

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**DIEGO MIALSKI FONTANA**

**A TUTELA ANTECIPADA NO ABUSO DE DIREITO DE DEFESA: INSTRUMENTO  
DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO  
PROCESSO**

**CURITIBA  
2009**

**DIEGO MIALSKI FONTANA**

**A TUTELA ANTECIPADA NO ABUSO DE DIREITO DE DEFESA: INSTRUMENTO  
DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO  
PROCESSO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de  
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor  
de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob a  
orientação do Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

Curso de Graduação em Direito

Direito das Relações Sociais

**CURITIBA  
2009**

A Deus, pela minha vida.

A minha mãe, Josiane Mialski, por toda a dedicação, carinho e amor inigualável. Exemplo de luta e perseverança que ajudaram a construir minha personalidade.

Ao meu irmão, Rafael Mialski Fontana, pela confiança, apoio e amizade inestimável. Exemplo de pessoa que ajudou a construir meu caráter.

Aos meus mestres, pelo conhecimento e ensinamentos que levarei pelo resto da minha vida.

Às sinceras amizades construídas no seio da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que os intempéries da vida não desfaçam os laços de companheirismo e presença, sem os quais eu não seria quem sou hoje.

*"Se enxerguei longe, foi porque me apoiei nos ombros de gigantes."*

Isaac Newton

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO AO TEMA, RELEVÂNCIA E ABORDAGEM ADOTADA NO PRESENTE ESTUDO.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I – TUTELA JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA: EFETIVIDADE, TEMPESSIVIDADE E ADEQUAÇÃO .....</b>	<b>5</b>
1. Tutela Jurisdicional .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
2. O direito fundamental à duração razoável do processo .....	10
2.1 O tempo do processo e sua importância .....	10
2.2 A Emenda Constitucional nº 45/2004 (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal) .	14
3. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e à tutela antecipada.....	18
3.1 O direito à tutela jurisdicional efetiva .....	18
3.2 O direito à técnica antecipatória.....	21
<b>CAPÍTULO II – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA ANTECIPADA (ART. 273 DO CPC).....</b>	<b>24</b>
1. A universalização da tutela antecipada .....	25
2. A antecipação da tutela na colisão de direitos fundamentais.....	27
3. Pressupostos e distinções relevantes do art. 273 do CPC.....	29
3.1 Requerimento da parte .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
3.2 Probabilidade de existência do direito ( <i>Fumus Boni Iuris</i> ).....	33
<b>CAPÍTULO III – A TUTELA ANTECIPADA NO ABUSO DE DIREITO DE DEFESA: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO .....</b>	<b>38</b>
1. O direito comparado francês .....	39
2. A tutela antecipada baseada no art. 273, inciso II, do CPC: pressupostos para concessão .	40
2.1 Considerações iniciais .....	40
2.2 O alongamento da demanda.....	43
2.3 A defesa infundada .....	44
2.3.1 Na defesa indireta .....	44
2.3.2 Na defesa direta .....	47
2.4 A defesa de mérito indireta e a incontrovérsia dos fatos constitutivos .....	49
2.5 A defesa de mérito direta e a evidência dos fatos constitutivos .....	52
3. A técnica antecipatória do art. 273, II, do CPC – Instrumento de efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo.....	55
3.1 Comparativo: Efetivação dos princípios Constitucionais x Sanção processual.....	59
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>65</b>

## RESUMO

Pretende-se com o presente favorecer o debate acerca em torno dos efeitos do tempo no processo, encarado como ônus aos litigantes dentro de uma demanda, abordando, e evidenciando, seus efeitos maléficis à sociedade e ao judiciário. Primeiramente, propõe-se uma abordagem da evolução da tutela jurisdicional, passando pelo Estado liberal – com o império da lei, até alcançar o Estado constitucional – com a prevalência dos princípios constitucionais, evidenciando a tutela jurisdicional prestada no Brasil. Em continuidade, apresentamos premissas essenciais à prestação jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, observando na técnica antecipatória, sob o viés constitucional, os anseios esperados pela sociedade e à efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna). Delimitadas tais hipóteses, apresentamos sintéticos pressupostos e diferenças da técnica antecipatória do art. 273 do CPC, debruçando-se sobre a antecipação de tutela fundada no abuso de defesa, em vista da característica principal de distribuição do tempo no processo, propiciando a responsabilização isonômica da morosidade processual. Buscando apresentar conceitos didáticos, dissecamos na parte final do trabalho os pressupostos para concessão da tutela sumária distributiva do ônus do tempo, tais como a evidência do direito, o alongamento do processo, a defesa direta e indireta infundada e investigando sua multifuncionalidade e eficácia para evitar o retardamento da prestação da tutela jurisdicional. Por fim, diante do exposto ao longo do trabalho monográfico, apontamos a utilidade da tutela antecipatória fundada no abuso de defesa à efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo, bem como cotejando tal entendimento a posição contrária da doutrina, que prefere vê-la com efeitos sancionatórios.

## 1. INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO AO TEMA, RELEVÂNCIA E ABORDAGEM ADOTADA NO PRESENTE ESTUDO.

Atualmente um dos grandes embates<sup>1</sup> enfrentado pelo pensador do Direito é a conciliação entre o binômio tempestividade-agilidade e segurança-certeza dentro do processo judicial. A demora do processo deve ser encarada como um dos maiores – se não o maior – problemas do sistema processual brasileiro.

O tempo do processo, em tempos não remotos, foi compreendido como cientificamente irrelevante, sendo menosprezado pela doutrina jurídica. Os resquícios de um sistema jurídico arcaico, oriundo, muitas vezes, do Estado liberal e pós-revolucionário, ainda assolavam o poder executivo, o legislativo e o judiciário na consecução de medidas que garantissem os direitos fundamentais, tocando os anseios da sociedade.

A grande motivação para tanto era a necessidade da “certeza” que o Estado carregava como legado. Com efeito, diversos direitos fundamentais restaram inutilizados ou relegados à segundo plano, fazendo ascender um pensamento em prol da injustiça social.

Isso porque, quando o Estado tomou para si o dever de mediar os conflitos de interesse, assumindo o monopólio da jurisdição, manteve-se alheio à pacificação social, adotando um sistema assimétrico e anti-igualitário. No âmbito do judiciário, havia proteção exacerbada à esfera jurídica do réu, a qual só poderia ser violada em determinado grau de “certeza”<sup>2</sup>, erigindo o princípio da *nulla executio sine titulo*<sup>3</sup>.

Por óbvio que a tal prática beneficia o réu que não tem razão, em prejuízo ao autor detentor da evidencia e da maior probabilidade de êxito na demanda. Além

---

<sup>1</sup> (...) Tem-se, então, **de um lado as regras processuais que garantem ao jurisdicionado a segurança jurídica. De outro, a preocupação com a rápida entrega da prestação jurisdicional.** (...) A dificuldade a enfrentar quando se trate de atribuir efetividade ao princípio da celeridade processual está em compatibilizarmos segurança jurídica com agilidade processual, sopesando o grau de sacrifício de cada um destes elementos, o que não é impossível se ponderarmos os bens jurídicos envolvidos no caso concreto. (Voto Relator Min. EROS GRAU no CC 7232/AM. J. 19/09/2005. DJ 28/09/2005).

<sup>2</sup> A impossibilidade de recorrer diretamente à via executiva e a necessidade conseqüente de obter um título executivo judicial através de um processo de conhecimento se explicam facilmente pela existência de uma situação jurídica substancial caracterizada pela *incerteza*. (FURNO, Carlo, Teoria de La prueba legal, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, p. 190 *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**, p. 42).

<sup>3</sup> O princípio da *nulla executio sine titulo* foi concebido para deixar claro que a execução não poderia ser iniciada sem título, que deveria conter em si um direito já declarado ou não mais passível de discussão. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa...**, *op. cit.*, p. 40.)

disso, a morosidade prejudica a própria máquina estatal, bem como proporciona à parte uma justiça pela metade, conforme afirmou Carnelutti.

*Mutatis mutandis*, a necessidade de se conferir uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, principalmente após a edição da EC nº 45/2004 – com a edição estrita do direito fundamental a duração razoável do processo, fez com que os pensadores, juízes e criadores do direito abandonassem o olhar cético em relação ao tempo do processo.

Nesta seara, o estudo da tempestividade processual, antes posto como neutro e sem importância, rumou no mesmo sentido da disseminação das tutelas sumárias, adequando-se as exigências da sociedade hodierna. Não somente o estudo da tempestividade, mas também ganhou relevo a distribuição do ônus do tempo no processo, com o fito de proporcionar uma tutela jurisdicional isonômica.

Inicia-se uma nova caminhada, na qual *“a incerteza e o risco são partes integrantes de uma sociedade regulada pela tecnologia intelectual”*<sup>4</sup>. Pensamento mais do que lógico, vez que o processo ordinário, como fora pensado, faz com que o ônus do tempo recaia tão somente sobre o autor, menosprezando preceitos fundamentais.

É neste sentido que socorremo-nos da inovadora doutrina do Professor Luiz Guilherme MARINONI<sup>5</sup>, a qual apresentará grande relevância nas reflexões que seguiram no presente trabalho conclusivo:

*“É chegado o momento do “tempo do processo” tomar o seu devido lugar dentro do direito processual civil, uma vez que o tempo não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os princípios contidos na Constituição Federal.”*

O aparato estatal, dentro de um Estado Democrático de Direito, amparado pelos direitos fundamentais, somente alcançará um processo próximo ao ideal com o trabalho integrado dos poderes, com sensibilidade ética e social. Ainda, a Constituição só presta seu verdadeiro valor com sacrifícios, esforços e coragem daquele que devem aplicá-la.

---

<sup>4</sup> **A Época das Incertezas e as Transformações do Estado Contemporâneo**, São Paulo, Difel, 1985, pp. 13 e 35.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa...**, op. cit., p. 17.

Com este panorama, considerando os avanços pós Emenda Constitucional nº 45/2004, com a adoção do I Pacto Federativo, que permitiu a colaboração efetiva dos três Poderes na realização da atualização e reforma da legislação, em especial processual. Ademais, as medidas se demonstraram extremamente eficientes, impulsionando o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário a firmar, recentemente, o II Pacto Republicano de Estado, por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, o qual tem o seguinte objetivo e prioridade:

Firmar o presente **PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO**, com os seguintes objetivos:

(...) **II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;**

(...) c) incrementar medidas tendentes a assegurar maior efetividade ao reconhecimento dos direitos do cidadão (...);

#### MATÉRIAS PRIORITÁRIAS

(...) **2 - Agilidade e efetividade da prestação jurisdicional**

(...) 2.2 - Aprimoramento normativo para maior efetividade do pagamento de precatórios pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

(...) 2.6 - Revisão de normas processuais, visando a agilizar e a simplificar o processamento e julgamento das ações, coibir os atos protelatórios, restringir as hipóteses de reexame necessário e reduzir recursos. (g.n.)

O II Pacto Republicano é uma reafirmação da importância que o tempo exerce dentro do litígio. Insustentável, hodiernamente, uma visão cética acerca do tempo, como lapso temporal de uma demanda, vez que o Estado voltado ao bem estar social apresenta-se como apaziguador do dano marginal que o tempo pode ocasionar a parte litigante.

Demonstrada a abordagem inicial e a relevância do tema na atualidade, optamos por restringir o presente estudo à tutela antecipada fundada no abuso de defesa processual, e sua funcionalidade dentro do contexto apresentado, distribuindo o ônus do tempo do processo, efetivando o direito fundamental à duração razoável do processo e como conseqüência, coibindo prática abusivas por parte do réu.

A presente Monografia será dividida em três partes, de forma que possamos transcorrer harmonicamente para o tema central supramencionado.

A primeira parte apresenta um breve contexto da evolução da tutela jurisdicional, apresentando as linhas hodiernas decorrentes de uma aplicação das garantias fundamentais na tutela jurisdicional, alcançando a técnica antecipatória como instrumento do Estado-juiz à efetivação de tais princípios, e a ponderação entre tempestividade e ampla defesa.

A segunda parte desse estudo adentra nos pressupostos e características específicas da técnica antecipatória, com a finalidade de traçarmos rumos necessários para plena compreensão da efetivação do primado constitucional à duração razoável do processo através da aplicação da tutela antecipada no abuso de defesa.

A terceira parte será baseada integralmente na tutela antecipada prevista no art. 273, II, do CPC, ou seja, em caso de abuso de defesa por parte do réu, apresentando as diversas formas infundadas de defesa e investigando sua multifuncionalidade e eficácia para evitar o retardamento da prestação da tutela jurisdicional. Demonstraremos, principalmente, a utilidade de se deslocar o ônus do tempo sobre o réu que não tem razão e abusa do direito de defesa

Por fim, apresentaremos a utilidade da técnica na efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo, traçando um contraponto entre a doutrina, que apresenta a tutela antecipada baseada no art. 273, II, do CPC, como sendo sancionatória; e a posição da doutrina em relação à efetividade constitucional que o instrumento antecipatório em voga se apresenta, a fim preservar o direito fundamental à duração razoável do processo.

## CAPÍTULO I – TUTELA JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA: EFETIVIDADE, TEMPESTIVIDADE E ADEQUAÇÃO.

### 1. TUTELA JURISDICIONAL

Inicialmente, para que possamos desenvolver de forma harmônica o presente trabalho conclusivo – traçando premissas essenciais até chegarmos ao cerne da exposição, cumpre-nos apresentar, de forma sintética, as diretrizes históricas da jurisdição, ressaltando o principal a transição da jurisdição oriunda do Estado Liberal de Direito e acentuando a explanação ao modelo contemporâneo.

Em tempos mais remotos, sob a ótica do Estado Liberal de Direito, a jurisdição tinha como princípio basilar a aplicação abstrata da lei, como forma de frear os abusos e desmandos compelidos pelos regimes absolutistas, que deixaram marcas de injustiça no corpo da sociedade.

O princípio da legalidade, erigido com o fito de impor limites as liberdades individuais que gozavam os monarcas absolutistas, foi consolidado com a representação popular, cujo significado principal era o da lei como limite da liberdade, sucumbindo o império de desmandos e ascendendo o império da lei, que converteu-se no império da *representação popular*<sup>6</sup>.

O direito acabou por se identificado diretamente ao princípio da legalidade, pois o direito estaria personificado na forma de norma jurídica, a qual não precisava corresponder ao significado de justiça, pois sua validade partia de sua criação pelo órgão competente, legitimando-a.<sup>7</sup>

No Estado Liberal de Direito, o Poder Legislativo assumiu nítida superioridade em frente aos demais poderes do Estado. Isso porque, os demais poderes, ainda que com autonomia, deveriam se conformar com a lei. Por outras palavras, o execu-

---

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 24.

<sup>7</sup> Se – como diz Carl Schmitt – na idealização do Estado de Direito Liberal a burguesia adotou um conceito de lei que repousa em uma velha tradição européia – herança da filosofia grega, que passou à Idade Moderna através da escolástica – conforme o qual a lei não é uma vontade de um ou de muitos homens, mas uma coisa geral-racional (não é *voluntas*, mas *ratio*), no processo histórico de afirmação da burguesia, tal noção de lei cedeu espaço para o seu oposto, isto é, para a noção de lei defendida pelos representantes do absolutismo de Estado, segundo a qual, na fórmula clássica cunhada por Hobbes, *auctoritas, no veritas facit legem* – a lei é vontade, não vale por qualidade morais e lógicas, mas precisamente como ordem. (**Teoria...**, **op. cit.**, p. 24)

tivo só praticava atos em plena conformidade com o texto legal; o judiciário limitava-se a expor o conteúdo expresso da lei, sem o poder de interpretá-la.

Neste viés, na doutrina da divisão dos poderes, construída na obra “O Espírito das Leis”, Montesquieu concluiu que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*).

Observa-se, de todo o contexto exposto, que para garantir a segurança psicológica do cidadão as decisões deveriam ser previsíveis, com o ideal de que os códigos comportariam leis tanto quanto necessárias para solucionar as situações conflituosas. Em outras palavras, a lei, por conter todas as soluções em abstrato, tornava-se instrumento suficiente para dirimir os conflitos, sem a necessidade de se recorrer a interpretação das normas constitucionais.

Sobre a égide de doutrinadores mais contemporâneos, inspirado no Iluminismo e guiado por valores da Revolução Francesa, comungou com tal assertiva a visão apresentada pelo ilustre lecionador Chiovenda, que defendia a atuação do juiz como a boca da lei, ou seja, atuação restrita à vontade concreta da lei em abstrato.

Em que pese as tendências conservadoras da escola chiovendiana, tais lições prestaram grande desenvolvimento ao Direito Processual Civil, na medida que instituiu o período *autonomista* no processo, segregando-o do direito material e da ação como iniciativa privada.

Contudo, tais conceitos se mostraram insuficientes. O aperfeiçoamento da autonomia processual, buscando separá-lo, quase que em sua plenitude, do direito material seguiu na contramão da evolução dos estudos processuais, vez que não se demonstrava viável a suprir, principalmente, as tutelas específicas de forma adequada.

Hodiernamente, não prevalece mais essa máxima. Isso porque, com a queda do Estado liberal, que impôs o conceito extremado de liberdade – em favor da sociedade burguesa –, ascende um Estado voltado aos interesses sociais, cujo foco é voltado para os princípios constitucionais.

Noutras palavras, neste segundo momento, a atuação do legislativo em prol da burguesia e em detrimento das classes menos abastadas, no período pós Revolução Francesa, fez ascender um Estado no qual os princípios constitucionais delimitaram limites de atuação do legislativo, bem como diretrizes interpretativas aos juízes, que deveriam conformar a lei aos primados constitucionais.

Neste contexto, assevera o Luiz Guilherme MARINONI<sup>8</sup>, *“Hoje a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser confirmada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.”*

Neste diapasão, o juiz deixa de ser um mero funcionário público, com atuação restrita ao texto puro e simples da lei, e passa a exercer o Poder de interpretar o texto da lei, atuando pela sua constitucionalidade e adequação, aplicando a norma abstrata ao caso concreto, tendo como vértice os direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna.

Ainda, Luiz Guilherme MARINONI, completando o raciocínio discorre que:

Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle de sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

Inevitável, pela leitura da remansosa doutrina, retomar os estudos filosóficos do ilustre pensador Montesquieu, em obra citada alhures. Ora, o Poder Judiciário no Estado Contemporâneo atua realmente de forma autônoma, não simplesmente sujeitando-se ao Legislativo, ou seja, limitando-se a “ler” mecanicamente o texto da lei.

Muito pelo contrário, a função primordial do Poder Judiciário hodiernamente é tutelar adequadamente o direito reconhecido pelo Estado, por vezes desrespeitado ou relegado à segundo plano. Ainda, podemos afirmar que o Poder Judiciário deverá conduzir a aplicação da lei seguindo os vetores emanados pelos direitos fundamentais, a fim de prover ao jurisdicionado uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, que se conforme com os anseios da sociedade.

A construção doutrinária do amparo Estatal as necessidades sociais constrói uma jurisdição focada no estado de bem estar, visando a satisfação dos jurisdicionados. Neste sentido, argumentando acerca do instituto da tutela jurisdicional, o professor Sérgio Cruz ARENHART<sup>9</sup> nos presenteia com as seguintes razões e indagações:

---

<sup>8</sup> Teoria..., op. cit., p. 24.

<sup>9</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**, p. 32.

“Não é ética ou logicamente aceitável que o Direito reconheça a alguém um direito, mas não seja capaz de assegurá-lo. Tal constitui pressuposto para a própria legitimação do Estado. (...) para se cultivar o sentimento do direito é preciso que o Estado ofereça ao jurisdicionado não só o reconhecimento do direito, mas também a sua tutela quando violado. Eis esta tutela não pode ser apenas um paliativo; há de ser tutela efetiva, uma proteção efetiva ao direito reconhecido pelo Estado.

Absorvemos de tais palavras o rumo do Estado Moderno<sup>10</sup> no dever da jurisdição que lhe incube. A compreensão do poder de tutela estatal<sup>11</sup>, com fito apaziguador dos conflitos sociais, só se legitima a função repressiva-intermediadora, na medida em “*conferindo direitos e impondo o respeito a eles, o Estado reafirma seu poder soberano e galga o patamar de instituição relevante para o convívio e a existência do ente social*”<sup>12</sup>.

Com efeito, o monopólio da jurisdição pelo Estado, que possui o poder *iuris dictio*, permitindo-o dizer se o autor tem direito à *tutela jurisdicional do direito*<sup>13</sup>, ou exercida a tutela jurisdicional do Estado, restou comprovado a insubsistência do direito pretense, deve se adequar a função político-social-econômica da sociedade, como forma de conceder a tutela mais próxima da justiça social.

Socorremo-nos aos ensinamentos dos professores Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART<sup>14</sup>:

“Se a jurisdição é a manifestação do poder do Estado, é evidente que ela terá diferentes objetivos, conforme seja o tipo de Estado e sua finalidade es-

---

<sup>10</sup> O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. A supremacia dessa solução revelou-se pelo fato incontestável de a mesma provir da autoridade estatal, cuja palavra, além de coativa, torna-se a última manifestação do Estado soberano acerca da contenda, de tal sorte que os jurisdicionados devem-na respeito absoluto, porque haurida de um trabalho de reconstituição dos antecedentes do litígio, com a participação dos interessados, cercados, isonomicamente, das mais mezinhas garantias. (FUX, Luiz. **Tutela jurisdicional: finalidade e espécie**. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n.2, p. 153-168, jul./dez. 2002).

<sup>11</sup> É a substituição do poder de autotutela do privado, cuja prevalência era da lei do mais forte, que se sobressaía em face do mais fraco.

<sup>12</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela...**, op. cit., p. 30.

<sup>13</sup> Insta apontar a diferença na prestação da tutela jurisdicional do Estado e a prestação da tutela jurisdicional do direito. Enquanto a primeira é fruto da resposta da jurisdição ao direito de participação das partes litigantes, a segunda somente se cogita quando há sentença – tutela final – de procedência.

<sup>14</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de Processo do Conhecimento**, p. 36.

sencial. A jurisdição, em outras palavras, terá fins sociais, políticos e propriamente jurídicos, conforme a essência do Estado cujo poder deva manifestar.”

Ora, assim sendo, o Estado brasileiro, fundado no bem estar social, por óbvio, traça rumos para que a tutela jurisdicional não destoe dos anseios políticos, sociais e jurídicos básicos, que nas palavras do Ilustre Ministro Celso DE MELLO<sup>15</sup> são:

“direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) (...) realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) (...) acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”

O Estado baseado no bem estar social – dentre os quais vislumbramos o brasileiro – se desatreia do legado extremado da liberdade, que rogava pela liberdade financeira e a igualdade formal (valores da Revolução Industrial) para tutelar os direitos fundamentais básicos da população.

Neste mesmo norte caminha a jurisdição, eis que está possui raízes diretamente ligadas com as obrigações de ordem política estatal.

Aparamo-nos, novamente, das palavras dos professores Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART<sup>16</sup>, que coadunam com o discorrido acerca da tutela jurisdicional no Estado brasileiro:

“Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição Federal, a constituir uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF), os fins da jurisdição devem refletir essa idéia.”

---

<sup>15</sup> STF, MS 22164/SP. Relator Min. CELSO DE MELLO. TRIBUNAL PLENO. J. 30/10/1995. DJ 17/11/1995.

<sup>16</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual...**, op. cit., p. 45.

Ora, amparada nos anseios constitucionais, a tutela jurisdicional que vige vai muito além da mera garantia do acesso ao Poder Judiciário. Assim, no intrínseco do instituto, principalmente à luz dos comandos fundamentais insculpidos no art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Carta Magna, faz necessária a prestação da tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.<sup>17</sup>

Neste momento, cumpre-nos adentrar em tais institutos, pois através de suas linhas poderemos demonstrar o caráter constitucional da técnica antecipatória e que, na especificidade do trabalho, a tutela antecipatória no abuso de defesa tem por objetivo a efetivação de direitos fundamentais, e não o caráter sancionatório, conforme afirma parte da doutrina.

Colidimos, dessa forma, com o primeiro ponto de grande relevância em nosso trabalho, apresentando a tutela jurisdicional conforme os parâmetros de justiça<sup>18</sup> previstos no caderno constitucional (tutela tempestiva e efetiva).

## **2. O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

### **2.1. O TEMPO DO PROCESSO E SUA IMPORTÂNCIA**

Os doutrinadores clássicos ao pensarem o Processo Civil calcaram pilares no procedimento comum, fundado na cognição exauriente, sob a alegação de que este seria o único método apto de conceder segurança e certeza à decisão final.

As tutelas sumárias foram rechaçadas, vez que inconcebível para o pensamento conservador um procedimento que permite a reversibilidade da medida adotada contra o vencido, em caso de deferimento do pleito antecipatório e improcedên-

---

<sup>17</sup> Um dos dados elementares do princípio da proteção judiciária com semelhante alcance é a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva, adequada e tempestiva tutela de direitos. Outros elementos são também fundamentais, como a organização judiciária adequada para o volume de serviços judiciários, recrutamento de juizes bem preparados e com mentalidade aberta e capaz de perceber a permanente e rápida transformação da sociedade contemporânea, remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça, organização e pesquisa institucionalizada das causas da litigiosidade e dos meios de sua adequada solução judicial e extrajudicial, além de outras providências da mesma forma importantes. (Watanabe, "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)", n. I, p. 20).

<sup>18</sup> "não obtém justiça substancial quem não consegue seque o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido". (Dinamarco. Instituições..., cit., vol. I, n. 43, pp. 133-134).

cia do pleito exordial quando haja ocorrido a cognição exauriente, universalizando o procedimento ordinário.

Acerca do fenômeno de ordinarização, Rogéria Dotti DORIA<sup>19</sup> comenta:

“No processo civil brasileiro surgiu uma enorme tendência de unificação dos procedimentos, de transformação de todas as forma diferenciadas no processo ordinário. As tutelas sumárias praticamente deixaram de existir (salvo raras exceções), dando lugar a um único procedimento, que por ser mais amplo e mais longo era também considerado mais seguro, mais confiável”

As palavras de Carnelutti consolidam tal contexto, pois a vista do doutrinador italiano existiam duas formas de procedimento, o chamado “*di procedimenti anomali in confronto com il procedimento normale*”<sup>20</sup>. Ou seja, qualquer forma de procedimento distinto do ordinário era considerado anormal.

A opção pela universalização do procedimento ordinário, nitidamente com cognição mais extensa, demonstrou a posição – do legislador e doutrinador conservadores – indiferente com o tempo no processo, o que se observa, também, na tentativa exacerbada de tornar o processo autônomo do direito material<sup>21</sup>, agravando ainda mais o retrógrado pensamento de neutralidade que o tempo exerceria dentro do processo.

Todavia, em vista das constantes mutações que se processaram – e ainda se processam – dentro da sociedade, restou inevitável a ascensão de medidas em prol da sumarização do Processo Civil, como forma tornar o processo tempestivo, momento em que se observa a elevação do tempo no processo ao nível de importância por tempos ignorado.

---

<sup>19</sup> DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em Relação a Parte Incontroversa da Demanda**, p. 45.

<sup>20</sup> Citando Carnelutti e Satta, Luiz Guilherme Marinoni traça um paralelo entre os procedimentos à luz da doutrina clássica italiana, que buscaram isolar o Direito Processual Civil do Direito Material. Na mesma senda, cita a doutrina de Satta, que utiliza-se do termo *deviazione* para os procedimentos diversos ao comum, ou seja que fugiam do “schema típico del processo contencioso ordinário” (Dritto processuale civile, v.1, p.755). MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria..., op. cit.**, p. 219

<sup>21</sup> O grande inconveniente da generalização do procedimento ordinário é justamente sua inadequação às diversas necessidades do direito material. O mito do processo ordinário fez com que durante muito tempo se acreditasse que ele funcionaria como um coringa, como um procedimento neutro que, por isso mesmo, poderia se adequar a todo e qualquer litígio da vida de relação. (DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela..., op. cit.**, p. 45).

Ademais, o processo ordinário, como fora pensado<sup>22</sup>, jogou o tempo do processo nas costas do autor do litígio, fazendo com que este suporte na íntegra os efeitos da morosidade. Por outras palavras, é como transferir a “responsabilidade” pelo atraso judicial para a esfera jurídica daquele que busca uma resposta jurisdicional e a obtenção de um bem da vida.

Rogéria Dotti DORIA<sup>23</sup> evidencia com clareza a função do tempo dentro da prestação jurisdicional do Estado:

“(...) é preciso considerar que o recurso do tempo possui reflexo direto na qualidade e eficácia da prestação jurisdicional. O tempo despendida entre a propositura de uma ação e a satisfação do direito possui extrema relevância jurídica. A ciência do Direito atualmente não interessa mais apenas examinar os institutos processuais como se fossem pérolas desprovidas de um contexto. Aos juristas deve importar o estudo do fator tempo e suas implicações na prestação jurisdicional e na vida dos jurisdicionados.”

Afirmações essas que se encaixam perfeitamente com o conceito mais aproximado de tutela justa, pois aos litigantes – pessoas de carne e osso, a demora do processo pode gerar angústia, desconforto psicológico, tristeza e pobreza, fatos que nos trazem *a priori* o velho fardo da morosidade processual e, *a posteiori*, as indagações retóricas da injustiça que a justiça atrasada proporciona.<sup>24</sup>

Corroborando com o exposto, Luiz Guilherme MARINONI<sup>25</sup> espanca qualquer dúvida acerca da cientificidade do tempo no processo:

“É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão.”

---

<sup>22</sup> Ovídio Baptista da Silva afirma que o processo ordinário “*fixa cronologicamente a data em que o julgador dever; a formar seu convencimento, que é o dia em que ele, depois de receber os autos conclusos para sentença, estará autorizado para declarar o direito. Assim, no curso da lide ele não está autorizado a decidir, a conceder liminares, a alterar o status que ante.*” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **O processo civil e sua recente reforma. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier**, p. 427).

<sup>23</sup> DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela...**, op. cit., p. 23.

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa...**, op. cit., p. 17.

<sup>25</sup> **Abuso de Defesa...**, op. cit., p. 16.

Deveras, insta mencionar que o conceito de defesa da forma como entendido pela doutrina majoritária também posiciona-se como grave entrave na demora da prestação jurisdicional e na distribuição do tempo no processo, pois se concebida na amplitude máxima, o autor pode ser compelido a privações extremadas.

Por viés, temos por derradeiro na doutrina pátria uma forte corrente que sobrepõe o direito ao contraditório e à ampla defesa como primazias do processo justo. Neste ponto, os doutrinadores se demonstram céticos em relação ao tempo dentro do processo, prezando em demasia pela busca da segurança jurídica e certeza<sup>26</sup>.

O *due processo of law*<sup>27</sup> deve ser preservado, até porque é uma das mais importantes conquistas do Estado Democrático de Direito. Ocorre que, como se pretende demonstrar neste trabalho, por vezes, o direito pode ser traído pelos seus próprios princípios, motivo pelo qual o processo deve ser utilizado pelas partes com o máximo de lealdade<sup>28</sup>, sob pena de usurpar sua real finalidade.

Nesta seara, repise-se que a tutela prestada de forma intempestiva causa danos inestimáveis ao autor que tem razão<sup>29</sup>. Sob essa ótica, há de se observar o verdadeiro sujeito que reivindica, tirando a venda dos olhos daqueles que movem o direito, para enxergar o cidadão concreto e não aquele “homem sem rosto”, com o fito de apaziguar suas angústias e decepções em face de uma solução tardia.

Em suma, o tempo tem grande relevância dentro e fora do Processo Civil, devendo ser visto com olhos atentos para garantir que não haja violação de direitos individuais e transgressão da real finalidade do processo.

---

<sup>26</sup> Esta realidade, de tão fácil compreensão, continua a ser desconsiderada por muitos processualistas que não conseguem enxergar para além dos mitos do processo ordinário, da segurança e da busca da certeza. Para eles pouco importa quantos meses (ou anos) sejam necessários até ser proferida a sentença final. O relevante é que tal decisão tenha o peso de coisa julgada, seja definitiva. (DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela...**, *op. cit.*, p. 24).

<sup>27</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 171-173.

<sup>28</sup> Neste íterim, faz-se necessário citar as palavras de Bruno Vaconcelos Carrilho Lopes no que tange o dever de lealdade das partes no processo: “O processo não é uma contenda entre particular na qual tudo é válido. O interesse público, no correto desenvolvimento da atividade processual, é incompatível com atitudes das partes voltadas a obstar o regular curso do processo, com condutas desleais que visem unicamente a enganar o julgador ou a protelar seu desfecho. “Come ogni rapporto giuridico o sociale Il rapporto processuale deve esser governato dalla buona fede.” É necessário ressaltar ainda o princípio da moralidade (CF, art. 37, caput), inerente à atividade do Poder Público e que alcança diretamente a atividade das partes no processo, pois estas contribuem para o desempenho da função jurisdicional. O interesse público, a moralidade e a dignidade da justiça subjacentes ao concreto desenvolvimento da atividade jurisdicional conduzem à necessidade de impor deveres éticos aos sujeitos processuais, regras éticas de conduta a serem observadas sob pena de imposição de sanção. (CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Tutela Antecipada Sancionatória**, p. 30). Conforme, ainda, THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, n. 2.4, p. 107.

<sup>29</sup> “É preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, *op. cit.*, p. 18)

Mais uma vez trazemos à baila os ensinamentos de Luiz Guilherme MARI-  
NONI, fundado nas lições de Nicolò TROCKER<sup>30</sup>, que perfeitamente resumem a im-  
portância do tempo no processo:

“Se o processo retira da vida o seu próprio impulso, ele não pode – apenas porque deve almejar a “descobrir a verdade” – deixar de considerar as ne-  
cessidades do autor, a menos que deseje celebrar, através de um procedi-  
mento fúnebre, não só o rompimento com a vida, mas também a sua com-  
pleta falta de capacidade para realizar os escopos do Estado.”

## **2.2. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45/2004 (Art. 5º, inciso LXXVIII, da Consti- tuição Federal)**

A morosidade do sistema judiciário fez ascender no seio da sociedade inquie-  
tações, angústia e descrédito pelo aparato judicial. A tempestividade da tutela juris-  
dicional, cada vez mais distante, clamava por uma proteção efetiva e objetiva ao di-  
reito à razoável duração do processo.

Humberto THEODORO JÚNIOR<sup>31</sup> evidenciou os anseios da sociedade con-  
temporânea no curto lapso temporal em que ocorrera a reforma processual:

Como os tempos atuais cada vez se caracterizam mais pelo ritmo acelerado  
de vida, tanto nas relações sociais como econômicas, a prestação jurisdic-  
cional, como um todo, se torna alvo do descrédito e da censura generaliza-  
da, pela notória inaptidão dos serviços judiciais para se amoldarem à dinâ-  
mica da sociedade.

Deveras, os litígios se estendiam – e ainda se estendem – por longo e injusti-  
ficado tempo, gerando no espírito dos litigantes inconformação e desprezo pelo Po-  
der Judiciário, que se demonstra incapaz de solucionar de forma eficaz os litígios.

Ora, associando o atraso da justiça com a visão cética em relação ao tempo,  
conforme exposto, não seria difícil sustentar que voltamos aos tempos mais primór-  
dios no qual prevalece “a lei do mais forte”.

---

<sup>30</sup> TROCKER, Nicolò, *Processo civile e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 276-277 *Apud* MARI-  
NONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, *op. cit.*, p. 19.

<sup>31</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada. Aspectos...**, *op. cit.*, p. 187.

É o que se observa corriqueiramente nas relações de consumo dentro e fora de litígios judiciais. Exemplificando: não incomum observar consumidores que têm o direito violado – por vício no produto, cláusula contratual ilegal, multas e juros abusivos – e deixam de pleitear judicialmente o direito negado na esfera administrativa sob o argumento de que *“não vale a pena aguardar o tempo e a preocupação de um processo judicial.”*

Dessa forma, prevalece o direito da empresa em face do consumidor, hipossuficiente na relação de consumo. Ainda, de fácil constatação, o demandante abastado em face do demandante com situação econômica precária, que razão lhe assiste, mas ante o alto custo e o tempo processual aceita acordos medíocres pela impossibilidade de suportar o dano marginal que o processo venha a lhe gerar.

Forçoso negar que tais situações estão presentes no cotidiano de nossa sociedade e inegável, também, deixar de reconhecer que há, nesses casos, prevalência do “mais forte” em detrimento do “mais fraco”, com o que a tutela jurisdicional contemporânea não pode concordar.

Ora, o legislador atento a tais anseios da sociedade, cumprindo com a função para qual foi eleito, vem modificando consideravelmente o perfil do sistema judiciário brasileiro, adequando-o as necessidades modernas. A adição ao sistema de técnicas capazes de evitar tal desvio entre as partes, socorrendo prontamente os direitos urgentes, bem como distribuindo<sup>32</sup> o ônus do tempo no processo rechaçam tais disparidades, oportunizando um processo isonômico.

Sem embargo aos diversos avanços, nos presta para o momento ressaltar a modificação expressiva que houve no texto constitucional com a edição da EC nº. 45/2004, que agregou à Carta Magna, em seu art. 5º, o inciso LXXVIII, o preceito fundamental: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”*

O recente princípio fundamental vai além do enunciado implícito na Constituição Federal, através do devido processo legal e o acesso à justiça. Isso porque vincula diretamente o Judiciário à tarefa de promover a ideal organização judiciária

---

<sup>32</sup> Discorrendo em obra acerca da técnica do art. 273, inciso II, do CPC, o socorro-nos novamente às palavras do professor Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela antecipatória, neste caso, exatamente porque oportunidade para a generalização de um mecanismo de distribuição do tempo do processo, evita que se veja na aceleração da execução qualquer privilégio atribuído a uma determinada posição social em detrimento de outra”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, op. cit., p. 110).

(servidores, magistrados, tribunais), bem como repelir atos dilatórios desnecessários, seja no âmbito administrativo ou processual.

Visão que se vislumbra nos tribunais pátrios. Vejamos.

(...) - O direito processual civil deve ser lido como direito constitucional aplicado e, dentro dessa vertente, deve ainda ser objeto de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais. - Sendo o próprio acesso à justiça um direito fundamental, não se poderia entendê-lo senão como um direito a uma "proteção efetiva", como bem observa Robert Alexy, já que obrigado o Estado (inclusive na sua feição judiciária) a provê-lo de maneira eficiente e tempestiva. **No que ora interessa, importa observar que dentro dessa tutela jurisdicional efetiva vai compreendido o direito a um processo com duração razoável, sem dilações indevidas, que bem distribua o ônus do tempo processual entre as partes. Consectário esse, aliás, que hoje se encontra inclusive explícito em nossa Constituição (art. 5º, LXXVIII).**<sup>33</sup>

Na mesma banda do Judiciário, ao Executivo, cumpre o dever-poder<sup>34</sup> de organizar a justiça adequadamente, conferindo recursos e viabilizando meios para a ampliação, qualificação e maximização dos serviços prestados. Com efeito, a vinculação promovida pelo primado constitucional afasta as reiteradas desculpas quanto ao acúmulo de serviço, a complexidade dos litígios, a insuficiência de pessoas, que retardam o caminhar judicial.

Isso porque, tais escusas podem, até certo ponto, eximir o trabalho prestado pelo juiz e até mesmo do Judiciário, “*mas não nunca eximir o Estado do dever de presta a tutela jurisdicional de forma tempestiva.*”<sup>35</sup>

Por óbvio que a pretensão do legislador não foi instituir um prazo determinado para que uma demanda tenha seu desfecho concretizado, afinal de contas, existem peculiaridades do caso concreto que o Legislativo não pode – sequer teria possibili-

---

<sup>33</sup> TRF4, AC – 200104010852029, Desª Rel. VÂNIA HACK, 3ª Turma, j. 12/09/2005, DJe. 05/10/2005.

<sup>34</sup> Ressaltando este aspecto, veja-se Marcelo Abelha Rodrigues “O conceito, clássico e tradicional, que poderíamos extrair de jurisdição com base na tripartição de poderes é o de que a jurisdição é o poder-dever-função do Estado de, quando provocado, substituindo a vontade das partes, fazer atuar a vontade concreta da lei para realizar a paz social.”

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria...**, op. cit., p. 223.

dade de – prever, mas a instituição de normas que permitam acelerar a tutela jurisdicional, tornando-a tempestiva, é dever inafastável do legislador<sup>36</sup>.

Neste íterim, reitera-se que a técnica, vista à luz da efetivação dos primados constitucionais, que concede maior efetividade ao processo é a antecipatória, vez que propicia as partes o direito a prática dos atos praticados de forma frutífera e célere, tornando a utilização do tempo útil e proveitosa.

Conexão nítida da técnica ao direito fundamental à duração razoável do processo, pois ao autor que tem seu direito substancial ameaçado pelo perigo da demora, cabe o direito à concessão da antecipação da tutela ou a medida cautelar; da mesma feita o autor que traz de forma consistente provas do fato constitutivo alegado, exaurindo sua atuação probatória ativa, merece a antecipação dos efeitos da tutela baseada em abuso de direito de defesa em face do réu que apresenta defesa direta ou indireta carente de seriedade.

O tempo recaí quase que em sua totalidade sobre o autor<sup>37</sup>, que deve suportá-lo como se fosse sua culpa a lentidão de determinados atos processuais. O tempo do processo deve ser observado com maior precisão, de forma que sua distribuição entre as partes litigantes torne a tutela jurisdicional isonômica, e, como consequência, alcance a máxima tempestividade, efetivando o direito fundamental à duração razoável do processo.

Contudo, ressalte-se que *“a norma não garante apenas tutela jurisdicional tempestiva ao autor, mas também confere ao demandado e à sociedade o direito à duração razoável do processo”*.<sup>38</sup>

Por conseguinte, na função estatal em conceder tempestividade à tutela jurisdicional à sociedade, verificam-se medidas hodiernas – como o **II Pacto Republicano** – cuja finalidade nada mais é que uma busca à efetivação do princípio fundamental da duração razoável do processo para toda a coletividade.

---

<sup>36</sup> Cumpre mencionar a responsabilidade do legislador, que, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “tem a obrigação de construir procedimentos que tutelem de forma adequada e tempestiva os direitos, assim como o dever de instituir técnicas processuais que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo no processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, **op. cit.**, p. 20-21)

<sup>37</sup> Efeitos danosos ao extremo ocorrem quando o autor tem razão e possui situação econômica precária.

<sup>38</sup> Artigo MARINONI

### 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E À TUTELA ANTECIPADA

#### 3.1. O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Ao enunciar o presente tópico, cumpre-nos delimitar os traços que serão adotados em nosso estudo. Isso porque o conceito e definição<sup>39</sup> do direito à tutela jurisdicional efetiva divergem consideravelmente dentro das correntes doutrinárias, de forma que apontar no presente tópico o real escopo do trabalho monográfico facilitará a compreensão da importância da tutela antecipada na efetividade processual.

Com efeito, optamos por abordar à tutela jurisdicional efetiva através de um enfoque da prestação jurisdicional que visa remover as injustiças processuais, promovendo a pacificação litigiosa por meio da adequada proteção do direito material posto, de forma que a atuação Estatal propicie “às partes o resultado desejado pelo direito material”<sup>40</sup>, ou seja, conferindo condições de participação efetiva aos demandantes – no âmbito da ação e da defesa – no processo.

Dentro desta seara, pedimos a vênia para transcrever as lições de Chiovenda, reproduzidas pelo professor Sérgio Cruz ARENHART em defesa da efetividade processual, visando demonstrar a relevância de tal máxima no processo hodierno: “Il processo deve dare per qaunto è possibile praticamente a chi Il un diritto tutto quello e próprio quello ch’egli há diritto di conseguire”<sup>41</sup>.

Abandonamos, dessa feita, a definição do tema como mera prestação do serviço jurisdicional, em que o direito de ação seria efetivado com a prolação da sentença resolve o mérito<sup>42</sup>, focando-nos para a prestação jurisdicional na qual o Estado

---

<sup>39</sup> Nesse momento, importante ressaltar que não adotaremos o conceito e a definição exatas do que vem a ser o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tendo em vista a dificuldade de se construir linhas concretas e absolutas sobre o tema, o que não é objeto principal do presente estudo. Assim, os contornos exatos só poderão ser vislumbrados em observância ao caso concreto, conforme MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**, p.11.

<sup>40</sup> Evidentemente, a tutela jurisdicional não se apresenta, apenas quando o Estado confere a proteção requisitada pelo autor da demanda. E mais, tutela jurisdicional não se confunde, de modo algum, apenas com o provimento final emanado da jurisdição, em que se acolhe a pretensão do autor. (ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela...**, **op. cit.**, p. 37).

<sup>41</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. Vol. I, p. 110 *Apud* **A Tutela...**, **op. cit.**, p. 01.

<sup>42</sup> “Tutela jurisdicional não é mero exercício da jurisdição, ou outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever que tem como contraposto o poder de ação. A ação está satisfeita com a emissão do provimento de mérito, favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmen-

confere mecanismos suficientes para a adequada e efetiva garantia dos direitos do jurisdicionado, e não apenas assegurando direito no âmbito formal.

Ou seja, apreciamos a sentença em uma seara mais ampla, na qual deve ser propiciado as partes – autor e réu – o direito ao provimento da sentença de mérito e aos meios e técnicas processuais capazes de preservar seus interesses – a saber: ao autor que tem razão, à tutela do direito material pretense; e ao réu, os meios de defesa que possibilitem a comprovação da inexistência do direito material alegado.<sup>43</sup>

Importa, ainda, apontar à tutela tempestiva e preventiva, inerentes ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A tutela tempestiva reclama pelo direito ao autor requerer a técnica da tutela antecipada, que tem como foco a duração razoável do processo e o uso racional do tempo por parte do réu e do juiz. A tutela preventiva relaciona-se à proteção das diferentes tutelas de direito, como forma de evitar dano eminente, por violação do direito, ou que o ato violador não se propague no tempo agravando ou causando danos.

Nesta senda, podemos extrair as seguintes peculiaridades primordiais da tutela jurisdicional efetiva, (i) o direito à técnica processual adequada; (ii) o direito de participação através do procedimento adequado; (iii) a resposta jurisdicional motivada e dotada de eficácia prática e; (iv) a possibilidade de defesa.<sup>44</sup>

Por conseguinte, tais características aplicadas ao caso concreto podem ser observadas como procedimentos especiais (ações possessórias), tutela de direitos difusos, coletivos e homogêneos, e as comumente aplicáveis aos processos, as sentenças mandamentais, os meios adequados de execução (multa, busca e apreensão) e as técnicas de antecipação de tutela.

Ainda que não tenhamos exaurido as garantias que se pode extrair do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois não é este nosso objetivo, apontamos apenas os essenciais para o escopo que pretendemos apresentar no presente traba-

---

te técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tutela Jurisdicional**, p. 54).

<sup>43</sup> Importante mencionar os ensinamentos de que “a sentença (compreendida como medida processual) e a execução adequadas são óbvios corolários do direito de ação, impondo a conclusão de que o direito de ação, muito mais do que o direito ao julgamento do pedido, é o direito à efetiva tutela jurisdicional. Isso porque, por efetiva tutela jurisdicional, deve-se entender a efetiva proteção do direito material, para a qual são imprescindíveis a sentença e o meio executivo adequados”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria...**, **op. cit.**, p. 217.

<sup>44</sup> As referências extraídas da doutrina de MARINONI, Luiz Guilherme (**Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 185 e ss.) e BEDAQUE, José R. dos Santos (**Direito e Processo**, p. 29).

lho, a saber: conferir aos litigantes formas objetivas e concretas de efetivação dos direitos oferecidos pelo Estado.

Com efeito, partiremos ao enfoque da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, por vezes, preventiva. Buscando apresentar a técnica que se aplique ao supra discorrido, pois a compreensão desses direitos fundamentais exige a adequação da técnica à tutela enunciada pelo direito material, por outras palavras, busca-se visualizar a técnica processual na medida que reclama o direito material.<sup>45</sup>

Diante o exposto, compartilhamos da conclusão exarada pelo Professor Luiz Guilherme MARINONI<sup>46</sup> a despeito do tema:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam a na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direito, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

Por fim, restamos instados a entrar em um particular de inestimável importância na sociedade hodierna, o direito à tutela antecipatória, ponto que pode ser extraído no intrínseco do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois o simples retardo na concessão do bem da vida pretendido ao autor que tem razão é desprezar as expectativas sociais dos litigantes e a confiança dos cidadãos na ação do Estado.

---

<sup>45</sup> Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetiva ocorra do modo menos gravoso ao réu. MARINONI, Luiz Guilherme. **Artigo: O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direito fundamentais.**

<sup>46</sup> *Ibidem*, artigo.

### 3.2. O DIREITO À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA<sup>47</sup>

Rememore-se que o direito à tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental inafastável dos litigantes (autor e réu) e corresponde tutela tempestiva, adequada e, por vezes, preventiva. Ou seja, “*é preciso também oferecer condições para que a análise pelo judiciário se dê de uma maneira adequada, que realmente atenda os interesses dos jurisdicionados.*”<sup>48</sup>

Corroborando com o exposto, enunciou o Professor Sérgio Cruz ARENHART<sup>49</sup>:

(...) se o Estado proíbe a autotutela privada e exige que toda satisfação coativa de direito se dê por sua intervenção, deve dotar o sistema jurídico de mecanismos capazes de, tempestivamente, atender às pretensões manifestadas na sociedade. Daí por que constitui, evidentemente, elemento natural a qualquer ordenamento jurídico a previsão dos mecanismos de proteção de urgência.<sup>50</sup>

Conforme narrado preteritamente, a jurisdição no Estado do bem estar social enseja a interpretação das normas sob o viés constitucional. Nesta senda, a tutela jurisdicional não escapa ao direito à tutela de urgência, para o que se invoca a técnica antecipatória como técnica voltada a proteção dos direitos urgentes e da distribui-

---

<sup>47</sup> Abre-se espaço para as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, consignadas à época das discussões acerca da instituição da tutela antecipada, que com autoridade advertiu que “*As ações ordinárias em sua maioria visam ao pagamento de soma em dinheiro e, ao contrário das ações de execução (fundadas em título extrajudicial), são propostas por pessoas físicas. Não admitir a expropriação de bens móveis – que podem ser facilmente indenizadas – nestas ações é simplesmente não admitir a antecipação em uma série de situações concretas ou, para lembrar mais uma vez a lição de Alcides de Mendonça Lima, não dar ao credor ‘vantagem alguma com sua pressa’. Nós queremos que a antecipação traga alguma vantagem ao jurisdicionado! A tutela antecipatória foi pensada para contornar a morosidade da Justiça, e, portanto, querer submetê-la aos mesmo princípios que escravizam o procedimento que ela pretende remediar constitui um vivo sinal de desprezo pela sua teologia. Assim, não vale argumentar contra nossa tese com base em exemplos tirados do positivismo jurisprudencial ou legalista de um passado descomprometido com a efetividade do processo, ou, melhor, com o ‘processo justo.’*” (MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do processo civil. São Paulo. Ed. Malheiros. 1995. p. 105 *Apud* ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela Antecipada**, p. 158-159).

<sup>48</sup> DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela...**, *op. cit.*, p. 26.

<sup>49</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A Antecipação de Tutela e as alterações da Lei 10.444/2002. Estudos de Processo Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.** Coordenador: Luiz Guilherme Marinoni, p. 278.

<sup>50</sup> No mesmo sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais.** In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (Coord.) Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares. São Paulo: RT, 1995. P.85.

ção do tempo visto como ônus. Com efeito, sua análise deve ser pautada sob o viés constitucional do inafastável direito de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV).<sup>51</sup>

Dentro dessa ótica, a tutela antecipatória é um direito fundado nas necessidades gerais da tutela do direito. Por vezes, a inobservância do instituto pode gerar o perecimento do direito posto à apreciação do Judiciário, de forma que prestação da tutela jurisdicional dos direitos pode se esvaziar e conseqüentemente restar imprestável ante o perecimento do direito ou a demora injustificada.

Dessa forma, inevitável tratar a tutela como um direito<sup>52</sup> oriundo do conteúdo da Carta Magna, decorrente de direitos fundamentais explícitos, tais como o de acesso à justiça e à duração razoável do processo (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF)<sup>53</sup>.

Se acobertada, também, pelo direito fundamental à tutela efetiva, por óbvio que ao demandante além do direito de requerer e obter a tutela antecipada, deve ser garantido ao jurisdicional “o direito ao bem da vida outorgado por essa decisão. Ou seja, pensar em direito à tutela antecipatória implica em falar na sua plena e integral efetivação.”<sup>54</sup> Noutra palavras, cuida-se do direito fundamental à tutela antecipatória e aos meios executivos adequados que permitam a efetivação do direito deferido mediante tal técnica.<sup>55</sup>

A antecipação de tutela segue a classificação da tutela pretensa, de forma a adequar sua efetivação ao caso concreto. Isso porque seria incongruente imaginar o direito fundamental à antecipação da tutela e não se cogitar, na mesma linha, sua plena efetivação, fazendo emanar efeitos na realidade social.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> A figura da tutela antecipada – e, por conseqüência, a reforma processual em comento – tem inegável assento constitucional e é com os olhos voltados para essa premissa que o tema merece ser examinado. (ARENHART, Sérgio Cruz. **A Antecipação...**, op. cit., p. 277).

<sup>52</sup> “(...) o jurisdicionado possui direito à técnica antecipatória. Direito à técnica antecipatória quer dizer direito à possibilidade de requerimento e de obtenção da antecipação da tutela. Nesse sentido, o direito à técnica antecipatória é o direito à técnica processual capaz de viabilizar a antecipação da tutela.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica...**, op. cit., p. 155)

<sup>53</sup> Além de considerarmos a técnica antecipatória como a técnica processual mais eficaz a efetivação dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, buscamos suporte introdutório que nos possibilitem tratar da tutela antecipada baseada no abuso de defesa, com a conseqüente distribuição do ônus do tempo entre as partes, cuidando-se de uma arma que coibi a defesa abusiva mediante a efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 155-156.

<sup>55</sup> Com o advento do instituto da tutela antecipatória, não se torna correto afirmar que os meios executivos adequados são aplicáveis tão somente em face da sentença que resolve o mérito, mas também em decisões interlocutórias, ante a eficácia plena e imediata que técnica antecipatória premia.

<sup>56</sup> Nesse sentido, é a lição de Canotilho: “Finalmente, a existência de uma proteção jurídica eficaz pressupõe a exequibilidade das sentenças (‘fazer cumprir as sentenças’) dos tribunais através dos tribunais (ou, evidentemente, de outros órgãos), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz.” Direito Constitucional, cit., p. 654. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica...**, op. cit., p. 157.

Neste contexto, temos por certo que a adequação da técnica empregada, bem como o meio executivo necessário e idôneo, deve seguir a interpretação da Carta Constitucional, não havendo espaço para se pensar em tipificação de todos os meios executivos para cada direito substancial, ou pensar em um procedimento uno<sup>57</sup>.

Além de observarmos a necessidade do meio adequado à efetivação dos tipos de tutela antecipada insculpidos pelo legislador, constata-se também uma semelhança entre as diversas formas da técnica antecipatória – a saber, a probabilidade<sup>58</sup>, ainda que em graduações distintas<sup>59</sup>, de existência do direito pleiteado, elencado no art. 273, *caput*, do CPC.

Em que pese a semelhança quanto a probabilidade do direito, a técnica de antecipação dos efeitos da tutela foi estruturada de diferentes formas, autônomas entre si, as quais são exigíveis em caso de (i) receio de dano, dano irreparável ou de difícil reparação (arts. 273, I, 461, §3º, e 461-A, do CPC, e 84, §3º, do CDC); (ii) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC); e (iii) parcela incontroversa da demanda (art. 273, §6º, do CPC), sendo independentes entre si, cuidando-se de espécies distintas de tutela antecipada.

Ademais, apontaremos de início pressupostos concorrentes e alternativos relevantes entre as diversas espécies de tutela antecipada, para daí então adentrarmos ao cerne do presente trabalho, quando passaremos a discorrer com mais vagar acerca da tutela antecipada no abuso do direito de defesa como meio de efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo.

---

<sup>57</sup> (...) uma (pseudo) coerência processual e que faz questão de ignorar o direito material e a realidade social. Pouco importa saber qual é a regra para a execução da quantia certa devida em razão de sentença, mas saber em contato com a necessidade – no plano do direito material e da realidade social – do lesado que tem que esperar o tempo para a entrega da tutela jurisdicional final. (*Ibidem*, p. 158).

<sup>58</sup> Conforme, CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Tutela...**, *op. cit.*, p. 58.

<sup>59</sup> Não buscamos apresentar uma fórmula mágica que nos apresente com um resultado final ou que fixe parâmetros concretos de probabilidade de cada tutela antecipatória. Falamos em probabilidade de forma genérica conforme a doutrina de Dinamarco: “chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoas, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar também não ousa negar” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**, p. 145).

## CAPÍTULO II – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA ANTECIPADA

### NOTA INTRODUTÓRIA

As modificações substanciais que se processaram no Código de Processo Civil brasileiro causaram uma vultuosa gama de discussões na doutrina e jurisprudência pátria, motivando pensadores, aplicadores e julgadores do direito a rediscutirem o sistema processual civil por inteiro, uma vez que as modificações não tiveram reflexos tópicos, mas sim no sistema<sup>60</sup>.

O instituto de maior relevância, em meados de 1994<sup>61</sup>, bem como o mais inovador<sup>62</sup>, foi o da técnica antecipatória. Não são poucas as obras que travam discussão acerca do tema, aprofundando e abrindo horizontes acerca da técnica ao longo dos anos. Na mesma escala, a construção doutrinária se voltou em demasia à tutela antecipada do art. 273, I, do CPC<sup>63</sup>, caracterizada principalmente pelo *periculum in mora*.

Salvo incansáveis pesquisadores jurídicos, em busca do aperfeiçoamento constante do direito brasileiro, poucas páginas foram vocacionadas diretamente às tutelas sumárias previstas no art. 273, II e §6º do CPC. Sem embargo às obras preponderantes acerca do tema “antecipação de tutela”, pretendemos pontuar considerações sem as quais poderíamos confundir com a espécie de baseada no *periculum in mora*.

Neste capítulo pretende-se abordar os aspectos comuns relevantes que tangenciam as diversas formas de concessão antecipada da tutela, apresentando também distinções peculiares, de forma a introduzir o tema principal do trabalho, a tutela antecipada no abuso de defesa.

---

<sup>60</sup> “(...) o que se deve ter, sobretudo, presente quando se faz a exegese do art. 273 (CPC), é que ele representa uma nova concepção de processo civil, uma alteração nos seus rumos ideológicos, marcada pelo acentuado privilégio do princípio da efetividade da função jurisdicional. Ora, a especial salvaguarda desse princípio, feita pelo legislador, tem reflexos não apenas tópicos, ou seja, não apenas num ou noutro dispositivo codificado, mas passa a permear todo o sistema, que, por isso mesmo, deve ser reinterpretado à luz dos valores jurídicos assim privilegiados. (ZAVASCKI, Teori Albino. **A Antecipação da Tutela**, p.75.)

<sup>61</sup> Lei nº 8.952/1994.

<sup>62</sup> A partir de então resta prejudicada a exigência da “certeza” para invadir a esfera jurídica do litigante desprovido de razão, sucumbindo o princípio do *nulla executio sine titulo*.

<sup>63</sup> 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: (g.n)

## 1. A UNIVERSALIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Conforme discorrido, cumpre rememorar que a tutela antecipada é um poderoso instrumento a conferir a efetividade e a tempestividade que o Estado Democrático de Direito reclama da tutela jurisdicional. Com efeito, calcada em princípios fundamentais, sua origem pode ser compreendida como uma leitura apurada de primados constitucionais (tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo) que influenciam diretamente a disciplina do Processo Civil.

Constata-se que a técnica antecipatória visa conferir tratamento diferenciado para direitos evidentes e para direitos que apresentam perigo eminente ou grave lesividade em caso de manutenção da violação. O direito que é demonstrado robustamente e se torna evidente de plano merece ser tutelado imediatamente, acobertado pela técnica antecipatória que tende à evidência do direito em contraposição a defesa exercida de forma abusiva. Noutro vértice, em caso de perigo eminente ou grave lesividade na manutenção da violação, a técnica permite a antecipação da tutela à luz da probabilidade da existência do direito e no fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação.

A tutela antecipada, observada como fenômeno processual, passou por difíceis caminhos, causando celeuma e resistência entre os ortodoxos, pois inserida no bojo do processo de conhecimento, importa na antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido vestibular, desmistificando o “mito da coisa julgada material”. Isso porque, importa saber, que não é somente a coisa julgada que dá conteúdo jurídico ao provimento, nem a tutela baseada na coisa julgada que interfere nas relações jurídicas substanciais.

A técnica antecipatória não está intrinsecamente ligada com a sentença exauriente de improcedência, mas sim com o trânsito em julgado da sentença de improcedência. Neste viés, a tutela sumária baseada no *periculum in mora*, se julgada improcedente, em casos excepcionais, pode ser mantida, pois a improcedência do pedido em primeira instância não exclui a possibilidade e incorrer o dano irreparável<sup>64</sup>, de forma que a pendência do recurso pode manter a prolação dos efeitos da tutela antecipada.

---

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**, p. 166-168.

Os efeitos de caráter fático e jurídico emanados pelo deferimento da tutela antecipatória podem ser observados, conforme permissivo do art. 273 do Código de Processo Civil, “após o encerramento da fase postulatória – com o que se sepultam as provas procrastinatórias”, bem como de forma que “antecipa initio litis a própria pretensão material”.

Espaços temporais estes que na visão de processualistas como MARINONI, CARREIRA ALVIM<sup>65</sup> e OVÍDIO DA SILVA BAPTISTA, entre outros, ataca diretamente o mal que o próprio processo civil – se utilizado de forma desleal – pode propiciar ao demandante que tem razão, em favor do demandado que não o tem, tornando-se um perfeito instrumento da morosidade.

Por conseqüência, a tutela antecipada produz os efeitos que só poderiam se pretendidos na sentença final que resolve o mérito. A antecipação permite que a decisão interlocutória opere efeitos externos da sentença<sup>66</sup>.

A reforma que se processou na disciplina processual civil, que disciplinou o instituto da tutela antecipada, trouxe ao bojo da sociedade a possibilidade concreta de uma prestação jurisdicional mais justa e célere. As técnicas antecipatórias passaram de ultrapassaram as medidas especiais para alcançar a generalidade de procedimentos. Neste ínterim, modificações significativas foram sentidas em todo o sistema, do processo de conhecimento à execução, da cautelar aos procedimentos especiais.

A generalidade da medida antecipatória não implica em simplicidade para concessão, tendo em vista que a forte repercussão que a tal medida opera dentro do processo, causando, inclusive, restrições a preceitos fundamentais.<sup>67</sup>, é o que pasaremos a demonstrar adiante.

## 2. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme exposto *alhures*, as modificações que se operaram ao longo das últimas décadas, no âmbito do direito processual civil, tiveram grande relevo, princi-

---

<sup>65</sup> ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela...**, **op. cit.**, p. 26.

<sup>66</sup> A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito. Essas conseqüências concretas podem ser identificadas como os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material. (MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação...**, **op. cit.**, p. 42-43).

<sup>67</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **A Antecipação...**, **op. cit.**, p.79.

palmente, na prestação da tutela jurisdicional, guardando relevância peculiar à técnica antecipatória como meio de efetivação dos preceitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo.

Ocorre, entretanto, que na medida em que se efetiva e tornando célere a prestação jurisdicional, há, sem dúvida, um conflito depreciativo direto ao direito fundamental à segurança jurídica, consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Nas palavras do Ilustre Ministro Teori Albino ZAVASCKI<sup>68</sup>:

“A antecipação dos efeitos da tutela, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, não foge à regra. Efetivamente, ao estabelecer que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, o legislador ordinário está, sem dúvida, estabelecendo restrição ao direito à segurança jurídica, consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Justamente por isso, tal restrição somente é admitida quando outro direito fundamental (o da efetividade da jurisdição) estiver em vias de ser desprestigiado.”

Constata-se, em tais ensinamentos, que a colisão de direitos fundamentais por vezes é inevitável, devendo o legislador apresentar alternativas para tais situações. Com efeito, observa-se que a mudança da mentalidade do legislador e do processualista, que hodiernamente visam o processo de resultado<sup>69</sup> com efeitos sociais<sup>70</sup>, acabou por estabelecer prevalência ao direito fundamental à efetividade e celeridade sobre o da segurança jurídica.

O legislador condicionou tal ponderação entre valores colidentes, com aplicação do princípio da necessidade, em casos que (a) haja receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou (b) quando fique caracterizado o abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **A Antecipação...**, op. cit., p.76-77.

<sup>69</sup> “Entendemos, no final do século XX, que os direitos devem ser efetivos e não apenas objeto de retórica” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Teoria da Ação Cautelar**, p. 64. “(...) o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz (...)” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**, p. 16).

<sup>70</sup> “Sentenças, decisões, comandos e remédios ditos heróicos concedidos por juízes e tribunais não passariam de puras balelas, não fora pelo resultado prático que sejam capazes de produzir na vida das pessoas e nas efetivas relações com outras e com os bens da vida” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Efetividade do processo e os poderes do juiz in Fundamentos do processo civil moderno**, p. 592.

<sup>71</sup> Condicionando a possibilidade concessão da tutela antecipada baseada no abuso de direito de defesa, ante o conflito do direito fundamental à tempestividade e à segurança, Luiz Guilherme MARINONI comentou: “No jogo entre a tempestividade e a segurança, a tutela antecipatória no art. 273, II,

Correlato ao princípio da necessidade associa-se o princípio da menor restrição possível, de forma que não podemos perder de rumo o fato de que a tutela antecipada envolve a *garantia constitucional de adequação, efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional* em descompasso com as *garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa*.

Bruno Vasconcelos CARRILHO LOPES<sup>72</sup>, asseverando acerca do princípio em voga pondera:

“Na devida ponderação dessas garantias, a restrição às últimas apenas é legítima na medida do estritamente necessário para dar guarida à anterior. Nesse contexto, a doutrina concebeu a existência de um princípio ínsito à disciplina da tutela antecipada, denominado princípio da menor restrição possível (...)”

No que tange a tutela baseada no receio de dano (*periculum in mora*), parece-nos óbvia a íntima ligação do princípio da necessidade e da menor restrição possível, na medida em que ocorrendo a perigo da demora, resta necessário o sacrifício dos primados que favorecem o réu para a proteção do direito do autor que corre risco de perecimento e que se demonstra provável.

No que se refere à tutela baseada no abuso de defesa, insta mencionar que há peculiaridades ímpares em relação ao princípio da menor restrição possível. Isso porque, não se constata o dano concreto sofrido pelo autor que tem razão, mas sim o dano marginal que a morosidade processual proporciona.

Como conseqüência, a defesa infundada, na medida em que afronta a dignidade da justiça<sup>73</sup> (dano marginal), e permite a concessão da tutela baseada no abuso de defesa, não encontra respaldo à aplicação dos princípios restritivos, até porque em grande parte dos casos restará provável o acolhimento da pretensão do autor e provável a sucumbência do réu.

---

somente é possível quando a defesa deixar entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para realização do direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, **op. cit.**, p. 44-45).

<sup>72</sup> CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Tutela...**, **op. cit.**, p. 72.

<sup>73</sup> Como a atitude desleal do demandado representa uma afronta à dignidade da justiça (...) não há razões para restrição, e toda a tutela jurisdicional pedida deve ser antecipada. (*Ibidem*, p. 73).

No mais, vislumbra-se o momento oportuno para requerer a antecipação dos efeitos da tutela em caso de abuso de defesa no momento em que se constate a apresentação da defesa infundada, com caráter meramente protelatório.

### 3. PRESSUPOSTOS E DISTINÇÕES RELEVANTES DO ART. 273 DO CPC

#### 3.1. REQUERIMENTO DA PARTE

O *caput* do art. 273 do CPC giza que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, *existindo de prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.*”

Inicialmente, em uma leitura literal e apresada do termo “podará” poderíamos extrair uma possível discricionariedade do juiz na concessão da tutela antecipada. Não obstante o significado semântico da palavra, o significado interpretativo<sup>74</sup> da norma jurídica nos remete a conclusão diversa, não devendo o intérprete ser conduzido a entendimento restritivo<sup>75</sup> por subjetividade do magistrado a um direito fundado em preceitos fundamentais<sup>76</sup>.

Ora, não há faculdade<sup>77</sup> do magistrado em antecipar os efeitos da tutela<sup>78</sup>, mas sim o direito subjetivo do requerente em recebê-la, desde que cumpridos os requisitos necessários, conduza o juiz ao convencimento da probabilidade da exis-

---

<sup>74</sup> Consoante lições de Carreira Alvim, no sentido de que “a expressão “podará” constante deste artigo não deve induzir o intérprete a supor que a antecipação da tutela seja uma mera faculdade da parte e um ato discricionário do juiz (...) Muitas vezes o legislador emprega inadequadamente a expressão “podará”, dando a aparência de uma faculdade, quando existe dever jurídico, e, outras, emprega a expressão “deverá”, aparentando impor obrigação, quando na realidade trata-se de uma mera faculdade. (ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela...**, *op. cit.*, p. 36-37).

<sup>75</sup> A legislação infraconstitucional, portanto, ainda que possa delimitar o direito de ação, estabelecendo para o seu exercício, bem como disciplinar os procedimentos, não pode, sob pena de lesão ao princípio constitucional, impedir o direito de ação, negar o direito de postulação de uma tutela urgente, ou ainda, porque resultaria no mesmo, estabelecer procedimento, cognição, provimento e meios executivos inadequados a uma determinada situação conflitiva. (MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação...**, *op. cit.*, p. 136).

<sup>76</sup> Conforme narrado alhures, a tutela antecipada é garantida pelo princípio da inafastabilidade previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o direito à adequada e efetiva tutela jurisdicional.

<sup>77</sup> “Não se trata de mera faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada e Tutela Cautelar. RT742, agosto de 1997, p. 44 Apud DORIA, Rogéria Dotti. (**A Tutela...**, *op. cit.*, p. 49).

<sup>78</sup> A antecipação de tutela, portanto, é o mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação (antecipada) de um direito subjetivo reivindicado em determinado processo. (*Ibidem*, p. 49).

tência do direito, que antecipará os efeitos total ou parcialmente, a partir do livre convencimento<sup>79</sup>.

Entretanto, em que pese o caráter fundamental da técnica antecipatória, tendo em vista que há antecipação dos efeitos do próprio mérito, ou seja, da própria sentença pretensa, para qualquer espécie de tutela antecipada o requerimento da parte indispensável, sendo defeso ao juiz deferi-la *ex officio*.

Neste ponto, insuperáveis as palavras de CARREIRA ALVIM<sup>80</sup>:

“Em se tratando de antecipação de tutela, que nada mais é do que a outorga, início litis, de um provimento de conteúdo provavelmente idêntico ao da sentença de mérito, não poderia o juiz adiantar ao autor o que não foi pedido. É que a efetivação de um provimento antecipado gera a responsabilidade objetiva do exequente, cumprindo-lhe, sobrevindo sentença que modifique ou anule o que foi objeto da efetivação, restituir as coisas ao estado anterior (art. 273, § 3º, c.c. art. 588, III).”

Neste diapasão, extraí-se que, não obstante a tutela antecipada tenha sido colocada à disposição do jurisdicionado como direito fundamental, cumpre ao demandante a faculdade de requerer a técnica satisfativa antecipada – fundada em análise aparente do direito pleiteado, pois ao requerente recairá a responsabilidade dos prejuízos irreversíveis oriundos da execução fundada em cognição sumária oportunamente revertida.

É o entendimento exposto nos Tribunais pátrios, a exemplo o julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *in verbis*:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. TUTELA EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. PRESUNÇÃO DE ANÁLISE EXAUSTIVA DOS AUTOS PELO MAGISTRADO. 1 - A antecipação de tutela somente pode ser concedida se presentes os requisitos previstos no art. 273, do Código de Processo Civil: a) a prova inequívoca da verossimilhança da alegação; e b) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou alternativamente, o abu-

---

<sup>79</sup> Discricionarismo pode haver tão-somente quanto a extensão e alcance do provimento, podendo haver antecipação total ou, dependendo das circunstâncias, uma antecipação parcial. (ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela...**, **op. cit.**, p. 37).

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 38-39.

so de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. **2 - Firmou-se o entendimento nesta Corte no sentido de não ser admitida a concessão de antecipação de tutela ex officio, sem prévio requerimento da parte.** Este requerimento prévio, contudo, pode ser feito em qualquer fase do processo. 3 - Ausente prova em contrário, há uma presunção de ter o magistrado, ao antecipar os efeitos da tutela no corpo de sentença de procedência, ter examinado exhaustivamente os autos, bem como empregado de forma adequada sua percepção pessoal dos fatos, de forma a aferir a existência dos pressupostos do art. 273, do CPC. (TRF4, Ag 200604000209493, Des. Rel. OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, Turma Suplementar, J. 30/08/2006, DJe. 13/09/2006).

Ademais, conforme pincelado no tópico retro, a tutela antecipada impõe restrições aos direitos fundamentais à segurança jurídica, ao contraditório e à ampla defesa, essenciais à composição do *due processo of law*, o que inviabiliza a concessão imotivada da tutela antecipada pelo juízo de apreciação.

Nesta toada, Cândido Rangel DINAMARCO<sup>81</sup> aborda o tema sob à luz do princípio constitucional do devido processo legal:

“A mais severa das limitações que o devido processo legal impõe ao exercício da jurisdição é a rígida proibição de exercê-la sem iniciativa de um sujeito que peça a tutela jurisdicional (CPC, arts. 2º e 262). Essa exigência é imposta em atenção à necessidade de preservar a imparcialidade do juiz e à inconveniência social de realizar processo para uma possível tutela a quem não se animou a pedi-la. Ela constitui a positivação legislativa das máximas *ne procedat iudex ex officio* e *nemo iudex sine actore*”

A par dos argumentos aqui lançados, apoiamos a idéia de que a tutela antecipada só poderá ser deferida, em qualquer forma e espécie, caso haja requerimento da parte, sob pena de malferir o princípio constitucional do devido processo legal, uma vez que, diferente da medida cautelar *ex officio* – que visa resguardar o processo e o correto exercício da jurisdição, a antecipação da tutela *ex officio* seria de interesse exclusivo da parte beneficiada.

Em que pese a posição majoritária da doutrina em favor *animus* do autor para concessão da medida sumária, parte da doutrina, que compreende a tutela anteci-

---

<sup>81</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, op. cit., v. II.

pada fundada no abuso de defesa como sendo sanção imposta pelo legislador, entende ser cabível a concessão da *tutela antecipada sancionatória ex officio*.

Vejamos a posição de Bruno Vasconcelos CARRILHO LOPES<sup>82</sup>:

“No caso da tutela antecipada sancionatória, no entanto, a situação é sensivelmente diversa. Como já referido, tal espécie de tutela antecipada assume a dúplice natureza de tutela antecipada e sanção processual. Enquanto sanção processual, ela visa a resguardar a lealdade das partes no processo, a preserva a lisura do interesse público. A situação assemelha-se à imposição de multa por litigância de má-fé (CPC, art. 18), a qual, por representar “um atentado não apenas aos direitos processuais da outra parte, mas principalmente à prestação jurisdicional”, deve ser imposta *ex officio* pelo magistrado”

Ainda, em contrário à possível responsabilidade objetiva do beneficiário da antecipação de tutela, em caso de reversão da medida, para o autor em voga, o mesmo não ocorreria no abuso de defesa “*pois a antecipação não decorre de uma necessidade do demandante (...), mas sim da deslealdade do demandado*”.<sup>83</sup>

Todavia, não nos filiamos a tal idéia, mantendo o entendimento expressado *alhures*, uma vez que a tutela antecipada no abuso de defesa é instrumento idôneo à efetivação de direitos fundamentais e não a repressão de medidas, até porque o Estado não pode impor sanção em determinado momento, sob o argumento de defesa infundada que ao final da demanda pode obter êxito inesperado.

Corroborando com o entendimento expressado, são as palavras de Luiz Guilherme MARINONI<sup>84</sup>, em obra acerca da tutela sumária do art. 273, II, do CPC:

“Frise-se que não é possível confundir o abuso de direito de defesa com litigância de má-fé. Para efeito de tutela antecipada, é possível extrair do art. 17 do CPC alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso de direito de defesa. Mas isto não significa que as hipóteses do art. 17 possam servir de guia para a compreensão da tutela antecipada fundada em abuso de direito de defesa.”

---

<sup>82</sup> CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Tutela...**, op. cit., p. 90.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, op. cit., p. 46.

Certamente tal entendimento apresenta-se com maior adequação ao estudo da matéria, pois em se tratando de tutela antecipada com o viés constitucional<sup>85</sup> próprio, não há que se cogitar uma sanção do legislador a uma conduta aparente, sob pena de criar um juízo inquisitório e injusto dentro do processo civil.

Ao adentrarmos no cerne do tema proposto no presente trabalho, estaremos diante do momento oportuno para cotejar a doutrina fundada na efetividade e a doutrina fundada na sanção do art. 273, II, do CPC, motivo pelo qual ora postergamos o aprofundamento, importando reconhecer momentaneamente que a tutela em apreço segue o requisito *animus actore*, em consonância com o *caput* do art. 273 do CPC.

### 3.2. PROBABILIDADE DE EXISTÊNCIA DO DIREITO – *Fumus Boni Iuris*

O legislador ao prescrever formas distintas de concessão da tutela antecipada, condicionou-as a observação de requisito indispensável em qualquer das espécies de antecipação. Iniciamos o presente tópico com as lições do professor Alcides MUNHOZ DA CUNHA<sup>86</sup>:

“Os três tipos de antecipação de tutela previstos no art. 273 têm, em comum, a exigência de prova suficiente sobre a verossimilhança da pretensão afirmada.”

A afirmação doutrinária corresponde aos pressupostos genéricos<sup>87</sup> indispensáveis e concorrentes à concessão de qualquer espécie de antecipação de tutela: “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***” (g. n.).

A leitura estritamente semântica traz a tona redação da lei de forma confusa, deixando à interpretação da norma aos cuidados das diversas correntes doutrinárias.

---

<sup>85</sup> Em estudo voltado a reforma promovida pela lei 10.444/2002, o professor Sérgio Cruz Arenhart traçou premissas à matéria, dentre as quais alegou que “A figura da tutela antecipada (...) tem inegável assento constitucional e é com olhos voltados para esse premissa que o tema merece ser examinado.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **A Antecipação...**, op. cit., p. 277).

<sup>86</sup> MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. **Antecipação e Antecipações. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. Coordenador: Luiz Guilherme Marinoni, p. 234.

<sup>87</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **A Antecipação...**, op. cit., p.79. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**, p. 349.

rias. Tal confusão se dá pelos termos, aparentemente, contrários de *prova inequívoca* e *verossimilhança da alegação*<sup>88</sup>, que enseja à vasta biblioteca doutrinária.

Alguns autores trouxeram à doutrina pátria interpretação da norma que aponta para a exigência da demonstração de uma probabilidade maior que aquela representada na tutela cautelar.

Nesta senda, assevera Teori Albino ZAVASCKI<sup>89</sup>:

“(…) exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tido como *fatos certos*. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto ao fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos.”

As razões supracitadas, bem como a doutrina que comunga com tal opinião, partem da premissa de que *“há uma única espécie de tutela antecipada, a qual se exerce mediante cognição sumária sobre os interesses privilegiados como se já fossem direitos (e não apenas fumus), tal o grau mais qualificado da verossimilhança* <sup>90</sup>”.

Contrário senso, e marchando em favor da doutrina majoritária, os requisitos concorrentes e indispensáveis à concessão da tutela antecipada, para o mestre Alcides MUNHOZ DA CUNHA<sup>91</sup>, devem ser observados da seguinte maneira:

“(…) A referência à prova inequívoca da verossimilhança da alegação certamente não quer se referir a um grau de convencimento maior do que aquele inspirado pelo pela noção de *fumus boni iuris*. Não se pode aceitar a posição dos autores que (...), propuseram-se a interpretar a locução prova inequívoca da alegação como indicativa de uma grau de probabilidade maior “de que o autor tenha mesmo o direito que asseverar”, como se tratasse, pois, de um, *fumus* qualificado.”

---

<sup>88</sup> “Da confusa fórmula empregada no supra transcrito dispositivo (273 do CPC), salta aos olhos a contradição entre os termos prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Tal contradição deu ensejo a divergentes interpretações acerca do sentido da norma.” (CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Tutela...**, **op. cit.**, p. 64)

<sup>89</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **A Antecipação...**, **op. cit.**, p.79.

<sup>90</sup> MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. **Antecipação...**, **op. cit.**, p. 234.

<sup>91</sup> **Idem, Ibidem.**

É neste talante que discorre Cândido Rangel DINAMARCO<sup>92</sup>, considerando suficiente a probabilidade do direito, tal como nas medidas cautelares, para a concessão da tutela antecipada:

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

A interpretação da norma prevista no art. 273 do CPC se amolda melhor à doutrina defendida pela maioria dos pensadores<sup>93</sup>, quanto a necessidade da demonstração da probabilidade do direito para a concessão da tutela antecipada. As diversas formas de espécies não reclamam pela obrigatoriedade estrita da prova inequívoca ou verossimilhança de certeza.

Por vezes, pode haver um fato sem a prova inequívoca – seja incontroversa dos fatos – e a discussão de direito leve a um contexto que aponte para fortíssima probabilidade do direito alegado, restando caracterizado a fumaça do bom direito.

Sem embargo, há de ser ressalvada a necessidade de maior robustez da probabilidade (*fumus boni iuris*) tanto quanto seja o potencial lesivo da medida sumária, adequando-a ao caso em concreto.

---

<sup>92</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma...**, op. cit., p. 145.

<sup>93</sup> Em sentido similar: “Todo provimento antecipatório dos efeitos de uma futura sentença de procedência, em demanda satisfativa, deve apresentar o seguinte espectro eficaz: a) juízo declaratório de verossimilhança, por meio do qual o julgador manifestará seu convencimento a respeito de *fumus boni iuris*, ou seja, o juiz haverá, necessariamente, para conceder a antecipação da tutela pretendida pelo autor, de ter como verossímil o direito que o autor pusera como fundamento da ação; b) com base no nesse juízo de probabilidade da existência do direito alegado pelo autor, o magistrado proverá ordenando que se tomem medida executivas ou mandamentais, em que haverão de consistir os efeitos antecipados.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**, p. 135-156.)

Cândido Rangel DINAMARCO<sup>94</sup> trata com sapiência o tema:

“Como se trata de atuar sobre a esfera jurídica das pessoas, favorecendo uma com sacrifício da outra como sucede em toda tutela jurisdicional, recomenda-se prudência maior do que para a concessão de medidas que atuam simplesmente sobre o processo (cautelares); na prática deve ser exigido um *fumus boni juris* qualificado, sem contudo levar a exigência a pontos de exagero, que neutralizem a intenção do legislador e inviabilizassem a tutela.”

Ainda que a probabilidade seja, via de regra, suficiente para a concessão da tutela antecipada, com a devida ponderação do grau de lesividade, conforme exposto *alhures*, os diversos momentos processuais aludidos no art. 273 permitem que em determinado momento a tutela antecipada seja deferida em cognição muito próxima da definitiva ou até mesmo exauriente. Casos típicos são as antecipações de tutela concedidas após a fase instrutória ou até mesmo na sentença de mérito<sup>95</sup>.

Ultrapassados estes conceitos, a probabilidade que nos interessa focar é aquela presente na antecipação da tutela com fulcro no art. 273, inciso II, do CPC. Isso porque, primeiramente, a provável defesa infundada não pode ter como fundamento o *fumus boni iuris* da defesa e, também, porque a antecipação baseada no abuso de defesa pode reclamar pelo direito evidente, capaz de torná-lo, em cognição aparente, impassível de contestação séria.

No que se refere a provável ausência de fundamento da defesa justificadas pela defesa de mérito indireta, que incorre na incontrovérsia dos fatos constitutivos, a análise se dá pela convicção judicial de probabilidade. Em outras palavras, os fatos constitutivos são apreciados em cognição exauriente – incontroversos – e a defesa em cognição sumária, ou seja, ante a probabilidade<sup>96</sup>, e tem, no contexto, por desfavorável a presunção da existência do direito do autor<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**, p. 35. No mesmo sentido, ver: DE PASSOS, Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 25-26 e CANEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**. p. 25.

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação...**, *op. cit.*, p. 159-163. Ainda, conforme CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Tutela...**, *op. cit.*, p. 67.

<sup>96</sup> “O juiz, não obstante seja um incessante pesquisador da verdade, não pode superar por meios próprios certos índices de certeza que não se alcançam nalguns setores do conhecimento humano, por deficiência de meios técnicos de comprovação absoluta dos fatos.” (FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**, p. 312).

<sup>97</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, *op. cit.*, p. 70.

Doutra feita, o direito evidenciado por provas, ou dentro de um conjunto probatório, que se depara com defesa inconsistente, reflexa, com mera caráter protelatório, impossibilitada de colocar dúvida perante os fatos constitutivos, assume na mesma toada, presunção da existência do direito, que para Luiz FUX “*se opera mais que o fumus boni iuris, mas a probabilidade de certeza do direito alegado*”.

## **CAPITULO III – A TUTELA FUNDADA NO ABUSO DE DIREITO DE DEFESA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

### **NOTA INTRODUTÓRIA**

Traçadas as premissas necessárias para alcançar o tema central desse trabalho monográfico, buscamos expor a tutela jurisdicional hodiernamente vigente e os problemas acarretados pelo próprio sistema e pela evolução do direito em si. Na mesma toada, apresentamos conhecimentos gerais sobre a tutela antecipada, desembaraçando pontos relevantes para compreensão da tutela antecipada fundada no abuso de direito de defesa, pois constatamos nela a técnica adequada para enfrentarmos o incansável problema da morosidade e do tempo no processo civil.

Como conseqüência, chegamos à premissa maior de nosso trabalho conclusivo. É chegada a hora de evidenciarmos, em consonância com todo o discorrido, os termos da técnica sumária insculpida no art. 273, II, do CPC que contribuem ao autor que tem razão e ao próprio Estado a eliminação das injustiças causadas pela demora exacerbada da prestação jurisdicional em face de defesas abusivas, infundadas e destituídas de seriedade, como efetivação de direitos fundamentais, entre os quais damos maior relevo à duração razoável do processo e à tutela jurisdicional efetiva.

Não pretendemos abrir as rugas sepultadas acerca da tutela antecipada, mas demonstrar o papel da tutela antecipada no abuso de defesa a serviço dos primados constitucionais. Emanado como uma resposta do legislador à um princípio fundamental, a técnica em voga marcha no mesmo norte da Carta Magna, devendo ser interpretado neste prisma.

Como mencionado anteriormente, o tema não foi agraciado pela doutrina na proporção de sua relevância na atualidade, motivo pelo qual ampararemos-nos, em grande parte, na doutrina do professor Luiz Guilherme MARINONI, na obra *Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda*.

Sem embargo, apresentaremos também linhas de direito comparado, para concluir cotejando a medida antecipatória fundada em abuso de direito de defesa como técnica aliada a efetivação do direito fundamental à duração razoável do pro-

cesso e à tutela jurisdicional efetiva em contraponto com a tutela antecipatória sancionatória, que teria alicerces de mera sanção.

## 1. A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA EM CASO DE ABUSO DE DIREITO DE DEFESA NO DIREITO COMPARADO FRANCÊS

A técnica sumária com fulcro no art. 273, II, do CPC possui referência similar no do direito comparado francês, que prevê a espécie da *référé provision*. A similaridade, guardadas as devidas proporções, encontra conexão na aplicação na *provision*, que é a antecipação “na hipótese em que a obrigação não é seriamente contestável”<sup>98</sup>.

O jurista brasileiro Rui STOCO<sup>99</sup> teceu comentários sobre a medida francesa e sua correlação com o processo civil pátrio:

“(...) o art. 273 do CPC permite a concessão de tutela antecipada para fazer cessar a ofensa, preceito esse que encontra símile na *référé provision*, instituída no Direito francês pelo Decreto n.º 1.122, de 17.12.73 e hoje disciplinada no art. 809 do Code de Procédure Civil, dispondo que “no caso da existência da obrigação não ser seriamente contestável pode ser concedida ao credor uma provisão ou determinada a execução de uma obrigação, mesmo que se trate de obrigação de fazer”.

Constata-se que, da mesma forma que a tutela antecipada fundada em abuso de direito de defesa, a *référé provision* visa repelir as defesas destituídas de seriedade, propiciando, obviamente, a celeridade processual. Ainda, cumpre adicionar que, na mesma linha que a medida brasileira, a *provision* não clama pela “urgência e o juiz não pode exigir uma incontestabilidade absoluta, sob pena de restringir abusivamente o domínio do *référé provision*”<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, **Abuso...**, op. cit., p. 44.

<sup>99</sup> Palestra proferida no Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília-DF), no dia 27 de setembro de 2004, painel presidido pelo Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>100</sup> “*Quelles sont les conditions exigées? Contrairement à ce que l'on pourrait croire, la condition d'urgence n'est pas requise. La seule et unique condition exigée est que "l'obligation ne soit pas sérieusement contestable" (articles 771 et 809 nouv. c. pr. civ.). Cette condition fondamentale, que le juge doit constater, est extrêmement difficile à d'finir de façon abstraite. Il est certain que le juge ne peut exiger une incontestabilité absolue, sous peine de restreindre abusivement le domaine du référé*”

A tutela antecipada baseada no abuso de direito de defesa, entretanto, requer requisitos que a limitam em relação a *símile francesa*, na medida que resta necessária a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando a caracterização única do último, conforme passamos a aprofundar.

## 2. A TUTELA ANTECIPATÓRIA BASEADA NO ART. 273, II, DO CPC: PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO

### 2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No início do presente trabalho traçamos premissas que serão diretamente observadas na aplicação da tutela antecipada em abuso de direito de defesa. Exemplo mor e que motiva diretamente a concessão da medida de aparência em apreço é a distribuição do ônus do tempo no processo.

Repise-se que o tempo, em anos não distantes, foi visto como algo destituído de valor científico, inerente e inevitável no transcurso dos procedimentos da administração jurídica no desencadear do litígio. Época sombria que não se coaduna com o momento e anseios modernos da sociedade, que despertaram novos conceitos ao processo civil.

Com laços fortes ao tempo cientificamente vista, encontra-se o instituto de provisoriedade em voga no presente capítulo. Cediço que a tutela antecipada fundada no abuso de direito de defesa tem por finalidade precípua inverter o ônus do tempo no processo, fazendo com que o réu passe a suportar o tempo de produção da prova, quando evidenciado – seja pela prova ou pela incontrovérsia – o direito do autor e destituída de seriedade a defesa do réu.

Luiz Guilherme MARINONI<sup>101</sup> aponta, com louvor, o paralelo entre a distribuição do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC, e a inversão do ônus do tempo do processo, até a aplicação do art. 273, II, do CPC, vejamos:

“Neste momento, porém, não importa saber quem deve provar ou quando o ônus da prova deve ser invertido, mas sim quem deve suportar o tempo necessário à produção da prova. Se o ônus da prova dos fatos litigiosos deve

---

*re-provision*” (PERROT, Roger, *Les mesures provisoires em droit français*, cit., *Les mesures provisoires em procédure civile*, p. 164 *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme, **Abuso...**, **op. cit.**, p. 45).

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 53-54.

ser repartido entre o autor e o réu na medida do que estes alegam – o autor deve prova o fato constitutivo e o réu o fato impeditivo, modificativo e extintivo –, cabe indagar se o tempo para a produção da prova também não deve ser repartido de acordo com esta mesma regra.”

Resta claro que as partes possuem papéis a serem exercidos dentro de uma demanda. O autor, que pede o bem da vida e a modificação do *status quo*, deve provar as alegações dos fatos constitutivos de seu direito. Noutra via, o réu, que pede a improcedência do pleito vestibular com manutenção do *status quo*, deve provar as alegações dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito pretense.

Ora, caso o autor tenha tornado os fatos constitutivos incontroversos, evidenciando seu direito ao bem da vida, e o desencadear da demanda exija tão somente dilação probatória “à produção da prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, uma vez que a demora inerente à prova destes fatos certamente prejudica o autor e beneficia o réu”, o tempo necessário à defesa indireta ou direta infundada deve ser suportado pelo réu, que dela precisa.

Afirma, ainda, J. E. CARREIRA ALVIM<sup>102</sup> acerca da utilidade da medida:

“O *status quo* era quase sempre mantido em proveito deste (réu), salvas as hipóteses legais de cabimento de medida cautelar *initio litis*. Essa técnica permite distribuir esse peso, proporcionando ao réu maiores oportunidades de defesa, no processo de conhecimento, mas garantindo ao autor a faculdade de pedir a antecipação da tutela, com o que neutraliza o prejuízo que para ele pudesse resultar do “tempo” no processo.”

Claro e evidente que tal técnica faz com que o réu, e não o autor, suporte o tempo de produção – demonstração – dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos<sup>103</sup>, ou a defesa direta infundada. O fato de o réu suportar o ônus do tempo, sobre ele recaindo efeitos diretos e concretos emanados da decisão judicial, certamente, caso haja intenção em abuso de direito do réu, o instituto em apreço favorecerá a conciliação<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela...*, op. cit., p. 99.

<sup>103</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso...*, op. cit., p. 55.

<sup>104</sup> Efeitos percebido no estudo da provision, anteriormente citada, conforme discorre Luiz Guilherme Marinoni, em estudo a obra do douto processualista francês Roger Perrot: “Roger Perrot afirma que na França os resultados di sustena da provision são benéficos, pois foram desencorajados os maus litigantes que se esforçavam em fazer o processo durar muito tempo, esperando arrancar concessões

Vale reforçar que a antecipação da tutela com fulcro no art. 273, II, do CPC, aplica-se tanto às defesas indiretas infundadas como às defesas diretas infundadas. Em casos como a técnica monitória, a prova emprestada e preclusão lógica, a defesa direta, ainda que o réu negue os fatos constitutivos, não possui condão para abalar a convicção formada pela prova dos fatos constitutivos<sup>105</sup>.

Nas palavras de Luiz Guilherme MARINONI, em obra dedicada ao tema ora em análise:

“A defesa que protela a realização de um direito evidenciado, controvertendo os fatos constitutivos sem fundamento capaz de abalar a convicção decorrente da prova produzida pelo autor, deve ser considerada abusiva.”

Importa frisar, também, nas palavras esclarecedoras do professor Luiz Guilherme MARINONI, que o instituto não pode ser generalizado ao extremo, uma vez que, além da incontrovérsia dos fatos constitutivos – ou evidência do direito do autor – exige-se que *“a defesa de mérito indireta tenha duas características: (...) deve exigir produção de outras provas (...) e que abra oportunidade para produção de prova pericial ou testemunhal, as alegações dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos devem ser infundadas.”*<sup>106</sup>

Diante até o então exposto, podemos afirmar que o procedimento antecipatório fundado no abuso de direito de defesa poderá ser concedido desde que atendidos aos seguintes pressupostos básicos: a) a defesa não admita julgamento imediato do mérito ou definição imediata; b) a evidência ou incontrovérsia dos fatos constitutivos; e c) a defesa direta ou indireta seja infundada, que trataremos com mais vagar no tópicos subsequentes.

Por fim, insta frisar que ao se tratar de uma tutela de caráter aparente, sem que haja a cognição exauriente da demanda, a precariedade da antecipação da tutela baseada em abuso de direito de defesa importa em riscos a esfera privada do réu, pois ao final da demanda pode ser revogada. Entretanto, o pressuposto de análise

---

de seus adversários: “Grâce au ‘référé-provision’, ces méthodes détestables n’ont pas totalement disparu, mais du moins ont-elles été réduites à leur véritable valeur. À cet égard, le ‘référé-provision’ a constitué un immense progrès et il n’est pas excessif d’y voir l’une des meilleures réformes judiciaires des dernières années” (PERROT, Roger. Les mesures provisoires en Droit français, Les mesures provisoires en procédure civile. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação...**, *op. cit.*, p. 168-169)

<sup>105</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, *op. cit.*, p. 56.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 55.

da defesa infundada do réu para concessão da técnica e a afronta ao primado da duração razoável do processo justificam o risco.

## 2.2. O ALONGAMENTO DA DEMANDA

Discorreremos em diversas passagens do presente trabalho conclusivo que a tutela antecipada é concebida como direito fundamental, com lições de grandes doutrinadores em favor de tal premissa. Ademais, o tema principal da monografia é demonstrar a efetivação, principalmente, do direito fundamental à duração do processo que o instituto da tutela antecipada baseada no art. 273, inciso II, do CPC propicia.

De conseguinte, temos o tempo como um dos sustentáculos no escopo do presente trabalho. O tempo como ônus às partes, principalmente a parte autora que tem razão e vê seu direito retardado pela defesa infundada do réu, que tem por intuito protelar o desfecho da lide.

Não é por outro motivo que um dos requisitos para a antecipação da tutela com base no abuso de direito de defesa é a extensão do tempo para produção de provas requeridas pelo réu, conforme confirma Andrea Proto PISANI<sup>107</sup>:

“(...) estamos em presença de uma provimento caracterizado por uma cognição sumária e parcial, em que o tempo do processo, necessário para declaração dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos, é colocado não como encargo do autor, mas sim, do réu, isto é, da parte que tem necessidade do prosseguimento do processo para que se desenvolva a fase instrutória: i) o autor suporta o tempo necessário apenas para a declaração dos fatos constitutivos; e ii) o réu o tempo para a verificação dos fatos alegados com fundamento das suas defesas.”

Ademais, ainda que a doutrina do processualista italiano aborde somente extensão do tempo em virtude da declaração dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos; conforme trazido à balia no tópico pretérito, a tutela antecipada fundada em abuso de direito de defesa tem raízes igualmente na contestação infundada direta<sup>108</sup>, quando, ainda que constatados os fatos constitutivos, as razões da defesa nor-

---

<sup>107</sup> **Abuso...**, *op. cit.*, p. 56.

<sup>108</sup> “A defesa que protela a realização de um direito evidenciado, controvertendo os fatos constitutivos sem fundamento capaz de abalar a convicção decorrente da prova produzida pelo autor, deve ser considerada abusiva.” (*Idem, Ibidem*)

teiem núcleos secundários carentes de fundamento, sem força suficiente para desconstituir a evidência dos fatos constitutivos.

Ora, o alongamento da demanda torna-se necessário para que a medida antecipatória possa subsistir e surtir efeitos reais. Levantado a problemática temporal dentro do processo, inegável que a tutela antecipada em abuso de direito de defesa trabalha em prol dos direitos fundamentais que tem por base a celeridade processual, como remédio ao ferimento causado pelos efeitos temporais na demanda.

A efetivação do direito fundamental à duração razoável e à tutela jurisdicional efetiva dentro do processo civil somente se demonstrará possível na medida em que a técnica antecipatória em apreço atue influenciando no melhor aproveitamento do tempo, observado o grau de complexidade e exigência do litígio. Entretanto, coibindo defesas infundadas que tem por finalidade única protelar a prestação jurisdicional com prejuízo ao autor, que suportará injustamente o tempo de forma solitária.

## **2.3. A DEFESA INFUNDADA**

### **2.3.1. NA DEFESA INDIRETA**

Em razões *alhures*, tecemos considerações acerca da probabilidade como pressuposto essencial a concessão da tutela antecipada nas diversas espécies previstas no *caput* do art. 273, ressalvado o caráter exauriente daquela prevista no §6º.

Neste contexto, a tutela antecipada do art. 273, inciso II, do CPC, ainda que com afirmação abstrata, reclama por uma probabilidade acentuada, ou seja, exige a evidência do direito pelo autor. Ainda, por se tratar de um juízo “inverso”, pode-se dizer que a medida clama pela probabilidade de procedência do pedido e pela provável carência de seriedade da defesa do réu, que decairia no litígio.

Socorremo-nos das lições de Luiz Guilherme MARINONI<sup>109</sup>, que apresenta conceito próximo do *fumus boni iuris* da sucumbência da defesa do réu:

“Para que seja possível a antecipação, é necessário, ainda, que a defesa seja infundada. Seria possível dizer que a defesa deve ser provavelmente infundada quando não se estaria falando de algo muito diferente de *fumus*

---

<sup>109</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, op. cit., p. 66.

*boni iuris*, uma vez que ambas as expressões têm relação com a idéia de “probabilidade”.

Em que pese a aproximação do conceito de *fumus boni iuris* para constatar a probabilidade de que a defesa de mérito indireta seja infundada, o conterrâneo autor, à luz das lições de Giuliano SCARSELLI<sup>110</sup>, alerta<sup>111</sup>:

“A diferença é que o *fumus boni iuris* significa probabilidade do direito do autor, ao passo que o conceito que agora interessa diz respeito à defesa de mérito indireta, ou seja, às alegações relativas aos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito”

Nesta linha, ainda que não possamos alegar que existe um *fumus boni iuris* às avessas, pois estaríamos desnaturando o conceito à defesa infundada, não podemos perder de vista que o processo, com um todo, é julgado em juízo de probabilidade, uma vez que decorre da interpretação da mente humana<sup>112</sup>. Ou seja, reconhecimento do fato como verdadeiro advêm da consciência – pela experiência, fatos, provas e contexto – do intérprete – julgador – que alcançou grau máximo de verossimilhança.

Como enfatiza J. E. CARREIRA ALVIM<sup>113</sup>:

“(…) diante de uma alegação, a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes). Se os motivos convergentes são superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui”

---

<sup>110</sup> “Si tratta, allora, di vedere che significato si possa attribuire all’ espressione di eccezione verosimilmente (in)fondata. A questo problema è dedicata l’ultima parte di questo paragrafo, che intende sottoporre a breve esame il concetto stesso di verosimiglianza. Questo, sotto l’angolo visuale del quale ci stiamo occupando, non si distanzia affatto da quelli di prova prima facie o *fumus boni iuris* o *semplena probati*, ecc., facendo riferimento tutte queste espressioni, con sfumature di scarso rilievo, allo stesso identico fenomeno, consistente nel prendere atto che un insieme di fatti dedotti in giudizio non possono dirsi provati, ma egualmente la loro fondatezza può ritenersi probabile.” ( SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, cit., p.503 *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, op. cit., p.66.)

<sup>111</sup> **Idem, Ibidem.**

<sup>112</sup> Acerca da probabilidade, asseverou Corrado GINI: “Tem-se discutido se a probabilidade deva dizer-se subjetiva ou objetiva. Pode qualifica-se de subjetiva, porque depende das limitações da mente humana, que são diversas de pessoas para pessoa, podendo variar (a probabilidade) de momento a momento até para a mesma pessoa. *Apud* ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela...**, op. cit., p. 48.

<sup>113</sup> **Idem, Ibidem.**

Ora, a partir de tais premissas, inevitável concluir que não podemos falar em *fumus boni iuris* para defesa infundada, mas resta claro que a apreciação da abusividade da defesa se dará pela convicção de probabilidade, dentro de todo o contexto, observando as determinantes pró e contra a defesa do réu.

Desta sorte, conforme pincelado na apresentação do tema, a defesa de mérito indireta implica no reconhecimento implícito dos fatos constitutivos apresentados pelo autor, tornando-os incontroversos. Observa-se tal fenômeno, inclusive, na jurisprudência pátria, *in verbis*:

Processual Civil. Agravo no Recurso Especial. Objeto da Prova. Fatos incontroversos. Defesa indireta de mérito. Revelia parcial. Ônus da prova. Revela-se inviável a abertura da via especial se, para que sejam revistas as teses suscitadas à apreciação desta Corte Superior, faz-se necessário o reexame da prova dos autos. O pedido e a contestação fixam os limites da controvérsia, devendo as provas serem produzidas de acordo com as questões suscitadas pelas partes. O conhecimento do objeto da prova e do tipo de defesa expendida pelo réu constitui análise que precede à verificação do ônus da prova. **Se o réu oferece defesa indireta de mérito, reconhece implicitamente os fatos em que se baseia a pretensão do autor, tornando-os incontroversos e portanto, despiciendo de prova.** Como consequência, inexistente violação a regra pertinente ao ônus da prova **se o réu não cumpre com o ônus da impugnação especificada, controvertendo os fatos, nos moldes do princípio da eventualidade e assim, é atingido pela revelia parcial.** Agravo no recurso especial a que se nega provimento.<sup>114</sup>

Incontroversos os fatos constitutivos, há uma análise em cognição exauriente dos fatos constitutivos, de forma que não se trata probabilidade do direito do autor, “*mas sim com um fato que deve ser provado pelo réu*”<sup>115</sup> em cognição aparente, ante a convicção de judicial acerca da defesa indireta.

Neste rumo, consoante mencionado, a probabilidade que ensejará a convicção do intérprete julgador abordará os pontos desfavoráveis e favoráveis do contexto para chegar ao juízo de aparência acerca da defesa. Destarte, a incontrovérsia –

---

<sup>114</sup> STJ, AgRg no REsp 235154 / DF, Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, J. 01/03/2001, DJe. 09/04/2001.

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, *op. cit.*, p. 70.

fato desfavorável à defesa – “gera uma espécie de presunção da existência do direito, exigindo do réu o ônus de demonstrar, na defesa indireta, que o fato extintivo, modificativo e impeditivo – que ainda deverá ser provado – pode se sobrepor à incontrovérsia dos fatos constitutivos”<sup>116</sup>.

Aqui consiste compor a defesa abusiva que, sem delongas, Luix FUX<sup>117</sup> aponta de pronto:

A defesa abusiva é a inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas.

Eis o ponto de incidência da probabilidade sobre a defesa indireta, uma vez que se a convicção judicial não prevalecer em favor da provável sobreposição da defesa indireta sobre a incontrovérsia dos fatos constitutivos, a defesa deve ser considerada infunda, e a tutela antecipada fundada no abuso de direito de defesa evita que a prestação jurisdicional se protele para produção de provas da defesa abusiva.

### 2.3.2. NA DEFESA DIRETA

A tutela antecipatória baseada no abuso de direito de defesa pode ter como motivador a defesa direta infundada. Neste caso, o réu apresenta defesa direta visando controverter os fatos constitutivos, mas, ante a forte evidência do direito do autor, pela prova documental que o sustenta, a defesa direta demonstra-se carente de seriedade para destituir os fatos constitutivos<sup>118</sup>.

Novamente, temos no presente caso a existência da probabilidade, conforme previsto no *caput* do art. 273 do CPC. Observa-se, entretanto, que neste caso falamos em *fumus boni iuris* – probabilidade do direito do autor, que em face da prova dos fatos constitutivos, encontra-se em altíssimo grau de certeza que o direito evidente<sup>119</sup> revela-se impassível de contestação séria.

---

<sup>116</sup> **Abuso...**, op. cit., p. 70.

<sup>117</sup> FUX, Luiz. **Tutela...**, op. cit., p. 347.

<sup>118</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, op. cit., p. 103.

<sup>119</sup> Tratando sobre o direito evidente, passível de ensejar a concessão da tutela antecipatória, Luiz Fux aduz que: “Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos autos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.” (FUX, Luiz. **Tutela...**, op. cit., p.311).

Neste sentido, no que se refere ao direito evidente, leciona Luiz FUX<sup>120</sup>:

A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente. São situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada.

Na mesma senda da tutela antecipada em abuso de direito de defesa justificada pela defesa de mérito indireta infundada, o direito evidente encontra-se em nível que se presume a existência do direito, atribuindo ao réu “ônus da argumentação capaz de demonstrar que a prova produzida pelo autor poderá ser negada diante da instrução dilatória que passou a se demonstrar indispensável”<sup>121</sup>.

De conseguinte, a extensão temporal para produção das provas da defesa infundada tornar-se-ia injustificada caso o ônus do tempo recaísse sobre o autor. Ademais, conforme mencionado *alhures*, a interpretação do art. 333 do CPC não nos fornece outra escolha se não a antecipação da tutela com base no art. 273, inciso II, do Codex, para que o autor, que evidenciou seu direito, não seja prejudicado pela necessidade das diligências das quais não necessita.

De mais a mais, insta frisar que caso a prova do autor não seja suficiente para evidenciar o direito pretense, ou não haja prova<sup>122</sup> dos fatos constitutivos, capaz de refutar a seriedade da contestação, a controvérsia enseja a dilação probatória nos trâmites<sup>123</sup> ordinários do processo.

---

<sup>120</sup> **Tutela...**, **op. cit.**, p.305-306.

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, **op. cit.**, p. 103.

<sup>122</sup> No que tange a necessidade da prova para demonstração do direito evidente, advertiu Luiz Fux: “Os fatos, como sabido, são levados ao juízo através das provas razão pela qual, quando se fala de direito evidente, diz-se direito evidenciado ao juízo através das provas. (FUX, Luiz. **Tutela...**, **op. cit.**, p. 311).

<sup>123</sup> Referiu-se com esmero Ovídio Baptista, acerca da delonga da cognição ordinária, asseverando que “o procedimento deve adequar-se à “liquidez e certeza” do direito, realçando que, nesses casos, a demora da resposta judicial revela-se injusta e ilegítima.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso...**, **op. cit.**, v. 3, p. 36).

## 2.4. A DEFESA DE MÉRITO INDIRETA E A INCONTROVÉRSIA DOS FATOS

A busca de conceitos objetivos para fixar os parâmetros da defesa abusiva constitui um dos grandes problemas do presente tema, trazendo desconforto e conclusões errôneas. Os Tribunais, por sua vez, lançam, na maioria das vezes, argumentos genéricos<sup>124</sup> de que não restou caracterizados os requisitos do art. 273, a saber: I – dano irreparável ou de difícil reparação ou II – o abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Marcelo M. BERTOLDI<sup>125</sup> aponta as formas mais comuns de abuso de defesa como sendo: “o dolo, a defesa temerária (quando o réu sabe que não tem razão), a fraude, a emulação, o erro grosseiro, a protelação da lide e a omissão em dizer a verdade”. Não obstante, conclui afirmando<sup>126</sup> que na realidade não existem critérios objetivos para caracterizar a defesa abusiva:

“Navegando nesta zona cinzenta não encontramos critérios objetivos que posas delimitar exatamente qual o ponto a partir do qual o réu extrapola seu direito de defesa e ingressa no abuso do direito.”

Realmente, talvez seja está a essência da tutela antecipada fundada no art. 273, inciso II, do CPC, e a busca dos critérios da defesa, que deverá ser observada no caso concreto. Todavia, qualquer instituto científico deve se ater a conceitos prévios para identificar os elementos intrínsecos à aplicabilidade.

Nessa toada, o Ilustre Ministro Luiz FUX<sup>127</sup> comenta com exatidão a defesa abusiva na defesa indireta:

---

<sup>124</sup> Quem conhece nossa experiência judiciária e, principalmente, as raízes culturais que tornam extremamente tolerante nossa reação contra todas as formas de litigância temerária, não terá muito otimismo quanto à utilização da prerrogativa constante deste dispositivo. Ao contrário, talvez o aceno a esses pressupostos seja uma boa razão para não se conceder a antecipação da tutela, mesmo que a verossimilhança se tenha reforçado em razão da litigância temerária, preferindo o juiz de espírito mais conservador ou mais tímido negá-la, sob o fundamento de que não estaria caracterizado quer o abuso do direito de defesa quer o propósito protelatório, condutas estas, como se sabe, de difícil comprovação. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso...**, op. cit., v. 3, p. 143).

<sup>125</sup> BERTOLDI, Marcelo M. **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 323.

<sup>126</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>127</sup> FUX, Luiz. **Tutela...**, op. cit., p.347.

A defesa é inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas.

Inevitável refutar tais argumentos, até porque possuem condão lógico e jurídico para constatação da defesa destituída de seriedade. Todavia, cairíamos na estreita via da imprecisão didática. Em que pese tal dificuldade, ampararemos-nos, novamente, na específica obra dedicada ao tema, do professor Luiz Guilherme MARINONI, que aponta situações práticas para a tutela nas defesas indiretas infundadas.

Passamos os olhos, ao longo do trabalho, na necessidade da evidência ou da incontrovérsia dos fatos constitutivos como requisito à concessão da medida aparente do art. 273, inciso II, do CPC. Neste ínterim, a incontrovérsia do direito do autor poderá se dar ante a defesa indireta de mérito com incongruência lógica entre a defesa direta e o dever do réu em expor os fatos de acordo com a verdade.

Conforme visto no tópico anterior, a jurisprudência confirma o que pode ser extraído do Código de Processo Civil acerca da defesa indireta, ou seja, ao alegar fato extintivo, modificativo ou impeditivo, *“o réu implicitamente admite como verídica a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento superveniente. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova<sup>128</sup>”*.

Verificamos de pronto que a regra do art. 333, em relação ao ônus da prova, recaí sobre o réu, que precisará demonstrar as exceções levantadas, eis que os fatos constitutivos tornam se incontroverso<sup>129</sup>. Tal situação é observada pelo professor Luiz Guilherme MARINONI<sup>130</sup>:

“Se os fatos constitutivos são incontroversos, não há razão para o autor ter que sofrer os males do tempo que o réu utilizará para tentar demonstrar os fatos que alegou na defesa indireta. Em outras palavras: ao autor não pode ser imposto o peso do tempo que serve unicamente ao réu.”

---

<sup>128</sup> STJ, REsp 474361 / SP, Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, J. 04/06/2009, DJe. 21/08/2009.

<sup>129</sup> De acordo com o art. 302 do CPC, cabe ao réu se manifestar precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: i) se não for admissível, a seu respeito, a confissão; ii) se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; iii) se estiverem em contradição com a defesa em seu conjunto. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, **op. cit.**, p. 71).

<sup>130</sup> **Abuso...**, **op. cit.**, p. 108.

Insuperáveis, novamente, as razões evidenciadas pelo douto professor paranaense, de modo que se admitiria a concessão da tutela ora apreciada ao caso em voga, observado as exceções dos incisos do art. 302 do CPC<sup>131</sup>.

Seguindo o estudo, podemos nos deparar com defesa direta e indireta concomitantes, o que é permitido pelo princípio da eventualidade<sup>132</sup>. Todavia, a apresentação de uma defesa carente de seriedade e lealdade pode levar à incompatibilidade lógica ou inconciliabilidade das duas defesas (direta e indireta).

Ora, pode ocorrer que o casuístico despreparado incorra em erro, pois este circunda toda e qualquer atividade humana. Sem embargo, não podemos esquecer que no art. 14 do CPC o legislador impôs o dever de lealdade às partes, bem como o art. 17, inciso II, do Codex repudia a atitude da parte que altera a verdade dos fatos propositadamente.

Separando qualquer ato de advogado que incorreu em erro e aquele que litiga com clara má-fé, o professor Luiz Guilherme MARINONI<sup>133</sup> propõe:

“Quando há incompatibilidade lógica entre as defesas direta e indireta, o juiz, com base no princípio da lealdade processual, deve determinar que a parte esclareça a sua defesa. Se o réu não se manifestar ou não esclarecer a defesa adequadamente poderá o juiz reputar não contestados os fatos constitutivos. Se a defesa indireta for infundada e exigir instrução dilatória, a tutela antecipatória deverá ser concedida.”

Conclusão apreciada com esmero, tendo em vista que se há disposições legais no Código de Processo Civil que prestigiam o princípio da lealdade, cumpre ao réu expor em juízo os fatos de acordo com a realidade, ou apenas silenciar. Ocorre que o silêncio acarretará a presunção de veracidade do fato não contestado. Caso assim não haja, poderá a tutela ser antecipada e o transcurso da dilação probatória será de ônus do réu.

---

<sup>131</sup> Art. 302 – Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III – se estiverem em contradição com a defesa, considera em seu conjunto.

<sup>132</sup> (...) o princípio da eventualidade, segundo o qual toda e qualquer defesa que o réu tiver a opor à pretensão do autor deverá ser deduzida na ocasião da contestação, sob pena de preclusão. (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual...**, **op. cit.**, p. 134).

<sup>133</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, **op. cit.**, p. 76-77.

## 2.5. A DEFESA DE MÉRITO DIRETA E A EVIDÊNCIA DOS FATOS

O problema enfrentado no estudo da tutela antecipada fundada no abuso de direito de defesa certamente localiza-se na ausência de caráter objetivo para definir a defesa abusiva. Isso porque, conforme demonstrado acima, a defesa apreciada à luz da convicção de probabilidade, que tem por escopo todo o contexto que a norteia. Dessa forma, a defesa se demonstrará, em uma análise sumária, abusiva ou infundada tanto quanto forem evidentes os fatos constitutivos.

No mesmo talante, Eduardo TALAMINI<sup>134</sup> conceitua o paralelo da probabilidade do direito do autor e a defesa abusiva do réu apta à concessão da tutela antecipada do abuso de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu:

“(...) pressupõe a constatação da extrema probabilidade do direito do autor. Afinal, para que se possa qualificar a conduta como abusiva ou protelatória, é preciso que exista juízo de plausibilidade bastante intenso acerca de quem tem razão. Só isso explicará que tudo o que a parte aparentemente sem razão faça, a partir de então, seja considerado excessivo ou supérfluo para os fins do processo. Seria despropósito taxar de abusiva a defesa formulada, senão quando é mínima a chance de que seja procedente. Do mesmo modo, não se concebe que a atuação do réu seja tida como protelatória, se não há forte indicação de que a tutela ao final venha a lhe desfavorecer, e que por isso ele quer retardá-la.”

Neste ponto, memoráveis as lições apresentadas pelo professor Luiz Guilherme MARINONI<sup>135</sup> – tornando claro o estudo – ao alegar que o direito pode ser evidenciado – embora não definitivamente provado – pelo conjunto probatório, mas levantando o fato constitutivo fundado em prova emprestada e a prova do núcleo central com contestação dos elementos secundários como nítidos momentos de evidência a colocar a defesa como destituída de seriedade, vejamos com mais vagar.

Preliminarmente, insta rememorar a prova emprestada que nos serve no presente momento: é a prova produzida em outro processo, plenamente submetida ao contraditório<sup>136</sup>, no qual litigaram as mesmas partes. Isso porque, ainda que se possa admitir a prova produzida em processo que figurava terceiro, alheio a relação en-

<sup>134</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**, p. 356.

<sup>135</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, *op. cit.*, 103-104.

<sup>136</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual...**, *op. cit.*, p. 286.

tão travada, a eficácia pretendida para evidenciar o fato constitutivo não será a mesma, podendo ser objeto de controvérsia fundada.

Em ocorrendo o traslado da prova emprestada nas condições apresentadas, assevera Luiz Guilherme MARINONI<sup>137</sup>:

“(…) se o autor pode demonstrar o fato constitutivo mediante prova emprestada e a defesa é infundada, não há motivo para não admitir a tutela antecipatória. Não há dúvida que a prova pericial ou a prova testemunhal não têm o mesmo valor probatório da prova documental; contudo, a prova emprestada é suficiente para tornar um direito evidente, e, assim, legitimar a sua pronta tutela.”

Ainda que a defesa direta busque abalar a prova, sendo ela *“colhida incorretamente e as partes são as mesmas, conserva a eficácia que lhe é peculiar”*<sup>138</sup>, tornando a defesa, aparentemente, destituída de seriedade capaz de abalar a prova emprestada em favor do autor.

Noutro particular, cinge demonstrar a insubsistência da defesa que afronta núcleos secundários do fato constitutivo – controvérsia que deverá ser dirimida, sem contudo afrontar a prova do núcleo do fato. Ora, caso o autor tenha evidenciado o núcleo do fato, provando-o de forma cabal, os núcleos secundários gozam de presunção de veracidade, clamando por defesa robusta para descaracterizá-la.

Ou seja, caso a defesa do réu seja frágil para colocar – de pronto – em dúvida os elementos do núcleo secundário, caberá a antecipação da tutela em vista da evidência do núcleo central e a ausência de seriedade da defesa. Observe-se que no presente caso o, embora antecipados os efeitos do pleito, o processo prosseguirá para que o autor demonstre os elementos secundários, todavia o ônus do tempo no processo recairá sobre o réu que argüiu defesa abusiva.<sup>139</sup>

Ainda, em vista da ausência de objetividade ou forma taxativa da defesa abusiva, na vasta gama de possibilidades que a evidência dos fatos constitutivos possa ensejar a tutela antecipada em comento, cumpre reprimir, em suma, que tais hipóteses deverão ser amparadas por prova documental, pois *“evidente o direito cuja pro-*

---

<sup>137</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, *op. cit.*, p. 105.

<sup>138</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Exegese do Código de Processo Civil, cit., v. 4, t. I, p. 62 *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem, Ibidem.**

<sup>139</sup> **Abuso...**, *op. cit.*, p. 106-107.

va dos autos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria”<sup>140</sup>.

Por fim, abrimos espaço para antecipação da tutela antecipada fundada no abuso de defesa quando a defesa atual contraria ato praticado anteriormente, ou seja, sob a influência da preclusão lógica, vejamos o julgado:

PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. REAJUSTE DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS. 28,86%. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.704-3/97. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. O direito ao reajuste de vencimentos dos servidores públicos em 28,86%, está pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O reconhecimento administrativo desse direito, através da Medida Provisória 1.704-3/97, conjugado com a intenção de efetuar o pagamento dos valores correspondentes a todos os servidores públicos, mesmo que não tenham ingressado em juízo, torna inequívoco o direito dos recorridos à concessão de antecipação de tutela. Na hipótese, a insistência da União em recorrer caracteriza abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório, (art. 273, II, do CPC). A ausência de manifestação do acórdão quanto ao tema versado no recurso especial, impede seu conhecimento, por faltar-lhe o requisito do prequestionamento. Precedente da Corte Especial. Recurso especial não conhecido.<sup>141</sup>

Vejamos que totalmente cabível a antecipação dos efeitos da tutela no presente caso, uma vez que há incompatibilidade nas condutas do réu, que reconhece administrativamente o direito e continua tentando controverter o direito do autor na esfera jurídica, retardando injustificadamente a entrega do bem da vida pretendido.

Inclusive tal hipótese apresenta-se como corriqueira na Egrégia Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – PARCELAS INDENIZATÓRIAS: FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO CONVERTIDAS EM PECÚNIA – INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA – SÚMULAS NS. 125 E 136 DESTA CORTE – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. Consagrada na jurisprudência, cristalizada nas Súmulas ns. 125 e 136/STJ, a não-incidência do Imposto de Renda sobre as verbas de substituição, junta-se, à verossimilhança e prova inequívoca

<sup>140</sup> FUX, Luiz. **Tutela...**, op. cit., p.311.

<sup>141</sup> STJ, REsp 194193 / CE, Ministro GILSON DIPP, 5ª Turma, J. 25/03/1999, DJe. 19/04/1999.

ca, a urgência em receber a pecúnia e o espírito de defesa abusiva da UNI-  
ÃO, em não aceitar a posição jurisprudencial, justificando-se, assim, a tutela  
antecipada – art. 273 do CPC. 2. Recurso não conhecido.<sup>142</sup>

Constata-se então, que o réu conscientemente altera a função social e os li-  
mites da defesa infringindo o dever de lealdade com o adversário<sup>143</sup>, ao malgrado do  
princípio constitucional à duração razoável do processo, momento no qual a tutela  
antecipada fundada no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelató-  
rio apresenta-se como instrumento idôneo a efetivação do primado ferido.

A defesa que extrapola seus limites, frente a evidencia do direito do autor, de-  
ve ser refutada mediante a antecipação da tutela que distribui o ônus do tempo do  
processo, fazendo prevalecer a justiça processual. Ademais, não há ferimento ao  
princípio constitucional à ampla defesa, pois essa deve ser exercida dentro de limi-  
tes estabelecidos, e em sendo abusiva, deve ser evitada, pois o processo não pode  
prejudicar o autor que tem razão.

### **3. INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Insta reprimir as premissas que tratamos no início do presente trabalho mo-  
nográfico, bem como um dos principais conflitos vivenciados na atualidade: o binô-  
mio segurança jurídica-tempestividade da prestação jurisdicional<sup>144</sup>. Não se justifica  
a manutenção indiscriminada do procedimento ordinário e a prestação jurisdicional  
tardia, que pode ser considerada uma tutela jurisdicional vazia<sup>145</sup>.

Na mesma senda, tratamos da tutela jurisdicional no estado constitucional,  
que clama por uma tutela voltada aos anseios políticos e sociais da sociedade, ou  
seja, à luz de uma tutela jurisdicional justa, a qual somente será alcançada caso o

---

<sup>142</sup> STJ, REsp 212984 / AL, Ministra ELIANA CALMON, 2ª Turma, J. 27/03/2001, DJe. 11/03/2002.

<sup>143</sup> DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela...**, op. cit., p. 64.

<sup>144</sup> Rogéria Dotti Doria propõe a tutela antecipada como a solução para o conflito elencado: “Trata-se de uma solução para o conflito que há muito vem afligindo os processualistas: a busca de certeza jurídica e o ideal de uma decisão rápida, efetiva, com força executiva.” (**A tutela...**, op. cit., p. 144).

<sup>145</sup> “A prestação jurisdicional tardia, deste modo, pode ser considerada, no mais das vezes, uma tutela jurisdicional VAZIA (*sic*), sem conteúdo.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à nova Sistemática Processual Civil**, p. 26).

Estado, no âmbito de seu dever-poder, aplique métodos vetorizados a partir dos direitos fundamentais em prol da efetividade, tempestividade e adequação da tutela.

Não distante de tais fundamentos, chegamos à tutela antecipada como uma das mais poderosas armas do cidadão na busca da tutela jurisdicional justa, pois se constitui em técnica adequada à proteção de direito violado, risco eminente ou em grave ameaça, bem como serve a distribuição do ônus do tempo no processo evitando o abuso de defesa em prestígio o primado à duração razoável do processo.

Propusemos-nos no presente trabalho o estudo aprofundado deste ultimo instituto à luz do direito fundamental à duração razoável do processo, uma vez que ambos se complementam na proposta do legislador à busca de uma tutela jurisdicional efetiva (e tempestiva). Senão vejamos.

O legislador – atento as necessidades de uma sociedade de rápidos avanços – acrescentou ao texto constitucional do art. 5º, o inciso LXXVIII, que individualizou o direito fundamental à duração razoável do processo. Deveras, a ascensão de tal primado nada mais representou do que uma direta vinculação dos poderes à resolução do problema da morosidade processual.

Neste norte nos valem das lições de Luiz Guilherme MARINONI<sup>146</sup>:

O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, quando se refere ao direito à duração razoável do processo, expressa que este direito requer os meios que garantam a celeridade da tramitação. Assim, explicita-se que o direito à duração razoável exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz.

A vinculação de todo o aparato Estatal se refletiu recentemente no II Pacto Republicano, no qual os chefes dos três poderes traçaram metas e compromissos como toda a sociedade na consecução de medidas que tornem a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, nítido reflexo do recente texto constitucional (EC 45/2004) que clama pela duração razoável do processo.

No que tange a proteção legal do primado, a doutrina de Luiz Rodrigues WAMBIER, Teresa Arruda Alvim WAMBIER e José Miguel Garcia MEDINA<sup>147</sup>, apon-

---

<sup>146</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Artigo: Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.**

<sup>147</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves..., op. cit.**, p. 27.

ta como fator estimulante à duração razoável do processo a possibilidade da distribuição do ônus do tempo no processo, mediante medida sumária:

A concessão de liminar fundada em cognição sumária não esgota a tutela jurisdicional, mas inverte o interesse na solução rápida do litígio, que antes era do autor e, após a concessão liminar, passa a ser do réu. Se é certo que deve haver uma “distribuição racional do tempo do processo”, sendo natural, sob este prisma, que se carregue o réu, ao menos em parte com os “riscos do erro”, concessão de liminar não deve ser considerada o auge do processo. Nas causas em que foi concedida a liminar, a resolução rápida do litígio impõe-se, sob pena de onerar-se excessivamente o réu com a demora da prestação jurisdicional.

Em que pese o acerto da doutrina no que tange a efetivação do direito fundamental à duração razoável no processo com a distribuição do tempo entre as partes, parece-nos correto argumentar em favor da técnica antecipatória do art. 273, inciso II, do CPC com o fito de evitar o abuso de defesa e antecipar o direito evidente em favor do autor, pela evidência da razão<sup>148</sup> e pela ausência de seriedade da defesa, e não pela transmissão do risco do erro ao réu.

Noutras palavras, a tutela antecipada no abuso de direito de defesa é uma técnica instituída pelo legislador buscando a distribuição do tempo no processo para que o autor não suporte injustificadamente o longo transcurso do processo, ou seja, suportando a dilação probatória que interessa ao réu. Cuida-se em verdade de distribuição da isonômica do tempo entre as partes, lembrando que não se trata de método “irresponsável” de punição ao réu ou inversão de risco sem fundamento lógico<sup>149</sup>.

Se incube ao legislador instituir procedimento idôneos à proteção do direito fundamental à duração razoável, parece-nos evidente que a técnica antecipatória em apreço cumpre com tal finalidade. Ainda, conforme expressado em tópico pretéri-

---

<sup>148</sup> Na verdade, é abusiva a defesa que protela a realização de um direito evidenciado, negando os fatos constitutivos, sem fundamento capaz de abalar a convicção de corrente da prova produzida pelo autor. É claro que a defesa é abusiva porque exige instrução dilatória e, assim, consome tempo do processo e retarda a satisfação do direito. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, **op. cit.**, p. 123).

<sup>149</sup> Pelo contrário, conforme mencionamos em tópico anterior, a constatação de ausência de fundamento da defesa, ou a carência de seriedade, atenuam qualquer argumento relacionado ao risco da reversibilidade da medida, pois se o réu assim optou em se defender, deveria saber da possível concessão da técnica antecipatória.

to, por se tratar de um direito do autor, não pode o juiz deixar de conceder a tutela quando demonstrados os requisitos autorizadores, ou demorar a apreciá-la.

Diante o exposto, utilizamo-nos das sábias palavras de Luiz Guilherme MARINONI<sup>150</sup>, ao referenciar a técnica brasileira à legislação italiana:

(...) a melhor doutrina italiana adverte que as reformas legislativas têm privilegiado as formas de tutela antecipatória exatamente em razão da intolerância cada vez maior em relação à demora e à disfunção do processo civil, intolerância esta que acompanha a tomada de consciência de que a tempestividade da tutela jurisdicional é elemento indispensável para a atuação concreta e efetiva da garantia constitucional da ação e de que a falta de efetividade dos instrumentos processuais pode levar à acentuação das desigualdades entre as partes.

Insuperáveis tais comentários, pois a ausência de técnica, como é a tutela antecipada, a fim de adequar o processo civil aos vetores constitucionais, levaria a própria inconstitucionalidade do referido diploma, e também porque as regras processuais devem ser interpretadas à luz dos primados constitucionais<sup>151</sup>.

Ainda, espancando qualquer dúvida em relação a finalidade do instituto, asseverou Rogéria Dotti DORIA<sup>152</sup>:

A alteração do art. 273 do Código de Processo Civil, com a introdução da tutela antecipatória, representou um grande passo na busca de um processo civil mais célere e eficaz. Pode-se inclusive dizer que, atualmente, a possibilidade de antecipação da tutela de mérito é a melhor alternativa jurídico-processual para o problema da demora do processo.

Mais do que apenas antecipar uma parte dos efeitos da tutela jurisdicional final, o instituto propicia um verdadeiro resgate da dignidade e do prestígio do sistema judiciário brasileiro. Ele oferece meios para se contorna a angústia e o sofrimento dos jurisdicionados na espera da prolação da sentença.

Diante o exposto, resta claro que no dever-poder estatal em conceder técnicas e meios à efetivação dos direitos fundamentais – em específico à duração razo-

---

<sup>150</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, op. cit., p. 129-130.

<sup>151</sup> O direito processual civil deve ser lido como direito constitucional aplicado e, dentro dessa vertente, deve ainda ser objeto de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais.(...) TRF4, AC – 200104010852029, Desª Rel. VÂNIA HACK, 3ª Turma, j. 12/09/2005, DJe. 05/10/2005. (g.n.)

<sup>152</sup> DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela...**, op. cit., p. 143.

ável do processo, a técnica antecipatória com base no abuso de direito de defesa se encaixa de forma perfeita ao fim pretense. Isso porque desempenha função primordial à promoção tutela jurisdicional efetiva e tempestiva em favor do autor que tem razão, do Poder Judiciário, da sociedade e até em favor do réu, que inibido de proterlar indevidamente, recorrerá à conciliação e o desfecho do litígio.

### 3.1. COMPARATIVO: EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SANÇÃO AO ABUSO DE DIREITO DE DEFESA

O conflito, o problema e alguma solução levantados ao longo desta monografia persistem com os processualistas, no judiciário e na sociedade. Acreditamos que não seja de mais reprisá-lo, não para ser repetitivo, mas para que não escape aos olhos mais apressados: a busca da certeza jurídica associada ideal celeridade e efetividade judicial<sup>153</sup>.

A tutela antecipada, como observado *alhures*, constitui-se em poderoso instrumento à efetivação dos princípios constitucionais que norteiam a efetividade e a duração razoável do processo. Assim, repetimos a indagação feita por Rogéria Dotti DORIA<sup>154</sup>: “*Se o processo é longo e os jurisdicionados têm que conviver com essa espera, por que não oferecer antecipadamente alguns efeitos do provimento final (ou até mesmo todos eles) em determinadas situações especiais?*”

O presente instante permite-nos ir além, indagando sobre o ônus do tempo. A tutela antecipada pode além de antecipar efeitos do provimento final, que se encontrarem evidentes, distribuir o ônus do tempo entre as partes. Ocorre que o ônus do tempo processual deve recair sobre qual das partes?

Acreditamos que o ônus seja de responsabilidade da sociedade litigiosa, devendo ser repartido isonomicamente entre as partes no processo. Assim, o autor que tem razão e se vê impedido de obter o bem da vida pretense se não dentro do litígio judicial, não pode suportar o tempo que o réu necessite para trazer a tona defesa destituída de seriedade.

Corroborando com o exposto, Luiz Guilherme MARINONI<sup>155</sup> evidencia:

---

<sup>153</sup> DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela...**, op. cit., p. 144.

<sup>154</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>155</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso...**, op. cit., p. 130.

A distribuição do tempo do processo, realizada quando o réu necessita da instrução da causa a partir de defesa indireta infundada, assim como a inversão do tempo da instrução no caso em que a defesa direta se limita a negar os fatos constitutivos sem fundamento sério, além imprescindíveis para evitar o exercício de defesas abusivas, são absolutamente indispensáveis para dar às partes igual responsabilidade perante o processo e, além disto, para que os ônus do processo recaiam sobre ambas as partes de forma isonômica.

Percebe-se, ao longo do presente monográfico, que a tutela antecipada baseada no abuso de direito de defesa cumpre tal papel na distribuição do tempo no processo, permitindo a distribuição do tempo de forma isonômica. Tal fenômeno decorre do vetor constitucional que a técnica tem em tornar efetivo o direito fundamental à duração razoável do processo.

Todavia, grande parte da doutrina não ousou a tratar a técnica sob tal enfoque, que preferiram tratá-la como técnica de punição ao réu que apresenta defesa abusiva ou ausente de seriedade, apontando um agregado de conceitos.

O Ministro Teori Albino ZAVASCKI adota doutrina mesclada acerca da tutela do art. 273, II, do CPC, na qual “*poder-se-á denominar, pelo menos para efeitos classificatórios, de antecipação punitiva*”, embora não a considere punição em vista do “sentido positivo de prestar jurisdição sem protelações indevidas”. Ocorre que o jurista assemelha com a punição nas causas determinantes, “*com as penalidades impostas, (...) previstas no Código de Processo Civil (v. g. arts. 16 e 17, 538, parágrafo único e 601)*”.<sup>156</sup>

Entretanto, nas fundamentações da técnica antecipatória em voga apontamos que a correlação com as penalidades impostas à litigância de má-fé pode servir de guia para compreensão de tal medida sumária, mas se tratando de institutos distintos de aplicação distinta.

De outra banda, de forma clara e evidente, Bruno Vasconcelos de CARRILHO LOPES<sup>157</sup>, amparado na doutrina de Cândido Rangel DINAMARCO<sup>158</sup>, aponta o técnica em apreço com conteúdo sancionatório:

---

<sup>156</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **A Antecipação...**, op. cit., p. 77-78.

<sup>157</sup> CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Tutela...**, op. cit., p. 49-56.

<sup>158</sup> **Tutela...**, op. cit., p. 55.

Dentre as sanções predispostas no Código de Processo Civil para resguardar a observância do dever de lealdade, encontra-se a tutela antecipada fundada no art. 273, caput e inc. II do Código de Processo Civil, a qual constitui ao mesmo tempo uma espécie de tutela antecipada, visto ser destinada a proporcionar ao demandante a satisfação antecipada de sua pretensão, e uma sanção, pois atua no reforço da observância do dever de lealdade processual e constitui eficaz remédio à inobservância desse dever. Daí a denominação aqui adotada de tutela antecipada sancionatória.

Em que pese a fundamentação tecida pelo doutrinador paulista, distanciamonos de tal entendimento. Isso porque, a tutela antecipada (art. 273, inciso II, do CPC) é fundada em aparência, em um juízo de convicção de probabilidade, de forma que sustentar qualquer forma de sanção imposta pelo Estado seria reconhecer o poder inquisitório estatal mediante um pré-conceito de cognição sumária. A propósito, aludiu o saudoso mestre Piero CALAMANDREI: *“o que aparece semelhante à verdade pode ser só ilusão; e vice-versa, o inverossímil pode ser verdade”*.<sup>159</sup>

Em sentido contrário, Ovídio BAPTISTA DA SILVA<sup>160</sup> apega-se à probabilidade e a evidência do direito do autor, os quais se enrobustecem ainda mais ante a defesa infundada do réu, legitimando a medida sumária:

O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação.

Filiamo-nos a tal corrente, o que, inclusive, pôde-se percebido no transcorrer do presente trabalho. Entretanto, adentrando nas entrelinhas, aprofundando o tema, ou seja, preocupando-nos com a influência do tempo no processo, com olhos volta-

---

<sup>159</sup> CALAMANDREI, Piero. Opere Giuridiche. Napoli: Morano Editore. *Apud* ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela...**, op. cit., p. 44.

<sup>160</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil**, vol. I, p. 142.

dos as fortes palavras de Rogéria Dotti DORIA: *“muito embora todos sintam as conseqüências malévolas do decurso do tempo, são poucos os juristas que dedicam o estudo ao tema”*.

Com efeito, trazemos à baila as lições de Luiz Guilherme MARINONI<sup>161</sup>, que influenciou em demasia o presente estudo por ser um dos incansáveis juristas a se preocupar com a influência do tempo no processo:

A necessidade de distribuição do tempo do processo, e portanto de técnica processual idônea a tanto, é indispensável para dar concretude ao direito fundamental de ação e ao princípio da isonomia substancial. A circunstância de tal técnica trazer risco ao direito de defesa não pode inviabilizar a sua utilização, pois o procedimento comum, ao obrigar o autor a arcar sozinho com o tempo do processo, é desconforme aos valores constitucionais, constituindo fonte de injustiça e evidente estímulo para o abuso do direito de defesa.

Ora, o estudo preocupado com a cientificidade do tempo, sua influência no processo e na vida dos litigantes, não pode deixar de aceitar que a tutela antecipada fundada no abuso de defesa presta, na realidade, à efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo, que se antes encontrava-se implícito no primado da ação, hoje encontra-se consolidado no texto constitucional.

Por fim, finalizamos o presente trabalho abrindo críticas à doutrina conservadora, que se abstém a análise da distribuição do tempo, lembrando da máxima encartada por José Rogério Cruz TUCCI<sup>162</sup>, *“no processo, como vaticinara Courute, o tempo é algo mais do que ouro: é Justiça!”*. No mais, encontramos na pioneira doutrina do professor Luiz Guilherme MARINONI à luz para dissecar de forma adequada o instituto da tutela antecipatória baseada no abuso de defesa.

---

<sup>161</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de Defesa..., p. 131.

<sup>162</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. Tempo e processo: uma análise..., p. 146.

## CONCLUSÃO

Nossa análise tangenciou a teoria geral do processo, técnicas processuais e princípios – vetores – constitucionais. Obviamente que o estudo e os apontamentos que tomamos, nem de longe, prestam para esgotar assuntos de tão elevada importância e complexidade, que há muito tempo desafiam a inteligência jurídica dos aplicadores, juiz e mestres do Direito. Assim, afirmamos que nosso intuito primário era traçar um baluarte, um sustentáculo que prestasse para adentrar de forma harmoniosa no instituto da tutela antecipada baseada no abuso de defesa, poderosa arma de efetivação da tutela jurisdicional, principalmente na distribuição do ônus do tempo no processo, trazendo à baila a cientificidade do tempo e a singular importância desempenhada na prestação jurisdicional justa, cujo dever-poder é do Estado. Nesta toada, diante da escassa doutrina, aproveitamos o ensejo para cotejar a clara e evidente diferença da tutela antecipada no abuso de defesa compreendida como sanção, em contraposição a utilização do instituto como instrumento de efetivação de primados constitucionais, motivo pelo qual traçamos os primeiros passos do trabalho com conceitos necessários da teoria geral do processo, partindo, aos poucos, para as técnicas processuais e, relacionando-as com os princípios constitucionais.

Como buscávamos adentrar na intimidade da referida técnica antecipatória, os conceitos primários jamais poderiam ser relegados, a partir das premissas da obra – Teoria Geral do Processo – de LUIZ GUILHERME MARINONI, alcançando as noções de efetividade da tutela jurisdicional e a qualidade de medida constitucional, norteadas nas obras do professor SÉRGIO CRUZ ARENHART. Calcado, inicialmente, e principalmente, nas observações desses lecionadores, partimos para a análise do tempo no processo, momento em que a obra de ROGÉRIA DOTTI DÓRIA fez nos amadurecer e nos forneceu um arcabouço teórico, que foi fundamental para encarar e relacionar o tempo com a técnica antecipada, momento em que fundamental foi a obra de LUIZ FUX e novamente do saudoso professor paranaense LUIZ GUILHERME MARINONI, que permitiu nos aprofundar naquela que seria a antecipação perseguida no trabalho monocrático, qual seja, a fundada no abuso de defesa, aflorçando a natureza de instrumento a agir em prol da efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo.

A partir de então, retiramos os profícuos resultados de nossa interessada e modesta investigação científica, relatando e revelando a real importância da técnica

antecipatória baseada no abuso de defesa, não limitando, mas dissecando as possibilidades de concessão. Buscamos demonstrar a longo caminho traçado pelo legislador, pelo juiz e pelo Estado, no dever de munir o Direito de técnicas capazes de satisfazer com justiça os anseios da sociedade. Ora, repudiando a demora injustificada, realçamos a importância do tempo e a utilização indevida da defesa pode ser rechaçada do litígio mediante instrumento que efetivem os primados constitucionais, quando malferidos por litigantes que faltem com a boa-fé.

Foram esses os preceitos que possibilitaram a percepção de que boa parte da relação do tempo com os três poderes políticos, que instituíram o Pacto Republicano visando sanar a morosidade processual ou, pelo menos, amenizar a angústia do cidadão. Neste norte, rodeados de premissas políticas e sociais, a tutela antecipada não poderia se desvirtuar de sua real finalidade e sua ligação íntima com o texto constitucional. Assim, conseguimos cotejar duas correntes – sanção e efetivação. Acolhemos esta, que coaduna com o estudo exposto, bem como com a melhor doutrina, permitindo o estudo interdisciplinar.

De toda sorte, em que pese a escassez de doutrina acerca do tema – tutela antecipada fundada no abuso de defesa, buscamos nas mais diversas correntes pátrias argumentos para construir o presente trabalho monográfico da forma mais didática e rica em conteúdo quanto possível.

Assim, almejamos que nosso trabalho, ao apontar a relação da tutela antecipada fundada no abuso de defesa com a distribuição do ônus do tempo no processo, bem como ascendendo o instituto ao nível de instrumento de efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo, acrescente nova visão a matéria, possibilitando o fomento da discussão, para que não se esqueça que a defesa deve atender o caráter da boa-fé e que o tempo dilatado injustificadamente pode gerar prejuízos imensuráveis ao réu e à justiça, de forma que pretendemos que o trabalho, de alguma maneira, por mais tímida que seja, auxilie seu aprimoramento teórico.

## REFEÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela Antecipada**. 3 ed. São Paulo: Juruá, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_.; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de Processo do Conhecimento**. 7 ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007.

\_\_\_\_\_. **A Antecipação de Tutela e as alterações da Lei 10.444/2002. Estudos de Processo Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. Coordenador: Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista do Tribunais. 2005.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I, II e III.

\_\_\_\_\_. **O processo civil e sua recente reforma. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. Coordenadora: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**. 4 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BERTOLDI, Marcelo M. **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. Coordenadora: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Tutela Antecipada Sancionatória**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_, Cândido Rangel. **Efetividade do processo e os poderes do juiz in Fundamentos do processo civil moderno**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

\_\_\_\_\_, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. São Paulo: Revista Forense nº 356, 2001.

\_\_\_\_\_, Cândido Rangel. **Tutela Jurisdicional**. Revista de Processo nº 81. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela Antecipada em Relação à Parte Incontroversa da Demanda**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela Evidente**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1996

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_.; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Artigo: Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.** Website: <http://www.professormarinoni.com.br>, 2008.

\_\_\_\_\_. **Artigo: O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Website: <http://www.professormarinoni.com.br>, 2003.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. **Antecipação e Antecipações. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.** Coordenador: Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revista Forense, out./dez. de 1998.

\_\_\_\_\_, Humberto. **Tutela antecipada. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela:** Coordenadora: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. **A Antecipação da Tutela.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à nova Sistemática Processual Civil.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.