

RODRIGO DUARTE DAMASCENO FERREIRA

**ACESSO À JUSTIÇA E A EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DA
TUTELA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

Curitiba
2005

RODRIGO DUARTE DAMASCENO FERREIRA

**ACESSO À JUSTIÇA E A EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DA
TUTELA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito
parcial para conclusão do Curso de
Bacharelado em Direito da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Manoel Caetano
Ferreira Filho.

Curitiba
2005

TERMO DE APROVAÇÃO

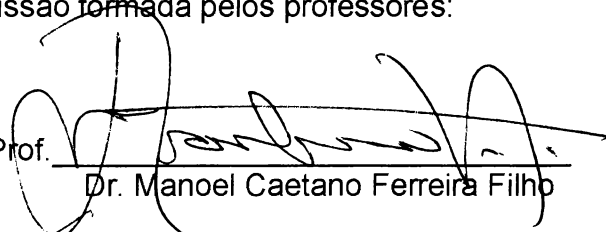
RODRIGO DUARTE DAMASCENO FERREIRA

ACESSO À JUSTIÇA E A EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Monografia aprovada, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador:

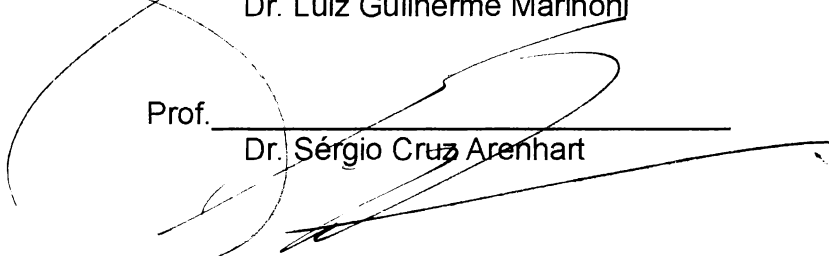
Prof.


Dr. Manoel Caetano Ferreira Filho

Prof.


Dr. Luiz Guilherme Marinoni

Prof.


Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Curitiba, 26 de outubro de 2005

*À minha mãe, que, embora lecionasse em outros
ambientes científicos, soube-me orientar e apoiar
nesta empreitada.*

*À Marina, minha companheira, que nunca se
fartou de escutar atentamente a leitura
repetitiva deste trabalho.*

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	1
Parte I	
ACESSO À JUSTIÇA	
2 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL	3
2.1 Supremacia da Constituição	3
2.2 Direito constitucional processual.....	6
2.3 Direitos fundamentais processuais	9
3 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA	12
3.1 Evolução histórica	12
3.2 Acesso à justiça na Constituição de 1988.....	13
3.3 O tempo no processo.....	15
Parte II	
EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E A CAUÇÃO	
4 TUTELA ANTECIPADA	19
4.1 Noções introdutórias	19
4.2 Tutela provisória.....	21
5 DISCIPLINA LEGAL	24
5.1 Requisitos obrigatórios.....	24
5.2 Requisitos alternativos	26
5.3 Efetivação do provimento antecipatório	30
6 CAUÇÃO.....	34
6.1 Obrigatoriedade	34
6.2 Análise constitucional da exigência da caução	36
6.2.1 Embate de direitos fundamentais.....	36
6.2.2 Grau de verossimilhança	38
7 CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS	45

RESUMO

O presente trabalho destinou-se a demonstrar que, se a exigência de caução para a efetivação da tutela antecipada for absoluta, é ela inconstitucional, por violar o direito ao acesso à justiça. Deve então ser flexibilizada à análise do caso concreto, possibilitando uma solução aceitável para o conflito entre direitos fundamentais (segurança jurídica e acesso à justiça). A análise do caso concreto deverá considerar o grau de verossimilhança das alegações do autor, pois quanto maior for, mais aceitável é o afastamento da caução sem prejuízo da segurança jurídica. O grau de verossimilhança necessário para o afastamento da caução, por sua vez, depende de qual hipótese legal fundamenta a concessão da tutela antecipada.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versará sobre a constitucionalidade, em face do direito ao acesso à justiça, da exigência de caução para a efetivação da tutela antecipada que acarrete o levantamento de depósito em dinheiro, a alienação de domínio ou que possa trazer grave risco ao executado (art. 588,II do CPC).

O Poder Constituinte, em 1988, consagrou o direito ao acesso à justiça como um direito fundamental. Estando no ápice do ordenamento jurídico, o direito à justiça limita e guia o legislador ordinário, obrigando-o a, diante das dificuldades e obstáculos trazidos pelo dinamismo social para a sua efetivação, criar soluções otimizadoras do acesso à justiça.

Neste sentido, o legislador ordinário deu um grande passo quando, em 1994, com a reforma do Código de Processo Civil, criou o reivindicado instituto da Tutela Antecipada, possibilitando que o requerente obtenha, antecipadamente, os efeitos da tutela demandada.

Com essa inovação, o ordenamento jurídico conseguiu amenizar os malefícios de uma estrutura judiciária sobrecarregada que, conseqüentemente, faz da morosa efetiva prestação jurisdicional verdadeira negação do acesso à justiça.

O legislador, entretanto, limitou, em algumas hipóteses, a efetivação da tutela antecipada à prestação de caução idônea. Prestigiou, com isso, a segurança jurídica em detrimento da efetividade do processo.

Impor a prestação de caução como condição absoluta para a efetivação da tutela antecipatória não representaria verdadeiro retrocesso, remetendo-nos à concepção do *lasser-faire*, pela qual o acesso à justiça é para aqueles que podem pagar? Será justo sempre prestigiar a segurança jurídica e, por conseguinte, o réu, em detrimento do autor que aparentemente tem razão?

Para responder estas questões e com isso obter êxito na análise proposta neste trabalho, é necessário o estudo da supremacia da Constituição – e da conseqüente obediência obrigatória aos seus preceitos - para a compreensão da necessidade de ler o processo civil, assim como os demais ramos do direito

infraconstitucional, à luz das regras e, sobretudo, dos princípios e direitos fundamentais trazidos em na Carta Magna.

Para essa correta leitura do processo civil – leitura esta a que o *direito constitucional processual* se presta - é preciso entender a função dos direitos fundamentais no sistema jurídico e, ainda, considerando o objeto deste trabalho, o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça, pois só assim poder-se-á analisar se as regras disciplinadoras da tutela antecipada estão em consonância com os valores constitucionalmente impostos.

O estudo da disciplina legal do instituto da tutela antecipa permitirá, por fim, nos limites intrínsecos a uma monografia de conclusão de curso de graduação, analisar em quais hipóteses de antecipação da tutela a caução poderá ser afastada e qual o método deverá ser utilizado para tanto.

Parte I

ACESSO À JUSTIÇA

2 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL**2.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

Para a melhor compreensão do significado da “supremacia da Constituição” é indispensável adentrarmos no tema da classificação das Constituições, mais especificamente na referente à estabilidade do texto constitucional, pois, no dizer de José Afonso da Silva, “da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição”¹.

Inviável seria conceber uma Constituição imutável, pois o dinamismo social inevitavelmente acarretaria tantos rompimentos da ordem constitucional, quanto as mudanças nas relações sociais.

O ilustre constitucionalista paulista alerta que “deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita *adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem estar social*”².

A classificação quanto à estabilidade - classificação esta idealizada por Lord Bryce - diz respeito à maneira de alteração das Constituições, dividindo-as em *rígidas, flexíveis e semi-rígidas*.

Rígidas são aquelas que, para serem modificadas, carecem de um processo de reforma mais complicado e solene³ que o das leis ordinárias. No Brasil, por exemplo, a aprovação de uma emenda da Constituição deve se dar por maioria de 3/5 (CF, art. 60, §2º), enquanto a lei ordinária é aprovada por maioria simples (CF, art. 47).

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 45.

² *Ibid.*, p.42.

As *flexíveis* são aquelas cuja alteração não demanda um procedimento especial, ou seja, alteram-se com o mesmo procedimento das leis ordinárias.

Por fim, alguns autores denominam *semi-rígidas* as Constituições que contêm uma parte rígida e outra flexível – como exemplo temos a Constituição brasileira do Império, à vista do seu art. 178⁴.

A exigência de um procedimento de modificação especial para alteração das Constituições rígidas dá maior estabilidade e, por conseguinte, maior força ao texto constitucional comparada às leis ordinárias, ou seja, assenta a distinção primacial do poder constituinte e poder constituído: no ápice, a supremacia das decisões do poder constituinte (leis constitucionais); e, hierarquicamente abaixo, as leis ordinárias, simples ato de um poder inferior, o constituído.

Para Paulo Bonavides, é da exigência de um procedimento especial de revisão que “procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento”⁵.

A supremacia hierárquica da Constituição - que faz da lei constitucional a lei das leis, a mais alta expressão jurídica da soberania - tem como consequência primeira a imposição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos constitucionais, sob pena de serem consideradas nulas e inaplicáveis.

“O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida”⁶.

A própria Constituição traz, em seu corpo, instrumentos para verificação da adequação das normas infraconstitucionais aos seus preceitos (art. 102, I, a, e III, a, b, e c, e art. 103).

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 83.

⁴ Diz o citado art. 178: “ É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos ,e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas (nos art. 173 a 177), pelas legislaturas ordinárias”.

⁵ BONAVIDES, op. cit., p.296.

⁶ Ibid., p.297.

Sem um efetivo mecanismo de controle de constitucionalidade, a idéia de supremacia estaria prejudicada, pois inexistiria meio para impor e garantir a obediência que lhe é característica.

Ao abordar o tema *controle de constitucionalidade*, Paulo Bonavides afirma que, sem ele, “a supremacia da norma constitucional seria vã, frustando-se assim a máxima vantagem da norma que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental”⁷.

Não obstante - devido às características expostas - a Constituição deve ser respeitada por todos os ramos do direito, a história constitucional brasileira mostra que, infelizmente, não foram raras as ofensas às nossas Constituições.

“Essa vergonhosa constatação deve-se”, na opinião de Nelson Nery Júnior, “a um fenômeno cultural e político por que passou e tem passado o Brasil ao longo de sua existência. Referimo-nos ao fato de o País ter tido poucos hiatos de tempo em Estado de Direito, em regime democrático, em estabilidade política, enfim”⁸.

Atualmente, todavia, estamos indo na direção correta, qual seja, a de colocar o Direito Constitucional como fundamento para os demais ramos do direito, fortalecendo nossa estrutura de Estado Democrático de Direito, Estado esse que tem, dentre seus princípios, o princípio da constitucionalidade que, no dizer de José Afonso da Silva, “exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional”⁹.

Devemos, assim, iniciar a hermenêutica sempre pelos preceitos constitucionais, e, somente depois, ler o direito infraconstitucional, dando a ele a interpretação que mais fortaleça a Constituição.

Se o texto infraconstitucional estiver em desacordo com o texto constitucional, não poderá, por ser inconstitucional, “ser aplicada para solução do

⁷ Id.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

⁹ SILVA, op. cit., p.122.

caso concreto: estará sujeita à declaração *in concreto* ou *in abstracto* dessa referida inconstitucionalidade”¹⁰.

Uma leitura insular de um ramo do Direito seria incompleta e, com muita probabilidade, errada, pois, para a ótima compreensão de uma parte do conjunto sistêmico, é necessário conhecer os princípios norteadores e unificadores do todo.

Cândido Rangel Dinamarco alerta

que todo conhecimento só é verdadeiramente científico quando tiver por apoio a consciência dos *princípios* que o regem: sem essa consciência, há o grande risco de perder a necessária coerência unitária entre os conceitos exarados e jamais ter-se segurança quanto ao acerto e boa qualidade dos resultados das investigações¹¹.

No âmbito do direito processual civil, por exemplo, surge o *direito constitucional processual* como método de leitura sistêmico-constitucional: considera os princípios constitucionais que atuam sobre a ordem processual civil e, por conseguinte, consegue extrair o significado justo das normas processuais.

2.2 DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

Devido ao fato da expressão *direito constitucional processual* não ter o mesmo significado na unanimidade na doutrina pátria, é preciso justificar a opção pela sua utilização.

Alguns autores, como Nelson Nery Júnior, denominam *direito processual constitucional* “a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional”¹². Citam como exemplo de institutos deste direito o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade, etc.

O conjunto de normas de direito processual civil que se encontra na Constituição da República é chamado, por estes autores, de *direito constitucional processual*.

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, refere-se ao *direito processual constitucional* como sendo o “método consistente em examinar o sistema

¹⁰ NERY JUNIOR, op. cit., p. 20.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., v.1. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 191.

¹² NERY JUNIOR, op. cit., p.21.

processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela”¹³.

Esse método, segundo o autor, exterioriza-se de duas formas: 1) *tutela constitucional do processo*, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição; 2) *jurisdição constitucional das liberdades*, composta pelos mecanismos trazidos no texto constitucional para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais – estariam aqui, dentre outros, o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade, a exigência de juizados especiais, ação civil pública.

Percebe-se, assim, que a denominação utilizada por Nelson Nery Júnior, *direito constitucional processual*, equivale à *tutela constitucional do processo*, espécie do gênero *direito processual constitucional*, segundo as nomenclaturas de Cândido Rangel Dinamarco.

Considerando que este trabalho limitar-se-á à abordagem das normas constitucionais que incidem no processo civil, a denominação *direito constitucional processual* parece ser a mais adequada.

Como já foi dito, o modelo rígido da Constituição brasileira tem como uma de suas conseqüências a supremacia constitucional e, por conseguinte, o inafastável dever de obediência aos seus preceitos, sob pena da norma infraconstitucional infratora deste dever ser retirada do ordenamento pelo controle de constitucionalidade.

O direito constitucional processual se presta a uma leitura sistêmica das leis processuais, leitura esta que exige a consideração dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, vale dizer, dos princípios constitucionais.

Embora a idéia de Direito como sistema já exista há um bom tempo, nem sempre a leitura do direito processual sobre o prisma constitucional se deu: Cândido Rangel Dinamarco lembra que “talvez num passado relativamente remoto fosse lícito considerar elementos da dogmática processual exclusivamente a partir do que dispõe a *lei*, sem maiores zelos pelo que a Constituição dispõe sobre o processo”¹⁴.

Paulo Bonavides, ao abordar o tema, afirma que,

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., v.1, p. 53.

¹⁴ *Ibid.*, p.178.

com a *publicização* do processo, por obra das novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Constitucional Processual¹⁵.

Hoje, de fato, é notória a importância de impor os princípios e garantias constitucionais ao processo, pois o processo é mecanismo de utilização do poder estatal e, como tal, pode ser exercido, se não controlado e limitado, com abusos e arbitrariedades.

Nossa Carta Magna, por exemplo, traz inúmeras disposições endereçadas de modo específico ao processo, não se limitando a enunciar a garantia do devido processo legal.

A Constituição brasileira, segundo Cândido Rangel Dinamarco, empenha-se na *tutela constitucional do processo*, tendo como finalidade a segurança de um *processo justo e equo*. Complementa o ilustre processualista que

a generosa idéia do *processo justo e equo* que vem sendo cultuada pelos processualistas modernos, apóia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo – ou seja, aquele que for realizado sem o predomínio dos parâmetros político-liberais emanados das garantias constitucionais do sistema¹⁶.

Enfim, não se pode, nos dias atuais, “pensar o processo na ausência da luz constitucional”¹⁷.

Um dos escopos políticos do processo é a efetividade do ordenamento jurídico nacional como um todo, que nada mais é que a “efetivação da própria Constituição”¹⁸.

Não basta, para cumprir esse fim, o processo servir como instrumento de efetivação dos direitos constitucionais materiais se, para isso, não agir da forma constitucionalmente definida e imposta.

Assim, é indispensável retirar da Constituição toda a disciplina constitucional do processo, mais especificamente aquela trazida no rol dos direitos

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.44.

¹⁶ DINAMARCO, op. cit., p.181.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.

¹⁸ DINAMARCO, op. cit., p.190.

fundamentais, pois só assim poder-se-á ter um processo inteiramente comprometido com a ordem constitucional vigente.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

Os direitos fundamentais são frutos de um processo histórico-universal de lutas e reivindicações sociais. Representam os direitos indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.

Embora todas as Constituições Brasileiras tenham enunciado os direitos fundamentais, a Carta de 1988 inovou, dispondo sobre o tema antes de tratar da organização do Estado.

Essa mudança deve ser encarada como uma valoração do indivíduo em relação ao Estado: o atual Estado Brasileiro deve ser organizado de forma a otimizar a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais.

Oportunas são as palavras de Júlio Guilherme Müller:

Os direitos fundamentais vivem os seus melhores momentos no que tange à valorização e posicionamento no ordenamento jurídico vigente. Situados topograficamente na Constituição da República de 1988, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, foi outorgada um considerável potência de eficácia e aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais¹⁹.

De fato, o próprio Constituinte expressamente determinou (§1º, art. 5º da CF) que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

Há, no entanto, normas definidoras de direito sociais, enquadradas dentre os direitos fundamentais, cuja aplicabilidade depende de legislação ulterior. Por regra, conclui José Afonso da Silva,

as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei

¹⁹ MÜLLER, Júlio Guilherme. Direitos fundamentais processuais. Curitiba, 2004, 245 f. Dissertação Mestrado em Direito) – Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, f. 46.

integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta ²⁰.

Nota-se que, sob o Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”, o Constituinte trouxe direitos e garantias, deixando para a doutrina a árdua tarefa de distinguir quais incisos trazem garantias e quais ditam direitos ²¹.

Assim, teríamos no acesso à justiça um direito processual fundamental ou uma garantia processual constitucional? E mais, correto é tê-lo como um princípio?

Para Rui Barbosa, direito e garantias não se confundem, devendo estar separadas “no texto da lei fundamental, as *disposições meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as *disposições assecutórias*, que são as que, em defesa de direitos, limitam o poder. Aquelas instituem *direitos*; e estas, as *garantias (...)*” ²².

Para Paulo Bonavides, da mesma forma, existe uma profunda distinção entre direitos e garantias, sendo um erro colocá-las como sinônimos, erro este que “tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos” ²³.

Todavia, esta não é uma idéia unânime na doutrina, pois não são nítidas as linhas divisórias entre direitos e garantias, “nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são *declaratórios* e as garantias *assecutórias*, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecutória” ²⁴.

Júlio Guilherme Müller, após interessante análise sobre o tema, conclui que as garantias fundamentais processuais possuem um caráter dúplice - além de proteger os direitos, fundamentam posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas - que autoriza chamá-las de direitos processuais fundamentais.

Ressalta, ainda, que há, para estas duas posições jurídicas, um regime jurídico único que recomenda o mesmo tratamento constitucional quanto à catalogação, aplicabilidade (art. 5º, § 1º da CF) e amplitude (art. 5º, § 2º da CF) ²⁵.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.180

²¹ *Ibid.*, p.185

²² BARBOSA, Rui. *República: Teoria e Prática*. Brasília: Editora da Câmara dos Deputados, 1978, p.121

²³ BONAVIDES, op. cit., p.526

²⁴ SILVA, op. cit., p.185

²⁵ MÜLLER, op. cit., f. 63

Assim, considerar-se-á, neste trabalho, seguindo grande parte da doutrina processualista, o acesso à justiça como um direito fundamental, e como tal, posicionado no topo do ordenamento jurídico.

Estando no ápice da pirâmide normativa – posição ocupada por princípios- pode-se afirmar que os direitos fundamentais são dotados de uma estrutura normativa principiológica, “funcionando como fonte de direitos e obrigando as demais normas jurídicas a guardar consonância com seus enunciados”²⁶.

Portanto, os direitos fundamentais, além de servirem como limites à atuação estatal, servem como princípios guias dos diversos ramos do Direito, impondo ao legislador e aos aplicadores do direito um “atuar” harmônico com suas determinações, quando da elaboração de novas leis e da leitura do direito posto. Isso porque, “as normas de direitos fundamentais têm uma força conformadora, potencialmente expansiva a toda a ordem jurídica, que dirige ao poder político, à administração, ao legislador e ao poder judicial impulsos e directivas de atuação”²⁷.

Para a efetivação desta força diretiva, é indispensável conhecer a conteúdo de cada direito fundamental, pois o desconhecimento da verdadeira extensão de cada um deles poderá acarretar uma limitada e, por conseguinte, inconstitucional exigência de consonância aos seus preceitos.

Assim, é mister conhecer o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça para, depois, poder verificar se a lei processual civil está em harmonia com toda a extensão daquele direito fundamental.

²⁶ Ibid., f. 79

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.80.

3 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O conteúdo do direito ao acesso à justiça variou segundo a sociedade para qual se prestou.

A sociedade do século XIX - sociedade que tentava, de todas as formas, se desvincular dos resíduos de um Estado Absolutista - viu nas forças do mercado a solução para os problemas sociais. Pregava que estas forças deveriam agir com a maior liberdade possível, vale dizer, com a menor ingerência do Estado na sociedade.

O Estado, no modelo *laissez-faire*, tinha sua atuação limitada a garantir o livre exercício dos direitos individuais – nota-se aqui verdadeira supremacia do indivíduo em relação à coletividade, servindo o Estado ao indivíduo e não este àquele.

Nesta sociedade liberal, a noção de acesso à justiça não ia além do simples “direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”²⁸.

Era, portanto, o direito à justiça formalmente atribuído a todos, não considerando as divergências brutais existentes na esfera do *ser*. Com isso,

a justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva²⁹.

O modelo liberal não conseguiu cumprir com suas promessas - bem comum atingido pela livre concorrência - chegando a tensão social a tal ponto que a mudança paradigmática foi inevitável: onde se visualizava um Estado mínimo, passou-se a ter um Estado muito mais atuante, com poderes e deveres de intervir

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. e ver. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988, p. 9

²⁹ *Id.*

nas relações individuais, para, com isso, levar à comunidade o efetivo bem estar social.

Com esta mudança de valores, vale dizer, com a supremacia do social sobre o indivíduo, a noção do direito ao acesso à justiça também evoluiu. Passou a ser, nas palavras de Cappelletti, “encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”³⁰.

O atual Estado brasileiro, constituído pela Carta de 1988, está longe de ser um Estado descompromissado com o bem estar social, ou seja, é um Estado cuja intervenção na sociedade é mais que um poder, sendo um dever para conseguir a verdadeira justiça social.

Neste cenário, o direito ao acesso à justiça, trazido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, deve ser lido além dos limites da concepção liberal de mero direito formal de propor e/ou contestar ação. Deve ser entendido como o *acesso à ordem jurídica justa*.

3.2 ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A partir do momento que o Estado chama para si o monopólio da **função pacificadora**, assume ele o dever de intervir, quando chamado, nos conflitos sociais, apaziguando-os da forma mais adequada às necessidades da sociedade.

Esse dever estatal foi elencado, pelo Constituinte de 1988, como um dos direitos fundamentais, o *direito ao acesso à justiça*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do art. 5º da CF).

Seria um retrocesso aos valores liberais ler este enunciado constitucional como o simples dever do Poder Judiciário apreciar toda e qualquer afirmação de lesão ou ameaça de direito.

Não basta assegurar ao Poder Judiciário a apreciação de toda e qualquer lesão.

É preciso oferecer condições para que a análise pelo Judiciário se dê de uma maneira adequada, que realmente atenda os interesses dos jurisdicionados. Sim, pois de nada adiantaria a garantia constitucional da inafastabilidade caso

³⁰ Ibid., p.12

permitisse que as decisões judiciais fossem proferidas de maneira superficial e ainda assim muitos anos após a propositura das ações ³¹.

O estudo da problemática do acesso à justiça exige uma nova postura mental, pois, “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais existentes” ³². Deve-se pensar na estrutura jurídica sob a perspectiva do consumidor, vale dizer, do povo. Só assim viabilizar-se-á, segundo Kazuo Watanabe, o *acesso à ordem jurídica justa*.

Ao fornecer a atividade jurisdicional, o Estado deve montar uma estrutura apta a satisfazer as exigências de seu público alvo, vale dizer, adequada às necessidades e peculiaridades da população destinatária.

Esta inafastável adequação se justifica, de certa forma, no monopólio estatal da função jurisdicional: o Estado-Juiz, ao substituir as partes na solução dos conflitos, deve proporcionar uma solução tão satisfatória quanto aquela que as partes teriam com a justiça privada, ou seja, a jurisdição deve atender as exigências sociais.

É, portanto, o acesso à justiça um direito de conteúdo variável e dependente dos valores sociais de cada época.

“Em virtude desta variedade de exigências”, complementa Júlio Guilherme Müller, “mostra-se mais adequado tratar das posições jurídicas no âmbito da proteção do acesso à justiça do que limitá-lo a um mero conceito imutável e insensível às futuras (e atuais) exigências jurídicas e sociais” ³³.

O simples fato de estar o direito ao acesso à justiça enunciado no rol dos direitos fundamentais não é suficiente para que o cidadão tenha a segurança de ver assumido e solucionado pelo Estado os seus eventuais conflitos.

Não é compatível, com a presente ordem jurídica, um direito fundamental “virtualizado em normas e esvaziado em práticas inoperantes e insatisfatórias. Quer-se”, conclui Cármen Lúcia Antunes Rocha, “um direito vivo, o direito das

³¹ DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

³² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1988, p. 128.

³³ MÜLLER, op. cit., f. 79

praças públicas, não um direito acomodado, direito das prateleiras das bibliotecas fechadas”³⁴.

Para termos um direito vivo ao acesso à justiça, devemos considerá-lo em três âmbitos: 1) inicialmente, deve-se garantir o pleno e facilitado acesso aos órgãos jurisdicionais; 2) após o ingresso no Poder Judiciário, é fundamental que a prestação jurisdicional seja eficiente, vale dizer, deve ela ser prestada com a presteza que a situação impõe; 3) por fim, não basta a declaração de direitos, é preciso que haja uma mudança no âmbito dos fatos, ou seja, que a sentença seja eficaz³⁵.

O alto custo do processo e o tempo no processo são os principais fatores prejudiciais ao efetivo acesso à justiça³⁶.

A Constituição, tentando amenizar estes males, trouxe previsão do *direito à assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inc.LXXIV). E, embora já estivesse consolidado na boa doutrina que o acesso à justiça - nos moldes em que foi trazido no inciso XXXV do art. 5º da CF- incluía a idéia de um processo adequado e rápido, o Poder Reformador, com a Emenda à Constituição 45/2004, veio a reforçar esta idéia, expressamente prevendo, como direito fundamental do cidadão, a razoável duração do processo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inciso LXXXVIII, CF).

Conhecer os efeitos do tempo no processo é, portanto, fundamental para se ter a real relevância constitucional dos mecanismos que, assim como a tutela antecipada, contribuem para a celeridade da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, para o direito ao acesso à justiça.

3.3 O TEMPO NO PROCESSO

Rui Barbosa, já no século XIX - época de um Brasil ainda muito rural - dizia com muita propriedade que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”³⁷.

³⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 34.

³⁵ *Ibid.*, p.35-42.

³⁶ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p.13

Daquela época para os dias atuais, houve uma evolução ímpar nas relações sociais: o dinamismo social fez do tempo algo extremamente caro à sociedade contemporânea.

Theodoro Júnior, por exemplo, afirma que

como os tempos atuais cada vez se caracterizam mais pelo ritmo acelerado de vida, tanto nas relações sociais como econômicas, a prestação jurisdicional, como um todo, se torna alvo do descrédito e da censura generalizada, pela notória inaptidão dos serviços judiciais para se amoldarem à dinâmica da sociedade³⁸.

Uma justiça lenta causa instabilidade no seio social, comprometendo um dos escopos do processo: a pacificação social.

É inegável que o tempo no processo possa viabilizar uma melhor apuração da verdade e, conseqüentemente, uma maior probabilidade de se chegar à decisão acertada.

Contudo, o fato do processo perdurar por muito tempo é suficiente para tornar a decisão acertada em uma decisão injusta, pois traz angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria³⁹. Portanto, “o decurso do tempo, nos dias de hoje, pode *por si só* levar ao fracasso ou sucesso de uma pretensão, independentemente da decisão judicial proferida”⁴⁰.

Conclui-se, assim, que “em muitas ocasiões o tempo age em prol da verdade e da justiça. Na maioria das vezes, contudo, o fator temporal conspira contra o processo”⁴¹.

O autor, ao bater nas portas do judiciário, requer um “agir” para mudar a realidade, realidade esta que, ao mesmo tempo que o prejudica, beneficia o réu, ou melhor, “em regra o autor pretende uma modificação da realidade empírica e o réu deseja a manutenção do *status quo*”⁴².

³⁷ BARBOSA, Rui. Orações aos moços. In: LACERDA, Virgínia Côrtes de. (Coord.). *Rui Barbosa, escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Editora José Aguilar, 1960, p. 695.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 187.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

⁴⁰ DORIA, op. cit., p. 20.

⁴¹ TUCCI, José Rogério e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 11.

⁴² MARINONI, op. cit., p. 16.

Como em nosso sistema processual vigora, como regra, o princípio *nulla executio sine titulo*, a demora do processo significa o retardamento da efetiva alteração do *status quo*, ou seja, significa que, mesmo estando o réu flagrantemente desprovido de razão, terá sua esfera jurídica protegida de qualquer ingerência em favor do autor até exaurido todo processo.

Diante desta constatação, Luiz Guilherme Marinoni conclui que “o processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem!”⁴³.

Será esta situação compatível com os fins do processo? A resposta é negativa, pois, como bem ressalta Cândido Dinamarco, falar em instrumentalidade do processo é “falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas”⁴⁴.

Não obstante a certeza que a demora no processo acarreta danos ao autor que tem razão, há quem diga que o tempo no processo é algo neutro, incapaz de prejudicar as partes. Como falar em neutralidade se é deixado todo o peso do tempo no processo para uma das partes, a autora?

“É esta forma cômoda, mas perversa, de encarar o processo que colabora para o descrédito do povo no Poder Judiciário e para tornar letra morta a norma constitucional garantidora do acesso à justiça”⁴⁵.

Há a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional de tal forma que seja ela adequada às necessidades concretas de seus consumidores.

Ocorre, todavia, que o ordenamento processual ao qual estamos vinculados foi elaborado de forma a priorizar a segurança jurídica, impondo, como procedimento comum, um procedimento de cognição plena e exauriente (procedimento ordinário), despreocupado com a necessidade da prestação tempestiva. Há, assim, verdadeira desconsideração das necessidades concretas, pois oferecer como regra o procedimento ordinário é ignorar que ele, em muitas situações de direito substancial, não é procedimento adequado.

⁴³ MARINONI, op. cit., p. 16.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 295.

⁴⁵ MARINONI, op. cit., p. 22.

Ressalta o ilustre professor Luiz Guilherme Marinoni que “cabe aos processualistas não apenas ler as normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais, mas também extrair do sistema processual as tutelas adequadas à realização concreta do direito à adequada tutela jurisdicional”⁴⁶.

Assim, é fundamental encontrar instrumentos para amenizar os males de um procedimento ordinário demorado, e, com isso, poder distribuir o ônus do tempo no processo, ônus este que, como visto, recai unicamente sobre o autor.

Várias são as possibilidades para distribuição do tempo no processo, dentre as quais se destacam a criação de procedimentos especiais elaborados a partir das técnicas da cognição:

procedimentos que impedem a discussão de determinadas questões (cognição parcial), que restringem o uso das provas (mandado de segurança; cognição exauriente *secundum eventum probationis*) ou mesmo que são de cognição plena e exauriente, mas dotadas de tutela antecipatória, permitem, de certa forma, um melhor distribuição do tempo da justiça⁴⁷.

O legislador brasileiro, atendendo aos gritos reivindicatórios da doutrina, trouxe, para o direito positivo, em 1994, com a reforma do Código de Processo Civil, o instituto da tutela antecipada, possibilitando uma justa distribuição do tempo no processo e, com isso, otimizou o direito fundamental constitucional ao acesso à justiça.

Sendo a tutela antecipada um instrumento de efetivação constitucional, deve ser lida de forma abrangente, pois a limitação para sua utilização pode significar verdadeira inconstitucionalidade, por restringir valores constitucionalmente tutelados.

Faz-se, assim, necessário conhecer o modo como o legislador trouxe a tutela antecipada (art. 273 do CPC), para verificação da existência ou não de limitações infraconstitucional injustificadas, vale dizer, limitações fundamentadas em valores menos caros à sociedade que uma tutela jurisdicional adequada.

⁴⁶ Ibid., p. 19.

⁴⁷ Ibid., p.27.

Parte II

EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E A CAUÇÃO

4 TUTELA ANTECIPADA**4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS**

A partir do momento em que o Estado retirou do particular a possibilidade de fazer “justiça” com as próprias mãos e se colocou como único detentor do poder de dirimir os conflitos sociais, houve sempre preocupação em se buscar mecanismos que tornassem a prestação jurisdicional mais rápida.

No direito romano clássico, por exemplo, os *interdicta* possibilitavam que o provável titular do direito lesionado fosse tutelado em breve tempo e sem as complicações do processo. O magistrado, ensina José Carlos Moreira Alves, concedia-os baseando-se “no pressuposto de que fossem verdadeiros os fatos alegados pelo litigante que lhe solicitara a ordem” ⁴⁸, ou seja, aquelas medidas provisórias fundamentavam-se em um juízo de verossimilhança.

O direito processual pátrio, contrariando o seu insuprimível compromisso com a realidade e as exigências sociais ⁴⁹, manteve-se estruturado sobre demorado procedimento ordinário, afastando-se das atuais necessidades de uma dinâmica sociedade de “massa”. Tal discrepância com a realidade fez com que, nas palavras de Teresa Arruda Alvim, “a criação de meios para que processo possa gerar resultados mais rapidamente venha sendo uma tendência, ao longo do tempo, principalmente nos últimos 30 anos” ⁵⁰.

A Lei n. 8.952/94 trouxe ao Código de Processo Civil, dentre outras novidades, a *tutela antecipada* (art. 273 do CPC). Foi, sem dúvida, “uma das mais

⁴⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 10.ed., v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.234.

⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 3.ed., v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.21.

⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso Avançado de processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 369.

expressivas e polêmicas inovações trazidas por aquilo que se convencionou chamar de *A Reforma do CPC*⁵¹.

Com a tutela antecipada, possibilitou-se que, a qualquer tempo, a parte autora, em sendo preenchidos certos requisitos, obtenha provisoriamente a total ou parcial satisfação de sua demanda, antes mesmo do término do processo de conhecimento. Não se antecipa, como bem alerta Teori Albino Zavascki, “a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos”⁵². Foi, indiscutivelmente, um avanço processual brasileiro rumo ao acesso à justiça.

É verdade que existiam, antes de 94, medidas que antecipavam os efeitos do provimento jurisdicional, ou seja, o fenômeno da antecipação da tutela não é propriamente novo no Direito brasileiro. Alimentos provisionais, liminares no mandado de segurança, na ação declaratória de inconstitucionalidade e na ação civil pública são algumas das medidas já existentes no sistema positivo brasileiro que consistiam no adiantamento dos efeitos da tutela⁵³.

Foi, no entanto, quando posta como instituto autônomo, que a tutela antecipada tornou-se um instrumento geral, passível de ser utilizado em qualquer processo de conhecimento: a partir do momento em que há uma demanda em juízo, pode ter ela seus efeitos antecipados antes de exaurido todo o processo. Cândido Rangel Dinamarco ressalta que o novo art. 273 do Código de Processo Civil, “ao instituir de modo explícito e generalizado a *antecipação dos efeitos da tutela pretendida*, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo”⁵⁴.

A diferenciação entre tutela cautelar e antecipatória que fora, logo após a entrada em vigor da lei n. 8.952/94, objeto de muita debate e dúvida, perde muito de sua importância prática, haja vista o novo § 7º do art. 273 do CPC que estabeleceu a fungibilidade entre estas duas tutelas de urgência, valorizando o princípio da instrumentalidade do processo.

⁵¹ Ibid., p.367.

⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 48.

⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p.370.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140.

São, no entanto, institutos que, mesmo pertencentes ao mesmo gênero-tutela de urgência - não se confundem: a tutela cautelar, esclarece Rogéria Dotti Doria, “é uma forma de prestação jurisdicional voltada a impedir que o decurso do tempo do processo impeça realização do possível direito alegado pela parte”, ao passo que a “tutela antecipada destina-se a satisfazer o próprio direito antes de proferida a decisão final em determinado processo”⁵⁵.

Nota-se, por fim, que, paulatinamente, está havendo uma inversão de valores. A segurança jurídica que, outrora, fora o norte seguido pelo legislador, cada vez mais cede espaço para a efetividade da tutela jurisdicional. Atualmente, é possível, inclusive, que haja mudança no mundo empírico mesmo sem título, contrariando o clássico princípio *nulla exectio sine titulo*: a tutela antecipada permite a realização de um direito antes de ele ter sido declarado no processo de conhecimento.

Em contrapartida, a tutela antecipada, sendo fruto de um juízo de aparência, é marcada pela provisoriedade, atendendo, assim, à segurança jurídica.

4.2 TUTELA PROVISÓRIA

No processo há, pelo menos, dois pontos de vista (do autor e do réu) sob os quais o caso pode ser analisado. A escolha pelo juiz de um deles depende, é certo, da maneira como os fatos pretéritos da vida real foram processados no mundo ideal. Os dados reais são trazidos ao processo pelos materiais probatórios, ou seja, as provas são instrumentos pelos quais são representados acontecimentos passados no mundo real.

Percebe-se, assim, que quanto maior a quantidade de provas trazida para processamento, a imagem da realidade dos fatos montada no processo - da qual sai a sentença - torna-se mais verídica, tornando mais provável o acerto da decisão

Contudo, há casos em que o tempo conspira contra a efetividade do processo, não sendo possível esperar o conhecimento de todos os fatos probatórios.

Surgem, assim, as diferentes maneiras ou graus de conhecer: a cognição pode ser exauriente ou sumária, dependendo da profundidade da apuração da

⁵⁵ DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*, p.34.

veracidade dos fatos (plano vertical); como pode também ser plena ou limitada quanto à extensão dos debates travados no processo (plano horizontal).

Temos, assim, dois planos independentes pelos quais a cognição pode ser visualizada: podemos ter, por exemplo, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade ou plena e exauriente, enfim, “com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais”⁵⁶.

Quando nossa Carta Magna assegura, em seu art. 5º, inciso LV, o direito à ampla defesa e ao contraditório, não está ela assegurando o direito ao procedimento ordinário, no qual a cognição é integral nos dois planos. Garante sim, o direito a uma tutela definitiva, definitividade esta só alcançada se exauriente a cognição - o que pode acontecer em outros procedimentos além do ordinário - pois mais próxima do acerto estará a decisão. “O essencial para garantir o direito à cognição exauriente”, conclui Teori Albino Zavascki,

é que - seja em procedimento ordinário, seja em procedimento sumário, seja num único processo, seja em mais de um processo - a sentença definitiva de mérito só se torne imutável após oferecimento de meios adequados e razoáveis de participação dos litigantes na formação de convencimento do juiz⁵⁷.

Vale lembrar que não é possível falar em direito constitucional absoluto. Assim, a ampla defesa - da qual decorre o direito à cognição exauriente - só é “ampla nos limites adequados à necessidade de dar-se ao processo seu sentido prospectivo e dinâmico, de fazer com que o processo chegue ao seu final no menor tempo possível”⁵⁸. Portanto, cognição exauriente não deve ser entendida como cognição ilimitada.

As tutelas de urgência (medida antecipatória e cautelar) destinam-se a combater os efeitos devastadores do tempo no processo. Não são elas utilizadas tão somente quando há risco de lesão definitiva, mas também quando “as angústias

⁵⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1987, p. 84.

⁵⁷ ZAVASCKI, op. cit., p.20.

⁵⁸ Ibid., p. 21.

e prejuízos da espera, somados ao estado de privação que se prolonga, constituem males a serem evitados”⁵⁹.

São, portanto, as tutelas de urgência incompatíveis com a demora para o exauriente conhecimento no processo. São medidas concedidas com base em uma cognição sumária, menos aprofundada no sentido vertical, que se satisfaz com a simples demonstração de certos fatos que tornem provável o direito alegado para a concessão da tutela, ou seja, ela é “menos que a certeza, porque os fatos divergentes ainda estão presentes e deverão ser esclarecidos na instrução probatória (...)”⁶⁰.

As tutelas jurisdicionais de urgência são provisórias, pois, fundamentadas em uma cognição superficial, podem ser revistas sempre que o juiz, diante de novos fatos probatórios, se convença que “a parte não tinha o direito que num primeiro momento parecia ter”⁶¹. Em obediência à *segurança jurídica*, somente da cognição exauriente, que se presta à busca de juízo de certeza, é que pode surgir uma tutela com efeitos definitivos, marcada pela autoridade da coisa julgada.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., v.1, p.161.

⁶⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.190.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., v.1, p.163.

5 DISCIPLINA LEGAL

5.1 REQUISITOS OBRIGATÓRIOS

Sendo uma tutela que, mesmo sendo de cognição sumária, possibilita a alteração no mundo empírico, o legislador, tentando não abandonar por completo a segurança jurídica, por bem condicionou a concessão da tutela antecipada ao preenchimento de certos requisitos, quais sejam: 1) prova inequívoca capaz de fazer surgir a verossimilhança; 2) reversibilidade dos efeitos do provimento.

A *prova inequívoca capaz de fazer surgir a verossimilhança* (art. 273, caput) não pode ser confundida com a prova suficiente para a declaração do direito material, pois, sendo um juízo fundamentado em cognição sumária, logo provisório, seria ilógico exigir provas que o tornassem um juízo de certeza, vale dizer, juízo formado com base na plenitude de provas produzidas ao longo do processo. É sabido que grande parte da demasiada demora do processo está exatamente na produção probatória requerida pelas partes. Ora, se a tutela antecipada é um instrumento posto para *driblar* o tempo no processo, não seria razoável, sob pena de inutilizar o instituto da antecipação da tutela, o exaurimento cognitivo do processo.

O ilustre professor Luiz Guilherme Marinoni, quando da abordagem deste requisito, esclarece que ele deve ser entendido como “a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito”⁶².

Não é só nas provas já produzidas no processo que se forma a verossimilhança para concessão da tutela antecipada, devendo ser, também, considerados: “(i) o valor do bem jurídico ameaçado; (ii) a dificuldade de o autor provar sua alegação; (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras da experiência, e (iv) a própria urgência descrita”⁶³.

A leitura do §2º do art. 273, que determina que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento

⁶² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; *Manual do Processo de Conhecimento*, 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.244.

antecipado”, pode nos levar a uma equivocada conclusão: a de que a tutela antecipada não pode ser concedida quando ela puder causar prejuízo irreversível.

É verdade que, sendo uma tutela provisória, seus efeitos não podem ser irreversíveis, sob pena de antecipar a própria vitória definitiva do autor, condenando o réu sem o devido processo legal e tornando inútil o próprio prosseguimento do processo⁶⁴.

Ocorre, todavia, que se adotada a reversibilidade como um requisito absoluto, estaríamos restringindo e comprometendo a inovação da tutela antecipada. Assim, conclui Carlos Augusto de Assis, “embora se compreenda a cautela do legislador, não se pode admitir tal restrição com a severidade que o texto parece impor”⁶⁵. Os tribunais, seguindo a doutrina majoritária⁶⁶, já vem adotando este entendimento. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, decidiu que “a exigência da irreversibilidade do §2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipada não cumprir a excelsa missão a que se destina”⁶⁷.

No caso da tutela antecipada que tem por objetivo evitar dano irreparável ao direito provável (art. 273, I), é ainda mais inaceitável negá-la sob o argumento de que ela pode trazer dano irreversível. Ora, se o autor deve demonstrar verossimilhança de seu direito ameaçado, não conceder a antecipação significa “dizer que o *direito provável* deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao *direito improvável*”⁶⁸.

A concessão da tutela antecipada comporta sempre um risco, por estar ela embasada em uma cognição não exauriente. Por outro lado, a sua não concessão também comporta risco de dano à parte autora. Por quais razões devemos sempre tutelar o interesse do réu, mesmo quando seu direito é improvável? É justo sempre jogar o ônus do tempo do processo nas costas do autor?

⁶³ Ibid., p. 245.

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, p.97.

⁶⁵ ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela à luz da garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 183.

⁶⁶ Teori Albino Zavascki, Nelson Nery Júnior, Luiz Guilherme, Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier, Athos Gusmão Carneiro, Moniz Aragão, C.R Dinamarco, são alguns dos muitos que compartilham com este entendimento.

⁶⁷ STJ, Resp 144.656/ES, 2.ºT., rel.Min. Adhemar Maciel, DJU 27.10.1997, p.54.778.

⁶⁸ ARENHART; MARINONI, op. cit., p. 266.

Qualquer leitura extremista do §2º do art. 273 - que determine sempre a concessão da tutela antecipada, desconsiderando a irreversibilidade de seus efeitos, ou, contrariamente, que nunca a conceda quando há perigo de ser o dano irreversível - deve ser afastada. É prudente e correta a análise no caso concreto, ponderando os riscos (do autor e do réu) e decidindo qual deva prevalecer

Nota-se que a reversibilidade do provimento pode ser *in natura*, possibilitando a volta ao *status quo ante*; ou também será reversível quando puder haver indenização que seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido.

No clássico exemplo doutrinário da antecipação da tutela para demolição de um prédio histórico ou de interesse arquitetônico, os efeitos do provimento são, de fato, irreversíveis.

Nelson Nery Júnior afirma que, neste caso, a tutela antecipada não pode ser concedida⁶⁹. Teresa Arruda Alvim Wambier, por sua vez, ao comentar o mesmo caso hipotético, afirma que a concessão da medida antecipatória não está inteiramente afastada. Propõe a autora, com acerto, a aplicação do princípio da proporcionalidade, princípio este que “recomenda que, ainda que esteja em jogo interesses rigorosamente não indenizáveis, devam-se ponderar os valores em jogo, e, em função dessa ponderação, eventualmente, chegar-se a conceder a antecipação”⁷⁰.

5.2 REQUISITOS ALTERNATIVOS

Além dos requisitos obrigatórios (verossimilhança e reversibilidade), fica a concessão da tutela antecipada dependente da existência de, pelo menos, uma das seguintes situações alternativas: 1) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou 2) abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Para que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, inciso I), há necessidade de que o risco de dano pela não concessão

⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6.ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.651.

⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso Avançado de processo civil*. v.1, p. 374.

imediate da tutela seja concreto, atual e grave ⁷¹. Não há um parâmetro geral para a aplicação desta exigência, devendo ser lida segundo as circunstâncias de cada caso. J. E. Carreira Alvim, por exemplo, afirma que “sendo o receio um sentimento de índole subjetiva, deverá ser analisado, em se tratando de pessoa física, em função de quem o experimenta, considerados a idade, o sexo, a instrução, a condição social etc.” ⁷².

É compreensiva a preocupação do legislador neste inciso. Não seria justo sacrificar o autor definitivamente (dano irreparável) pela excessiva demora na prestação jurisdicional.

Nota-se que, nesta hipótese de concessão da tutela antecipada, os riscos existentes - de um lado, o de irreversibilidade dos efeitos da antecipação e, do outro, de dano irreparável ao autor - devem ser ponderados no caso concreto, ponderação esta que deve considerar o grau de verosimilhança do direito do autor, pois, quanto maior for, mais deverá pender a balança em seu favor, vale dizer, em favor da concessão da tutela antecipada.

Poderá, ainda, a tutela antecipada assumir uma função punitiva, quando o fundamento para a sua concessão for *o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu* (art. 273, inciso II).

Esta hipótese concessiva prestigia a lealdade processual ⁷³ e se fundamenta na premissa de não ser o direito de defesa um direito incondicional do réu, pois a “defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor” ⁷⁴.

Trata-se de mecanismo que, além de beneficiar o autor, com uma efetiva distribuição do tempo no processo, também serve para a boa administração da jurisdição: não há dúvida que defesas abusivas e atos que objetivem tão somente o retardamento da apreciação jurisdicional acarretam um excessivo prolongamento do processo, sobrecarregando a já saturada estrutura judicial. Vale trazer as oportunas palavras de J.E. Carreira Alvim, segundo as quais,

⁷¹ ZAVASCKI, op. cit., p. 77.

⁷² ALVIM, J.E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.70.

⁷³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*.v.9. Do processo de conhecimento, arts. 282 a 331. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 137

o direito processual, tanto como material, comporta abusos, sendo que o cometido no processo é até mais pernicioso que o cometido contra o direito mesmo, uma vez que, além das partes, atinge o próprio Estado na sua tarefa de distribuir justiça, dando ensejo ao entulhamento do foro e tornando morosa a prestação jurisdicional ⁷⁵.

Não há, como bem aponta Rogéria Dotti Doria ⁷⁶, critérios objetivos que caracterizem o abuso do direito de defesa. Deverá o juiz determinar, levando em conta sua experiência e os costumes, os limites entre a defesa aceitável e a abusiva.

A tutela antecipada fundada no abuso de defesa pode ser concedida, como exemplifica Luiz Guilherme Marinoni, quando o réu apresenta exceção substancial indireta infundada.

O ônus da prova é dividido, ficando a cargo do autor a prova dos fatos por ele alegado; e ao réu a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, CPC).

Ora, se o autor já provou os fatos constitutivos de seu direito, não é lógico, nem justo, sacrificar a parte autora com a espera de que o réu produza as provas dos fatos por ele alegados, mesmo porque, sendo o réu o único beneficiado pela demora do processo, não teria ele interesse em acelerar a produção de suas provas.

Não basta, para a concessão da tutela antecipada baseada na reserva da cognição da exceção substancial indireta infundada, “a prova do fato constitutivo. A tutela antecipada, neste caso, exige que a exceção substancial indireta não seja de pronta solução - ou melhor, que demande tempo para a produção de provas - e ainda que seja provavelmente infundada” ⁷⁷ (sem grifos no original).

O réu que insiste na exceção substancial, mesmo sendo nítida a probabilidade do seu insucesso, por ser ela infundada, está tentando retardar a realização do direito alegado e provado pelo autor, ou melhor, está agindo de forma abusiva na sua defesa.

Enfim, deverá o juiz ter a sensibilidade de perceber se comportamento do réu é justificado no âmbito da efetiva ampla defesa, ou se objetiva não mais se

⁷⁵ ALVIM, op. cit., p.72.

⁷⁶ DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*, p.54.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.33.

defender, mas sim retardar a mudança empírica em favor do autor que tem razão. Reconhecido o abuso de defesa, terá o autor direito à antecipação da tutela.

O do §6º do art. 273 determina que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Esta hipótese se dá autonomamente, vale dizer, a concessão da tutela antecipada em relação à parte incontrovérsia da demanda independe dos requisitos obrigatórios (reversibilidade e verossimilhança), como também dos alternativos (fundado receio de dano irreparável e abuso de defesa). É de se dizer, no entanto, que havendo incontroversa, é evidente que haverá verossimilhança.

Incontrovérsia, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, “consiste na ausência de um confronto de afirmações em torno de um fato alegado”⁷⁸.

Algumas posturas do réu podem tornar incontroversas as alegações do autor: 1) a contestação sem impugnação de todos os fatos alegados pelo autor (art. 302); 2) a revelia, que nada mais é que total ausência de contestação (art. 319); 3) a confissão (art. 334).

Nestes casos, os fatos alegados pelo autor serão tidos como verdadeiros, ficando dispensada a produção de provas - salvo as exceções dos arts. 302 e 320, II e III, em que, mesmo não havendo controvérsia, os fatos devem ser provados.

Nota-se que parte da doutrina faz a distinção entre a revelia pelo não comparecimento e a pela não apresentação de contestação. No primeiro caso, não seria razoável que a revelia acarretasse a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, pois o não comparecimento pode ter várias causas, inclusive de cunho social. Situação diversa é aquela em que o réu comparece, mas opta por não apresentar contestação, pois “aquele que vem em juízo e não contesta assume uma posição que, a princípio, pode ser definida como ativa, já que opta por não contestar”⁷⁹.

Se os fatos constitutivos de um dos direitos são incontroversos, e “o juiz entenda que dos fatos narrados decorre o direito pretendido, tal direito deve poder

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.95.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*, p.122.

ser realizado desde logo, não havendo razão para o autor ter de esperar a instrução dilatória para o julgamento dos outros pedidos formulados”⁸⁰.

Situação semelhante ocorre quando do réu reconhece um dos pedidos cumulados, ou parcela deles. O autor, por exemplo, pede indenização no montante de R\$ 500,00, mas o réu diz ser devido somente R\$ 100,00. Não haveria razão para fazer o autor esperar o processamento da parte controvertida (R\$ 400,00), para receber os reconhecidos R\$ 100,00.

As tutelas antecipadas concedida com base no §6º do art. 273 não são, não obstante serem anteriores à sentença, fundadas em uma cognição sumária, mas sim em uma exauriente. Deste modo, “a tutela antecipada, nestes casos, não apresenta risco ao direito de defesa ou ao princípio do contraditório”⁸¹.

Assim, não seria lógico condicionar a concessão desta tutela antecipada ao preenchimento do requisito da reversibilidade, pois “quando a antecipação é concedida com fundamento na incontrovérsia, a probabilidade de acerto é superlativamente grande, em face da presunção de veracidade dos fatos alegados e conseqüente dispensa de provas”⁸².

Observados os requisitos legais – os obrigatórios e um dos facultativos - o autor tem o direito subjetivo à concessão da tutela antecipada, não estando ela na esfera discricionária do juiz, pois, “na verdade, constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto”⁸³.

Concedida a tutela antecipada, é necessário que seus efeitos sejam sentidos no mundo empírico, vale dizer, de nada adiantaria a mera concessão do provimento se este não se tornar efetivo.

5.3 EFETIVAÇÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO

A tutela antecipada surgiu como remédio contra os males do tempo no processo. Este remédio só poderá atingir seu fim se seus efeitos forem

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 119.

⁸¹ *Ibid.*, p. 120.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p.95.

⁸³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p.648.

imediatamente sentidos no mundo real, ou melhor, considerando que a tutela depende, para realmente ter significado prático, de atos executivos, “ela somente é efetivamente entregue ao seu destinatário no momento em que é executada”⁸⁴.

Assim, se da data da concessão da medida à sua efetivação perdurar muito tempo, o fim único da antecipação da tutela ficará prejudicado: de nada adiantaria o tempo poupado para declarar provisoriamente o direito se, para sua efetivação, fosse preciso passar pelo também demorado processo de execução.

As regras do processo de execução foram pensadas sob prisma da segurança jurídica, sendo incompatível com a efetivação das tutelas de urgência, pois “não faz parte do espírito da execução de títulos a necessidade de atuação célere do comando judicial”⁸⁵.

O texto original do art. 273 trazia, no seu §3º, a expressão *execução*, expressão esta substituída, com a Lei n.º 10.444/2002, por *efetivação*, ou seja, o próprio legislador reconheceu a incompatibilidade entre a tutela antecipada e o processo de execução, devendo, pois, ser ela efetivada no mesmo processo em que foi concedida.

O art. 273, §3º prevê que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A” (sem grifos no original).

O legislador, portanto, teve o cuidado de expressamente determinar que a observância dos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, para a efetivação da tutela antecipada, se fará no limite da compatibilidade com a natureza antecipatória.

Poderá o juiz, nas hipóteses em que a antecipação objetive o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, impor multa diária ao réu, multa de valor suficiente para que o demandado prefira cumprir a obrigação a pagar a multa (art. 461, § 4º).

O § 5º, por sua vez, permite ao juiz, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente,

determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda.*, p.202.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p.186.

obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (...). Assim, a norma autoriza não só o emprego de mecanismos que substituam a conduta do demandado. Confere ao juiz, igualmente, poderes para imposição de outros meios coercitivos (além da multa, expressamente prevista no § 4º), destinados a acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu, para que ele cumpra o fazer ou não fazer⁸⁶.

Percebe-se, ao ler no texto da lei a expressão “tais como”, que o rol de medidas trazido neste dispositivo (busca e apreensão, remoção de pessoas, etc.) é exemplificativo, podendo o juiz lançar mão de outras medidas mais adequadas ao caso concreto.

Quando os efeitos antecipados da tutela consistirem na entrega de coisa, poderá o juiz determinar a expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse (art. 461-A, § 2º). Poderá, ainda, haja vista o § 3º do 461-A, que determina a aplicação subsidiária das regras do art. 461, ordenar a entrega do bem sob pena de multa, como também poderá escolher outros mecanismos mais eficazes para o caso concreto.

São estes dispositivos (461, §§ 4º e 5º, e 461-A) compatíveis e, por conseguinte, aplicáveis à efetivação da tutela antecipada, pois respondem satisfatoriamente à necessária celeridade que ela exige.

O §3º também faz referência à aplicação, para a efetivação da tutela antecipada, do art. 588 do CPC , dispositivo este destinado à disciplina da execução provisória.

É equivocada a conclusão de que a efetivação da tutela antecipada deva seguir os moldes da execução provisória, mesmo porque este tipo de execução não responde aos objetivos antecipatórios.

Deverão, sim, ser retirados daquele artigo as disposições que sejam compatíveis com a tutela antecipada.

É possível, por exemplo, a utilização do inciso I, do art. 588, determinando que a reparação dos prejuízos decorrentes da efetivação da tutela antecipada, que posteriormente venha a ser revogada, seja de responsabilidade do autor. Seria, para grande parte da doutrina, um caso de responsabilidade *objetiva* do autor que, por sua conta e risco, provocou livremente a proteção emergencial do Estado-Juiz⁸⁷.

⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso avançado de processo civil*. 5. ed., v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 298.

⁸⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p.241.

Já o inciso II, no entanto, desperta dúvida sobre a sua compatibilidade com o instituto da tutela antecipada: será possível condicionar a efetivação antecipada - que acarrete o levantamento de depósito em dinheiro, a alienação de domínio ou grave dano ao executado - à prestação de caução?

6 CAUÇÃO

6.1 OBRIGATORIEDADE

Embora seja o instituto da tutela antecipada relativamente recente em nosso ordenamento processual positivo (Lei n.º. 8.952/1994), o legislador vem constantemente atualizando-o, adaptando-o às necessidades sociais e, sobretudo, otimizando o seu objetivo de dar maior efetividade ao processo.

As alterações do art. 588, por exemplo, serviram para ampliar a incidência da tutela antecipada – haja vista que o §3º do art. 273 expressamente determina que a efetivação deverá observar, também, o art. 588.

O inciso II do mencionado artigo dispunha que a execução provisória não abrangeria os atos que importassem a alienação do domínio, nem permitiria, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro.

A efetividade do processo e a necessária distribuição do ônus do tempo no processo ficavam, portanto, completamente afastadas nos casos em que, para a efetivação da tutela antecipatória, fosse necessária a alienação de domínio.

Com a Lei n.º. 10.444/2002, a redação do art. 588 foi alterada, passando a determinar, em seu inciso II, que a execução provisória que acarretasse “o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importam alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos de execução”.

Poderia parecer, em uma primeira leitura, que o legislador impôs mais obstáculos para efetivação da tutela antecipada, pois ampliou demasiadamente a exigência de caução, colocando-a como necessária em todos os casos em que a efetivação antecipatória possa resultar grave dano ao executado.

É possível, entretanto, o entendimento de que a nova redação do inciso II do art. 588 veio a contribuir para a expansão da utilização daquele instituto, pois relativizou a obrigatoriedade de reversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório. “O risco de *irreversibilidade* dos efeitos da medida antecipatória”, como comenta Cândido Rangel Dinamarco,

que chega a constituir motivo para inadmissibilidade desta (art.273, §2º), pode ser afastado ou mitigado em muitos casos, se uma caução for prestada e com isso ficar assegurada a possibilidade de retorno ao *status quo ante* em caso de o requerente da medida não ter razão afinal⁸⁸.

Ora, sempre que a tutela antecipada acarretar mudanças no mundo empírico irreversíveis, é correto dizer que ela causou, se depois vir a ser reconhecido que autor não tinha razão, dano grave ao réu. A gravidade do dano está justamente na impossibilidade de se voltar ao *status quo ante* - é claro que nem todo dano grave é o irreversível, mas todo o dano irreversível é grave.

A partir do momento em que a lei permite que seja efetivada a tutela antecipada que possa importar grave dano ao réu, é correto afirmar que pode ela ser concedida e efetivada mesmo que haja risco de serem seus efeitos irreversíveis, bastando, para isso, que seja prestada caução idônea. Oportunas são as palavras de Antônio Cláudio da Costa Machado, pelas quais

seria mesmo incongruente se a lei vedasse, peremptoriamente, a irreversibilidade, no §2º, e estabelecesse, como condição necessária à antecipação, o ato caucionário, cuja função é a de recompor, sob o ponto de vista econômico, os prejuízos causados injustamente por uma providência que já não pode ser mais revertida⁸⁹.

Há casos, contudo, que a caução não é medida suficiente para afastar o requisito da reversibilidade: no já citado caso hipotético da tutela antecipada para demolição de um prédio rústico, por exemplo, é imprescindível - por não ser o eventual dano decorrente do provimento antecipado reparável em pecúnia - a análise no caso concreto, ponderando os riscos (o do autor e do réu) e considerando o grau de verossimilhança do direito demonstrado pelo autor.

Nota-se que a caução é legalmente exigida para levantamento de depósito em dinheiro ou a prática de atos que importam alienação de domínio, pois, nestes casos, há um pressuposto legal de que serão eles irreversíveis⁹⁰.

Assim, a efetivação da tutela antecipada que acarrete aqueles atos depende da prestação de caução idônea. É claro que, não sendo necessária a

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 89.

⁸⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A tutela antecipada*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 597.

reversibilidade da tutela antecipada do §6º, não seria lógico exigir, mesmo naqueles casos, caução para sua efetivação.

Por fim, o novo §2º do art. 588 determina que “a caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontra em estado de necessidade”.

Compreensível foi a preocupação do legislador, pois, em se tratando de créditos de natureza alimentícia, a demora processual pode afetar a própria dignidade da pessoa humana do autor.

A exigência de caução nos casos de crédito de natureza alimentícia acabaria por inviabilizar de forma quase que absoluta a efetivação da tutela, pois, nestes casos, pressupõe-se que a maioria dos autores não teriam condição financeira para caucionar a realização dos efeitos antecipatórios, haja vista que estão justamente pleiteando em juízo um “mínimo patrimonial indispensável à vida decente”⁹¹

Será tão somente neste caso, crédito de natureza alimentícia, que a exigência de caução deve ser relativizada? ou melhor, até que ponto exigir, nos demais casos, inafastavelmente a caução para a efetivação da tutela antecipada é compatível com a nossa ordem constitucional, ordem esta que preconiza o acesso à adequada tutela jurisdicional e o tempo razoável do processo?

Vale lembrar as oportunas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon, pelas quais, “chega a ser inconstitucional a exigência de caução quando impedir ou dificultar extremamente o exercício de um direito (CF, art.5, XXXV)”⁹².

6.2 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA EXIGÊNCIA DA CAUÇÃO

6.2.1 Embate de direitos fundamentais

⁹⁰ Ibid., p.598.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*.2. ed.v.4. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 772.

⁹² LUCON, op. cit., p. 415.

O instituto da tutela antecipada está envolto sempre a um embate de direitos: de um lado, a segurança jurídica e o do outro a efetividade processual, que, por sua vez, se reporta *umbilicalmente* ao direito ao acesso à justiça.

Tanto a segurança jurídica, como o direito à tutela adequada estão constitucionalmente amparados no capítulo referente aos direitos fundamentais.

O direito à tutela adequada, como já visto, está expresso no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Também está assegurado, em nossa Carta Magna, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Como devido processo legal, deve-se entender o processo que garanta aos litigantes “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Da leitura destes dois incisos extraímos o direito à segurança jurídica, segundo o qual, a liberdade e os bens devem “permanecer sob disposição de quem os detém e deles se considere titular, até que se esgote o devido processo legal”⁹³.

Não há hierarquia que imponha sempre a prevalência de um em relação ao outro. É verdade que, com o novo inciso LXXXVIII do art. 5º da Carta Magna, trazido pela Emenda à Constituição n.º 45, há um forte indicativo de que nossa ordem jurídica tende a priorizar a efetividade processual em detrimento da segurança jurídica. Esse indicativo deverá ser considerado quando da análise no caso concreto, pendendo a balança um pouco mais em direção à efetividade processual.

Ao contrário do que ocorre em um conflito de regras, a solução do conflito de direitos fundamentais não significa o absoluto afastamento de um dos direitos conflitantes. É necessário versar sobre o caso concreto, decidindo qual deve prevalecer.

O princípio da proporcionalidade é o melhor mecanismo para solucionar a colisão de direitos fundamentais, pois pondera os bens e os valores concretamente colidentes, decidindo qual dos direitos deve sofrer limitação em benefício do outro.

A análise do caso concreto não é ilimitada, devendo ser observados princípios, os quais são denominados pela doutrina como princípios parciais do princípio da proporcionalidade. A observância a estes “sub princípios” é fundamental

para garantir, na solução do caso concreto, que a “relação entre o fim que se deseja alcançar e o meio utilizado seja proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária”⁹⁴.

Os princípios parciais são: a) *princípio da necessidade* - pelo qual só deve ser usado o princípio da proporcionalidade se a convivência, no caso concreto, entre os direitos fundamentais é realmente impossível; b) *princípio da menor restrição possível* - segundo o qual a restrição do direito fundamental deve ser a mínima indispensável à harmonização pretendida; c) *princípio da salvaguarda do núcleo essencial* - a solução não pode, sob o pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, “eliminar um deles, ou lhe retirar a sua substância elementar”⁹⁵.

A solução do conflito de direitos fundamentais, assim, será tanto mais justa e, por conseguinte, aceitável, quanto maior a adequação a estes princípios.

6.2.2 Grau de verossimilhança

No conflito entre segurança jurídica e efetividade, a prestação de caução surge como mecanismo de contrapeso, pois permite uma efetivação processual sem deixar de lado, por completo, a segurança jurídica.

A problemática surge quando a prestação de caução torna-se obstáculo intransponível à efetivação processual. Esta situação, muito mais que teórica, é, em um país cuja população é composta por um cem número de miseráveis, prática, vivida diariamente em nossos tribunais: como exigir caução daqueles que, muitas vezes, não dispõem do mínimo para sua sobrevivência?

A exigência de caução está, portanto, também ligada ao conflito segurança *versus* efetividade. Não considerar a situação concreta e, desta forma, impor inflexivelmente a caução para todos os casos legalmente previstos (art. 588, II) representa verdadeiro golpe de misericórdia no direito à tutela adequada, o que,

⁹³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.148.

⁹⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direito fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.149.

⁹⁵ZAVASCKI, Antecipação da tutela e colisão..., p.146.

como já visto, contraria a boa técnica para solução dos conflitos entre direitos fundamentais.

A dispensa da caução, ou a sua exigência, deve ser lida no caso concreto, e, com isso, afastada toda e qualquer leitura que prestigie sempre a efetividade processual em detrimento da segurança jurídica, ou, como a clássica doutrina processualista pregava, a segurança, como valor maior, em detrimento da efetividade. Qualquer conclusão extremista será carregada de inconstitucionalidade.

O legislador, infelizmente, não tomou esta cautela. Elegeu duas hipóteses específicas (primeira parte do inciso II do art. 588) em que a caução deve ser prestada, não a condicionando à análise do caso concreto. A terceira hipótese (parte final do inciso II do art. 588), por sua vez, faz menção a uma análise de risco de dano ao réu. Nenhuma delas, portanto, permite uma abertura ao magistrado para que, diante das circunstâncias concretas do autor, possa dispensar a prestação de caução para a efetivação da tutela antecipada.

Esta omissão do legislador ordinário, todavia, não nos vincula, pois devemos obediência à Constituição e, se esta prega o acesso à tutela adequada, qualquer empecilho legislativo infraconstitucional deve poder ser afastado – sempre considerando, é certo, que a segurança jurídica também é constitucionalmente tutelada.

A caução, pois, deve ser prestada sempre que não signifique obstáculo intransponível à efetivação da tutela antecipatória e, por conseguinte, ao direito à tutela adequada.

Nos demais casos, diga-se, quando representar a negação da efetividade processual, não obstante a previsão legal, deve poder ser ela afastada, sob pena de negar a celeridade processual à grande parte da população brasileira e, por conseguinte, fazer dos benefícios da tutela antecipada um benefício de poucos, vale dizer, daqueles que podem pagar por ele.

É evidente que o simples fato de representar a caução obstáculo intransponível não é suficiente para afastá-la. É necessário, com já fora dito, versar sobre o caso concreto, aplicando o princípio da proporcionalidade - e seus princípios parciais - para decidir, no caso concreto, qual deve ser o limitação de um dos direitos em benefício do outro.

O grau de verossimilhança dos direitos demonstrado pelo autor é um dos critérios que podem ajudar na análise concreta para dispensa da caução, pois traz o equilíbrio exigido pelo princípio da proporcionalidade entre o meio e o fim que se deseja atingir: quanto maior a aparência do direito alegado, maior será a probabilidade da tutela ser no futuro confirmada e, assim, mais segura é a antecipação da mudança empírica em favor do autor. A caução, em sendo grande esta segurança, não mais se justifica, podendo ser ela dispensada.

O grau de verossimilhança ao qual aqui é referido não é aquele exigido para a concessão da tutela antecipada (art. 273, caput), mas sim aquele para sua efetivação. São graus diferentes, pois o primeiro é o suficiente para a declaração antecipada de um direito. O segundo é aquele que irá auxiliar no concreto afastamento da prestação de caução legalmente imposta para a efetivação dos efeitos da tutela antecipada e, portanto, deverá ser de grau maior.

A medida de verossimilhança suficiente para permitir a dispensa da caução, por sua vez, não segue um padrão fixo, haja vista a necessidade de versar sobre o caso concreto. Irá, portanto, variar conforme as circunstâncias fáticas e, inclusive, conforme o tipo de tutela antecipada que se pretende efetivar, pois, sendo fundamentadas em hipóteses diversas, exigem uma análise também diferenciada.

As alegações do autor, na antecipação da tutela da parte incontroversa do pedido, beiram a certeza. Neste caso, em que o grau de verossimilhança é alto (se é que ainda pode ser chamado de verossimilhança), a caução não se justifica, devendo ser sempre afastada, pois é ínfimo o risco dela ser futuramente tida como equivocada. Vale lembrar, inclusive, que parte da doutrina vem admitindo que, nesta hipótese de antecipação, o requisito da reversibilidade não precisa ser atendido quando da sua concessão ⁹⁶. Ora, se a função principal da caução é garantir a reversibilidade, dispensado esta estamos logicamente descartando aquela.

Na tutela antecipada fundada no abuso de defesa, a caução para sua efetivação só poderá ser afastada sempre que houver, no mínimo, um grau de verossimilhança médio. Isso porque, sendo esta hipótese de tutela antecipatória verdadeira sanção processual, dispensar a caução nos casos em que a aparência do direito não é ainda muita clara, significaria sacrificar o réu definitivamente, aumentando a sanção sobremaneira, tornando-a injusta e desproporcional.

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p.95.

A imposição de caução para efetivação da tutela antecipada baseada no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação deve seguir análise diversa. Aqui, o conflito entre segurança e efetividade cede o lugar principal ao embate entre bens concretos, ou seja, a ponderação deve se dar sobretudo entre os bens envolvidos. Faltaria lógica se, ao mesmo tempo em que se exige para concessão da antecipação da tutela o estado de urgência, restringe-se a sua efetivação à prestação de caução. Ora, na maioria dos casos, a “urgência” vem da precária situação financeira de quem requer a tutela, não sendo sensato exigir dela sacrifícios patrimoniais para prestar a caução. Tal exigência torna o “seu direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, uma tutela pela metade e completamente incapaz de atender às hipóteses em que o direito de crédito deve exercer uma função não patrimonial”⁹⁷ (direito à saúde, por exemplo).

Neste sentido, a jurisprudência já começa a se manifestar, dispensando a caução quando o réu não possui bens para prestá-la e há iminência de dano a bens extrapatrimoniais. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO-SAÚDE. Tutela antecipada. Cobertura de despesas atinentes a tratamento de quimioterapia e radioterapia. Cabimento. Aplicação do art. 273 e seu inciso I do CPC. Exame das circunstâncias do caso concreto. Contrato anterior à Lei n.º 9.656/98. Inaplicabilidade direta dessa Lei. Aplicação do art. 51, IV, e seu § 1º do CDC, à luz do art. 12, II, "d", da Lei n.º 9.656/98, em diálogo de fontes. Prestação de caução. Inegixibilidade. Parte necessitada, defendida em juízo pela Defensoria Pública. Recurso desprovido⁹⁸ (sem grifos no original).

No caso, a caução foi acertadamente afastada, pois a sua exigência acarretaria - haja visto ser o autor pessoa pobre, não possuidor de condição para prestá-la – o fracasso da tutela antecipada e, por conseguinte, da prestação jurisdicional. A demora para o início do tratamento de quimioterapia e radioterapia representaria, sem dúvida, risco à vida do autor. Entre o bem “vida” e a “pecúnia”, é evidente que o primeiro deve prevalecer no caso concreto.

Neste tipo de tutela antecipada, a caução pode ser, portanto, dispensada com a demonstração mínima de verossimilhança, vale dizer, com a medida

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*, p. 39

suficiente para o preenchimento do requisito legal para sua concessão. É verdade que, no caso concreto, uma maior verossimilhança só irá ajudar no convencimento do juiz para a dispensa da caução.

Percebe-se, por fim, que a exigência de caução como posta em nosso ordenamento jurídico não é compatível com a ordem constitucional. Alcançar-se-á, todavia, a constitucionalidade se tal exigência for flexibilizada à análise do caso concreto, análise esta que poderá lançar mão da medida da verossimilhança como instrumento de otimização da harmonização dos direitos fundamentais envolvidos.

Esta flexibilização pode ser alcançada sem mudança do texto de lei, bastando extrair dele uma interpretação harmônica com a nossa ordem constitucional: o art. 273 diz ser aplicável o inciso II do art. 588, “no que couber e conforme sua natureza”, à efetivação da tutela antecipada. Abre-se, aqui, a oportunidade do juiz, no caso concreto, verificar, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, se a caução é, ou não, compatível com a efetivação dos efeitos antecipados.

⁹⁸ Agravo de Instrumento N.º 70009057167, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 11/08/2004.

7 CONCLUSÃO

A tutela antecipada foi, sem dúvida, um avanço processual em direção ao direito fundamental ao acesso à justiça, vale dizer, à tutela adequada, pois permite aliviar os malefícios do tempo no processo.

Não atingirá seu fim, todavia, se a efetiva mudança no mundo empírico não se realizar, ou se realizar tardiamente.

Portanto, a exigência de caução acarretará o fracasso da tutela antecipada, quando for um obstáculo intransponível para sua efetivação.

A caução está, assim como todo o instituto da tutela antecipada, em meio ao embate de direitos fundamentais (acesso à justiça e segurança jurídica). Deve, por conseguinte, ter sua exigência analisada sob o crivo do princípio da proporcionalidade, de maneira a equilibrar e tornar harmônico o convívio daqueles direitos conflitantes, afastando qualquer solução abstrata e absoluta .

A leitura extremista do art. 588, II do CPC que torne a imposição de caução uma condição sempre necessária à efetivação da tutela antecipada é inconstitucional, pois sacrifica definitivamente a efetividade processual, em benefício da segurança jurídica. Também seria inaceitável e de constitucionalidade questionável, se decidirmos em abstrato pela total incompatibilidade da exigência legal de caução, sob pena de desconsiderar por completo a segurança jurídica.

Alcançar-se-á, sim, a constitucionalidade, se a exigência de caução for relativizada, condicionada a uma análise do caso concreto, ponderando as circunstâncias fáticas e decidindo pelo seu afastamento ou não.

Esta solução pode ser alcançada sem alteração do texto de lei, pois o §3º do art. 273 do CPC expressamente condiciona a aplicação do art. 588, devendo ser ele observado, no que couber e conforme sua natureza.

Somente as circunstâncias concretas poderão dizer se a exigência de caução é cabível, por ser compatível com a natureza antecipatória.

A ponderação deverá avaliar, dentre outros elementos fáticos, o grau de verossimilhança das alegações do autor, pois quanto maior for ele, mais aceitável será o afastamento da caução sem prejuízo da segurança jurídica.

A verossimilhança necessária para o afastamento da caução, como foi tratado no item 6.2.2, variará segundo a hipótese legal que fundamenta a tutela antecipada.

Cabe ao juiz, portanto, no caso concreto e fundamentadamente, decidir pela exigência ou não de caução para a efetivação da tutela antecipada.

Surge, aqui, questionamentos de suma relevância sobre o papel do Estado em relação aos efeitos daquela decisão.

Cabe ao Estado, segundo o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”. Ora, se da análise do caso concreto for decidido pela prevalência da segurança jurídica e, assim, exigida a caução, não estaria o Estado, sob pena de garantir um parcial acesso à justiça, obrigado a garantir o juízo para a efetivação da tutela em favor daqueles que não podem arcar com a caução?

Se, por outro lado, o caso concreto reclamar uma maior efetividade processual e, por conseguinte, o afastamento da prestação de caução, a reparação de eventuais prejuízos decorrentes da não confirmação da tutela antecipada serão, como visto, de responsabilidade do autor. Até que ponto o Estado, não possuindo o autor recursos para aquelas reparações, é subsidiariamente responsável por estas indenizações?

O presente trabalho não teve a pretensão de esgotar toda a problemática inerente ao tema. É, apenas, uma contribuição que poderá se somar a estudos futuros que ampliarão e tornarão mais justa a leitura do instituto da tutela antecipada.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 10.ed., v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ALVIM, J.E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; *Manual do Processo de Conhecimento*, 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela à luz da garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BARBOSA, Rui. Orações aos moços. In: LACERDA, Virgínia Côrtes de. (Coord.). *Rui Barbosa, escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Editora José Aguilar, 1960.
- BARBOSA, Rui. *República: Teoria e Prática*. Brasília: Editora da Câmara dos Deputados, 1978.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. e ver. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- _____. *A reforma da reforma*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *A reforma do código de processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., 4 v. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.9. Do processo de conhecimento, arts. 282 a 331. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes Editores, 1979.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A tutela antecipada*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tutela antecipada e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MÜLLER, Júlio Guilherme. *Direitos fundamentais processuais*. Curitiba, 2004, 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6.ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 3.ed., v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: Editora LTr, 1996.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TUCCI, José Rogério e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1997.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso avançado de processo civil*. 5. ed., 3 v. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1988.
- _____. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1987.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.