁷⁵. É exatamente este um dos pontos cruciais do anteprojeto: a cognição sumária passa, com a aptidão de fazer coisa julgada, a gozar do mesmo vigor da cognição exauriente, outorgando satisfação além do aspecto fático, gerando a estabilização do comando emitido.

Interessante notar, com Ada Pellegrini Grinover, que a “profundidade do conhecimento do juiz para a concessão da antecipação de tutela” varia em nosso ordenamento, a depender do momento em que requerida e concedida a tutela antecipatória. Deferindo-se a medida antecipatória “no início do processo, antes mesmo da citação, a cognição do juiz é necessariamente superficial, sendo suficiente que a prova produzida com o pedido leve à convicção sobre a verossimilhança”, quando concedida em momento posterior “após uma audiência prévia de justificação, já o conhecimento é mais profundo”, a doutrina sustenta, ainda, “que a tutela antecipada genérica pode ser concedida até mesmo no momento da sentença de mérito, ou em grau de recurso (...): nesses casos, evidentemente, a cognição do juiz terá sido profunda e exauriente”²⁷⁶.

Com Zavascki concluímos que “cognição exauriente, (...) não é sinônimo de cognição ilimitada, ou de cognição própria do procedimento comum ordinário”, mas “cognição formada à base dos meios de contraditório e de defesa adequados ao objeto cognoscível” e, na medida em que o anteprojeto oferece tais meios, a cognição não está sendo subtraída às partes ou ao magistrado, apenas já não se impõe coercitivamente que seja plena e exauriente²⁷⁷.

Antes de adentrarmos no mérito da cognição sumária ser apta, ou não, a produzir coisa julgada, necessário que se analise o fundamento de uma decisão assim amparada, ou seja, a verossimilhança.

3.2 Da verossimilhança

²⁷⁵ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 342. p. 13-28, abr.q /mai./ jun. 1998

²⁷⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O Processo: estudos & pareceres**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 83-110

Afastada a necessidade de que a cognição seja sempre, e impreterivelmente, exauriente, o juiz decidirá a causa com base na **verossimilhança**, na **aparência**, na **probabilidade** de ser aquele sujeito processual quem tem razão. Mas em que se constitui a verossimilhança? Mais, por que se hesita em conceder ao magistrado a possibilidade de verdadeiramente julgar com base em verossimilhança? Por que se afirma a busca de uma verdade que sequer se sabe ser possível atingir? Estes questionamentos se impõem na medida em que atualmente não é dado ao juiz julgar amparado na aparência do direito, apenas decidir, decisão esta que poderá ser modificada posteriormente ou reformada em grau de recurso.

A determinação da verdade dos fatos está entre os objetivos do processo²⁷⁸, para que se possa decidir com justiça, sendo necessário, portanto, esclarecer a que verdade se está a buscar e se ela é atingível através do processo. Dentre as diversas teorias que se põe a investigar o tema, temos a definição da verdade como correspondência das asserções referentes aos fatos do mundo empírico²⁷⁹, verdade como coerência contextual da narração acerca dos fatos perquiridos²⁸⁰, verdade como consenso racional, produzido sobre critérios considerados racionais em determinado contexto²⁸¹, sendo que, a verdade como correspondência, seria aquela que produziria melhores resultados no contexto do processo²⁸². A partir desta constatação, o problema se reduz aos limites e aos critérios com os quais se pode alcançar, no processo, um conhecimento que corresponda à realidade empírica e que, portanto, produza descrições desta realidade que se possam considerar verdadeiras²⁸³. Concebe-se a verdade, ainda, como “resultado da busca realizada com todos os limites lógicos e formais do processo”²⁸⁴.

Quanto à problemática de ser possível, ou não, alcançar a verdade absoluta, aquele estado de certeza total, por meio do processo, diz-se que o processo prescinde desta, contentando-se com verdades relativas, mas suficientes para oferecer uma base razoavelmente

²⁷⁷ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 23

²⁷⁸TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 168

²⁷⁹TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 169

²⁸⁰TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 174

²⁸¹TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 175

²⁸²TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 176

²⁸³TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 176

²⁸⁴FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 50

fundada à decisão²⁸⁵. Isso não significa que seja impossível toda e qualquer determinação verdadeira dos fatos no processo, mas quer dizer que só se pode falar da verdade dos fatos ou de certeza em termos relativos²⁸⁶.

A verdade, no direito processual, “ocupa lugar de destaque na fenomenologia do processo de conhecimento”. Abalizada doutrina afirma que a verdade não constitui um dos escopos do processo, mas que sua descoberta configura-se tão-somente como um passo no caminho que se percorre para chegar ao pronunciamento jurisdicional, acerca da “existência, inexistência ou modo-de-ser de relações jurídicas”²⁸⁷. Dessa forma, referida doutrina afirma ser possível que “as exigências de bem conhecer” cedam ante determinadas situações em que tomá-las ao extremo seria prejudicial aos “bons resultados do exercício da jurisdição”²⁸⁸. As situações referidas são aquelas em que o tempo, requerido na busca da verdade, se torna um peso ao litigante, na medida em que sujeita aos “riscos de deterioração o próprio resultado jurídico do processo, prolonga as angústias do conflito e o estado de insatisfação que o serviço jurisdicional visa a eliminar”²⁸⁹, nestas situações é que haveria espaço para *transigências*, o “escopo jurídico do exercício da jurisdição” seria suplantado pelo “escopo social de pacificar”, na medida em que a pacificação só será eficiente se tempestiva²⁹⁰.

Paralelamente à busca incessante da verdade, e mesmo como “manifestação subjetiva” desta, temos o *dogma* da certeza, “guardado e cultivado entre os juristas e na teoria do processo”. A certeza passaria a existir com a sentença, após ser feito “o trabalho lógico de enquadramento dos fatos passados” e ser “interpretada a lei, resultando na afirmação da vontade concreta desta mediante decisão imperativa”, dessa forma torna-se “certa a situação jurídica entre as partes”, e esta certeza “proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a segurança jurídica, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual”²⁹¹.

²⁸⁵TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 176-177

²⁸⁶TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 179

²⁸⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 281

²⁸⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 282

²⁸⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 283

²⁹⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 286

²⁹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 289-290

Entretanto esta tão sonhada certeza não passaria senão de “uma generosa quimera”, uma vez que o que se concebe como “exigência de certeza para as decisões” não poderia ser tido senão em termos de probabilidade, “variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis dos riscos”. Cândido Rangel Dinamarco, em cujas idéias se estribam os últimos parágrafos, conceitua esta probabilidade como “a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes”, tem-na como algo a menos do que a certeza, mas algo a mais que a credibilidade, que toma por sinônimo de verossimilhança, “em que na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar”²⁹².

No momento mesmo em que se aceita a “verdade processual em termos de probabilidade ou verossimilhança” começa-se a “pensar um processo mais célere e justo, em que se harmonizem os vários valores que lhe são estruturais”²⁹³.

Abordando a perspectiva do “antagonismo entre o que se convencionou chamar de verdade material e formal”, o juiz, “tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa” já não estaria tão preso a “cadeias formalísticas”, estando autorizado a formar sua “convicção com a verdade possível, própria da condição humana”, do que seria expressão, “no domínio processual”, “a dimensão de pura verossimilhança”²⁹⁴.

Geralmente “vinculada a juízos de cognição sumária”, a verossimilhança indicaria “certo grau de aproximação à verdade” ou estaria a se referir “a certo estado subjetivo de certeza”. Entendida “como ponto médio em uma escala de probabilidade” poderia ora ser algo próximo à verdade, ora “algo próximo à certeza”²⁹⁵.

No que tange à verossimilhança, somos advertidos de que, na doutrina italiana, a análise deste conceito é baseada em um equívoco terminológico e conceitual, introduzido por Calamandrei, ao traduzir o vocábulo alemão *Wahrscheinlichkeit* por verossimilhança, olvidando-se de que o mesmo termo pode significar probabilidade²⁹⁶. Assim, verossimilhança assume dois significados distintos, primeiramente é relacionado àquilo que tem a aparência de verdade, diz respeito à alegação do fato e é uma valoração independente e preliminar em

²⁹²DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 291

²⁹³FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 50

²⁹⁴ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178

²⁹⁵FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 67

relação ao procedimento probatório; mas igualmente equivale à probabilidade, utilizada, no processo, como substituta da verdade²⁹⁷.

A grande problemática é que estes conceitos são distintos, e não podem ser utilizados como se sinônimos fossem²⁹⁸, afasta-se, fundamentadamente, a definição de verossimilhança de uma asserção como sua capacidade para representar certa realidade, como a aproximação entre a representação e a realidade representada, eis que seria necessário, para aferir a verossimilhança da representação, nesta perspectiva, conhecer a realidade que se representa, donde perde a utilidade em se falar em verossimilhança da representação se já se conhece o que está sendo representado²⁹⁹. Esta concepção, por outro lado, em nada se relaciona com a veracidade de uma asserção ou sua probabilidade, eis que estas respeitam à existência de razões para sustentar se a asserção é verdadeira, em nada se relacionando à aproximação ou representação de uma asserção em relação à realidade³⁰⁰.

Veracidade e probabilidade respeitam à existência de elementos que justifiquem a crença na veracidade da asserção, e não à sua aparência de verdade³⁰¹, relacionam-se ao grau de fundamentação, de credibilidade e de aceitabilidade da proposição fática, sobre a base dos elementos de prova disponíveis em um contexto dado, em nada de relacionando ao conceito de verossimilhança³⁰².

Assim, o que se denomina de verossimilhança é o aspecto de uma asserção sobre um fato a partir do qual se pode identificar uma correspondência com uma hipótese plausível segundo a ordem “normal” das coisas, entretanto, esta asserção ainda não foi submetida à verificação probatória ou demonstrativa. Este conceito prescindiria de elementos de prova e, no processo, é importante naquele momento anterior à aquisição das provas, à instrução probatória, não pretende expressar conhecimento, ou graus de conhecimento, já que estes decorrem dos elementos de prova acerca da asserção sobre o fato³⁰³.

²⁹⁶TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 183-184

²⁹⁷TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 184

²⁹⁸TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 185

²⁹⁹TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 185

³⁰⁰TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 186

³⁰¹TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 186

³⁰²TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 187-188

³⁰³TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 188

A determinação de um fato em nada se relaciona com a certeza absoluta acerca dele, consiste, em verdade, na determinação do grau de fundamentação que se pode atribuir à hipótese de existência deste fato, assim, a partir do momento em que se exclui a certeza absoluta como um dos objetivos alcançáveis por meio do conhecimento empírico, especialmente, da determinação judicial dos fatos, passamos a nos situar no âmbito da incerteza, ou seja, de conhecimento e juízos acerca dos quais somente se pode afirmar, inicialmente, que não têm uma fundamentação absoluta, completa e indiscutível³⁰⁴. Diante desta realidade, fala-se em termos de probabilidade, diz-se que se esta determinação não pode fundar-se em alguma verdade absoluta, poderia lograr um substituto aceitável, qual seja, alguma verdade provável³⁰⁵. Entretanto tal raciocínio é igualmente rejeitado, o que se define como provável, tende a ser aquilo que não é falso, mas tampouco é certamente verdadeiro³⁰⁶.

Em termos de verossimilhança, havendo o parâmetro “daquilo que normalmente ocorre”, perquire-se acerca deste estado de normalidade, para defini-lo se utilizam as máximas de experiência, as quais permitiriam “a identificação de um fato como sendo análogo a outros já conhecidos, com conseqüências também já estabelecidas empiricamente”, condensando-se no “fato representativo do que normalmente ocorre”³⁰⁷.

Estas máximas de experiência são elementos inerentes a toda decisão, mesmo que o magistrado não as mencione expressamente, são a “concepção do *normal* que auxilia na construção de significado tendo como referência as coisas *sabidas* pelos participantes do debate, e cuja relativização determina ônus argumentativo”³⁰⁸. Os juízos de probabilidade são fundados nas máximas de experiência.

Em que pese a distinção noticiada acima, a que também procede Daisson Flach, com base na mesma doutrina, em sua obra “*A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*”, acaba por concluir não haver “tão drástica fratura a justificar o abandono da expressão verossimilhança para significar grau de probabilidade, de aproximação à verdade

³⁰⁴TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 190-191

³⁰⁵TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 191

³⁰⁶TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 191

³⁰⁷FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 70.

³⁰⁸FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 63

em um dado contexto”, o juízo de probabilidade, ao fim, restaria “amparado justamente na verossimilhança da alegação”³⁰⁹.

Valendo-se dos ensinamentos de Calamandrei, Flach, tomando a verossimilhança como modelo de constatação dos fatos da causa, aborda sua função pragmática, como definidora do módulo probatório exigível para a emissão de provimentos fundamentados em cognição sumária. Nas hipóteses em que se mostra a urgência em prover ou em que o direito se apresenta de forma evidente, o juiz poderia contentar-se com um material probatório incipiente, eis que ainda não foi oportunizado às partes que trouxessem a juízo todos os elementos de convicção de que dispõem³¹⁰, trata-se da postecipação do contraditório, que ainda não foi exercido em sua plenitude. Sintetiza ao asseverar que sua função é de “orientar a atividade decisória no sentido de que se possa justificar a concessão da tutela considerando reciprocamente os elementos probatórios disponíveis, antes de exaurido o contraditório, e as razões que autorizam a pronta intervenção jurisdicional”³¹¹.

Este módulo probatório a que o autor se refere é atenuado em função da necessidade de se prestar a tutela, seja em razão da urgência, seja como forma de adequada distribuição do tempo do processo (tutela de urgência/tutela de evidência), e nestas hipóteses é que se autoriza a concessão da tutela pleiteada, seja em provimento cautelar ou antecipação, com base em cognição sumária³¹².

Feitas estas ponderações, passa-se à análise do modelo de constatação dos fatos vigente na tutela de urgência, mais especificamente na tutela antecipatória.

Cândido Rangel Dinamarco entende que “todas as atividades jurisdicionais de urgência (processo cautelar, medidas antecipatórias de tutela) apóiam-se, por destinação institucional, nas incertezas representadas pelo *fumus boni iuris*”, afirmando que a “razoável probabilidade ou mesmo a não-exclusão dos fatos alegados” bastaria para a concessão da medida³¹³. Entretanto é necessário ir além, conforme se ponderou quando se tratou da diferenciação entre tutela antecipada e tutela cautelar, embora esta se satisfaça com o *fumus boni iuris*, aquele exige prova inequívoca da verossimilhança da afirmação³¹⁴. Prova

³⁰⁹FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 73

³¹⁰FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 119

³¹¹FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 120

³¹²FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 121

³¹³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 317-318

³¹⁴ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pg. 47

inequívoca, nestes termos, é aquela “capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”³¹⁵.

A medida da cognição que se exige, então, na tutela antecipatória “tem como horizonte prova inequívoca, para convencimento a respeito da verossimilhança da alegação formulada na inicial quanto ao pretendido direito e o respectivo receio de lesão”, exigindo-se “algo mais do que na tutela cautelar e certamente menos do que na tutela dispensada em cognição plena e exauriente”³¹⁶.

Quanto à análise a que procede o magistrado a fim de verificar se está caracterizada a verossimilhança das alegações da parte autora, pondera-se que esta não é tão-somente o reconhecimento de que a “exposição dos fatos feita pelo autor é plausível e que há razões para nela crer”, mas não se pode afastar que nesse momento também se realiza uma “valoração jurídica da pretensão deduzida”, em que o juiz “analisa integralmente os fundamentos da pretensão, inclusive os aspectos eminentemente jurídicos, estabelecendo vinculações sistemáticas, ciente do campo de normatividade em que se insere a atividade”³¹⁷. Visualiza-se o “juízo de cognição sumária como momento de síntese”, em que se passa a “pressupor uma série de opções de cunho valorativo, em diálogo com o sistema normativo, com vistas à atribuição de conseqüências prático-jurídicas”³¹⁸. A fim de conceder ou denegar a antecipação de tutela, o magistrado examina não somente os fatos da causa, quando analisa a existência ou ausência de prova inequívoca, mas igualmente a “subsunção de tais fatos aos comandos legais invocados pelo autor”³¹⁹.

O anteprojeto não modifica o modelo pelo qual se dá o convencimento do julgador a fim de deferir a medida antecipatória, é necessário, para tanto, “prova inequívoca” da verossimilhança das alegações daqueles que pleiteiam a tutela. A inteligência do anteprojeto está em, rompendo com o paradigma da ordinariedade, atribuir força de verdadeiro julgamento àquelas decisões proferidas com base em verossimilhança, ao possibilitar que adquiram estabilidade própria da coisa julgada.

³¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

³¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 342. p. 13-28, abr.q /mai./ jun. 1998

³¹⁷ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 130

³¹⁸ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 130

³¹⁹ GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Aspectos da Antecipação de Tutela – CPC, art. 273. **AJURIS**, Porto Alegre, v.73. p. 7-13, jul. 1998

Assentado que só se fala em verdade e em certeza em termos relativos e que a verossimilhança “é o aspecto de uma asserção sobre um fato a partir do qual se pode identificar uma correspondência com uma hipótese plausível segundo a ordem “normal” das coisas”³²⁰, não se concebe mais que verdadeiro julgamento, apto a adquirir a qualidade de coisa julgada, seja tão somente aquele baseado em cognição plena e exauriente, pois pretensamente apto a descobrir a “verdade”. Decisão amparada em cognição sumária, baseada em verossimilhança, julgamento também o é, na medida em que, com base nos elementos trazidos aos autos até então, forma juízo apto a adquirir imutabilidade, pois já não se concebe falar em atingimento de uma verdade absoluta no bojo de um processo plenário.

3.3 Do contraditório

Dentre as objeções que se fazem à concretização de projetos como o ora analisado está o comprometimento da garantia do contraditório e da ampla defesa³²¹.

A doutrina nos alerta de que, “o contraditório e a segurança do processo”, enquanto “valores fundamentais”, não podem ser simplesmente esquecidos. Assim, embora tenham sua necessidade reconhecida, as tutelas sumárias “devem ser vistas como solução excepcional”, e não como regra a ser adotada na generalidade dos casos. Adverte-se, ainda, que, quando adotadas, não seriam “suficientes para assegurar a verdadeira efetividade da tutela jurisdicional”, o que só se conseguiria se estas respostas tivessem a aptidão de produzir “resultados definitivos”³²².

Já vimos que, diferentemente da postura que se adota na presente pesquisa, José Roberto dos Santos Bedaque considera a efetividade não em oposição à segurança jurídica, mas como fator que a ela se agrega, nesta perspectiva, afirma não existir efetividade que

³²⁰ TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005. p. 188

³²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

prescinda do contraditório e da ampla defesa, sendo a celeridade apenas uma das garantias a serem respeitadas na observância do devido processo legal, pondera, então, que a “morosidade excessiva do processo” não pode justificar o “sacrifício de valores também fundamentais”, na medida em que “ligados à segurança do processo”³²³. Esta perspectiva, entretanto, foge àquela opositiva da qual coadunamos.

O contraditório, em síntese, seria a “garantia de *participação*, que nem se restringe ao processo jurisdicional só, mas constitui inerência do próprio regime democrático”, constituiria fator legitimante de todo o “processo político e exercício do poder”, concebido de forma a representar, efetivamente, uma “cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas”³²⁴.

Num breve retrospecto evolutivo da garantia do contraditório, anteriormente ao “Direito Romano postclássico”, só se constata sua ocorrência “com a submissão voluntária da parte passiva da demanda”; já no processo comum europeu, passa-se a conceber o processo como “*ars dissendi e ars oponendi et respondendi*”, francamente inspirado pelas idéias expressas na “retórica e na tópica aristotélica”, apresentando-se a dialética como ciência “*ex probabilibus procedit*”, impondo-se o “recurso ao silogismo dialético,” a implicar na busca da verdade como “esforço combinado das partes”³²⁵. Neste contexto o contraditório passa a representar “o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável”³²⁶.

Quando, no século XVI, modifica-se a perspectiva (lógica de Pierre de la Ramée), antecipa-se a busca de uma verdade “menos provável”, já com aspiração de certeza, consagrada e potencializada a partir do século XVII. Neste momento o soberano “passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual”, o que se concretiza com as idéias advindas do iluminismo e da própria ocorrência da Revolução Francesa, acarretando a

³²²BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 48

³²³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 49

³²⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 149-150

³²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

³²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

mudança de concepção do que fosse o contraditório, que passa de “necessário e intrínseco mecanismo de investigação da ‘verdade’” a “princípio externo e puramente lógico-formal”³²⁷.

Esta concepção, então, “encontra terreno fértil” no processo liberal imperante no século XIX, em que ao órgão judicial era destinada a função principal de “verificar e assegurar o atendimento às determinações formais do processo”³²⁸.

Já no século XX, quando outros valores passam a ditar a conformação da garantia do contraditório, como a efetividade e a “necessidade de um maior ativismo judicial”, cumulados com a “revitalização do caráter problemático do Direito”, altera-se novamente a concepção do que seja o princípio do contraditório, deixando de ser meramente formal e passando a atuar na formação do juízo, “fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes”³²⁹. Simultaneamente à tomada de consciência do “caráter público do processo”, e da “necessidade de uma solução mais eficiente e rápida do litígio”, toma assento o valor da efetividade, que irradia efeitos sobre a garantia do contraditório ao oferecer como método de sua concretização “seu melhor instrumento técnico”, qual seja, “a possibilidade de concessão de medidas conservativas ou mesmo antecipatórias dos efeitos da futura sentença de mérito, antes do término normal do processo e até liminarmente mesmo antes de ser ouvida a parte demandada sobre a pretensão exercida em juízo”³³⁰.

Nesta perspectiva de cooperação entre o juiz e as partes, deve aquele assumir uma postura mais ativa do que a mera inércia ante o tramitar do processo, não se concebendo mais uma perspectiva através da qual “o juiz, mantendo-se inerte, não prejudica ninguém, e certamente estará iluminado pela verdade quando proferir a sentença, já que a verdade do processo civil seria a verdade resultante da realização plena e integral do princípio do contraditório”³³¹.

Aqui chegamos a um momento paradoxal, em que a exigência da cooperação entre juiz e partes intensifica a necessidade do contraditório, “a alargar o seu alcance”, ao mesmo tempo em que o faz diminuir um movimento progressivo em prol da efetividade, entendida esta não só como “o sadio intento de tornar mais prestadio, mais rápido e eficaz o instrumento processual”, mas igualmente em razão “das notórias deficiências da administração da Justiça

³²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

³²⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

³²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

³³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

brasileira (...)³³². É neste “caldo de cultura propício à quebra do contraditório” que se agigantam as “liminares conservativas ou antecipatórias”, advertindo-se, desde logo, do “risco de que a tutela de urgência passe a ser a justiça *tout court*”³³³.

O anteprojeto que estamos a analisar não logra ferir a garantia constitucional do contraditório, pretensamente vedando à parte que conheça o que foi trazido aos autos pela outra parte, o que foi decidido pelo juiz e, querendo, possa se opor a tanto. Aí reside o diferencial, não há obrigatoriedade para a parte em face da qual foi deferida a antecipação de tutela, em que exerça o contraditório, satisfeita esta com a solução que já foi alcançada às partes, elas têm a faculdade de conformar-se com isso e manterem-se inertes, deixando que a decisão transite em julgado.

A garantia do contraditório encontra-se preservada na medida em que se oferece à parte a opção de exercer o contraditório, não se lhe impõe esta conduta. Ainda, “a concessão da medida sem prévia participação da parte contrária é admitida em caráter absolutamente excepcional, apenas em caso de extrema urgência ou se o conhecimento pelo réu puder torná-la ineficaz (art. 273, § 5º)”³³⁴.

Neste “inafastável caráter dialético do processo atual”, o que se oferece às partes é a faculdade de “pronunciar-se e intervir ativamente no processo”, permitindo que estas atuem de modo “construtivo” sobre o tramitar do processo e seu resultado³³⁵. Esta faculdade, frisa-se, não é subtraída às partes, continua disponível pelo disposto no anteprojeto, apenas impondo este conseqüência à inércia da parte, de modo que sua omissão implicará aceitação da decisão já proferida.

Esta dissonância que se observa entre “o fortalecimento do contraditório pela cooperação e o seu enfraquecimento determinado pela urgência” é algo presente e não facilmente contornável, impondo-se, “numa época em que não se pode mais aspirar a certezas”, a busca daquele “ponto de equilíbrio”, em que contempladas satisfatoriamente a

³³¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 117

³³²ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

³³³ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

³³⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

³³⁵ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

colaboração entre os “sujeitos do processo” e a efetividade, a fim de que, inclusive, “o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil”³³⁶.

A disciplina da tutela antecipada prevista pela redação do atual art. 273 do CPC utiliza-se de um contraditório postecipado, quando deferida a medida antes da oitiva do réu, “depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano”. Já aí se percebe uma mitigação da garantia do contraditório, entendido como contraditório prévio, sendo que “o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação, que se dá em moldes de provisoriedade, abre-se o pleno contraditório e a ampla defesa, para só afinal dar-se uma solução definitiva à lide”³³⁷.

A disciplina trazida pelo anteprojeto, no entanto, em muito se assemelha à técnica monitoria, que se utiliza da técnica do contraditório eventual. A própria Exposição de Motivos alerta para essa identidade ao referir posicionamento de Edoardo F. Ricci e Ovídio A. Baptista da Silva, asseverando que “no sistema pátrio, o mandado monitorio não impugnado estabiliza a tutela diferenciada. Simetricamente, a mesma coisa deve ocorrer com a decisão antecipatória com a qual as partes se satisfazem, considerando pacificado o conflito: as partes, e não apenas o demandado, porquanto a antecipação da tutela pode ser parcial, podendo neste caso também o autor ter interesse na instauração ou prosseguimento da ação de conhecimento”³³⁸.

Como técnica, o procedimento monitorio “desde os seus antecedentes mais remotos, visa também neutralizar o lapso de tempo intercorrente entre o início do processo e a sentença”³³⁹. Tem lugar quando “o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requer a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, procurando obter a satisfação de seu direito”³⁴⁰.

O provimento monitorio, “seja quando a parte intimada não contesta, seja se sucessivamente a oposição é rejeitada”, prontamente “torna-se executivo”³⁴¹, já que “o juiz

³³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

³³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

³³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

³³⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 132

³⁴⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 135

³⁴¹ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

emite uma ordem liminar, *inaudita altera parte*, determinando que o devedor pague certa quantia ou entregue uma coisa ao credor”³⁴². Prescindindo do processo de conhecimento atende, de forma célere, “à exigência de tutelar prontamente o direito do credor desprovido de título executivo, acelerando sua formação”³⁴³. A cognição que se desenvolve limita-se à “prova produzida pelo requerente e é normalmente caracterizada pela ausência de contraditório inicial”, somente em caso de o devedor, “após o decreto injuntivo”, se opor “à ordem de pagamento”, é que se dá ensejo à instauração do procedimento plenário, “em contraditório pleno”³⁴⁴.

Constitui-se, assim, em técnica apta a “evitar o processo ordinário de conhecimento, mas só consegue fazê-lo quando não houver oposição do demandado”³⁴⁵.

No que tange ao contraditório, por sua vez, “o pronunciamento jurisdicional perseguido é proferido *inaudita altera parte*, diferindo-se para um momento ulterior a possibilidade de contraditório”³⁴⁶. Exatamente nos termos em que estabelecido pelo anteprojeto.

Além da similitude com o procedimento monitorio, anunciada pelo projeto, com José Roberto dos Santos Bedaque, entendemos que “a solução apresentada não difere substancialmente do julgamento à revelia previsto no art. 330, II, do Código de Processo Civil”³⁴⁷. Verificada a revelia, os fatos afirmados pela parte na inicial são tidos como presumidamente verdadeiros, tornam-se incontroversos e independem de prova, abrindo a possibilidade do julgamento antecipado, mesmo resultante de cognição não-exauriente, a sentença é apta à formação da coisa julgada³⁴⁸.

Em ambos os casos, então, “admite-se a imutabilidade material da decisão somente porque a parte contrária não se opôs ao pedido (revelia) ou à antecipação da tutela”³⁴⁹.

³⁴² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 133

³⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O Processo: estudos & pareceres**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 83-110

³⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O Processo: estudos & pareceres**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 83-110

³⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O Processo: estudos & pareceres**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 83-110

³⁴⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 135-136

³⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

³⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

³⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

Obviamente, não são idênticas, na medida em que na revelia, quando da omissão do réu, ainda não há decisão a qual se opor, na proposta já há a tutela antecipada e, mesmo assim, a outra parte queda-se inerte. A similitude está mais no fato de que se utilizando de ambos os institutos é possível a formação da coisa julgada a partir de cognição não-exauriente.

Quando apresentamos a perspectiva pela qual se desenvolve este trabalho, o formalismo-valorativo, ressaltamos o princípio da adequação, referindo a necessária adaptabilidade entre o procedimento e a situação de direito material posta, aspecto que novamente merece atenção. A garantia do contraditório tem sua mitigação justificada no momento em que o adiamento do “contraditório para um momento posterior”, ou mesmo a eventualidade de sua ocorrência, se dêem “na justa medida em que o provimento judicial, emitido *inaudita altera parte*, seja idôneo para atingir a finalidade a que se propõe a lei e em consonância com os pressupostos nela estabelecidos”. Aqui se procede a um juízo de probabilidade “entre o prejuízo processual causado pela inobservância do princípio e o provável prejuízo que a outra parte poderá sofrer sem o deferimento da cautela ou da tutela cuja antecipação se pretende, condicionada, ainda, à provável existência do direito afirmado”.

Malgrado a concepção atual do contraditório, a exigir cooperação entre juiz e partes, de modo recíproco, e enfatizar a necessidade do exercício desse mesmo contraditório em sua plenitude, a fim de legitimar a decisão proferida pelo Juízo, dadas as necessidades prementes que se apresentam, a urgência de atendimento que trazem em si determinadas demandas, é necessário que se admita a mitigação desta garantia, em prol de uma prestação jurisdicional não somente mais célere, mas prontamente apta a oferecer efetivação de seu comando. A mitigação, no caso do anteprojeto, não está somente na previsão de um contraditório eventual, mas na atribuição de consequência ao seu não exercício, qual seja, a estabilização da tutela antecipada.

3.4 Da coisa julgada

A exposição de motivos do anteprojeto deixa claro que, “se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste) tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados os seus limites”³⁵⁰.

Eis um dos pontos mais inovadores do anteprojeto: dotar da qualidade de coisa julgada a decisão proferida em antecipação de tutela, caso as partes, por atitude omissiva, deixem claro estarem satisfeitas com esta decisão, trata-se de “modificação substancial no perfil da antecipação de efeitos da tutela final, pois dota a decisão de estabilidade eventual, com aptidão para adquirir a imutabilidade própria de coisa julgada material”³⁵¹.

Já se afirmou que “a solução brasileira é bastante ousada”, deferida em procedimento autônomo e não iniciado o procedimento de cognição exauriente, “a sentença proferida no processo sumário adquirirá imutabilidade, verificando-se o fenômeno da coisa julgada material (art. 273-C e parágrafo único)”; deferida no curso do procedimento plenário, se nenhuma das partes tomar a iniciativa de “postular o prosseguimento (...) objetivando o julgamento de mérito”, a decisão transitará em julgado³⁵².

O paradigma da ordinariade, quando trata de julgamentos proferidos com base em verossimilhança, o faz de forma a que sejam sempre provisórios, para que se fale em definitividade, própria da coisa julgada, é necessário “autêntica atividade jurisdicional”, e assim só se entende aquele julgamento baseado em cognição plena e exauriente³⁵³.

A tutela antecipada “é concedida em caráter precário e com a condição de vigorar por prazo determinado”, diferentemente da “tutela-padrão”, cuja marca é a definitividade, “assim considerada pela sua imutabilidade jurídica (coisa julgada)”, não atentando à diferenciação que se fez acima entre provisoriedade e temporariedade, afirma-se que a tutela é provisória, “entendida a provisoriedade em seu sentido amplo, para compreender temporariedade e precariedade”, temporária porque tem sua “eficácia necessariamente limitada no tempo” e

³⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

³⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 331

³⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 333

precária porque “pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não estando sujeita à imutabilidade própria da coisa julgada”³⁵⁴.

Podendo ser concebida como “uma situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros”, utiliza-se de duas técnicas processuais: (i) veda-se a “repetição da demanda; e (ii) imutabilizam-se “as decisões judiciais transitadas em julgado”³⁵⁵. Atribui-se sua origem à “regra latina *bis de eadem re ne sit actio*, a qual foi traduzida por Cogliolo nos seguintes termos: ‘Sobre uma mesma relação jurídica não se pode exercer duas vezes a ação da lei, isto é, o processo’”, noticia-se que “por influência dos juriconsultos romanos, a *res iudicata* foi sendo identificada, paulatinamente, com um ato do processo: num primeiro momento, com a *litis contestatio*; posteriormente, com a *sententia*”, de forma que até hoje se diverge, havendo teorias “que identificam a coisa julgada com: (a) a própria sentença; (b) os efeitos da sentença; (c) uma qualidade dos efeitos da sentença; e (d) uma qualidade do conteúdo da sentença”. Em síntese, “a fim de se proibir a repetição da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto” declara-se a “decisão judicial imutável, ou indiscutível”³⁵⁶.

Justificando-se o instituto no plano filosófico, “na raiz de todas as concepções a respeito está a idéia de que o seu propósito é o de não permitir a perenização dos conflitos, é o de ensejar estabilidade e certeza às relações jurídicas”, e aí se encontra a utilidade, para o jurisdicionado, do instituto, pois com “a definitividade de que se reveste o comando judicial emanado a partir da apreciação pelo juízo de uma determinada relação jurídica”, confere-se “certeza de que aquela mesma relação jurídica, enquanto apresentar os mesmos contornos que a delineavam quando judicialmente apreciada, não haverá de merecer novo exame capaz de conduzir a resultado que de alguma maneira contrarie, inviabilize ou diminua o julgado”³⁵⁷.

Numa concepção substancial, o julgado coberto pela coisa julgada “vincula os futuros juízes porque provoca uma modificação no direito que lhe pré-existe, fazendo surgir uma

³⁵³SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 105

³⁵⁴ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34

³⁵⁵RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo e Ana Paula Chiovitti Giannico. A coisa julgada e a atividade cautelar. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 501-512

³⁵⁶RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo e Ana Paula Chiovitti Giannico. A coisa julgada e a atividade cautelar. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin**. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 501-512

³⁵⁷GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e funções. **Eficácia e Coisa Julgada**. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 187

nova situação jurídica de direito material”³⁵⁸, já numa concepção processual, sustenta-se que “o vínculo que constrange futuros juízes a acatar o que no julgado se contenha é um vínculo determinado unicamente por normas de caráter processual, que só produzem efeito no universo do processo”, por esta segunda concepção a coisa julgada de forma alguma exerceria qualquer efeito sobre a “relação de direito material que é objeto do juízo”³⁵⁹.

Nosso ordenamento, entre estas duas teorias adota uma solução eclética, em que a coisa julgada, “mais que constranger o juiz a julgar da mesma maneira, o proíbe de reexaminar o que já passou em julgado”, assim, “porque vincula o juiz, opera diretamente no plano processual”, mas, simultaneamente, “atua também sobre a situação substancial, vez que esta jamais poderá vir a receber um regramento judicial diferente”³⁶⁰.

Como função negativa atribuída à coisa julgada, “entende-se a virtude que ela tem de impedir outro julgamento a respeito de algo já definitivamente decidido em processo anterior”³⁶¹, já por função positiva, tem-se “sua aptidão para vincular o juiz em um segundo processo ao conteúdo de uma decisão proferida em processo anterior, a respeito de questão que se apresente neste último como pressuposto da nova pretensão trazida a juízo”³⁶².

Pela autoridade da coisa julgada, então, impõe-se o dever de o juiz não “reexaminar o mérito”; já a conduta de “ter de adotar a decisão formulada no julgado como pressuposto para o ulterior juízo” seria relacionada à “eficácia da sentença”³⁶³.

Em relação à concepção de que a coisa julgada estaria ligada a uma “situação de verdade real ou meramente formal”³⁶⁴, Dinamarco afirma que hoje a coisa julgada “é autoridade que incide sobre os efeitos da sentença de mérito e que tem a sua própria configuração jurídica”, não se definindo mais como “ficção ou presunção de verdade”, criando, somente (e aqui citando Calamandrei), “a irrevocabilidade jurídica do comando, sem

³⁵⁸ GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e funções. **Eficácia e Coisa Julgada**. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 188

³⁵⁹ GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e funções. **Eficácia e Coisa Julgada**. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 190

³⁶⁰ GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e funções. **Eficácia e Coisa Julgada**. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 194

³⁶¹ GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e funções. **Eficácia e Coisa Julgada**. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 196

³⁶² GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e funções. **Eficácia e Coisa Julgada**. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 197-198

³⁶³ GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e funções. **Eficácia e Coisa Julgada**. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 199

³⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 280-281

se preocupar em estabelecer se as premissas psicológicas das quais esse comando nasceu são premissas de verdade ou de mera verossimilhança”³⁶⁵.

Feitas estas considerações sobre a coisa julgada, cabe analisar a viabilidade de se atribuir ao julgado proferido com base em verossimilhança esta qualidade.

Atualmente “a decisão que concede a tutela antecipada não tem o atributo da definitividade, devendo ser confirmada, modificada ou revogada até o julgamento de mérito”³⁶⁶, o anteprojeto modifica esta perspectiva, inicialmente apontando para a eventualidade do julgamento de mérito, “sujeito à iniciativa da parte interessada na decisão da causa com cognição exauriente”³⁶⁷; por esta concepção, “não haveria a necessidade de um julgamento de mérito se as partes se conformassem com as disposições estabelecidas pelo juízo provisório, evitando-se com isso processos inúteis e deflacionando o contencioso”³⁶⁸.

Demonstrando as partes estarem satisfeitas com o resultado obtido a partir de cognição sumária, com a concessão da antecipação, através de conduta omissiva, “a tutela antecipada teria condições de adquirir a estabilidade decorrente da coisa julgada”. Importa, assim, perquirir qual seria a consequência se ao invés da concessão, tivesse ocorrido o indeferimento, qual sua “força vinculante”³⁶⁹.

O anteprojeto estabelece como condição para que se outorgue força de coisa julgada ao provimento que seu conteúdo seja positivo, ou seja, que haja o deferimento de medida, nos termos dos arts. 273-B, § 1º e 237-C, em caso de indeferimento, acompanhamos entendimento segundo o qual este se funda “na circunstância de não ter sido realizada cognição suficiente para a antecipação”³⁷⁰.

³⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 281

³⁶⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Aa Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 647-676

³⁶⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Aa Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 647-676

³⁶⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Aa Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 647-676

³⁶⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Aa Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 647-676

³⁷⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Aa Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 647-676

Diferentemente já se posicionou Edoardo F. Ricci, para quem “a aferição pela qual o juiz nega a tutela antecipada tem as mesmas características e a mesma plausibilidade do provimento pelo qual a tutela antecipatória é concedida”, assim “o provimento que nega a tutela antecipatória pode ser visto como uma forma de tutela do réu”³⁷¹.

Segundo as regras em vigor, a tutela antecipada pode ser revogada a qualquer momento pelo julgador, “basta convencer-se de que a medida não pode subsistir”, admitida, todavia, a estabilização da tutela antecipada, “a revogabilidade da decisão estará sujeita à preclusão”³⁷².

Desta feita, entendemos ser apta a decisão baseada em cognição sumária à produção da coisa julgada, na medida em que proposta numa perspectiva de equilíbrio entre efetividade e segurança jurídica. A concretizar o valor da efetividade, o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela oferece pronta resposta às partes, em consonância com a urgência requerida pelo caso em testilha. Concedida após a oitiva da outra parte, forma-se a decisão com base no procedimento em contraditório, formada a convicção do magistrado a partir das versões apresentadas pelas partes, e mesmo que concedida a antecipação dos efeitos da tutela previamente à oitiva da parte contrária, se esta se omitir quando poderia oferecer defesa, e contraditar a versão apresentada pelo autor, sendo que lhe foi oportunizado o momento de vir a Juízo, mostra-se razoável a presunção de que satisfeita com a situação resultante do comando antecipatório, dada sua inércia. Este entendimento, em prestígio à segurança jurídica, visa a dar estabilidade àquele comando antecipatório, para que não perca indefinidamente no tempo carente de uma definitividade que conceda às partes uma maior certeza quando a sua situação.

Esta situação de insegurança já havia sido noticiada quando, ao se abordar a justificação do rigorismo na concessão da antecipação dos efeitos da tutela, pela atual redação do art. 273 do CPC, apresentava-se como razão de ordem prática a situação demonstrada pela “experiência brasileira”, em clara tendência de a liminar “se perpetuar pela lei da inércia, passando de regulação provisória à regulação definitiva da lide”³⁷³.

Quanto aos temores expressos de que o anteprojeto, se aprovado, possa “despertar no julgador verdadeiro receio em deferir a tutela antecipada”³⁷⁴, entendemos que o efeito será diverso. A possibilidade de que, satisfeitas as partes, a decisão concessiva da antecipação dos

³⁷¹ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

³⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 332

³⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

efeitos da tutela, possa vir a fazer coisa julgada despertará nos magistrados não receio, mas maior rigorismo quando da concessão, maior rigorismo quando da análise dos pressupostos, eis que, conforme referido, este novo instituto tem o condão de diminuir a litigiosidade³⁷⁵.

Quando os critérios adotados pelo julgador levarem a “duas versões igualmente aceitáveis”, não se convencendo este da verossimilhança, “devem ser aplicados os critérios da coerência e da congruência”. Atentando à coerência, a “narrativa judicial não pode conter ilogicidades, como a de aceitar um fato como verdadeiro e falso ao mesmo tempo, admitir fatos entre si incompatíveis, utilizar uma regra de experiência em uma situação e a negar em outra – sem que entre elas exista qualquer motivo para discriminação – ou se valer de regras de experiência incompatíveis”, será congruente, igualmente, a “versão judicial” que não negue “uma prova ou um fato provado” ou aceite “um fato afirmado, mas não provado”³⁷⁶. Dessa forma é possível um controle da racionalidade destas decisões.

Paulo Henrique dos Santos Lucon apresenta três raciocínios a que se deve proceder quando da “concessão ou negativa de toda medida visando à antecipação de efeitos”: (i) “um juízo do mal maior”, através do qual se verifica a quem afeta mais negativamente a concessão da medida, “se o demandante em razão do mal temido pela denegação, se o demandado em razão da própria situação a ser criada pela decisão concessiva”; (ii) “um juízo do mal mais provável”, em que se perquire onde estão os maiores riscos, “se é mais provável o acontecimento temido pelo autor ou mais provável o mal que a antecipação causaria”; e, por fim (iii) “um juízo em torno do risco do direito naquele momento mais forte”, em que se forma um juízo a partir do confronto da “pretensão, do direito e dos fatos trazidos pelas partes, para saber com quem é mais provável estar a razão”. Essa linha de raciocínio, em que se conjugam “três juízos de valor, sempre consubstanciados na prova até então carreada aos autos”, seria apta a conduzir à “conclusão pela concessão ou denegação da tutela pretendida”, ensejando “um seguro e responsável comportamento do julgador”, pois considera as “dificuldades pelas quais passam ou podem passar as partes litigantes”³⁷⁷, em consonância com a realidade dos fatos.

³⁷⁴ VIEIRA, Luciane Helena. Disponível em: <http://pinheiropedro.com.br/site/comentarios-sobre-o-projeto-de-lei-n-18605/>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

³⁷⁵ VIEIRA, Luciane Helena. Disponível em: <http://pinheiropedro.com.br/site/comentarios-sobre-o-projeto-de-lei-n-18605/>. Acesso em 10 de novembro de 2010.

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 179

³⁷⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. Coord. Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Aa Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 647-676

Atualmente o art. 273 do CPC traça os requisitos da tutela antecipada e exige do juiz que a aprecie em decisão fundamentada, ‘de modo claro e preciso’, o que denota o “caráter excepcional da medida” e impõe rigor e cautela em sua utilização³⁷⁸, é seguindo este mesmo raciocínio que continuará se utilizando deste instituto.

Fato é ter chegado o momento de “desmistificar, sempre que necessário, os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada” os quais, tendo em conta a diversidade de situações a tutelar, não podem mais ser considerados como a única técnica processual para a solução jurisdicional das controvérsias.”³⁷⁹

4. DA SOLUÇÃO ADOTADA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Título IX do Anteprojeto disciplina, ao lado da tutela de urgência, a tutela de evidência, baseada tão somente em verossimilhança. Diferentemente da proposta ora analisada a solução adotada não implica a decisão concessiva da tutela antecipada ser apta à produção da coisa julgada.

Entretanto, em parte, o anteprojeto se filia à proposta ora analisada, ao permitir que a tutela antecipatória seja requerida não somente no curso do processo, mas igualmente de forma prévia, incidental ou antecipatória, respectivamente, nesse sentido veja-se o art. 277:

Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

Especificamente no tocante à estabilização, disciplina o art. 293:

Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

³⁷⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998

³⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O Processo: estudos & pareceres**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 83-110

Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicia da ação referida no caput.

Assim, resta afastada a possibilidade de o provimento concessivo da antecipação de tutela fazer coisa julgada. No entanto, a estabilidade não deixa de ser prestigiada, diferentemente do que disciplina hoje o CPC, na medida em que os efeitos da tutela concedida de forma antecipada só cessarão se proferida decisão que a revogue, em ação diversa, ajuizada pela parte interessada.

Caso a parte não ajuíze esta ação, os efeitos da antecipação perduram indefinidamente, e aqui nos permitimos oferecer crítica à solução contemplada, e já apontar como alternativa o anteprojeto objeto de análise da presente pesquisa. A espécie de estabilização que se contempla no anteprojeto do CPC acarreta uma insegurança permanente para as partes, na medida em que não há nenhum limite temporal para que se busque o desfazimento desta decisão e a cessação de seus efeitos. Dessa forma, prestigia-se a probabilidade do direito de uma das partes indefinidamente, mas não se afasta o direito menos provável pela inércia da parte interessada de forma precisa e decisiva, o que se consegue com a atribuição da qualidade de coisa julgada à decisão concessiva da antecipação de tutela, preenchidos os seus requisitos.

O anteprojeto do CPC prevê uma decisão que surte seus efeitos de forma indefinida, fazendo com que a certeza da situação vivida pela parte beneficiada pela decisão fique ao sabor da possível atuação em juízo da parte prejudicada, que o pode fazer a qualquer tempo.

CONCLUSÕES

A aproximação entre processo e Constituição, bem destacada pelo formalismo-valorativo, implica necessária compreensão da organização do processo conforme a axiologia e a deontologia. Nesta perspectiva, procurou-se assentar o entendimento inicial do permanente conflito de valores estabelecido entre segurança jurídica e efetividade na conformação do processo civil³⁸⁰, justificado precisamente porque a proposta de estabilização da tutela antecipada, objeto da presente pesquisa, enseja, além de uma contraposição entre estes valores, uma relação de preponderância que um assume face ao outro.

A tensão que se verifica entre estes dois valores assim o é em razão do intransponível decurso do tempo. A segurança jurídica exige aquele tempo mínimo necessário às atividades de instrução, ao exercício pleno do contraditório, enfim, à cognição exauriente, esta exigência, entretanto, quando estejam *sub judice* determinadas demandas, se mostra incompatível com a urgência que se apresenta, a reclamar pronta apreciação, decisão e efetivação deste comando por parte do Judiciário.

A fim de estabelecer um desejado equilíbrio entre estes valores em contraposição, surgem projetos de reforma da estruturação dos procedimentos, a fim de responder aos anseios práticos daqueles que lidam diariamente com o processo civil, mas igualmente aos contundentes anseios sociais que permeiam nossa realidade, de uma prestação célere, justa e concreta; o anteprojeto analisado constitui-se em um destes *novos meios jurisdicionais*, que se querem *mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão processual exercida*³⁸¹.

No caso específico, no tocante a uma proposta de estabilização da tutela antecipada, analisou-se a sua viabilidade dentro do contexto no qual estamos insertos através da perspectiva do formalismo-valorativo, pensado para *construir soluções justas, pensadas à luz da concretude dos casos*³⁸², sendo um instrumento para persecução da justiça no caso concreto³⁸³.

³⁸⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 42-43

³⁸¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87

³⁸² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 72

³⁸³ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 82

Como ideologia tributária da segurança jurídica, abordamos o paradigma racionalista, a ditar a ordinariedade, e o consequente procedimento ordinário como a regra no sistema processual, justificando-a pela concepção de que o julgador só poderia verdadeiramente julgar após ter descoberto a “vontade da lei”, própria dos juízos que se amparam em pretensa certeza. Constatado que este modelo já se encontra em crise, dada a introdução em nosso sistema, inicialmente da tutela cautelar e, posteriormente, da antecipação de efeitos da tutela de mérito, e que está em permanente conflito com valores como a efetividade (já que modelo consagrador da segurança jurídica), impõe-se sua superação.

Como constatação da crise por que já passa o paradigma racionalista, abordou-se a evolução do instituto da tutela antecipada, como instrumento apto a conceder às partes a satisfação do direito pleiteado em juízo antes que pudesse se desenvolver toda a atividade cognitiva e se chegar à decisão de mérito, como instituto cujas raízes *residem na percepção de que a tutela do direito, se quer ser efetiva, deve ser também tempestiva*³⁸⁴. E, já que se desenvolveu no bojo da teoria da tutela cautelar, procedeu-se a breve estudo acerca, acentuando-se a tentativa de diferenciação entre os institutos, baseada em suas características.

Com a edição da Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, universalizou-se o instituto da antecipação de tutela, chegando o momento, então, de questionar se ainda havia o que evoluir, e de que forma, nesse passo é que se inseriu a proposta de estabilização do comando antecipatório, concretizada no Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada, entregue ao governo em 31 de março de 2007.

O diferencial do anteprojeto reside na circunstância de que, satisfeito o réu com a solução que lhe foi alcançada pelo Judiciário em sede de antecipação de tutela, não se lhe impõe uma demanda plenária que se prolongue pelo tempo necessário ao seu deslinde, sendo que a decisão baseada em cognição sumária terá aptidão para produzir coisa julgada, ante a inércia da outra parte.

Atentou-se a experiências vivenciadas pelo direito estrangeiro quanto à possibilidade de estabilização da tutela antecipada, enfatizando-se o *référé* do sistema francês e os *provvedimenti d’urgenza* do sistema italiano. Embora ambos prescindam da estabilidade própria da coisa julgada, o *référé* afirma sua autonomia diante do processo principal e torna eventual a composição definitiva do litígio - com a marca da coisa julgada -, destinando-se a permanecer hígido até que sobrevenha julgamento contrário, caso sobrevenha, no que se assemelha à solução adotada pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Já a

³⁸⁴ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996

solução prevista pelo direito italiano, resultante das reformas ocorridas em 2005 naquele ordenamento, além de proclamar expressamente a função antecipatória dos *provvedimenti d'urgenza*, retirou o seu caráter necessariamente acessório em relação ao processo principal, afirmando-se como procedimento autônomo que, no entanto, poderá ter a tutela antecipada modificada por novo pronunciamento judicial, quando poderá alcançar a estabilidade própria da coisa julgada.

Das muitas implicações que podem ser extraídas do anteprojeto analisamos detidamente três delas: (i) a cognição que se desenvolve; (ii) as possibilidades de exercício do contraditório que se oferecem às partes; e (iii) a autoridade de coisa julgada que se atribui à decisão antecipatória, preenchidos determinados requisitos.

Quanto à cognição, o anteprojeto prevê que a realização de “cognição plena e exauriente” será deixada a cargo das partes, caso entendam pela conveniência e necessidade de sua realização. Não se nega às partes, assim, o direito à “cognição plena e exauriente”, apenas se retira a obrigatoriedade de sua ocorrência, facultando às partes exercerem uma opção baseada no que entenderem mais conveniente.

Como cognição sumária a que se exerce para o deferimento da antecipação de tutela, o anteprojeto não modifica o modelo pelo qual se dá o convencimento do julgador a fim de deferir a medida antecipatória, impondo a presença de “prova inequívoca” da verossimilhança das alegações expendidas. A inteligência do anteprojeto está em, rompendo com o paradigma da ordinariade, atribuir força de verdadeiro julgamento àquelas decisões proferidas com base em verossimilhança, ao possibilitar que adquiram estabilidade própria da coisa julgada.

Tal raciocínio não se encontra destituído de embasamento, de modo que hoje só se fala em verdade e em certeza em termos relativos, superando-se a concepção de que verdadeiro julgamento, apto a adquirir a qualidade de coisa julgada, seja tão somente aquele baseado em cognição plena e exauriente, pois pretensamente apto a descobrir a “verdade”.

Em relação ao contraditório, nos coube investigar se o anteprojeto ousara ferir esta garantia ou se apenas a mitigava. Num momento de exigências contrastantes - em que de um lado se encontra a premente cooperação entre juiz e partes, que intensifica a necessidade do contraditório, e do outro o reclamo pela observância concreta da efetividade, a diminuir o alcance desta garantia³⁸⁵ -, busca-se um ponto de equilíbrio, ganhando lugar de destaque as medidas antecipatórias de tutela, que logram mitigar a garantia do contraditório, não mais entendido como impositivamente prévio, mas admitido em suas modalidades diferido e

³⁸⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 74. p.103-120, nov. 1998

eventual. Utilizando-se igualmente da modalidade do contraditório eventual é que se apresenta o anteprojeto, residindo o diferencial na ausência de obrigatoriedade para a parte em face da qual foi deferida a antecipação de tutela, em que exerça o contraditório, satisfeita esta com a solução que já foi atingida, as partes têm a faculdade de conformar-se com isso e manterem-se inertes, deixando que a decisão transite em julgado.

Esclarecida a técnica apresentada na proposta, traçou-se um paralelo com a tutela monitoria e com o julgamento à revelia. Aquela apta, como a proposta, a afastar o procedimento ordinário, ausente a oposição do demandado, admitindo-se a atribuição da qualidade de coisa julgada à decisão proferida com base em cognição sumária; já na ocorrência da contumácia o mesmo se admite tão-somente porque a parte não se opôs ao pedido.

A mitigação que se opera sobre a garantia do contraditório mostra-se legítima quando em prol de uma prestação jurisdicional não somente mais célere, mas prontamente apta a oferecer efetivação de seu comando, amparada na exigência em se prover com urgência apresentada pelo caso concreto. A mitigação, no caso do anteprojeto, não está somente na previsão de um contraditório eventual, mas na atribuição de consequência ao seu não exercício, qual seja, a estabilização da tutela antecipada.

No que tange especificamente à coisa julgada, a exposição de motivos do anteprojeto deixa claro que, “se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste) tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados os seus limites”³⁸⁶.

Eis um dos pontos mais inovadores do anteprojeto: dotar da qualidade de coisa julgada a decisão proferida em antecipação de tutela, caso as partes, por atitude omissiva, deixem claro estarem satisfeitas com esta decisão.

E após exaustiva análise desta proposta inovadora, entendemos pela aptidão da decisão baseada em cognição sumária à produção da coisa julgada, na medida em que proposta numa perspectiva de equilíbrio entre efetividade e segurança jurídica. A concretizar o valor da efetividade, o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela oferece pronta resposta às

³⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 660-683

partes, em consonância com a urgência requerida pelo caso em testilha. Concedida após a oitiva da outra parte, forma-se a decisão com base no procedimento em contraditório, formada a convicção do magistrado a partir das versões apresentadas pelas partes, e mesmo que concedida a antecipação dos efeitos da tutela previamente à oitiva da parte contrária, se esta se omitir quando poderia oferecer defesa, e contraditar a versão apresentada pelo autor, sendo que lhe foi oportunizado o momento de vir a Juízo, mostra-se razoável a presunção de que satisfeita com a situação resultante do comando antecipatório, dada sua inércia. Este entendimento, em prestígio à segurança jurídica, visa a dar estabilidade àquele comando antecipatório, para que não perdure indefinidamente no tempo carente de uma definitividade que conceda às partes uma maior certeza quando a sua situação.

Quando em contraposição à proposta apresentada pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, vê-se que a solução adotada mostra-se “acanhada” em relação ao que já fora proposto no anteprojeto objeto de análise. Inova-se na medida em que a tutela antecipada passa a gozar de certa estabilidade, mas não daquela própria da coisa julgada, de modo que perdura indefinidamente, até que seja desconstituída em ação diversa proposta pela parte interessada, a qualquer tempo, e retrocede-se no momento em que instala uma situação de completa insegurança entre as partes, em que a certeza da situação vivida pela parte beneficiada pela decisão fica subordinada à possível atuação em juízo da parte prejudicada, que o pode fazer a qualquer tempo.

Nossa impressão final sobre o Anteprojeto de Estabilização da Tutela Antecipada é positiva, ao passo que, ousadamente, propõe solução inovadora, mesmo em comparação aos ordenamentos estrangeiros, desvencilhando-se de velhos paradigmas, e rompendo, pelo menos em alguma medida com a ordinariedade. Dissemos em alguma medida, pois o mérito só se decide após cognição plena e exauriente, e esta ideia não foi afastada pelo anteprojeto, que apenas tornou este julgamento eventual. A proposta, oferecendo pronta resposta ao pleito das partes em Juízo, oferece tributo à efetividade e, dotando a decisão da força de coisa julgada, não deixa que o conflito se eternize no tempo, outorgando às partes segurança quanto à situação de que dispõem, em claro prestígio à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. Ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. ALVARO DE OLIVEIRA (Org) *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 342. p. 13-28, abr.q /mai./ jun. 1998.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 25, n. 73. p. 5-17, mar. 1998.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

_____. Estabilização das tutelas de urgência. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares*. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Pádova: CEDAM, 1975.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRONDIZI, Risieri. *Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: FCE, 1972.

GASTAL, Alexandre Fernandes. *A coisa julgada: sua natureza e funções. Eficácia e Coisa Julgada*. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Contraditório e ‘Prova inequívoca’ para fins de antecipação de tutela. O processo: estudos e pareceres*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. O Processo: estudos & pareceres*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Aspectos da Antecipação de Tutela – CPC, art. 273. *AJURIS*, Porto Alegre, v.73. p. 7-13, jul. 1998.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada*. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

_____.; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008.

MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition: An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Stanford, California: Stanford University Press, 1969.

MIELKE SILVA, Jaqueline. *Tutela de Urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo e Ana Paula Chiovitti Giannico. *A coisa julgada e a atividade cautelar*. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009.

RICCI, Edoardo F. *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*. trad. José Rogério Cruz e Tucci. Genesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 1. n. 1. p. 691-720, jan./abr. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARUFFO, Michele. trad. Jordi Ferrer Beltrán. *La prueba de los hechos*. 2. Ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 40a. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.342. p.107-120, abr. mai. jun. 1998.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu*. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coord. Mirna Cianci , Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIEIRA, Luciane Helena. Comentários sobre o Projeto de Lei nº 186/05 – Estabilização da Tutela Antecipada. Disponível em: <<http://pinheiropedro.com.br/site/comentarios-sobre-o-projeto-de-lei-n-18605/>>. Acesso em: 10.11.2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.