

LÍVIO GOELLNER GORON

**ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RELATIVA AOS DEVERES DE
FAZER E DE NÃO FAZER (CPC, ART. 461): UM DIÁLOGO COM
AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO**

Dissertação realizada com exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR SÉRGIO GILBERTO PORTO

**PORTO ALEGRE
2011**

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 AS GARANTIAS PROCESSUAIS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA | 13 |
| 1.1 A Constituição e o direito processual..... | 13 |
| 1.1.1 Direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo..... | 13 |
| 1.1.2 Os princípios jurídicos e sua conexão com os direitos fundamentais | 17 |
| 1.1.3 A Constituição processual: uma proposta de sistematização | 22 |
| 1.1.4 Garantias fundamentais do processo civil na Constituição de 1988..... | 26 |
| 1.2 A polarização efetividade-segurança e sua harmonização no processo | 29 |
| 1.2.1 Efetividade e segurança como pólos valorativos do processo civil contemporâneo..... | 29 |
| 1.2.2 Desdobramento do binômio efetividade-segurança | 33 |
| 1.2.2.1 <i>Direito à tutela jurisdicional efetiva e adequada.....</i> | <i>34</i> |
| 1.2.2.2 <i>Duração razoável do processo.....</i> | <i>38</i> |
| 1.2.2.3 <i>Contraditório e ampla defesa.....</i> | <i>42</i> |
| 1.2.2.4 <i>Devido processo constitucional.....</i> | <i>49</i> |
| 1.2.3 A proporcionalidade como parâmetro de superação de conflitos..... | 54 |
| 1.3 As tutelas provisórias de urgência como expressão da tutela efetiva, adequada e tempestiva..... | 58 |
| 1.3.1 Tutelas sumárias, tutelas de urgência e tutelas provisórias de urgência..... | 59 |
| 1.3.2 Tutela cautelar e tutela antecipatória: perspectiva dualista | 69 |
| 1.3.3 Tutela cautelar e tutela antecipatória: perspectiva unitária | 73 |
| 2 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RELATIVA AOS DEVERES DE FAZER E DE NÃO FAZER (CPC, ARTIGO 461)..... | 81 |
| 2.1 O percurso histórico-ideológico da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer | 81 |

| | |
|--|------------|
| 2.2 Posições jurídicas subjetivas abrangidas pela tutela do artigo 461 do CPC | 92 |
| 2.2.1 Obrigações | 94 |
| 2.2.2 Deveres “legais” | 97 |
| 2.2.3 Deveres em face de direitos absolutos..... | 98 |
| 2.3 A tutela do artigo 461 sob o aspecto funcional | 99 |
| 2.3.1 Considerações sobre a relação entre tutela processual e direito material..... | 99 |
| 2.3.2 “Tutela específica”, “tutela do resultado prático equivalente” e tutelas no plano do direito material..... | 104 |
| 2.3.3 Tutelas no plano do direito processual | 110 |
| 2.3.3.1 Tutelas processuais no artigo 461..... | 111 |
| 2.3.3.2 A tutela mandamental no âmbito do artigo 461 | 113 |
| 2.3.3.3 A tutela executiva lato sensu no âmbito do artigo 461 | 116 |
| 2.4 Técnicas processuais cabíveis na efetivação da tutela do artigo 461 | 118 |
| 2.4.1 Técnicas de natureza coercitiva..... | 121 |
| 2.4.1.1 Multa coercitiva..... | 121 |
| 2.4.1.2 Técnicas coercitivas inominadas..... | 123 |
| 2.4.2 Técnicas de natureza sub-rogatória | 124 |
| 2.4.2.1 Técnicas sub-rogatórias nominadas..... | 124 |
| 2.4.2.2 Técnicas sub-rogatórias inominadas | 126 |
| 2.4.3 Conversão em perdas e danos..... | 127 |
| 2.5 O artigo 461 e a antecipação da tutela jurisdicional | 128 |
| 2.5.1 Breve histórico do instituto da antecipação da tutela | 128 |
| 2.5.2 Conceito de antecipação dos efeitos da tutela | 132 |
| 2.5.3 Aspectos gerais da antecipação da tutela no processo civil brasileiro. A prova inequívoca e a verossimilhança da alegação | 134 |
| 2.5.3.1 A antecipação sob o receio de dano irreparável (artigo 273, inciso I)..... | 139 |
| 2.5.3.2 A antecipação sob a inconsistência da defesa do réu (artigo 273, inciso II)..... | 140 |
| 2.5.3.3 A tutela relativa à parte incontroversa do pedido (artigo 273, parágrafo 6º)..... | 142 |
| 2.5.4 A posição do artigo 461 no microsistema de antecipação da tutela..... | 144 |
| 2.5.5 O artigo 461 e os requisitos da relevância do fundamento da demanda e do justificado receio de ineficácia..... | 146 |
| 2.5.6 O artigo 461 e a antecipação sob a inconsistência da defesa. A tutela relativa à parte incontroversa do pedido..... | 148 |
| 2.5.7 Aspectos específicos da antecipação da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer | 148 |
| 2.5.8 Reversibilidade dos efeitos da medida antecipatória..... | 150 |
| | |
| 3 O REGIME CONSTITUCIONAL DA TUTELA ANTECIPATÓRIA RELATIVA AOS DEVERES DE FAZER E DE NÃO FAZER (CPC, ART. 461): ABORDAGEM À LUZ DAS GARANTIAS PROCESSUAIS | 153 |
| 3.1 A releitura constitucional do procedimento da antecipação da tutela | 153 |
| 3.2 A apreciação dos requisitos para a concessão da tutela antecipatória | 157 |
| 3.2.1 Os requisitos da tutela antecipatória (arts. 273 e 461, parágrafo 3º, CPC) e a ponderação de direitos fundamentais | 157 |

| | |
|--|------------|
| 3.2.2 Parâmetros de controle na concessão da tutela antecipatória..... | 160 |
| 3.2.3 A superação da cláusula da reversibilidade do provimento antecipado..... | 165 |
| 3.3 A participação do réu na concessão da tutela antecipatória..... | 167 |
| 3.3.1 A antecipação da tutela sem a audiência do réu..... | 167 |
| 3.3.2 A cientificação do réu para o cumprimento da medida..... | 171 |
| 3.4 A revogação e modificação do provimento antecipatório..... | 175 |
| 3.5 A adequação das formas e técnicas de tutela..... | 178 |
| 3.5.1 A conformação da tutela e o princípio da adstrição ao pedido..... | 179 |
| 3.5.2 A conformação da tutela e a discricionariedade judicial..... | 184 |
| 3.5.3 Alguns parâmetros de construção da tutela jurisdicional..... | 188 |
| 3.6. Restrições à efetivação da tutela antecipatória..... | 197 |
| 3.6.1 Prestação de caução pelo requerente..... | 197 |
| 3.6.2 Adoção do regime processual da execução provisória..... | 200 |
| 3.6.3 Limitações à incidência da multa coercitiva..... | 204 |
| 3.7 A defesa do réu no procedimento de antecipação da tutela..... | 207 |
| SÍNTESE CONCLUSIVA..... | 212 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 219 |

RESUMO

O processo civil é pensado no Estado Constitucional sob a perspectiva dos direitos fundamentais, dotados de função principiológica e eficácia irradiante. Justifica-se, pois, a identificação de um “direito processual de princípios” albergado na Constituição. Os direitos fundamentais à efetividade e segurança, sob permanente tensão do processo, desdobram-se em garantias processuais e encontram sua síntese no devido processo constitucional. O direito fundamental à tutela efetiva e adequada é, ademais, pressuposto metodológico apropriado para explicitar o vínculo entre direito material e processo. Esses e outros conflitos jusfundamentais relativos à interpretação do direito processual podem ser solucionados por meio dos critérios de proporcionalidade. As tutelas cautelar e antecipatória – instrumentos de uma tutela efetiva e tempestiva – formam no processo uma unidade funcional, estrutural e valorativa. Ao reforçar os mecanismos de tutela urgente e específica (artigo 461), as reformas do CPC quebraram os paradigmas da “ordinarização” e da inespecificidade da tutela dos deveres de fazer e de não fazer, permitindo ao sistema tratar as tutelas materiais abstratas para retornar tutelas jurisdicionais efetivas, informadas pelos valores do processo. As “antecipações” previstas nos artigos 461 e 273 do CPC passaram a formar um sistema orgânico, sob regime jurídico comum, impondo-se uma “leitura” constitucional do procedimento da tutela antecipatória como forma de harmonizar as exigências de efetividade e segurança. Nesse contexto, a ponderação dos interesses materiais e a valoração de sua relevância constitucional tornam-se momentos importantes dos juízos antecipatórios. Em decorrência do modelo constitucional proposto, a decisão antecipatória merece ser precedida, como regra, da cientificação do réu; afirma-se a variabilidade da tutela pelo juiz, fruto da relativização do princípio da adstrição ao pedido; a construção da tutela adequada ao caso passa a observar os critérios de proporcionalidade; por fim, a efetivação da medida reclama o regime da execução provisória, adaptando-se a defesa do réu à complexidade das questões suscitadas.

Palavras-chave: Direito constitucional. Processo civil. Garantias fundamentais do processo. Antecipação da tutela. Deveres de fazer e de não fazer.

ABSTRACT

In a Constitutional State the civil procedure is construed according to the perspective of fundamental rights (guarantees), which are able to function as principles and possess an “irradiation efficacy”. The identification of a “principles procedural law” in the Constitution is conceptually justifiable. The fundamental rights to effectiveness and safety, which remain under permanent tension in the procedure, can be divided into various procedural guarantees and find their accurate synthesis in the “due constitutional process”. The fundamental right to effective and proper legal protection is an appropriate methodological presupposition to explain the rapport between substantive and procedural law. The proportionality criteria apply to all fundamental conflicts regarding the interpretation of procedural law. Cautionary measures and preliminary injunctions form a functional, structural and axiological unity. The late reform of the Brazilian civil procedure code (CPC) has broken the paradigms of the “ordinary procedure” and the lack of specificity in the legal protection of duties to perform a service. Article 461 of the CPC allows the system to receive an abstractive substantial protection, providing in return an effective procedural protection that is influenced by process values. The injunctions on articles 461 and 273 of CPC form an organic system and obey a common legal pattern. A constitutional “reading” of the preliminary injunction procedure (article 461, c/w 273) should be adopted as a means to harmonize the basic demands of effectiveness and safety. The weighing of substantive interests and the evaluation of their constitutional relevance is part of the ruling on preliminary injunctions. As a rule, the defendant should be subpoenaed before a preliminary injunction is issued. The allowance to vary the protection issued in the process relativizes the principle of the court decision’s attachment to the plaintiff’s initial request. In order to build a form of legal protection that is appropriate for the concrete case one should observe the proportionality criteria. The preliminary injunction should be carried out according to the “provisional enforcement” rules, and the respondent’s defense procedure must adapt to the complexity of the controversy.

Keywords: Constitutional law. Civil procedure. Fundamental procedural guarantees. Preliminary injunctions. Duties to perform and not to perform a service.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem como tema a antecipação da tutela satisfativa específica relacionada aos deveres de fazer e de não fazer, a qual se encontra pautada essencialmente pelos artigos 461 e 273 do atual Código de Processo Civil, formando parte fundamental de um sistema de “tutelas provisórias de urgência”. A pesquisa propôs-se a formular o diálogo do instituto com as garantias fundamentais do processo, sob o pressuposto de que a atuação do Estado Constitucional para a efetivação dos direitos deve fiel observância ao modelo constitucional do processo, sem o qual inexistiria jurisdição, mas ato de força¹. A análise reclamou a tomada de posição e a concepção de soluções apropriadas para os problemas levantados.

O texto está estruturado em três capítulos, atendendo à necessidade de desenvolver um “modelo constitucional” para a tutela antecipatória em perspectiva.

O primeiro capítulo, de caráter epistemológico, esboça alguns conceitos sobre a teoria dos direitos fundamentais e dos princípios e sobre a relação entre Constituição e processo, na perspectiva do binômio *efetividade-segurança*. Debruça-se sobre as garantias constitucionais que informam a relação entre processo e tempo e sobre o emprego da proporcionalidade como meio de superação das tensões de direitos/princípios fundamentais. Aborda, por fim, as *tutelas sumárias de urgência* como explicitações do direito à tutela efetiva e célere,

¹ Votor do Min. Marco Aurélio - STF, RE 435.256, Primeira Turma, j. em 26/05/2009, DJU de 21/08/2009.

assentando, assim, noções indispensáveis para o desenvolvimento da parte analítica da monografia.

No segundo capítulo é apresentado um perfil dogmático detalhado da tutela específica relativa aos deveres de prestação de fato e abstenção e da respectiva tutela antecipatória, tal como estruturados, presentemente, pelos artigos 273 e 461 do CPC.

O terceiro capítulo examina a antecipação da tutela relativa aos deveres de prestar fato e de abster-se como um procedimento jurisdicional “inteiramente constitucionalizado”. Enfrenta, sob essa luz, diversas questões problemáticas que se colocam no caminho procedimental daquele instituto – requisitos de concessão, construção da tutela, restrições à efetivação das medidas antecipatórias, controle de legitimidade pela participação em contraditório – buscando formular, a cada passo, soluções que possam atender ao compromisso entre efetividade e segurança, sintetizado pelo *devido processo constitucional* brasileiro.

O tema escolhido tem importância própria, além de abrir possibilidades no plano da teoria do processo civil. O instituto da antecipação da tutela leva o intérprete a *pensar diferentemente* os velhos problemas da prestação jurisdicional², e a proteção interinal com relação aos deveres de fazer e de não fazer potencializa essa perspectiva. Numa época em que fenômenos como a presença “total” da imprensa e a universalização da *internet* ameaçam tragar os valores constitucionais da dignidade e da personalidade humanas – justificando o clamor da comunidade pela prevenção de direitos ameaçados – as tutelas diferenciadas prefiguradas pelo artigo 461 do CPC exibem de forma enigmática sua *dupla face*, à semelhança da divindade Jano. Enquanto se colocam a serviço de uma tutela efetiva e adequada, também trazem riscos à segurança jurídica no processo. Mais do que nunca exige-se do juiz que componha o difícil equilíbrio entre as exigências fundamentais de um processo que seja *eficaz* nos seus resultados e *legítimo* no caminho percorrido para chegar até lá. Como conciliá-las?

Embora a tutela antecipatória já constitua objeto de vasta produção doutrinária no Brasil, parece residir nesse ponto algum espaço livre para a abordagem proposta: um exame

² BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 128.

da tutela antecipatória relativa às prestações de fato que se pretende coerente, passo a passo, com a *polaridade entre efetividade e segurança*, reservando amplo espaço ao tema do controle da legitimidade dos atos judiciais que interferem na esfera jurídica do réu. Trata-se de uma visão da antecipação da tutela que a concebe como mais do que ferramenta para a proteção efetiva dos direitos: na verdade, como instrumento para a *intervenção legítima do poder estatal na vida das pessoas* – a única concebível num Estado Constitucional digno desse nome.

O texto produzido classifica-se como trabalho científico *original*, que acompanha a compilação de entendimentos já fixados pela doutrina, *qualitativo* (isto é, envolve a identificação e ponderação de dados), e *teórico* (ou seja, baseia-se na coleta de ampla e atualizada bibliografia). Variável importante a ser referida é a tramitação do Projeto de Lei do Senado que pretende instituir um novo Código de Processo Civil – o PLS n. 166³, o qual foi aprovado recentemente pelo Plenário da casa e aguarda, em fevereiro de 2011, remessa à Câmara dos Deputados. Apesar de o Projeto não comportar grandes alterações na tutela específica e na tutela antecipatória relativas aos deveres de fazer e de não fazer, suas disposições foram mencionadas brevemente em notas de rodapé. Um único ponto, a bem dizer, diferencia-se com maior intensidade do regime atual: a proposta de unidade dogmática das tutelas provisórias de urgência. Também esse aspecto será abordado no seu devido momento.

³ http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249&p_sort=DESC&p_sort2=A&cmd=sort.

SÍNTESE CONCLUSIVA

A pesquisa e o texto que dela resultou permitiram ao autor formular uma série de conclusões sobre a temática abordada. São enunciadas a seguir aquelas consideradas mais relevantes:

1. em sua multifuncionalidade, os direitos fundamentais integram no Estado Constitucional o núcleo essencial da Constituição e expressam uma posição ideológica de primazia do indivíduo;

2. a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais condensa um amplo conjunto de efeitos jurídicos, dentre os quais destaca-se sua eficácia irradiante sobre o sistema jurídico (*Ausstrahlungswirkung*);

3. a crescente valorização dos direitos fundamentais suscita o risco metodológico do “jusfundamentalismo”, reclamando uma abordagem dogmática equilibrada;

4. os estudos teóricos sobre a natureza dos princípios jurídicos, com suas diferentes ênfases, permitiram à teoria do direito identificar diferenças estruturais e funcionais entre aqueles e as regras, destacando-se, contudo, o caráter essencial de ambas as categorias normativas;

5. as normas de direito fundamental têm “natureza dúplice” (princípio/regra), podendo funcionar como princípios jurídicos em sua interpretação/aplicação, quando passam a se sujeitar à reserva de ponderação e admitem a limitação de sua eficácia *prima facie* na situação concreta;

6. permanece válida a proposta metodológica de sistematizar o conteúdo processual da Constituição mediante a identificação de um direito processual principiológico, ou “direito processual constitucional”;

7. a classificação da Constituição processual não pressupõe recusar a “constitucionalização” da totalidade do processo, mas valorizar os direitos fundamentais como núcleo de valor do texto constitucional, na linha do constitucionalismo contemporâneo;

8. direito processual civil e direito constitucional interagem reciprocamente: o direito processual é interpretado/aplicado a partir da Constituição, mas igualmente a influencia, pois os direitos constitucionais necessitam de procedimentos para concretizar-se;

9. as garantias constitucionais (direitos-garantia) privam da estrutura e eficácia dos direitos fundamentais, não se justificando por razões dogmáticas – apenas didáticas – a sua separação;

10. as garantias constitucionais do processo – a que podem ser reconduzidos, na sua essência, os principais institutos do processo – revestem-se de conteúdo procedimental, ainda quando não estejam propriamente estruturadas como direitos à organização e procedimento;

11. para além de valores fundamentais em permanente tensão, efetividade e segurança concretizam-se deontologicamente nos direitos fundamentais à efetividade do processo e à segurança jurídica no processo, esta última visualizada pelo Estado Constitucional sob perspectiva dinâmica;

12. a resolução do conflito efetividade-segurança incumbe ao legislador, e, nos pontos de tensão remanescentes, ao juiz, não sendo lícito a este ignorar os limites das construções dogmáticas preexistentes;

13. naquilo que concerne à dimensão temporal do processo, os direitos à efetividade e segurança encontram sua síntese fundamental nos direitos à tutela jurisdicional efetiva e adequada, ao contraditório, à ampla defesa, à razoável duração do processo e ao devido processo constitucional;

14. o direito à tutela efetiva e adequada, expressão contemporânea da garantia de acesso à justiça, compreende o direito à tutela “executiva”, i.é, à completa realização material dos direitos;

15. o direito fundamental à tutela efetiva e adequada é noção mais apropriada para explicitar as relações entre direito material e direito processual, em lugar da “ação processual”;

16. a garantia da razoável duração importa na adequação do processo às características da lide e das partes, num compromisso entre efetividade e segurança, sem excluir a proteção contra dilações indevidas;

17. o contraditório – subvalorizado a partir da Era Moderna, com a perda da dimensão retórica do juízo – reafirma-se, no processo de inspiração democrática, como “método de trabalho” cooperativo entre o juiz e as partes, convertendo-se em elemento qualificador do fenômeno processual e suscitando o debate prévio sobre as questões de fato e de direito objeto do processo;

18. o direito à ampla defesa implica em estarem os julgamentos definitivos sujeitos à prévia cognição, plena e exauriente, devendo tal preceito, todavia, ser devidamente harmonizado com a exigência constitucional de efetividade da jurisdição;

19. a cláusula do devido processo constitucional (CF, artigo 5º, inciso LIV) condensa o modelo constitucional do processo civil brasileiro, funcionando como garantia-síntese e elemento de articulação das garantias fundamentais do processo (*Auffanggrundrecht*);

20. os critérios reunidos sob a noção da proporcionalidade decorrem da estrutura principiológica do direito, sendo aplicáveis como moldura argumentativa para solver o conflito entre posições fundamentais na relação entre meios e fins – quer a tensão ocorra no plano das deliberações legislativas, quer na aplicação do direito pelo juiz ou administrador público;

21. os provimentos baseados em cognição sumária – formas de tutela jurisdicional diferenciada – tendem à promoção do valor da efetividade no processo;

22. uma vez que a urgência está presente, como dado normativo, em todas as tutelas sumárias – sejam provisórias ou autônomas –, a expressão “tutelas provisórias de urgência” é a adequada para descrever aquela primeira classe de provimentos, formada pelas medidas cautelares e antecipatórias;

23. a perspectiva dualista acerca das tutelas provisórias de urgência recebeu no Brasil a influência de fatores específicos, como a formulação dogmática dos artigos 273 e 461, parágrafo 3º do CPC e a experiência pretérita do sistema com as cautelares “autônomas”;

24. as medidas cautelares e antecipatórias compartilham de caracteres funcionais e estruturais, sendo irmanadas pelos elementos da prevenção do dano, da provisoriedade e da instrumentalidade, de modo que o contraste verdadeiramente relevante no plano das tutelas sumárias não se dá entre *cautelariedade e satisfatividade*, mas entre *provisoriedade e definitividade*;

25. o direito fundamental à tutela efetiva, adequada e tempestiva, na perspectiva da razoável duração do processo, confere unidade de função constitucional às medidas cautelares e antecipatórias, levando à sua fungibilidade e à identificação de um regime jurídico-processual comum;

26. o cumprimento específico dos deveres de fazer e de não fazer afirmou-se após longo processo de superação dos fatores restritivos representados pelo dogma da incoercibilidade da vontade humana, pela universalização da tutela condenatória e pelo divórcio entre processo e direito material;

27. o processo civil brasileiro – que preservara com maior êxito os traços interditaes do processo comum, mercê de suas características culturais – tampouco escapou, no século XX, à “ordinarização” da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, a qual culminou na edição do Código Buzaid e seu projeto de universalização do “Processo de Conhecimento”;

28. frente às exigências da sociedade pós-industrial, que trouxe a primeiro plano a economia de serviços, o “novo” artigo 461 representa uma quebra do paradigma original do Código Buzaid, articulando um sistema de cumprimento “interditalizado” dos deveres de fazer e de não fazer, assentado na primazia da tutela específica, com a redução da tutela condenatória a seu campo próprio;

29. o sistema do artigo 461 abrange a tutela dos deveres de prestação de fato e de abstenção, nas subclasses das obrigações (englobando os deveres de prestar, deveres acessórios e deveres anexos), dos deveres específicos, alheios ao campo obrigacional, e dos deveres correlatos a direitos absolutos;

30. a despeito da grande influência do direito material sobre o processo, a escolha da tutela não é definida exclusivamente pelo direito substancial; a jurisdição é marcada pela soberania e por princípios como efetividade e segurança, que interferem na escolha das formas e técnicas do plano processual;

31. o direito material contempla tutelas normativas, de caráter abstrato, as quais se concretizam após o exercício da jurisdição e o conseqüente retorno, pelo processo, de uma “eficácia substancial”;

32. o artigo 461 do CPC encerra um conteúdo de direito material, designando pelo gênero “tutela específica” as atuações judiciais que buscam o resultado final pelo comportamento do próprio réu (tutelas específicas em sentido estrito) ou por meios substitutivos (tutelas do resultado prático equivalente);

33. a definição do sistema de tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer (CPC, artigo 461) pela primazia da tutela específica, no plano do direito material, levou à adoção das

tutelas processuais qualitativamente capacitadas a atingir esse resultado (mandamental e executiva *lato sensu*);

34. justifica-se, pelas suas novas dimensões, que a atividade *executiva* seja redefinida como aquela em que o órgão judicial atua para satisfazer o interesse tutelado independentemente da vontade do réu;

35. a plástica abertura do artigo 461 do CPC à construção de técnicas processuais coercitivas e sub-rogatórias de efetivação da tutela (atipicidade dos meios “executivos”) consagra um modelo ampliativo dos poderes de atuação judicial, removendo-os do campo da legalidade estrita;

36. a intervenção judicial, regulada supletivamente pelos artigos 69 a 78 da Lei n. 8.894/94, é medida sub-rogatória passível de emprego quando o réu apresenta natureza institucional;

37. a atual generalização da tutela antecipatória representa uma síntese da evolução dialética do processo civil, cujos pólos (tese-antítese) podem ser localizados, respectivamente, no autoritarismo do processo interdital romano e na debilitação do poder estatal do processo comum medieval;

38. as reformas do Código Buzaid nos anos 1990 resgataram da tradição do processo civil luso-brasileiro a tutela interdital e encerraram o ciclo de isolamento entre as funções cognitivas e executivas, proposto pelo modelo “processualista”;

39. o instituto da antecipação da tutela concerne à aceleração da entrega da própria tutela jurisdicional, não apenas de seus efeitos de repercussão física, aplicando-se inclusive às tutelas processuais dotadas de efeitos puramente jurídico-formais (declaratória, constitutiva);

40. o juízo de verossimilhança referente à tutela antecipatória – que abrange tanto o mérito da causa como a situação legitimante específica (CPC, artigo 273, incisos I e II) – não se mostra diverso, qualitativa e quantitativamente, do juízo de verossimilhança relacionado com a tutela cautelar; em ambos os casos é bastante a convicção da probabilidade pelo juiz, dispensando-se a certeza;

41. o inciso I do artigo 273, CPC, remete ao perigo de dano decorrente da tardança, o qual exprime-se pelo receio de perda da utilidade da prestação ou pelo receio de lesão a interesse jurídico diverso da parte (*dano externo*);

42. a antecipação da tutela *ex* inciso II do artigo 273, CPC, recolhe na inconsistência da defesa o indicador da alta probabilidade do direito alegado, satisfazendo-se com uma presunção normativa de urgência;

43. visualizada à luz dos direitos fundamentais à tutela efetiva e adequada e à razoável duração do processo, a tutela da parcela incontroversa do pedido instituída pelo artigo 273, parágrafo 6º, CPC, revela-se como tutela definitiva, fundada em juízo de cognição exauriente;

44. as tutelas antecipatórias previstas no artigo 461, parágrafo 3º, e artigo 273, CPC, formam um sistema orgânico e obedecem a idênticos requisitos, podendo a tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer ser antecipada com base na inconsistência da defesa (artigo 273, inciso II);

45. ao apreciar a tutela antecipatória relativa aos deveres de fazer e de não fazer deve o juiz considerar as particularidades da tutela material reivindicada a fim de construir, no caso concreto, os requisitos da “relevância do fundamento da demanda” e do “receio de ineficácia do provimento”;

46. na cláusula do artigo 273, parágrafo 7º, CPC, a irreversibilidade interpreta-se como a impossibilidade da reconstituição integral do estado de fato anterior à efetivação da medida;

47. o procedimento de antecipação da tutela deve ser lido à luz das garantias fundamentais, de modo a buscar, em cada uma de suas etapas, o necessário compromisso entre efetividade e legitimidade que fundamenta a atual compreensão constitucional do processo;

48. a despeito do silêncio dos artigos 273 e 461 do CPC, a ponderação dos interesses dos litigantes é parte integrante do juízo sobre a concessão da tutela antecipatória;

49. o requisito do perigo de dano jurídico suscita a valoração dos interesses materiais titularizados pelas partes, sendo que a admissibilidade da tutela antecipatória depende de uma avaliação preliminar quanto à valia constitucional intrínseca do direito reclamado pelo autor;

50. a verossimilhança das alegações das partes e a relevância axiológica de seus interesses são elementos que interagem reciprocamente no juízo sobre o pedido de tutela antecipatória, devendo ser examinados de forma coordenada;

51. a cláusula obstativa dos provimentos antecipatórios de efeitos irreversíveis pode ser afastada quando presente o risco de efeitos irreversíveis à esfera jurídica do autor (perigo de dano *inverso*), devendo o conflito ser equacionado por meio de um controle de proporcionalidade;

52. a antecipação da tutela sem a prévia ciência do réu é excepcional e dependente de justificativa adequada, sendo admissível apenas quando a mera dilação necessária para o exercício do contraditório sumário puder comprometer a tutela efetiva de interesse relevante;

53. a efetivação da tutela antecipatória – mandamental ou executiva – deve ser precedida da intimação do réu para cumprir a decisão, como mecanismo de estímulo ao adimplemento voluntário e de controle participativo da legitimidade do procedimento;

54. a revogação e modificação da tutela antecipatória podem ocorrer *ex officio*, como resposta à alteração das circunstâncias da causa, assegurado o prévio contraditório das partes, sendo objetiva a responsabilidade do autor pelos prejuízos decorrentes da efetivação da medida;

55. a autorização dada ao juiz para variar a tutela e a técnica empregadas no cumprimento da tutela específica importa numa virtuosa relativização do princípio da congruência entre pedido e decisão, concretizando o direito fundamental à tutela efetiva e adequada;

56. inexistente discricionariedade judicial na escolha das formas e técnicas da tutela, mas “liberdade sindicável”, informada pelos direitos fundamentais e controlada segundo parâmetros de proporcionalidade;

57. na construção da tutela efetiva e adequada ao caso concreto devem-se usar os critérios da adequação, necessidade (menor restrição possível) e proporcionalidade estrita, tendo em conta a importância do interesse tutelado e a qualidade da cognição judicial realizada no processo;

58. a prestação de caução (contracautela) pode ser exigida do autor na antecipação da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer como forma de reequilibrar a posição das partes, removendo obstáculos à concessão da medida;

59. o regime da execução provisória é adotado quando presente a situação da “instabilidade” da decisão judicial, e aplica-se à efetivação da tutela antecipatória como contrapeso de “segurança” à efetividade que caracteriza primariamente aquele instituto processual;

60. a multa coercitiva incide segundo uma relação de correspondência com a situação factual regulada, devendo seu valor cumulativo guardar certa proporcionalidade com o valor da prestação inadimplida;

61. a defesa do réu no procedimento de antecipação da tutela dá-se de forma simplificada, nos próprios autos do processo, sob contraditório parcial e mitigado, admitindo-se, todavia, a adaptação do incidente defensivo à eventual complexidade das questões suscitadas.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

G672a Goron, Lívio Goellner

Antecipação da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer (CPC, art. 461): um diálogo com as garantias constitucionais do processo / Lívio Goellner Goron. – Porto Alegre, 2011.
234 f.

Orientador: Sérgio Gilberto Porto

Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2011.

1. Direito constitucional. 2. Processo civil. 3. Antecipação da tutela. I. Porto, Sérgio Gilberto. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 347.9

Catálogo na fonte: Bibliotecário Vinicius da R. da Silva, CRB-10/1759
_ correiodovinius@yahoo.com.br