

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

GUSTAVO BOHRER PAIM

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Porto Alegre, março de 2011.

GUSTAVO BOHRER PAIM

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Dissertação de Conclusão de Curso de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

PORTO ALEGRE

2011

GUSTAVO BOHRER PAIM

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Dissertação de Mestrado em Direito apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Conceito final:

Aprovado em: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

RESUMO

A exacerbada duração dos processos é uma das grandes preocupações dos operadores do direito. Conciliar as mais diversas garantias constitucionais processuais com a necessária celeridade e efetividade que devem ser asseguradas aos jurisdicionados é tema de mais alta complexidade. O inevitável conflito entre os mais diversos direitos previstos no texto constitucional deve ser dirimido no caso concreto, com base na máxima da proporcionalidade. Dentre as técnicas processuais que viabilizam uma maior efetividade do direito pode-se destacar a sumarização, tanto material quanto processual, bem como a flexibilização do direito ao contraditório. Nesse contexto, a antecipação dos efeitos da tutela consistiu em notável avanço do direito processual brasileiro, ao permitir o acesso ao bem da vida tutelado de forma antecipada no tempo. Ocorre que, muitas vezes, a prestação jurisdicional tardia corresponde à verdadeira negação de jurisdição. Seguindo essa evolução do ordenamento jurídico pátrio, em consonância com o direito francês e italiano, surge a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, a permitir que uma decisão provisória regule de forma definitiva, ao menos de fato, a controvérsia submetida ao crivo do Poder Judiciário. Esse instrumento jurídico, que atende aos auspícios constitucionais, visto que assegura o direito à duração razoável do processo, permite maior efetividade e celeridade, gerando economia de tempo e de dinheiro, desestimulando a perpetuação de litígios meramente temerários.

Palavras Chave: Processo Civil. Razoável Duração do Processo. Efetividade. Proporcionalidade. Sumarização. Tutela Antecipada. Estabilização da Tutela Antecipada. Référé.

ABSTRACT

The exaggerated duration of the process is one of the great concern of the working people in the civil rights. To conciliate the diverse constitutional rights, in the process, with the celerity and effective that must be guaranteed to the parties is a subject of great complexity. The inevitable conflict among the most right possibilities as stated by the constitutional text should be solved in a real case, based in a maxim of proportionality. Among the process techniques to promote more results could be point out a material and a procedural summarization besides the flexibility of the right do adversarial. In this context, the anticipation of decision effects consisted in a notable advance in the Brazilian law process, by permitting a benefit access previously in the time. Some times happen that the delay in the judgment make it with no effect, as a denial of jurisdiction. Following this evolution the Brazilian law assemblage, in agreement with the Franco and Italian laws, allow the stabilization of the anticipated decision effects to permit that a preliminary decision rule definitely, in fact, the controversy reached in a law court. This judicial procedure, that follows the constitution, since assure the rights in a reasonable process duration, allows more effectiveness and celerity, with lower time-consuming, saving money and discourage perpetuation of temerity litigious.

Key Words: Civil Process. Reasonable Duration. Effectiveness. Proportionality. Summarization. Anticipated Decision. Stabilization of Anticipated Decision. Référé.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O TEMPO E O DIREITO.....	13
1.1 O Tempo do Processo	17
1.2 O Tempo das Partes do Processo	21
1.3 A Infundável Busca da Verdade.....	25
1.4 O Tempo e a Separação entre Direito Material e Processual	28
1.5 O Direito à Duração Razoável do Processo	30
1.6 Efetividade e Segurança.....	32
2. SUMARIEDADE E ORDINARIEDADE	37
2.1. História da Sumariedade e da Ordinarietàade	42
2.1.1. Direito Romano Pré-Clássico (Arcaico).....	45
2.1.2. Direito Romano Clássico	46
2.1.3. Direito Romano Pós-Clássico (Tardio)	47
2.2. Processo Civil Romano.....	49
2.2.1. Ordo Iudiciorum Privatorum.....	50
2.2.1.1. Legis Actiones.....	51
2.2.1.2. Processo Formulário.....	53
2.2.2. Cognitio Extra Ordinem.....	58
2.2.3. Direito Pretoriano	61
2.2.3.1. Interditos	64
2.2.3.2. Natureza Jurídica dos Interditos	71
2.3. Período Justinianeu	75
2.4. Influência do Cristianismo.....	78
2.5. Ressurgimento do Direito Romano	81
2.6. Retorno da Sumariedade na Idade Média	83
2.6.1. Atividades Mercantis.....	84
2.6.2. Bula Saepe Contingit.....	85
2.7. Common Law e Civil Law	86
2.8. Ordinarietàade e Sumariedade no Direito Brasileiro	89
2.9. Sumariedade Formal e Material.....	93
3. O DIREITO AO CONTRADITÓRIO	99
3.1. Contraditório Prévio	113
3.2. Contraditório Diferido.....	114
3.3. Contraditório Eventual e Inversão do Contraditório.....	118
3.4. Contraditório e Demandas Sumárias.....	121
3.4.1. Contraditório e Procedimentos Especiais	122
3.4.2. Contraditório e Processo de Execução	124
3.4.3. Contraditório e Ação Monitória	127
3.4.4. Contraditório e Medidas de Urgência	129
4. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	132
4.1. Tutela Antecipada e Tutela Cautelar	135
4.2. Fundamento Constitucional.....	140
4.3. Requisitos.....	142
4.3.1. Requisitos Indispensáveis	143
4.3.1.1. Prova Inequívoca	144
4.3.1.2. Verossimilhança	146

4.3.2.	Requisitos Alternativos.....	147
4.3.2.1.	Perigo de Dano e Perigo de Ilícito.....	147
4.3.2.2.	Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório do Réu.....	149
4.3.2.3.	Pedido Incontroverso.....	151
4.3.3.	Requisito Negativo: Irreversibilidade	154
4.4.	Momento da Antecipação	158
4.5.	Efeitos Antecipáveis	161
4.6.	Cumprimento da Decisão Antecipatória.....	165
4.7.	Regime Procedimental da Tutela Antecipada	169
4.8.	Antecipação Quando a Ação Impõe Fazer, Não Fazer ou Entrega de Coisa	171
4.9.	Antecipação da Tutela Contra Fazenda Pública.....	172
5.	ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	178
5.1.	Projeto de Lei n. 186/2005, do Senado Federal	185
5.2.	Projeto de Novo Código de Processo Civil	187
5.3.	Sumariedade e Contraditório na Estabilização da Tutela Antecipada ..	190
5.4.	Estabilização da Tutela Antecipada, o Princípio da Proporcionalidade e a Inexistência de uma Única Resposta Correta.....	193
5.5.	Direito Comparado	198
5.5.1.	<i>Référé</i> do Direito Francês.....	200
5.5.1.1.	<i>Référé provision</i>	212
5.5.2.	Direito Italiano	218
5.6.	Constitucionalidade da Estabilização da Tutela Antecipada	224
	CONCLUSÃO	226
	BIBLIOGRAFIA.....	228

INTRODUÇÃO

O Estado, ao proibir a autotutela, avocou para si a obrigação da prestação jurisdicional, responsabilizando-se pela solução das questões que lhe são suscitadas.

No entanto, o aparato estatal tem-se mostrado insuficiente ante o considerável contingente de demandas que lhe são apresentadas diariamente, motivo pelo qual os feitos processuais tramitam, via de regra, durante longos anos.

Nesse contexto, um dos grandes tormentos hodiernos enfrentados pela ciência jurídica é, sem sombra de dúvidas, a insatisfatória duração processual. A relação tempo e direito, mormente no que tange ao processo, não traduz a necessária harmonia pretendida pelos jurisdicionados que, muitas vezes, não conseguem o bem da vida desejado em razão da demora na solução de seu litígio.

Impõe-se salientar que a excessiva morosidade processual pode estar a serviço de determinados interesses, visto que, se, para uma parte, é conveniente a célere resolução da lide, para a outra, possivelmente, o ideal é que não se altere a situação fática existente.¹ Demonstra-se, assim, a relatividade do tempo processual, especialmente vista pelo diverso prisma das partes envolvidas na relação controvertida.

A infindável e frequentemente histórica busca de uma utópica verdade única pode ser apresentada como uma das causas da delonga procedimental. Afinal, admite-se um manancial de opções probatórias e recursais no afã de viabilizar a fiel reconstituição dos fatos, sem qualquer preocupação que, ao fim e ao cabo, tal solução se demonstre inócua.

¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Tempo do processo e regulação da sucumbência. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 7, São Paulo, 2003, p. 76: "O verdadeiro custo do processo, representado pelo *tempo*, não onera jamais o demandado que, durante o interminável procedimento ordinário, tem o privilégio de desfrutar do *status quo ante*, sem responder pelo custo representado pelo *tempo*".

Ocorre que não é salutar desvincular o direito processual do direito material. Inúmeras são as situações em que há urgência na preservação, no caso concreto, de um direito violado, a não permitir que a salvaguarda desse bem se sujeite a uma espera demasiada.

Esse descompasso entre o tempo e o direito ou em relação ao tempo do direito tem exacerbado o que se denomina crise da justiça. Nesse diapasão, muitas alterações legislativas têm procurado, paulatinamente, atenuar os efeitos deletérios da tardia prestação jurisdicional. Prova disso é a reforma do judiciário, a modificação de regras recursais, especialmente do agravo, dentre outras soluções emergenciais e insuficientes.

O Projeto de Lei n. 186/2005, do Senado Federal, fruto de uma proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual, teve como objetivo a estabilização da tutela antecipada, uma saudável iniciativa do meio acadêmico para tentar amenizar a morosidade jurisdicional.

O referido projeto de lei foi arquivado, tendo em vista que seu autor não se reelegeu no ano de 2006. Entretanto, a Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux,² em seu Projeto de Código de Processo Civil, encampou o instituto e previu a possibilidade de a tutela antecipada ser estabilizada.

Este é o foco central do presente estudo, que busca analisar a constitucionalidade, a viabilidade e a conveniência da estabilização da tutela antecipada, sem, contudo, ficar refém do projeto de novo Código de Processo Civil, de sua aprovação ou do teor de suas disposições. O que se pretende é desenvolver a pesquisa acerca do instituto, sua origem e características, bem como da possibilidade de que dele surtam efeitos propícios para o bom andamento das lides processuais, especialmente no que tange à distribuição do ônus do tempo do processo.

² A Comissão de Juristas foi instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009, tendo como objetivo elaborar Projeto de Novo Código de Processo Civil.

Trata-se de uma inovação em nosso ordenamento jurídico, a demandar um impreterível exame de alguns tópicos essenciais, capazes de demonstrar sua viabilidade. Para tanto, faz-se indispensável o estudo pormenorizado da ordinariedade e da sumariedade, tanto no que respeita a sua historicidade, como no que concerne ao seu estágio atual no direito brasileiro, visto que a referida proposta apresenta uma possibilidade de sumarização procedimental e material.

Essa estabilização da tutela antecipada demanda, também, uma criteriosa avaliação constitucional, mormente no que se refere ao princípio do contraditório, eis por que a sumarização apresentada traz em si uma alteração da regra geral do contraditório prévio e da ampla defesa, visto que se permite que a oposição ao direito alegado se torne eventual ou invertida.

Com a análise dos procedimentos sumários e do princípio do contraditório, são fornecidos elementos indispensáveis para uma correta avaliação do instituto da estabilização da tutela antecipada, bem como do texto de lei sugerido no Projeto de novo Código de Processo Civil. Contudo, também se impõe fazer um estudo da antecipação de tutela que se pretende estabilizar.

Após o esquadramento da sumariedade, do contraditório e da antecipação de tutela, tem-se a base necessária para uma correta pesquisa acerca da estabilização da tutela antecipada, podendo-se socorrer de institutos existentes no direito comparado, com ênfase no *référé* do direito francês e em recente alteração legislativa ocorrida na Itália, em razão da chamada lei de competitividade.

Assim, é possível perceber que a estabilização da tutela antecipada não traz qualquer inconstitucionalidade, visto que sua sumarização não viola o princípio do contraditório e da ampla defesa. Muito pelo contrário, o instituto consagra a garantia constitucional da duração razoável do processo, positivada no direito brasileiro no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, além de tornar efetivas outras garantias constitucionais, sobretudo no que concerne ao devido processo legal e à efetividade.

Não obstante, é conveniente estudar a estabilização da tutela antecipada sob o prisma do princípio da proporcionalidade,³ a permitir que se faça uma ponderação e um balanceamento das garantias porventura conflitantes em um caso concreto, tendo em vista a ausência de uma única resposta correta para cada caso. Explica-se a aplicação do princípio da proporcionalidade em razão da inexistência de garantias constitucionais absolutas, visto que as garantias se encontram em coexistência, limitando-se mutuamente, merecendo relevância na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e só em tal medida. Ocorre, com frequência, a oposição recíproca de garantias fundamentais, devendo-se permitir aos magistrados uma margem de flexibilidade na aplicação do direito.

Tem-se, aqui, a procura de uma efetividade maior do direito processual, a fim de que se respeitem as necessidades existentes do direito material, sem esquecer o valor segurança e a importância da certeza jurídica, mas objetivando uma prestação jurisdicional mais célere, com o intuito de que o tempo não corra a esperança e o anseio dos jurisdicionados, que veem, no Poder Judiciário, a proteção de seus direitos mais fundamentais.

Deve-se salientar, outrossim, que a presente dissertação tem a preocupação de estudar a viabilidade, a constitucionalidade e a conveniência de uma possível estabilização da tutela antecipada, não estando, pois, vinculada à efetiva aprovação do Projeto do novo Código de Processo Civil, nem aos efeitos práticos porventura decorrentes de sua adoção

³ Utiliza-se “princípio da proporcionalidade” como assente na doutrina e na jurisprudência, mas não se ignora o debate existente acerca de sua classificação normativa. Nesse contexto, Virgílio Afonso da Silva, em sua nota de tradução à obra de ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 10, assevera que os termos *Prinzip* e *Grundsatz* podem ser traduzidos, em português, pelo termo princípio. Contudo, “em alguns momentos, há uma deliberada escolha do autor pelo uso de um ou de outro, justamente para marcar uma diferença que a ele pareceu necessária. O caso mais importante está ligado à idéia de proporcionalidade. Alexy evita denominá-la de princípio (“Prinzip”), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra”. Assim, em sua tradução, Virgílio Afonso da Silva optou por traduzir *Grudsatz* por máxima, utilizando a expressão “máxima da proporcionalidade”.

CONCLUSÃO

Um dos grandes dilemas enfrentados pelos estudiosos do Direito é a exacerbada duração dos processos, capaz de impor severas dúvidas acerca da efetividade do Poder Judiciário.

Por meio de processos eivados de uma sumariedade maior, seja ela procedimental ou material, possibilita-se aos jurisdicionados a obtenção do bem da vida de maneira mais célere.

Para tanto, é comum que haja uma certa mitigação no que tange às garantias dos jurisdicionados, especialmente do princípio do contraditório, permitindo-se que, em determinados procedimentos, tal garantia seja postergada no tempo, podendo se tornar eventual e, até mesmo, invertida.

Essa sumariedade, com a conseqüente limitação do princípio do contraditório, ocorre nas tutelas antecipadas, permitindo-se que seja proferida uma decisão antes do pleno exercício do direito do contraditório, com base em uma cognição sumária. A antecipação de tutela tem sido cada vez mais frequente em nosso ordenamento jurídico, sendo inegável a sua constitucionalidade e a sua relevância.

A grande novidade é a discussão acerca da possibilidade, ou não, de se estabilizar a tutela antecipada deferida, caso o demandado se mantenha inerte e não proponha uma ação plenária, em se tratando de procedimento antecedente, ou não dê prosseguimento à ação, caso a decisão tenha sido concedida no curso do processo de conhecimento.

Dessa maneira, estar-se-ia diante de uma demanda nitidamente sumária, em que ocorreria uma inversão do contraditório, semelhante ao que já ocorre nas ações monitórias, respaldada nos exemplos alienígenas, especialmente do direito francês e do direito italiano.

Conforme anteriormente analisado, não há como negar a constitucionalidade das demandas sumárias e da inversão do princípio do contraditório, percebendo-se a constitucionalidade do projeto de lei que viabiliza a estabilização da tutela antecipada.

Nesse contexto, a aprovação e a incorporação ao nosso ordenamento jurídico da estabilização da tutela antecipada deve ser analisada com base na sua conveniência, havendo fortes indicativos, no entanto, de que sua aprovação desestimulará o prolongamento estéril de discussões temerárias, permitindo-se a abreviação de eventuais contendas jurisdicionais, propiciando ao autor a obtenção do bem da vida de maneira antecipada no tempo, tornando nossa Justiça mais célere e efetiva.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P143e Paim, Gustavo Bohrer
Estabilização da Tutela Antecipada / Gustavo Bohrer
Paim. – Porto Alegre, 2011.
241 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade Direito, Pós - Graduação
em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner.

1. Tutela Antecipada. 2. Direito Processual Civil. 3.
Princípio da Efetividade. I. Tesheiner, José Maria Rosa.
II. Título.

CDD 341.46

Bibliotecária Responsável

Ginamara Lima Jacques Pinto

CRB 10/1204