

Ensaio sobre a estabilização da tutela antecipada nas ações de família

Valéria Julião Silva Medina¹

Resumo

O fenômeno da estabilização da tutela antecipada representa uma das principais mudanças trazidas pelo novo código de processo civil brasileiro e, como tal, exigirá dos operadores do direito um grande esforço na tentativa de implementá-lo, sob pena de tornar a lei letra morta. No presente ensaio, são trazidos à tona todos estes desafios, a inconsistência legislativa e a tentativa de pensar em uma proposta concreta para sua efetivação, em especial, nas demandas de família, considerando sua importante função, que é a redução do tempo do processo, a maior mazela que aflige a prestação jurisdicional no Brasil.

Palavras-chave: Estabilização; tutela antecipada; ações de família; controvérsias processuais; propostas para efetivação.

Abstract

The phenomenon of stabilization of injunctive relief is one of the main changes brought by the new Brazilian Code of Civil Procedure and, as such, require the law operators a great effort in trying to implement it, under penalty of making a dead letter law. In this essay, it brought up all these challenges, the legislative inconsistency and trying to think of a concrete proposal for its effectiveness, especially in family demands, considering its important function is to reduce the process time, most illness afflicting the judicial assistance in Brazil.

Keywords: Stabilization; injunctive Relief; family actions; disputes procedure; proposals for effecting.

Introdução

O objetivo do presente ensaio é trazer à baila uma análise pragmática do novo instituto trazido pelo Código de Processo Civil há pouco vigente, hipótese em que, apesar das dificuldades de redação, acreditamos na qualidade de sua proposta, consistente na redução sobremaneira no volume de feitos em curso no Poder Judiciário, em especial nas demandas de família, justificando-se em uma concretude de base hermenêutica.

¹ Doutora e Mestre em Direito Processual pela UNESA/RJ. Especialista em direito de família e sucessões pela EPD/SP. Professora de graduação, pós-graduação e extensão em direito processual civil. Advogada. E-mail: vjsmedina@yahoo.com.br

Evidente ressaltar que as dificuldades serão imensas, em virtude de tratar-se de uma nova realidade, mas precisamos ousar a ponto de reescrever a futura história de nosso ordenamento jurídico pátrio ou acabaremos no marasmo das injustiças cotidianamente vislumbradas na constante morosidade das demandas em curso, em especial as de família, que empregam grande carga emotiva e mereceriam ter um tratamento diferenciado por parte do Estado-juiz.

Percebemos com grande entusiasmo a possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente como mecanismo de monitorização das demandas, hipótese em que o foco deste ensaio serão as demandas de família, que merecerão maior atividade cooperativa das partes e do juiz, o que encontra arcabouço principiológico da *novel* legislação.

Por fim, a escolha do título em ensaio justifica-se em sua real acepção, voltada para um experimento, exposição crítica e propostas para aperfeiçoamento e aplicação do instituto em voga, no que consiste este texto.

Das tutelas provisórias no NCPC

Certamente uma das mudanças mais significativas da *novel* legislação processual civil brasileira (Lei nº 13.105/2015) consiste neste livro V da parte geral, denominada de '*tutela provisória*', cujas disposições são reguladas nos arts. 294 a 311 e dividem-se entre as tutelas de urgência e as de evidência.

Cumprido destacar que restou encampado dentro das tutelas de urgência, as modalidades de tutela cautelar e antecipada, que ora merecem análise conjunta para que se possa, em uma segunda e última explanação, suscitar propostas concretas de aplicação do instituto da estabilização da tutela antecipada com ênfase nas demandas de família.

Isto porque, não se pode olvidar que, em se tratando de processos judiciais de família, é imprescindível que haja à disposição do operador do direito medidas de urgência objetivando resguardar os direitos a serem protegidos, consistentes nos maiores bens tutelados pelo Estado, quais sejam: a vida, a integridade psicofísica, a proteção ao menor etc.

É irrefragável a premente atuação do Poder Judiciário para as tutelas de urgência, especialmente as inibitórias ou as de remoção do ilícito, abundantes nas varas de família, em que certamente quase a totalidade das demandas propostas as experimentam.

Retornando às regras gerais dispostas na lei processual acerca das tutelas de urgência, é conveniente destacar que suas modalidades consistem em cautelar ou antecipada, que podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental².

² LIVRO V: DA TUTELA PROVISÓRIA
TÍTULO I: DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Antes de passarmos à análise das mudanças paradigmáticas da instrumentalização das tutelas de urgência capitaneadas pelo novo CPC, é imperioso traçar as diferenças entre a cautelar e a antecipada para melhor esclarecimento da doutrina de cada instituto, ressaltando a inequívoca fungibilidade entre elas.

Em linhas gerais, a tutela cautelar não tem caráter satisfativo, mas sim conservativo, pois sustenta sua existência na proteção de um bem ou direito, pretendido no pedido principal, ou seja, visa resguardar o resultado útil do processo, enquanto a tutela antecipada consiste no próprio objeto da demanda, que, em tese, só poderia ser enfrentado na sentença final de mérito, mas que, por ter conteúdo pautado na urgência, permite ao magistrado a antecipação de sua análise, de modo que seus efeitos possam ser surtidos imediatamente após seu deferimento.³

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

TÍTULO II: DA TUTELA DE URGÊNCIA

CAPÍTULO I: DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

³ Neste sentido as lições de SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do Processo Cautelar*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 141: “O traço diferencial entre uma medida liminar satisfativa e outra cautelar está em que, na primeira, a proteção é outorgada desde logo porque o direito que carece de proteção jurisdicional imediata, apresenta-se ao magistrado indiscutível, no momento da concessão da liminar. Não se cuida, neste caso, de proteção a uma mera possibilidade de direito (*fumus boni iuris*), mas de tutela satisfativa antecipada, ante à indiscutível procedência do direito invocado pela parte, ou, como diz Galeno Lacerda,

Em síntese, a atividade desenvolvida na tutela cautelar é puramente instrumental, pois apenas serve como supedâneo de um processo, não tem o condão de aplicar o direito, mas apenas prepara os meios para que o provimento jurisdicional definitivo seja útil e eficaz.

Urge lembrar as lições de Luiz Guilherme Marinoni⁴ sobre a dicotomia do tema, considerando sua inequívoca instrumentalidade.

Torna-se indubitável esclarecer que a legislação vigente enterrou a duplicação de processos diante da necessidade de tutela cautelar. O CPC revogado exigia a propositura de uma demanda principal para promoção da tutela cautelar de urgência, o que não restou encampado pelo regramento atual, em que os pedidos de natureza cautelar podem ser formulados com antecedência, hipótese esta em que a parte interessada deverá aditar a petição inicial com o(s) pedido(s) principal(is) – arts. 305 a 310; podem ser cumulados na própria petição inicial com o(s) pedido(s) principal(is) – arts. 300 a 302 - ou, ainda, formulados em caráter incidental, no curso da demanda principal, por simples petição contendo o pedido cautelar, não sujeito ao pagamento de custas adicionais – arts. 294 e 295.

Não é despidiendo demonstrar que regra análoga deve ser aplicada às tutelas de urgência de natureza antecipada, sendo certo que se trata do próprio pedido principal da demanda, que poderá ser formulado de forma antecedente – arts. 303 e 304 - ou na petição inicial – arts. 294 e 295. Como se trata de pedido, sua alteração ou formulação *a posteriori* submeter-se-á às regras processuais válidas para alteração do pedido ou causa de pedir, dispostas no art. 329.

Perceba-se que não foram muitas as mudanças quanto a estes aspectos genéricos das tutelas cautelar e antecipada, restando alteração apenas na extinção de processo autônomo para pedido de natureza cautelar, que passou a ser formulado nos autos do processo principal, assim como o fim das cautelares nominadas ou típicas, que restaram legalizadas mediante cláusulas gerais, hipótese em que a parte interessada deverá justificar a urgência para formular o pedido desta espécie de tutela.

Outra mudança considerável, que já está sendo fonte inesgotável de controvérsias doutrinárias, consiste na ausência legislativa de diferenciação dos

quando se busca proteção para um ‘direito indiscutível’, de alguém que se debate contra alguma conduta *ilegal e abusiva* da outra parte (*Comentários*, 192). Podendo-se determinar, desde logo, que o direito é indiscutível e que a agressão que o demandado lhe faz é certamente ilegal e abusiva, e a ordem jurídica processual supera facilmente os obstáculos que em geral lhe impõe a observância de um procedimento probatório dilatado, permitindo-lhe, então, a *antecipação da tutela satisfativa*, sob o modelo da sentença injuncional, que outra coisa não é senão uma forma de execução antecipada.[...]”

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131: “A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.”

critérios de cognição para a devida concessão das tutelas cautelar e antecipada, uma vez que a lei as classifica como modalidades de tutelas provisórias, justificando como fundamento da decisão jurisdicional concessiva da medida os seguintes critérios genéricos, ora dispostos no artigo 300, a saber: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano* ou o *risco ao resultado útil do processo*.”⁵

A análise do grau de cognição, se sumário ou exauriente, sempre foi levada em consideração para estabelecer a diferenciação entre as tutelas pretendidas, se cautelar ou antecipatória, pelo magistrado, considerando a natureza do provimento pretendido, o que restou afastado com a atual redação legislativa.

Apenas para justificar a aludida diferenciação, é mister destacar os ensinamentos de Bedaque⁶ sobre o conceito de cognição exauriente, consistente na completa realização prévia do contraditório, permitindo às partes ampla discussão acerca do objeto da demanda. Com isto, o juízo emitido é de certeza, não de probabilidade, hipótese em que terá o condão de fazer coisa julgada, tornando-se imutável. Ao revés, a cognição sumária impõe limitações no poder de conhecimento dos fatos pelo juiz, que demonstra apenas parte da percepção total do caso concreto quando analisada sob a versão do autor, ao passo que também pode ser verificada após a formação do contraditório, mas de maneira superficial com que a atividade cognitiva se desenvolve.

Em se tratando de pedido formulado em caráter antecedente, nas duas hipóteses sugeridas, a *novel* legislação trouxe procedimentos diferenciados que ora merecem atenção, senão vejamos.

Quanto à tutela antecipada e sua possibilidade de requerimento antecedente à demanda principal, a lei inovou completamente, seja porque esta forma não era permitida, eis que o pedido objeto de tutela antecipada é o próprio pedido da demanda principal, considerando seu caráter satisfativo; seja porque sequer pode haver o ajuizamento da ação principal, considerando a possibilidade de estabilização da tutela, o que se percebe através da leitura das regras legais dispostas nos arts. 303 e 304⁷.

⁵ No mesmo sentido NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. *Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada*. In: MACEDO, Lucas Buriel de. *etall* (Org.). *Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 81: “No entanto, o novo CPC promove o encerramento da artificial distinção entre requisitos para as medidas de urgência hoje existente: aparência do bom direito para a cautelar (art. 798, CPC/73); e verossimilhança para a antecipatória (art. 273 CPC/73). Agora, ambas estão sujeitas aos mesmos requisitos no âmbito da nova tutela de urgência, como se extrai do art. 300 do novo CPC: a) probabilidade de existência do direito material alegado; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.”

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 120.

⁷ CAPÍTULO II: DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela

É sobre esta *novel* redação do artigo 304 que se justifica o presente ensaio.

Os desafios só estão por começar. Evidente que tudo o que é novo assusta e, como tal, há uma infinidade de dúvidas e controvérsias decorrentes desta inovação, razão pela qual é conveniente a demonstração do problema para a *posterior* sugestão interpretativa e/ou integrativa da norma aos conflitos que versam sobre direito de família.

Por fim, para conclusão do tema denominado de “tutela provisória” é de bom alvitre trazer à baila os cotejos da tutela de evidência da nova legislação, cujas regras seguem transcritas no artigo 311⁸.

final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

⁸ TÍTULO III: DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalment e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

A expressão evidência deriva de uma relativa certeza que detém o julgador para decidir de forma antecipada um provimento final, eis que evidente é o que dispensa prova.

O ordenamento brasileiro já trazia a previsão desta tutela de evidência no art. 273 do CPC revogado, nas hipóteses de incontrovérsia do pedido e no manifesto propósito protelatório do réu.

Na legislação vigente houve uma considerável evolução do tema, pelo que restou ampliado o rol de sua aplicação, considerando a proposta de celeridade trazida em seu contexto, com destaque para sua aplicação pelo magistrado, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, o que a diferencia das tutelas de urgência acima apresentadas.

Neste diapasão é possível concluir que a tutela de evidência pressupõe a exigência de celeridade e economia processuais em nome da efetividade da prestação jurisdicional em determinadas situações, que podem resolver o conflito sem maiores delongas.

As evidências salientadas pela lei são: a) o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; b) a tese jurídica ser fundada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante e sua prova fundar-se apenas em documentos; c) nos pedidos reipersecutórios fundados em contrato de depósito com prova documental irrefutável do direito, hipótese em que o juiz deverá fixar desde logo o prazo para entrega do objeto custodiado, sob pena de multa; d) na hipótese de prova documental não refutada pelo réu, ou seja, incontroversa.

É imperioso o realce do parágrafo único do art. 311, que ressalta a possibilidade de o magistrado decidir liminarmente nas situações descritas nos incisos II e III, sendo forçoso concluir que, nos incisos I e IV, o juiz somente poderá formar sua convicção após a de defesa ofertada pelo réu.

Do procedimento da tutela cautelar

Apenas por amor ao debate, torna-se pertinente o esclarecimento acerca do procedimento de tutela cautelar antecedente na legislação vigente, que encontra assento nos artigos 305 a 310 do novo CPC⁹ e é de fácil constatação que segue

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

⁹ CAPÍTULO III: DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

a mesma identidade ao da lei revogada, com algumas adaptações, que ora serão demonstradas.

Primeiramente, é mister esclarecer que os prazos da *novel* legislação são contados em dias úteis e são, em regra, de quinze dias para a prática dos atos processuais, o que se difere no que tange à tutela cautelar antecedente, que prevê prazo de cinco dias para contestação, sendo certo que, após este ato, o procedimento adotado será o comum, consoante o exposto no parágrafo único do art. 307.

A peculiaridade mais relevante trazida pela nova lei foi a possibilidade de formular o pedido cautelar em conjunto com o(s) pedido(s) da demanda principal (art. 308, §1º), considerando a desnecessidade de ajuizamento de ação autônoma, bastando um simples aditamento ao pedido em caso de pedido cautelar antecedente.

No que tange ao pedido cautelar incidental, considerando o fato de já existir a demanda principal em curso, basta uma simples petição com a exposição do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo que o juiz poderá conceder a medida cautelar para asseguarção do direito ameaçado.

Merece ênfase a simplificação procedimental dos pleitos de natureza cautelar, o que certamente tornará os processos mais céleres, sendo forçoso concluir que a magistratura também terá um papel de destaque para alcançar a efetividade pretendida.¹⁰

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

¹⁰É imperioso recordar do discurso de Rui Barbosa para a turma de 1920 da Faculdade de Direito da USP, direcionada aos futuros magistrados. In: BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5.ed., Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça

Do procedimento da tutela antecipada antecedente

Restabelecendo a discussão que fomentou o presente ensaio, cumpre destacar os pontos mais relevantes sobre o novo instituto jurídico da tutela de urgência na modalidade de tutela antecipada antecedente, que enseja a propositura de uma petição inicial limitada ao requerimento da tutela antecipada pretendida, pelo que a lei exige apenas a exposição da lide, do direito que se busca realizar, e a narrativa do perigo, de dano ou risco, ao resultado útil do processo.

Não é demasiado registrar, ainda, a existência de outros requisitos desta petição inicial incipiente e antecipada expressos na lei, pelo que pode dar ensejo à sua emenda, em que pese seu caráter de urgência, tais como, a indicação do valor da causa, que deve levar em consideração o pedido da tutela final, ou seja, o(s) pedido(s) que será(ão) formulado(s) na petição de aditamento (art. 303, §1º); a necessidade de afirmação de que se trata de pedido antecipado antecedente (art. 303, §5º); e, como consequência lógica, o adiantamento total das custas processuais (arts. 303, § 3º c/c 82).

Tais requisitos mínimos estão condicionados ao enfrentamento inicial do pedido antecipatório, eis que após a decisão judicial *inaudita altera pars*, o autor deverá analisar seus efeitos e tomar as seguintes medidas exigidas, a saber:

a) se a decisão for denegatória: competirá ao autor aditar a petição inicial antecedente para inclusão dos demais pedidos e complementação da causa de pedir no prazo de cinco dias úteis, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 6º c/c 219);

b) se a decisão for concessiva: competirá ao autor aditar a petição inicial antecedente para inclusão dos demais pedidos, inclusive confirmação do pedido de tutela final, sem prejuízo da complementação da causa de pedir a juntada de novos documentos, no prazo de quinze dias úteis ou outro prazo maior que o juiz fixar (art. 303, § 1º, I c/c 219), sob pena de extinção sem resolução de mérito (art. 303, § 2º).

Em complementação à última hipótese exposta, qual seja, diante da concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o legislador possibilitou a estabilização da decisão, se não houver oposição do réu.

Registre-se que a lei se vale da expressão “se da decisão não for interposto o respectivo recurso”, merecendo uma análise mais aprofundada da *mens legis*.

Alguns doutrinadores já ousaram enfrentar a controvérsia valendo-se de regras hermenêuticas, pelo que se expõe:

qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jas a sorte do litígio pendente. Não sejas, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas no purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.”

Para Cássio Scarpinella Bueno¹¹, é imperioso que no mandado de citação e intimação expedido ao réu, em cumprimento ao disposto no art. 303, § 1º, II, contenha expressamente a advertência acerca da real possibilidade de estabilização da tutela concedida em seu desfavor, em caso de inércia.

No mesmo sentido é a orientação de Fredie Didier Jr.¹² ao doutrinar que a estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro.

Considerando a técnica acima exposta, é possível concluir que a estabilização ocorrerá quando o réu quedar-se inerte na exibição de defesa sobre a decisão judicial concessiva do pedido principal, hipótese em que não haveria, em tese, a necessidade de prosseguir-se com a demanda.

Em breve síntese, no nosso entendimento, a intenção legislativa é evitar o prosseguimento de demandas em que o interesse de agir do autor limita-se a uma tutela de urgência liminar, em que obteve êxito, sem que o réu demonstrasse qualquer tipo de oposição.

Em verdade, como a própria proposta do código desvela uma maior autonomia da vontade das partes, não se poderia permitir entendimento diverso ao de que a intenção legislativa é deixar a cargo das partes a decisão acerca da conveniência, ou não, da propositura ou prosseguimento do feito para fins de apuração de provas e atividade decisória jurisdicional, através da sentença de mérito.

Com esta decisão, repita-se, a cargo das partes, torna-se premente o afastamento da atividade jurisdicional de modo a permitir a monitorização do procedimento mediante a possibilidade de estabilização da tutela pretendida no pedido principal, através de uma tutela sumária, não exauriente, objetivando garantir a efetividade pela redução do tempo do processo.

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 261-262: “Dúvida pertinente, prezado leitor, é saber se a estabilização só pode ser dar na falta do recurso apropriado para seu reexame. São variadas as possibilidades: e se o réu não recorreu, mas compareceu à audiência de conciliação ou de mediação? E se ele se manifestou nos autos pugnando pela revogação da tutela provisória concedida? E se ele, dando-se por citado e independentemente da referida audiência, contestar? E se ele apresentou embargos de declaração de decisão concessiva indicando vício que tem a aptidão de conduzir o magistrado a retratar-se? Em suma: é possível interpretar ampliativamente o disposto no *caput* do art. 304 para afastar, diante desses acontecimentos, a estabilização da tutela provisória? A melhor resposta, penso, ao menos por ora, é a de aceitar a interpretação ampliativa do texto do *caput* do art. 304. Qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304. [...]”

¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.II, 10.ed. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 604: “A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado.”

Merece destaque a observação de Talamini¹³ de que a estabilização da tutela antecipada antecedente reúne as características essenciais da técnica monitória: a) há o emprego de cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor; b) a falta de recurso do réu contra a decisão antecipatória acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável; c) nessa hipótese, a tutela antecipada permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente, ou seja, sob esta perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; e d) não haverá coisa julgada material.

Torna-se forçoso concluir que esta tendência de monitorização procedimental tem fomento na real necessidade de redução do tempo do processo, o que resulta, ainda, na redução de seu custo.

Por oportuno, registre-se que desde o projeto de *Firenze*, capitaneado por Cappelletti e Garth¹⁴, na década de 1970 do século passado, já se deixava claro que o tempo é o maior inimigo do processo e das partes, destacando que a demora maior que dois ou três anos por uma solução judicial torna a justiça inacessível, o que já era consolidado pela Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que assim delimitava explicitamente no artigo 6º, § 1º.

A redação legislativa brasileira encontra semelhança nos institutos do *référé*, no direito francês, e no sistema processual italiano, com algumas diferenças trazidas por Nunes e Andrade¹⁵.

Ressalte-se que, o aludido dispositivo legal traz à colação a possibilidade de revisão de seus efeitos, por intermédio de demanda própria, requerida nos mesmos autos do processo em que a decisão se estabilizou, objetivando sua reforma, revisão ou invalidação, no prazo de até dois anos de sua ciência, o que evidentemente afasta qualquer violação ao direito fundamental, ao contraditório e ao devido processo legal.

¹³ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e Estabilização da Tutela Antecipada*. In: MACEDO, Lucas Buriel de. *etall* (Org.). *Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 176.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.20.

¹⁵ NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. *Op. Cit.*, p. 97: “Percebe-se que o modelo brasileiro criou uma perspectiva procedimental diversa, para autonomização e estabilização da tutela, daquelas encontradas no direito italiano e francês, pois: i) criou o procedimento antecedente para busca da tutela de urgência, mas determinou que o próprio autor é que deverá, uma vez impugnada a medida antecipatória pelo réu pela via do recurso de agravo de instrumento, apresentar o pleito de cognição plena e exauriente: no sistema italiano e francês este ônus é invertido para o próprio réu, pois deferida a tutela sumária, o procedimento se fecha, e cabe ao réu buscar a tutela no processo de cognição profunda, como autor deste; ii) criou uma passagem no procedimento de cognição sumária, antecedente, para o procedimento de cognição exauriente: o primeiro, uma vez recorrida a decisão antecipatória pelo réu, irá se convolar no segundo procedimento, mediante apresentação, pelo próprio autor, do pedido inicial, no mesmo procedimento antecipatório.”

A análise das consequências do não ajuizamento das aludidas demandas no prazo decadencial de dois anos também tem sido objeto de diversas críticas na doutrina, eis que a lei é expressa no sentido de que não há formação da coisa julgada da decisão estabilizada (art. 304, § 6º), restando silente, entretanto, quanto à sua possibilidade após o término do prazo disposto no art. 304, § 5º, mas tal análise merece ensaio próprio.

Ante todo o exposto, é mister destacar a realidade concreta de uma vara de família, em que milhares de ações, de fato, poderiam sofrer os efeitos desta estabilização, cujos impactos seriam muito positivos para uma redução considerável de demandas, a nosso sentir.

Isto porque, a título de exemplificação, se a pretensão de um pai é obter o exercício do direito de convívio com o filho e formula sua pretensão por intermédio desta modalidade de tutela antecipada antecedente, obtém um pronunciamento judicial favorável e cita a genitora que não opõe resistência, pergunta-se: qual a necessidade do prosseguimento de uma ação judicial? O interesse de agir das partes esgotou-se no pedido formulado e na decisão estabilizada. Se, eventualmente, à situação das partes ou do menor sobrevierem mudanças, basta solicitar o desarquivamento dos autos e pedir a revisão ou reforma da decisão estabilizada.

Não é demasiado frisar que também não se afasta a possibilidade de ajuizamento de outra demanda considerando causa de pedir distinta. Explica-se: na situação posta, se o filho menor vier a sofrer alienação parental da genitora, por exemplo, o pai, então autor daquela demanda, pode ajuizar outra ação com esta causa de pedir e solicitar novo pronunciamento judicial, sem prejuízo da manutenção daquela decisão estabilizada, porque os fundamentos da nova decisão terão como corolário uma outra situação jurídica completamente diferente.

Ademais, é forçoso lembrar que a decisão estabilizada não sofre os efeitos da coisa julgada, consoante redação expressa do § 6º do art. 304.

Outro exemplo clássico que podemos subsumir da análise do aludido dispositivo legal acerca da estabilização da tutela em varas de família consiste na formulação de pedidos de divórcio ou dissolução de união estável, apenas em relação ao rompimento do vínculo, eis que as divergências patrimoniais, que são as mais calorosas, dar-se-ão em ação autônoma de partilha, na exata forma da Súmula 197 STJ¹⁶. Assim, se um dos consortes formular o pedido na forma de tutela antecipada antecedente e o outro não se opuser, nada obstará a estabilização.

Ainda ousamos afirmar a viabilidade da medida nas ações de oferecimento, exoneração/revisão e pedido de alimentos, eis que a decisão judicial que defere os provisórios, geralmente concedida *inaudita altera pars* pode ser pautada nos parâmetros da razoabilidade, o que refutará as chances de vitória do requerido em caso de eventual prosseguimento do feito, hipótese em que pode contentar-se com a aludida decisão e sobre ela ocorrer o fenômeno da estabilização.

¹⁶Súmula 197 STJ: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.”

É evidente que, em se tratando de interesse de incapaz, haverá a imperiosa atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, na exata forma do art. 178, II, do novo CPC, sendo certo que tal situação só será possível se as provas produzidas pela parte autora forem suficientes para convencimento do direito em jogo por todos os participantes do processo.

Não é despendendo registrar que, diante da percepção de eventual prejuízo ao direito do incapaz, poderá o próprio Ministério Público aditar a petição inicial requerendo o prosseguimento do feito para que seja feita a devida instrução, com colheita das provas e decisão final em cognição exauriente, mas ainda nesta hipótese não se pode refutar a possibilidade de aplicação do fenômeno da estabilização da tutela, em especial como forma de redução do tempo e custo do processo.

Recebemos com bons olhos esta nova vertente de tutela de urgência, destacando que sua efetivação dependerá exclusivamente da forma como a lei deverá ser interpretada e/ou como o magistrado deverá conduzir o pedido formulado.

Sustentamos esta teoria em virtude da inusitada redação legislativa no que tange ao prazo de que o autor dispõe para aditar a petição inicial. Consoante à disposição do art. 303, § 1º, I, o autor deverá aditar a petição inicial da demanda principal no prazo de quinze dias ou em outro maior que o juiz fixar. E, traz à baila a possibilidade de estabilização da tutela no art. 304, se o réu não se opuser à decisão judicial no prazo de quinze dias após sua citação/intimação.

Ora, é claro que o esgotamento do prazo de quinze dias para aditamento à petição inicial será anterior ao da manifestação do réu, hipótese em que a regra imperativa da norma (“deverá o autor aditar a petição inicial”) inviabilizará a estabilização almejada.

Evidente que se o autor é obrigado ao aditamento da petição inicial em que pretendeu a tutela antecipada antecedente, não há razão para aguardar a manifestação ou inércia do réu, uma vez que a multiplicação de demandas será inevitável.

Entendemos não ser esta a melhor interpretação, sob pena de tornar o dispositivo previsto no art. 304 letra morta. Por tais razões, sustentamos que o prazo a ser fixado para o autor aditar a petição inicial será judicial, na exata redação da parte final do art. 303, § 1º, I, sendo certo que deverá ser iniciado após o término do prazo de oposição (recurso ou defesa) do réu.

Também é razoável considerar como supedâneo desta interpretação, fomentada no ativismo procedimental do magistrado, a regra disposta no artigo 139, VI, do novo Código¹⁷, pautada na possibilidade de que dispõe o magistrado de dilatação dos prazos processuais de modo a adequá-los às necessidades do conflito, objetivando dar maior efetividade à tutela do direito.

¹⁷Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Trata-se da consagração da postura de um juiz proativo, inovador, não no sentido de criação do direito a ser aplicado, mas sim de sua participação no processo de modo a torná-lo mais célere e eficaz. No mesmo sentido, Mancuso¹⁸ propõe a mudança paradigmática do perfil do juiz moderno adrede à proposta legislativa ora vigente.

Considerando a regra geral de prazos no novo CPC, o de quinze dias úteis, entendemos ser de bom alvitre a fixação, repita-se, pelo magistrado, deste prazo, cujo *dies a quo* deverá ser o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo de oposição do réu.

Destaque-se que é imprescindível, para que o magistrado possa acolher o pedido antecipado antecedente e deferir a dilação do prazo, a formulação do pedido nos moldes determinados pela lei, mediante cumprimento integral das exigências para o pedido propedêutico, sob pena de seu indeferimento.

Esta é a razão do destaque às atividades cooperativas entre o juiz e as partes, devidamente representadas por seus patronos, que permitirão que o instituto possa ser, de fato, concretizado.

Feitas tais considerações, partiremos para as seguintes situações concretas:

- *decisão denegatória*: o autor deverá aditar a petição inicial em que pretendeu a tutela antecipada antecedente para complementação do(s) pedido(s) e causa de pedir, com espeque no § 6º do art. 303;

- *decisão concessiva*: nesta situação, entendemos que o magistrado deverá fixar o prazo para aditamento da petição inicial após o término do prazo de defesa do réu (contestação ou recurso), hipótese em que decorrerão três situações:

- *o réu manifesta discordância com a decisão*: neste caso não ocorrerá a estabilização, hipótese em que competirá ao autor aditar a petição inicial sob pena de extinção sem resolução do mérito, na exata forma do art. 303, § 2º;

- *o réu fica inerte*: a inércia do réu pressupõe concordância com a decisão judicial concessiva do pedido do autor formulado como tutela antecipada antecedente, circunstância em que ocorrerá a estabilização na forma do art. 304, se o autor não aditar a petição inicial no prazo de quinze dias;

- *o réu fica inerte e o autor adita a petição inicial*: nesta suposição não ocorrerá o fenômeno da estabilização da tutela, considerando a intenção do autor em prosseguir com o feito principal, devendo o réu ser intimado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, consoante o exposto no art. 303, §1º, II, e, posteriormente, ofertar defesa nos termos do procedimento comum do novo CPC.

¹⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 448-449: “[...] Para a consecução de todo esse renovado panorama a sociedade brasileira espera o surgimento do *juiz novo*, engajado na solução não apenas da crise jurídica, mas também atento aos aspectos sociopolítico-econômicos subjacentes, conscientizado de seus elevados deveres como *condutor* do processo (*case manager*) e não apenas como um estático *destinatário da prova*. Com essa renovada e corajosa conduta, espera-se que a poeira do tempo recubra antigas e ultrapassadas posturas, tismadas do velho sentido majestático e corporativo da Justiça oficial que, durante largo tempo, serviu para desgastar a instituição, decepcionar os jurisdicionados, e desservir o ideal da justiça.”

Apenas para ratificar o que já restou esclarecido, a estabilização da tutela concedida em caráter antecedente só é possível na tutela antecipada, considerando seu caráter de satisfatividade, o que não ocorrerá com a tutela cautelar, eis que representa apenas o instrumento para efetivação de um pedido principal.

Feitas tais considerações, é preciso concordar que a viabilidade de efetivação deste *novel* instituto jurídico dependerá de um grande esforço cooperativo entre as partes e seus advogados e, em especial, do magistrado, que terá o poder de alterar o prazo para propiciar uma avaliação do autor acerca do aditamento, ou não, da petição inicial para abertura de uma cognição exauriente ou se pretender limitar-se-á à decisão “liminar” de natureza antecipatória antecedente e em nome da celeridade dispensar o processo para fins de obtenção de uma cognição exauriente, se assim concordar o réu, ao não refutar a decisão com algum mecanismo obstativo de seus efeitos.

É evidente que somente as estatísticas nos permitirão ter a realidade concreta da implementação desta nova regra no futuro, mas, para o presente, nossa missão, como operadores do direito, é tentar a criação destes mecanismos hermenêutico-processuais e aguardar seus resultados concretos, o que restou demonstrado no presente ensaio.

Conclusão

A atual redação do art. 304 do novo CPC é confusa e, como tal, gera diversas controvérsias, que merecerão maior atenção dos operadores do direito, em especial advogados e magistrados, de modo que seja possível sua aplicação, sob pena de torná-lo letra morta, o que não se mostra razoável pela evidente tentativa de celeridade processual nele inserida.

Na nova legislação, restaram enquadrados no mesmo plano das tutelas de urgência, os pedidos de natureza antecipada e as cautelares, unificando, ainda, os pressupostos para a devida concessão - *probabilidade do direito* e o *perigo de dano* ou o *risco ao resultado útil do processo* -, o que denota a nítida intenção legislativa de privilegiar urgência em detrimento de eventuais inusitadas exigências jurisdicionais para fins de apuração de provas, em nome de um juízo mínimo de cognição, como o exigido pela legislação revogada, tais como verossimilhança das alegações e fundado receio e dano irreparável ou de difícil reparação, o que certamente demandava uma maior demora na prestação jurisdicional.

Com a proposta de formulação de um pedido de natureza antecipatória antecedente, sem a necessidade de ajuizamento da demanda principal, percebe-se a real probabilidade de redução de demandas ditas principais, se o autor puder analisar o interesse no aditamento à petição inicial, após o esgotamento do prazo de resposta do réu, se este quedar-se inerte no ideal de obstar os efeitos da decisão inicial. Isto porque, a redução do tempo do processo e seu custo podem servir de encorajamento das partes neste jaez, reduzindo consideravelmente o volume de feitos no Poder Judiciário.

A proposta exarada neste ensaio desvela uma maior percepção desta realidade nas varas de família de todo o Brasil, em especial porque muitas destas demandas acabam sendo desnecessárias, como as ilustradas acima, como as dissoluções de união estável e divórcio sem partilha de bens, o que já encontra assento na Súmula 197 STJ, hipótese em que a discussão patrimonial ficará para análise em demanda própria, posterior. Isto sem contar com outras possibilidades, como o pedido de visitação, alimentos etc, que possam eventualmente não necessitar de uma dilação probatória mais ampla, podendo pautar-se no juízo de cognição sumária.

É evidente que esta representa só uma primeira análise pragmática da nova legislação que acaba de entrar em vigor em nosso ordenamento jurídico, mas preferimos acreditar que os objetivos qualitativos nela idealizados possam se concretizar, de modo a viabilizar sua aplicabilidade.

Referências bibliográficas

- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5.ed., Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.II, 10.ed. Salvador: Jus Podium, 2015.
- FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. **Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada**. In: MACEDO, Lucas Buriel de. *etall* (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2016.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do Processo Cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Estabilização da Tutela Antecipada. In: MACEDO, Lucas Buriel de. *etall* (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2016.
- THEODORO JR., Humberto. **O Processo Civil Brasileiro: no liminar do novo século**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A contraposição da teoria dos custos de direitos e do mínimo existencial no campo da judicialização dos direitos fundamentais

Diogo Oliveira Muniz Caldas¹

Resumo

Na esteira do cumprimento e respeito dos direitos fundamentais e sociais, que são emanados por lista consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil, uma grande discussão surge nos tribunais pátrios e em parte da doutrina. A proteção desses direitos deve ser observada de forma obrigatória ou, ao adentrar na questão dos custos para a execução e cumprimento dos mesmos, o Estado pode se esquivar alegando que, se a interpretação literal e humanística do texto constitucional for cumprida, sua já combatida finança será impactada de forma a provocar o seu fim. Num ponto além da presente discussão, Amartya Sen ensina que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; teoria dos custos dos direitos; Amartya Sen; desenvolvimento; liberdades individuais.

Abstract

In the wake of compliance and respect of fundamental and social rights, which are issued by list enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, a big argument arises in the native country of the courts and doctrine. The protection of these rights must be observed on a mandatory basis or, to enter the issue of costs for the implementation and enforcement thereof, the state can avoid claiming that the literal and humanistic interpretation of the Constitution, is met, its already battered finance will be impacted so as to cause its end. A point beyond the present discussion, Amartya Sen teaches that economic development should not necessarily be opposed to the fundamental rights, but an instrument to achieve effective compliance.

Keywords: Fundamental rights; theory of rights costs; Amartya Sen; development; individual liberties.

¹ Doutor em Direito - Universidade Veiga de Almeida (UVA). Email: diocaldas@hotmail.com