

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS BENEFÍCIOS
PREVIDENCIÁRIOS**

Deyse Cristina Feba

Presidente Prudente/SP
2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS BENEFÍCIOS
PREVIDENCIÁRIOS**

Deyse Cristina Feba

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Moacir Alves Martins.

Presidente Prudente/SP

2003

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Moacir Alves Martins
Orientador

Gilmara Pesquero F. Mohr Funes
1ª Examinadora

Ana Carolina Belaz Freitas de Oliveira
2ª Examinadora

Presidente Prudente, 24 de novembro de 2003.

“Para as pessoas que inventaram as suas próprias leis quando não sabem ter razão: para as que têm um prazer especial em fazer coisas bem feitas, nem que seja só para elas; para as que sabem que a vida é algo mais do que aquilo que os nossos olhos vêem...”

Richard Bach

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter-me dado a vida e a cada dia renovar esta benção. Obrigada por se fazer presente em todos os minutos de minha vida, principalmente, nestes cinco anos onde me fortaleceu para vencer todas as dificuldades. Obrigada, Senhor, por ser o Mestre de minha vida.

Ao grande amigo e orientador, Prof. Moacir, exemplo de vida e garra, que contribuiu para meu processo de formação profissional, e, que despendeu grandes esforços, bem como, parte de seu tempo para aperfeiçoar a elaboração deste trabalho.

Aos meus pais, Dorival e Isabel, pessoas simples que me educaram, e, serviram como alicerce para o meu crescimento pessoal. Especialmente, a minha querida mãe, que sempre foi, e continua sendo, uma grande amiga e companheira nesta caminhada universitária, sempre ouvindo, apoiando e aconselhando-me, com palavras serenas.

Às minhas irmãs, Ana e Denise, também grandes amigas, que ao lado de meus pais, contribuíram para meu crescimento. Obrigada, porque sempre estiveram presentes, orientando-me nas dificuldades, e, compartilhando comigo os momentos de alegria.

Aos meus cunhados, Valdemir e Marcelo, e as minhas sobrinhas, Beatriz, Isabela e Bruna, que sempre estiveram proporcionando-me momentos felizes.

Ao meu namorado, Claudenir, pelo carinho, compreensão e companheirismo, nas alegrias e tristezas.

Aos amigos, Eduardo, pelo zelo em nossa amizade, Ana Cláudia, pela orientação e paciência quando surgiam as dúvidas na elaboração do presente trabalho, e, Rita de Cássia, pessoa que se reúne nas palavras, dignidade e solidariedade, que muito cooperou pela minha vitória nesta caminhada.

À Dra. Gilmara e Dra. Ana Carolina, que com prontidão, aceitaram integrar a banca examinadora.

A todos, muito obrigada.

RESUMO

Neste trabalho, a autora discute sobre a Antecipação de Tutela, analisando especificamente a concessão deste instituto nos benefícios previdenciários.

Propõe-se o estudo do presente tema, partindo do ponto que, todas as pessoas têm o direito constitucional de acesso à Justiça, o qual está intimamente ligado ao dever do Estado de assegurar às partes envolvidas no litígio, a prestação da tutela jurisdicional de maneira efetiva e tempestiva.

Demonstra-se que a Antecipação de Tutela viabiliza o acesso à Justiça, promovendo nas ações que envolvam benefícios previdenciários, a rápida e efetiva entrega do provável direito, àquele acometido pelo chamado risco social (doença que resulta incapacidade para qualquer trabalho, por exemplo).

Enfrenta-se algumas questões controvertidas frente à doutrina e à jurisprudência que, uma vez solucionadas, contribuirão para a concreta prestação do provável direito nos benefícios previdenciários, tais como, requerimento da Antecipação de Tutela perante os Tribunais, concessão da medida de ofício pelo juiz, entre outras.

Com esta pesquisa, conclui-se que pelo fato de estarem as ações de natureza previdenciária (de nítido caráter alimentar) em meio à crise que afeta o Poder Judiciário, a técnica da medida antecipatória mostra-se como o único caminho para amenizar este problema, por oferecer ao requerente do benefício, com rapidez, exatamente aquele direito que veio em juízo pleitear, o qual somente será concedido ao final do procedimento ordinário, com a sentença, sob o perigo de tornar-se irreversível.

PALAVRAS-CHAVE: Antecipação de Tutela; Acesso à Justiça; Tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; Benefícios previdenciários; Segurado; Riscos sociais.

ABSTRACT

In this study, the author discusses about Advanced Protection, analysing specifically this institute cession in retirement benefits.

It was proposed the study of this issue, considering that all people have the constitutional right of access to Justice, that is intimately linked to the state's duty of assuring to people involved in the conflict, the legal protection providing it in an effective and opportune manner.

It was demonstrated that the Advanced Protection improves the access to Justice, promoting in law suits that involve retirement benefits, providing quick and effective right to that person related to the called social risk (disease that affects back of capacity for any work, for instance).

It was faced some matters that are considered polemic by expertise in this field and jurisprudence that, after seeing sooner will improve the right connected to it in retirement benefits, such as, request of Advanced Protection in front of the Court, concession of the Advanced Protection by own judge, besides others.

With this research, it was concluded that taking into considerations that the law suits with retirement nature (with a clear food character) involved with the crisis that affects the Judiciary Power, the Advanced Protection technique is should as the unique way to soften this problem, because it offers to the person who asked for this benefit, quickness, exactly that right that the person came to complain in court, that only would be conceded by the end of the mundane proceedings, with the sentence, running the risk of becoming irreversible.

KEY-WORDS: Advanced Protection; Access to Justice; Effective and opportune legal protection; Retirement benefits; The insured; Social risks.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	12
1.1 A tutela jurisdicional.....	12
1.1.1 Conceito	12
1.1.2 Modalidades.....	13
1.2 Tutela e Jurisdição	14
1.3 A reforma do Código de Processo Civil brasileiro e a Antecipação de Tutela	15
1.4 A compatibilização da Antecipação de Tutela com os Direitos Fundamentais.....	17
2 DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	22
2.1 Generalidades e origem histórica no direito brasileiro	22
2.2 Conceito e natureza jurídica	27
2.3 Constitucionalidade da Antecipação de Tutela.....	30
2.4 Oportunidade em que pode ser requerida	31
2.5 Oportunidade em que pode ser concedida	35
2.6 Legitimidade	47
2.7 Antecipação total ou parcial: princípio da menor restrição possível	48
2.8 Requisitos genéricos	50
2.8.1 Prova inequívoca.....	50
2.8.2 Verossimilhança da alegação.....	51
2.8.3 Motivação da decisão.....	52
2.9 Requisitos específicos.....	54
2.9.1 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	55
2.9.2 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.....	56
2.10 Irreversibilidade do provimento antecipado	57
2.11 Antecipação de Tutela baseada no art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil.....	60
2.12 A fungibilidade das medidas antecipatória e cautelar	63
2.13 Antecipação de Tutela e preclusão	66
2.14 Tempo e duração da Antecipação de Tutela.....	67
2.15 Efetivação da Antecipação de Tutela.....	68
2.16 Revogação da medida antecipatória: efeitos.....	70
3 DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	72
3.1 Conceito, finalidades e princípios.....	72
3.2 Beneficiários	73
3.2.1 Segurados: obrigatórios e facultativos	73
3.2.2 Dependentes.....	74
3.3 Período de carência.....	75
3.4 Manutenção e perda da qualidade de segurado	76
4 DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS	80
4.1 Conceito	80
4.2 Benefícios previdenciários em espécie	80
4.2.1 Auxílio-doença.....	80
4.2.1.1 Beneficiários	80

4.2.1.2 Concessão	80
4.2.1.3 Início do benefício	81
4.2.2 Auxílio-acidente.....	81
4.2.2.1 Beneficiários	81
4.2.2.2 Concessão	81
4.2.2.3 Início do benefício	82
4.2.3 Aposentadoria por invalidez	82
4.2.3.1 Beneficiários	82
4.2.3.2 Concessão	83
4.2.3.3 Início do benefício	83
4.2.4 Aposentadoria por idade	83
4.2.4.1 Beneficiários	83
4.2.4.2 Concessão	84
4.2.4.3 Início do benefício	84
4.2.5 Aposentadoria por tempo de contribuição	84
4.2.5.1 Beneficiários	84
4.2.5.2 Concessão	85
4.2.5.3 Início do benefício	86
4.2.6 Aposentadoria especial	86
4.2.6.1 Beneficiários	86
4.2.6.2 Concessão	86
4.2.6.3 Início do benefício	87
4.2.7 Salário-maternidade	87
4.2.7.1 Beneficiários	87
4.2.7.2 Concessão	87
4.2.7.3 Início do benefício	88
4.2.8 Salário-família	88
4.2.8.1 Beneficiários	88
4.2.8.2 Concessão	88
4.2.8.3 Início do benefício	89
4.2.9 Pensão por morte	89
4.2.9.1 Beneficiários	89
4.2.9.2 Concessão	90
4.2.9.3 Início do benefício	91
4.2.10 Auxílio-reclusão.....	91
4.2.10.1 Beneficiários	91
4.2.10.2 Concessão	91
4.2.10.3 Início do benefício	92
5 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS.....	93
6 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DO PODER PÚBLICO: O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A QUESTÃO PRECATORIAL.....	98
7 CONCLUSÃO	104
BIBLIOGRAFIA	107

INTRODUÇÃO

Examinando-se as ações de natureza previdenciária nos últimos tempos, é possível verificar que estão fincadas num “mundo alarmante”.

De um lado, tem-se a lentidão do Poder Judiciário, uma vez ocasionada pelo acúmulo de serviço, e ainda, pela falta de equipamentos de trabalho e servidores não capacitados de maneira adequada, para o bom exercício das funções que lhe são atribuídas.

De outro lado, uma infinidade de recursos no ordenamento processual, mas que na prática, funcionam simplesmente como um obstáculo na celeridade da prestação jurisdicional.

Diante desse quadro, com a promulgação da Lei n.º 8952, de 13 de dezembro de 1994, que reformou o Código de Processo Civil, o legislador ordinário estabeleceu o instituto da Antecipação de Tutela¹, concedendo nova roupagem à redação do art. 273, do mesmo Código.

Esta pesquisa tratou da Antecipação de Tutela perante os benefícios previdenciários, tendo como foco primordial o princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, que estabelece o acesso à ordem jurídica justa, de maneira a proporcionar uma tutela tempestiva e efetiva ao direito pelo qual se demanda em juízo (art. 5º, inc. XXV, da Constituição Federal).

O presente tema foi selecionado por ser de suma importância o respeito à dignidade da pessoa humana, de maneira a garantir com rapidez uma prestação jurisdicional verdadeira aos cidadãos que postulam por um benefício previdenciário, na maioria das vezes, pessoas idosas e miseráveis, acometidas pelos riscos sociais (invalidez, doença, morte, idade avançada, reclusão, baixa-renda, maternidade), que necessitam daquela renda auferida através da prestação previdenciária para que possam sobreviver.

Verifica-se que estas pessoas não podem aguardar pela demora natural do transcurso do procedimento ordinário; torna-se indispensável o recebimento antecipado da solução para a situação que veio ao processo pedir, uma vez que, o direito está na iminência de tornar-se irreparável ou de difícil reparação.

¹ É um instituto que tem por finalidade oferecer ao autor com rapidez, o próprio direito postulado em juízo, que somente seria concedido ao final da demanda, com a sentença.

É nítido o caráter alimentar dos benefícios previdenciários. Desta feita, consiste dizer que, os danos oriundos com a demora na implantação de um benefício serão irrecuperáveis, e, como corolário lógico, o maior bem jurídico a ser protegido (vida do segurado) será sacrificado pelo lento trâmite do processo até a provável entrega do direito.

São reivindicações de Justiça que fazem com que a efetivação do direito, não possa, em alguns casos, esperar pela longa e inevitável demora da sentença judicial.

Portanto, esta pesquisa teve como objetivo geral, demonstrar que com a concessão da Antecipação de Tutela, possibilitar-se-á uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz, em sede dos benefícios previdenciários, já que declaram certa urgência, e, como objetivo específico, indicar a ineficácia do provimento jurisdicional, se atendido apenas ao final da demanda, com a sentença.

Para a formulação do presente trabalho, foi utilizada a metodologia de caráter bibliográfico, coletando-se dados em livros e revistas (matéria previdenciária), igualmente, pesquisas eletrônicas, entre outros.

Também, como método de abordagem, foi utilizado o dedutivo, seguindo a possibilidade da concessão da medida antecipatória, para determinar a eficácia do provimento jurisdicional pleiteado no benefício previdenciário.

O trabalho foi organizado em 7 (sete) partes para o melhor desenvolvimento das idéias.

Em um primeiro momento, tratou da tutela jurisdicional, como proteção do Estado aos conflitos de interesse, analisando também a fundo, seu conceito e modalidades. Em segundo plano, tratou da reforma de 1994 no Código de Processo Civil e a inserção da Antecipação de Tutela no ordenamento pátrio, bem como, os princípios que devem ser utilizados para compatibilizar o referido instituto com os direitos fundamentais, quais sejam, efetividade da jurisdição e segurança jurídica.

Depois, abordou mais profundamente sobre a Antecipação de Tutela, examinando sua origem histórica, conceito e natureza jurídica, momento em que poderá ser concedida e requerida, requisitos genéricos e específicos, aos quais está condicionada sua concessão, fazendo uma análise minuciosa em seus conceitos, fungibilidade, cumulação e efetivação da medida, como também, sua modificação e revogação.

Da mesma forma, teceu considerações a respeito das finalidades da Previdência Social, identificou quem são os destinatários de seus benefícios, tratou do período de carência a ser observado para deferimento de cada benefício e da manutenção e perda da qualidade de segurado.

Além disso, cuidou dos benefícios previdenciários em espécie, indicando quem faz jus ao recebimento, os pressupostos a que está condicionada a concessão do benefício, e, o termo inicial em que é devido.

Em seguida, adentrou ao tema central objeto da pesquisa, ou seja, a Antecipação de Tutela, demonstrando a relevância da sua outorga nos benefícios previdenciários, bem como, o esclarecimento de algumas questões relativas à medida antecipatória que devem ser aplicadas em matéria previdenciária.

Este trabalho registrou ainda, a polêmica questão que surge a respeito da possibilidade ou não da Antecipação de Tutela em face do Poder Público e a questão precatorial.

Por fim, segue a conclusão, na qual destacou sinteticamente os principais resultados da pesquisa.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 A Tutela Jurisdicional

1.1.1 Conceito

Tutela jurisdicional é a pretensão que busca o autor de uma ação judicial quando vem postular em juízo.

Em um conceito mais complexo, tutela jurisdicional é a proteção do Estado aos conflitos de interesses que existirem, oferecendo como instrumento técnico a solucionar estes conflitos, o processo, e, este por sua vez, concederá a paz jurídica, com a afirmação da vontade da lei sobre a vida dos sujeitos que litigam.

Tutelar significa amparar, proteger, defender. Assim, quando se refere à tutela jurisdicional, está implícito o dever do Estado em conceder o devido amparo, proteção e defesa dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, e ainda, daqueles direitos assegurados pela legislação ordinária, às pessoas físicas e jurídicas, através de seus órgãos jurisdicionais.

Sendo o processo instrumento a serviço da jurisdição, a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, deve ser exercida efetivamente de forma a evitar os conflitos e promover a pacificação social entre os litigantes.

Portanto, o Estado tem a obrigação de assegurar às partes, a correta aplicação do direito, através do processo, com o fim específico de conceder a cada um o que é seu, para que seja a tutela jurisdicional prestada com eficácia.

1.1.2 Modalidades

O processo é um conjunto de atos combinados que visa a composição da lide. O Estado se utiliza desse instrumento para exercer a jurisdição e conceder a tutela jurídica aos que litigam.

A tutela jurisdicional se realiza de três maneiras:

- a) tutela jurisdicional de conhecimento;
- b) tutela jurisdicional de execução;
- c) tutela jurisdicional cautelar ou preventiva.

Na *tutela jurisdicional de conhecimento ou de cognição*, o juiz deve ter pleno conhecimento do litígio para, em seguida, fazer atuar no caso concreto, o respectivo direito. Depois de contestada a pretensão é que se opera a decisão.

Segundo os ensinamentos de Liebman (1968 apud Zavascki 1999, p. 08):

[...] na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado [...].

Por sua vez, a tutela jurisdicional de conhecimento reúne-se, em três grupos:

- a.1) *declaratória* – decisão que visa declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica;
- a.2) *condenatória* – decisão que, além de declarar a existência de uma relação jurídica, tende à condenação do réu;
- a.3) *constitutiva* – visa modificar uma situação jurídica existente, criando uma nova situação.

A *tutela jurisdicional de execução* pressupõe um título executivo, através do qual, o credor postula em juízo, buscando a transformação de uma situação de fato, para que se torne efetiva a sanção cominada ao devedor pela tutela jurisdicional condenatória de conhecimento.

Neste caso, ao contrário da tutela de cognição, [...] “a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações que ora ocorrem na tutela de conhecimento” (Liebman 1968 apud Zavascki 1999, p. 08).

E, por fim, a *tutela jurisdicional cautelar*, é aquela onde a decisão visa impedir as conseqüências do perigo na demora da ineficácia do processo principal, de forma a serem retirados da disponibilidade da Justiça, seja processo de conhecimento ou de execução, que perseguem caminhos mais demorados.

As tutelas de conhecimento, executiva e cautelar, constituem as espécies clássicas de tutela jurisdicional e com parâmetro nelas, o legislador brasileiro criou toda a estrutura do processo civil.

Vale dizer que, essa é a classificação criada pelos processualistas contemporâneos e a adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro.

1.2 Tutela e Jurisdição

Tutela é a assistência ou amparo, que deve o Estado prestar através de seus órgãos jurisdicionais, para que sejam exercidos os direitos de todo cidadão.

Jurisdição é, por sua vez, função própria do Estado, e que deve ser exercida pelo Poder Judiciário com exclusividade, para que haja a composição dos conflitos de interesses em cada caso concreto e para assegurar a ordem jurídica estabelecida.

Através destes breves conceitos, percebe-se que a tutela está intimamente ligada à jurisdição, uma vez que, sendo a jurisdição função própria do Estado, está embutida nesta função, a defesa e vigilância dos interesses e garantias fundamentais, que se dá pela tutela.

A obtenção da tutela jurisdicional é assegurada constitucionalmente aos indivíduos, decorrente, por sua vez, do direito de ação, previsto no art. 5º, incs. XXIV e alíneas, e XXXV, da CF.

Portanto, a prestação da tutela é jurisdicional, de acordo com os ensinamentos de Feres (1999), porque o modo de sua aquisição se dá, não pela constituição dos interesses em conflito pelas partes interessadas, mas, através do próprio processo, pelo Poder Judiciário, nos limites da jurisdição, que decorre da força institucional do Estado.

A tutela é, então, garantida através de um ato jurisdicional típico, que é a sentença.

Apesar da prestação da tutela jurisdicional estar prevista constitucionalmente, a própria Constituição Federal, está fixada em alguns princípios básicos, como o princípio da efetividade da jurisdição e o princípio da segurança jurídica, que se mostram incoerentes, como se verá no próximo item, onde o referido assunto será tratado com maior ênfase.

Da análise destes princípios fundamentais, é perfeitamente possível identificar-se a colisão entre eles, e neste caso, segundo Zavascki (1999), deve-se fazer a concordância prática dos direitos pela via da legislação ordinária, todas às vezes que for previsível a colisão, ou pela via judicial direta, quando não há regra legislada de solução, ou, se esta existir, não for suficiente ou adequada para a solução do conflito no caso concreto.

Não obstante, Zavascki (1999) certifica que, a solução para a colisão entre os direitos fundamentais com o fim de atingir a concordância prática entre eles, deverá ser feita pela limitação de um, em favor do outro, mas, buscando dar condições para a convivência simultânea entre os direitos fundamentais da segurança jurídica e de efetividade da jurisdição.

1.3 A reforma do Código de Processo Civil brasileiro e a Antecipação de Tutela

A Lei n.º 8952/94 promoveu a reforma no Código de Processo Civil, tendo como um dos pontos mais altos, a inserção de um novo texto ao art. 273, do CPC, passando a prever expressamente sobre a Antecipação de Tutela.

Toda a reforma no ordenamento jurídico, conforme assevera Watanabe (2000), partiu do ponto de que, tendo os indivíduos como direito fundamental previsto constitucionalmente, o acesso à Justiça, os mesmos devem saber o que realmente vem a ser o acesso à Justiça.

Pelo princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional previsto na Carta Magna, art. 5º, inc. XXXV, não basta o direito de acesso à Justiça, mas exige-se “o acesso à Justiça que possa propiciar a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da Justiça e também o acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 1996, p. 20).

O que pretende o referido princípio, em razão dos próprios enganos em que o ser humano possa insurgir e das deficiências que sofre a administração da Justiça, está longe de ser materializado. Vale dizer que, as ditas deficiências não estão vinculadas apenas à legislação processual, como também são evidentes outras, entre elas, a lentidão do Poder Judiciário, ocasionada pelo acúmulo de serviço, pela falta de equipamentos de trabalho e pessoal adequado, o formalismo excessivo, etc.

No entanto, os operadores do direito vêm procedendo às modificações que são necessárias, buscando aperfeiçoar o Poder Judiciário, pela diminuição da burocracia que existe em procedimentos antigos e princípios que se tornam inadequados aos fins da sociedade atual.

Segundo esta nova visão e evolução do ordenamento jurídico, é que foi instituída pela Lei n.º 8952/94, a Antecipação de Tutela, através da qual as partes podem contar com um processo que presta a tutela de forma efetiva e tempestiva.

Como observa Watanabe (1996 apud THEODORO JR. 2002), a referida inovação não se trata de uma modificação no procedimento para agilizar o processo, porém, uma modernização nos provimentos jurisdicionais, possibilitando ao juiz conceder a Antecipação de Tutela no curso do processo de conhecimento, outorgando provisoriamente, a própria tutela definitiva de mérito que foi requerida no processo.

É dizer, antecipa-se os efeitos da própria sentença, uma vez atendidos certos requisitos previstos em lei, que se não fosse pelo referido instituto, seria concedida apenas no final do procedimento.

Por fim, com a reforma do Código de Processo Civil, a medida antecipatória não pode ser obtida por ação fundada no poder geral de cautela.

Ainda, foi eliminada a necessidade de ingressar com ação cautelar para que ser concedida a Antecipação de Tutela.

Diante do que foi exposto, pela consagração da Antecipação de Tutela com a reforma do Código de Processo Civil torna-se visível que, a referida tutela é completamente distinta da tutela cautelar, uma vez que, a Antecipação de Tutela deverá ser concedida, se presentes os requisitos contidos no *caput* e incisos, do art. 273, do CPC; é antecipação do próprio direito do autor formulado na inicial que seria outorgado somente ao final, com a sentença.

Já na tutela cautelar o objetivo é impedir o perecimento de direito, ou ainda, a possibilidade de exercê-lo futuramente.

1.4 A compatibilização da Antecipação de Tutela com os Direitos Fundamentais

Em um primeiro momento, pela análise do devido processo legal e da garantia do contraditório e ampla defesa (direitos fundamentais), ora, consagrados pela Constituição Federal, tem-se a idéia de ser a Antecipação de Tutela incompatível com tais direitos.

Todavia, a maioria das garantias fundamentais colidem entre si, e, caberá ao aplicador do direito se valer de meios que possam harmonizá-las, determinando qual garantia constitucional deverá sobressair.

O correto seria que todas as garantias fundamentais, uma vez asseguradas pela Carta Magna, predominassem sem qualquer restrição. Ocorre que, isto não é possível, restando apenas ao julgador, lançar mão de princípios básicos para solucionar a colisão dos direitos fundamentais, como o princípio da necessidade, princípio da proporcionalidade e o princípio da salvaguarda do núcleo essencial.

Segundo o *princípio da necessidade* só haverá limitação a direito fundamental, quando não existir a possibilidade de fazer conviver simultaneamente os direitos que ora se chocam.

Pelo *princípio da proporcionalidade*, também chamado de *princípio da menor restrição possível*, a limitação à garantia fundamental será feita no limite do indispensável

para afastar o conflito entre as referidas garantias, de forma a harmonizá-las, no que for possível, com o fim de preservá-las, sem excluir qualquer uma delas.

E por fim, conforme o *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*, já em tese contido no princípio da menor restrição possível, para a solução dos conflitos entre os direitos fundamentais, buscando harmonizá-los, não poderá se recorrer à supressão de um deles ou de sua substância.

Para o estudo do instituto da Antecipação de Tutela, entram em discussão dois princípios fundamentais ou direitos fundamentais dos litigantes, quais sejam, o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica.

De um lado, a Constituição Federal ao garantir a todos o direito de acesso à Justiça, está garantindo, ainda, a prestação da tutela jurídica pelo Estado para que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem solução. E neste contexto, o processo deve ser o meio capaz de oferecer àquele que busca determinada pretensão, uma tutela concreta, efetiva e célere.

O devido processo, é aquele “processo justo, apto a propiciar àquele que o utiliza uma real e prática tutela” (THEODORO JR., 2002, p. 442).

Entretanto, a demora nos procedimentos acaba por tornar inútil o provimento jurisdicional ao ser deferido somente ao final da demanda.

É dizer, a prestação jurisdicional intempestiva, tornar-se-á ineficaz, então, não há que se falar em processo justo.

Diante deste aspecto é que se faz necessário instrumentos a serviço da jurisdição, possibilitando a celeridade dos procedimentos, para conseqüentemente, todos os cidadãos terem a garantia de uma tutela eficaz.

Nisto é que se traduz o direito fundamental dos litigantes à efetividade da jurisdição.

Sendo assim, “o Estado deve garantir ao indivíduo a utilidade da sentença, de forma a ser esta apta a proporcionar, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela pretendida” (ZAVASCKI, 1999, p. 64).

Em síntese, o direito à efetividade da jurisdição envolve a provocação por parte daquele que postula em juízo, a atuação do Estado, e, o direito de conseguir dentro de um prazo razoável, uma tutela justa e com força para valer concretamente, conforme o caso.

De outro lado, é caracterizado o princípio da segurança jurídica, pelo ato de não privar a liberdade ou bens dos indivíduos, sem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF), por sua vez, expressamente garantido pelo contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF).

Dessa forma, a liberdade e os bens de cada indivíduo, deverão ficar com eles até que tenha se exaurido o devido processo legal. Tanto o requerente, quanto o requerido, tiveram consagrado na Constituição Federal, como direito fundamental, a cognição exauriente, onde as pretensões deduzidas em juízo serão subordinadas ao contraditório, ampla defesa e interposição de recursos.

Porém, entre a efetividade da jurisdição ao requerente e a garantia constitucional ao requerido do contraditório, firma-se uma colisão de direitos, e, na espera pelo deferimento do provimento jurisdicional, quando concedido, na maioria das vezes, não guarda de utilidade para o titular do direito.

Preceitua Zavascki (1999) que, mesmo sendo o decurso do tempo obrigatório para a garantia plena do direito à segurança jurídica, é, na maioria das vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, que se torna insigne, quando o perigo de perecimento do direito demanda uma tutela urgente.

No caso de existir colisão, deve-se, então, harmonizar os princípios da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica, de forma que, não haja exclusão de um dos direitos colidentes.

Assim, todos os direitos que se chocam deverão sobreviver, mesmo que não for de forma absoluta, mas, pelo menos proporcional, sacrificando o mínimo que for necessário dos direitos fundamentais dos litigantes.

A via legislativa deverá ser invocada para tornar possível a harmonia entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, uma vez que, esta criou medidas provisórias, como instrumentos capazes de afastar casos de extinção de qualquer um desses direitos.

Em alguns casos específicos de Antecipação de Tutela, como nas ações possessórias e de alimentos provisionais, o legislador disciplinou expressamente a providência conveniente para solucionar o conflito em razão da urgência.

Para a solução de conflito entre efetividade e segurança jurídica, que não houver solução disciplinada pelo Poder Legislativo, deverá o juiz no caso concreto, instituir a solução conformadora.

No caso do art. 273, do CPC, e seus incisos, há situações ali descritas, onde existirá colisão entre os referidos princípio fundamentais. Com isso, o juiz deverá conforme o caso, emitir a melhor solução para que os dois direitos se mantenham íntegros.

Quando se tratar de Antecipação de Tutela, para que a tutela jurisdicional possa ser efetivamente prestada aos litigantes, deverá assegurar primeiramente, o resultado efetivo e útil ao processo, para que em seguida, seja observado o contraditório.

Estará, assim, garantida a tutela de mérito ao requerente, e, depois da antecipação, que é concedida provisoriamente ao requerido, estará assegurado o contraditório e a ampla defesa, para ao final, conceder a solução definitiva.

Conforme ensinamentos de Calmon de Passos (1996 apud THEODORO JR., 2002, p. 443):

Aqui dois valores constitucionais se conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a citação do réu importe certeza de ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro.

Disto tudo, considera-se que, a compatibilização da Antecipação de Tutela com os direitos tidos como fundamentais, é questão polêmica e bastante controvertida na doutrina.

Deste modo, prefere-se posicionar no sentido de que, na Antecipação de Tutela deverá prevalecer o direito fundamental à efetividade da jurisdição em relação ao direito fundamental da segurança jurídica, como forma de garantir a efetiva e prática concretização da tutela, “sob pena de tornar letra morta esta importante novidade”, conforme lembrado por Zavascki (1999), em artigo com o título de *Antecipação da Tutela e colisão de direitos fundamentais*.

Contudo, sempre lembrando que, não deverá o direito à segurança jurídica ser abolido, os dois deverão conviver em harmonia.

2 DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

2.1 Generalidades e origem histórica no direito brasileiro

Mesmo após muitos estudos realizados pelos processualistas que puderam aos poucos constatar que, a grande maioria das pessoas deixava de recorrer ao Judiciário em razão da inefetividade da tutela que pretendiam - em consequência, sob esta ótica muitos estudos foram voltados para facilitar o acesso à Justiça, alternativas de pacificação social foram realizadas, e mais, grande progresso na criação de novas leis – ainda, depara-se com a morosidade em que se encontram imbuídos milhares de processos pendentes em nosso Judiciário.

O procedimento ordinário, que é o procedimento-base de tutela dos direitos, conforme chamado por alguns doutrinadores, demora para reconhecer a existência de um direito, e, muitas vezes, mesmo reconhecido, não o dá imediatamente ao autor. Isto ocorre quando o juiz profere sentença condenatória, já que neste caso, o direito somente será entregue ao seu titular, se o mesmo ingressar com processo de execução.

Com isto, verifica-se que a demora do processo fere o princípio da igualdade, pois os mais fracos aceitam postular em juízo, mesmo sabendo que seus direitos poderão ser reconhecidos depois de muitos anos.

O instituto da Antecipação de Tutela foi normatizado nos ordenamentos de países como a Alemanha, Áustria, Portugal, Espanha, França, Itália, esta que se utiliza da tutela antecipatória de mérito, mas não da mesma forma pela qual foi inserida no art. 273, do CPC brasileiro, segundo os ensinamentos de Feres (1999).

Vale ressaltar, que o Código de Processo Civil italiano, pioneiro em recepcionar em seu ordenamento a medida antecipatória, não foi alterado como o brasileiro; aquele não dispõe de uma Antecipação de Tutela igual a do direito brasileiro.

A doutrina italiana se vale de uma ação inominada, conforme previsto no art. 700 de seu diploma legal, para obter a medida antecipatória como forma de garantir a efetividade do processo nos casos de litígios sem conteúdo patrimonial, onde é plausível o perigo de dano

irreparável pela demora e também para combater o abuso do direito de defesa pelo réu. É, pois, sob a forma de cautelar, que o direito italiano passou a instituir a tutela antecipatória de mérito.

O tema em tela foi objeto de estudo por Calamandrei, Mandrioli, Angel Fernandez, Fazallari, entre outros.

No Brasil, em julho de 1983, foi realizado na cidade de Porto Alegre, o *1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil*, sob a direção de Ovídio Araújo Batista da Silva, onde foi proposta a inserção da Antecipação de Tutela, sendo o parágrafo único do art. 285, do atual CPC, como antecipação dos efeitos da sentença de mérito.

Essa iniciativa deu origem a numerosos estudos, que conduziram à introdução da Antecipação de Tutela em nosso ordenamento processual.

Em 1985, uma *Comissão* designada pelo Ministro da época, Fernando Lyra, e, composta por grandes mestres em Direito Processual Civil, entre eles, Kazuo Watanabe, apresentou Anteprojeto objetivando alterações no Código de Processo Civil.

Nesta época, como bem ressalta Watanabe em sua obra intitulada *Contribuição ao estudo da cognição no processo civil* (1985 apud LOPES, 1996, p. 02), já se demonstrava a necessidade da criação de uma medida que pudesse dar efetiva realização aos direitos, pois, o processo comum era inoperante:

[...] por mais que se consiga reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre direitos, pretensões materiais e interesses legítimos que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados, seja em termos de procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às peculiaridades das situações substanciais controvertidas, seja em forma de procedimentos de cognição sumária, que atendam os reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional.

A *Comissão* de 1985 tinha como sugestão introduzir a Antecipação de Tutela no Livro III, que passaria a ser chamado de *Processo de Cognição Sumária*, incluindo nele ainda, o *Processo Cautelar*. A Antecipação de Tutela seria prevista nos arts. 889-E, 889-F e 889-G,

todos do CPC, e, o art. 889-A, também do mesmo Codex, iria dispor sobre a Antecipação de Tutela no que diz respeito às obrigações de fazer e de não fazer.

Entretanto, para o mestre Ovídio Batista, no Congresso de 1983, a Antecipação de Tutela só poderia ser apreciada com o despacho inicial, e, no Anteprojeto de 1985, conforme citado acima, foi o referido instituto disposto juntamente com as medidas cautelares, sendo que, tanto a Antecipação de Tutela, como a cautelar, têm finalidades diametralmente opostas. Vê-se, então, que a medida antecipatória estava situada incorretamente.

Diante da confusão, a Comissão Nacional da Escola da Magistratura, incumbida de promover soluções que buscam simplificar os Códigos de Processo Civil e Processo Penal, direcionou a matéria, fazendo constá-la nas *Disposições Gerais*, do Capítulo I, do Título VII, que fala *Do Processo e do Procedimento*, passando o texto do art. 273, do CPC, para parágrafo único, do art. 272, do mesmo diploma legal, e, em seguida, inserindo a atual redação, que prevê, portanto, a Antecipação de Tutela.

O art. 798, do CPC, foi durante muito tempo a solução para a ineficácia do velho procedimento ordinário, uma vez que, ingressava-se com uma ação fundada no respectivo diploma legal, isto é, uma ação sumária satisfativa, e, conseqüentemente, a prestação da tutela jurisdicional era tempestiva.

Portanto, a tutela cautelar foi uma técnica adotada como forma de evitar a inefetividade do procedimento ordinário, tornando possível a obtenção da tutela antecipadamente, sendo que, a mesma somente poderia ser prestada ao final da demanda.

É possível verificar com isto que, os dois institutos estiveram, durante anos, equivocados em seus sentidos.

A Antecipação de Tutela era tratada como tutela cautelar, sendo que a finalidade desta é assegurar o resultado útil de um processo principal, seja ele, processo de conhecimento ou de execução.

A perplexidade que existiu foi produto da “necessidade da celeridade e da exigência de efetividade da tutela dos direitos” (MARINONI, 2003, p. 228).

Não é possível dizer que a Antecipação não existia no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, é plausível falar que, o instituto em estudo, nunca existiu em nosso ordenamento de

maneira independente, sendo aplicável de forma genérica ao processo de conhecimento, nos procedimentos ordinário, sumário e especial, assim utilizado nas ações possessórias (art. 928), no mandado de segurança (art. 7º), na ação popular (art. art. 5º, § 4º), no CDC (art. 84, § 3º), nas medidas constitucionais previstas, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade, o hábeas corpus e o hábeas data, entre outras, em razão da natureza dos direitos que visam essas medidas resguardar.

Nestes casos, a medida antecipatória poderia ser concedida total ou parcialmente.

Ante o exposto, a Antecipação de Tutela era utilizada, mas, somente em casos limitados e específicos.

Contudo, com a promulgação da Lei n.º 8952, de 13 de dezembro de 1994, que reformou o Código de Processo Civil, houve grande inovação, ou melhor, a expressa inserção no ordenamento jurídico da figura da Antecipação de Tutela, que hoje consta no art. 273, do citado diploma legal, a qual se fez necessária em razão da problemática que se verificava na prática forense e da impossibilidade da realização do direito reconhecido no decorrer do processo.

A reforma do Código de Processo Civil trabalha com uma filosofia voltada à rapidez e desburocratização na prestação jurisdicional, pois, todo cidadão tem como garantia fundamental, a resposta daquilo que vem a postular em juízo dentro de um prazo razoável.

Por conseguinte, foi com este intuito que a Antecipação de Tutela passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

Sem dúvida, a Antecipação de Tutela, também chamada, antecipação dos efeitos da tutela, tutela antecipatória ou tutela jurisdicional antecipada, foi a mais inovadora e avançada das diversas modificações introduzidas no direito processual brasileiro desde a Lei n.º 8455/92 (prova pericial) e as mais recentes, Leis n.º 9139/95 (agravo) e n.º 9245/95 (procedimento sumário).

Dispõe o art. 273, do CPC, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1.º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2.º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3.º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A.

§ 4.º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5.º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final julgamento.

§ 6.º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7.º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Como visto, de acordo com o disposto nesta nova redação do art. 273, do CPC, todas e quaisquer situações que requerem urgência foram abarcadas.

Cabe lembrar que, o legislador criou com a promulgação da Lei n.º 8952/94, norma particular de Antecipação de Tutela para as ações fundadas nas obrigações de fazer e não fazer, na qual o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, caso julgar procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, conforme o art. 461, do CPC.

A Antecipação de Tutela pode ser deferida no decorrer do processo de conhecimento, surgindo como o instituto capaz de remediar os possíveis problemas oriundos da demora processual, evitando um dano irreparável ou de difícil reparação.

A técnica antecipatória despontou para confirmar oficialmente a efetividade da jurisdição, desde que, presentes o risco da demora e a probabilidade do direito; a referida técnica veio para eliminar um mal que já se encontra na realidade do Judiciário, “uma vez que o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão” (MARINONI, 2003, p. 229).

Assim, tem-se um ideal de tutela que oferece o mais rápido possível, à pessoa que já teve seu direito reconhecido, exatamente aquilo que deve obter. Isto se vislumbra na existência de um processo apto a realizar as suas finalidades e a servir da melhor maneira à sociedade.

Vale dizer ainda que, a Antecipação de Tutela não é um instituto que solucionará todos os problemas que o nosso Judiciário enfrenta, mas, se usado de forma adequada “constitui o único sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil” (MARINONI, 2000, p.17), principalmente no que se refere às ações de natureza previdenciária.

Trata-se de um instrumento que se corretamente utilizado, viabilizará a aplicabilidade da igualdade no procedimento.

2.2 Conceito e natureza jurídica

Antecipação de Tutela é o instituto que tem por finalidade oferecer ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) com rapidez, o próprio direito postulado em juízo, que só seria concedido ao final da demanda, depois de finda a apreciação de toda a controvérsia, adiantando-se, assim, a sentença de mérito, de modo a atribuir caráter provisório ao pedido, no todo ou em parte.

Com maior propriedade é dizer que, a técnica gerada pelo art. 273, do CPC, “consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir” (DINAMARCO, 1998, p.141).

Portanto, tal medida concede ao autor, o próprio direito por ele afirmado, que somente seria obtido com a decisão de mérito transitada em julgado. Tanto é assim que, a decisão pela qual o juiz concederá a Antecipação de Tutela, terá o respectivo assunto da parte dispositiva da sentença definitiva.

Insta ressaltar que, atendidos os requisitos exigidos pelo art. 273, do CPC, não há que se falar em faculdade ou poder discricionário do juiz, pois, trata-se de um direito subjetivo processual da parte, podendo a mesma exigí-lo como forma de cumprimento pelo Estado, da prestação da tutela jurisdicional que está obrigado em oferecê-la.

A razão de ser da Antecipação de Tutela está norteada pelo *princípio da necessidade*, uma vez que, sem ela, aguardar-se pela sentença definitiva, consistiria em recusa de Justiça, estando afetada a *efetividade* da prestação jurisdicional.

A natureza jurídica do provimento judicial que defere ou indefere a Antecipação de Tutela, é de decisão interlocutória, por meio da qual o magistrado concede ao autor um adiantamento dos efeitos da sentença de mérito, com caráter satisfativo.

Assim, o juiz exerce cognição sumária, não se revestindo sua decisão de definitividade, caracterizada pela coisa julgada.

A natureza jurídica da Antecipação de Tutela no direito brasileiro apresenta-se na doutrina, como matéria objeto de várias discussões.

Em vista disso, o entendimento majoritário é de que ela não se trata de tutela cautelar, apesar de apresentarem apenas um ponto em comum, qual seja, a provisoriedade, como se denota da leitura dos arts. 273, § 4.º e 807, ambos do CPC.

Valendo-se da oportunidade, é possível apontar as diferenças que existem entre as tutelas de urgência, cujos conceitos são diariamente equivocados por diversos autores.

Para concessão da Antecipação de Tutela se faz necessária a existência de *prova inequívoca da verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*, conforme preconiza o art. 273, do CPC.

Já para concessão na medida cautelar, basta que restem configurados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, isto é, respectivamente, a probabilidade do direito afirmado pelo autor e o perigo na demora da ineficácia do provimento jurisdicional pretendido na ação principal.

Ainda, é considerável traçar como diferença básica, o fato de ocorrer na Antecipação de Tutela, o adiantamento da prestação jurisdicional que recai sobre o próprio direito reclamado, antecipação do resultado final. Ao contrário, na medida cautelar, não há antecipação do resultado a que pretende o autor com o direito afirmado, mas, busca-se com tal medida, acautelar, assegurar a prestação jurisdicional pretendida na ação principal; pretende-se amparar o direito reclamado.

Por fim, na cautelar há duas relações processuais, ou seja, processo principal e o processo cautelar. Enquanto que, na Antecipação de Tutela há uma só relação processual, que se vislumbra com o processo principal.

Alguns doutrinadores costumam se valer impropriamente do termo *medidas cautelares satisfativas*, mas, isto, constitui-se em uma contradição terminológica, uma vez que, as cautelares não satisfazem o direito afirmado pelo autor. Se a medida é satisfativa, ela não é, pois, cautelar.

A tutela cautelar foi criada no Código vigente com caráter instrumental, porque ela atua para resguardar o resultado útil de um outro processo, e, porém, sem qualquer caráter de satisfatividade, como ocorre com a Antecipação de Tutela.

Por esses motivos, é que não se pode admitir qualquer semelhança entre Antecipação de Tutela e medida cautelar.

Neste sentido, os Tribunais já reconheceram com unanimidade, que são distintos os objetivos das citadas medidas (apud FRIEDE, 2003):

Não se confundem medida cautelar e tutela antecipada. Na primeira bastam fumaça do bom direito e perigo de dano. Na segunda, exige-se que a tutela corresponda ao dispositivo da sentença; haja prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Tudo isso mediante cognição provisória, com audiência do demandado, que só pode ser dispensada em casos excepcionais (Ac. un. da 3ª Câm. do TJ/SC de 17/09/96, no Ag. 96.001.452-7, rel. Des. Amaral e Silva; Adcoas, 30/04/1997, n. 8.153.739).

Tutela cautelar não se confunde com medida cautelar, eis que nesta a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido da ação (Ac. un. da 5ª Câm. do TJ/RJ de 10/12/1996, no Ag. 4.266/96, rel. Des. Miguel Pachá; RDTJRJ 32/240).

Não há de se confundir a tutela antecipatória com a tutela cautelar. O processo cautelar revela-se como atividade auxiliar e subsidiária que visa assegurar as duas outras funções principais da jurisdição – conhecimento e execução. A característica mais marcante da garantia cautelar é a de dar instrumentalidade ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar.

A tutela antecipatória, do art. 273 do CPC, deferida em ação de conhecimento, tem como característica a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado.

Se a liminar contiver decisão que apenas garanta o resultado final da lide, de tutela antecipada não se trata, mas sim de tutela cautelar.

O sistema processual, a teor do estatuído no art. 292, § 1º, inc. III, do CPC, não admite a concessão de provimento cautelar em processo cognitivo (Ac. un. da 2ª Câm. do TJ/SC de 26/11/96, no Ag. 96.008.465-7, rel. Des. Nélson Schaefer; Jurisp. Cat. 77/518).

Apontadas as razões que confirmam as diferenças entre, Antecipação de Tutela e tutela cautelar, resta dizer ainda, que de acordo com a tutela que se procura obter na ação ajuizada, pode ser também a medida antecipatória de natureza constitutiva, declaratória ou mandamental.

Insta ressaltar que, a decisão que concede a medida antecipatória, apesar de não relacionada no art. 584, do CPC, é título executivo judicial, considerado diferenciado, porque é o único que não é representado por uma sentença judicial.

Assim, “não há qualquer razão que possa impedir que uma decisão fundada em ‘cognição sumária’ constitua título executivo” (MARINONI, 2003, p. 242).

Ainda, conclui Marinoni (2003), que a execução não é projetada apenas para viabilizar a execução de um direito declarado, como também, para aquele direito que merece ser efetuado imediatamente.

2.3 Constitucionalidade da Antecipação de Tutela

A possibilidade de concessão da Antecipação de Tutela é direito somente garantida ao autor da ação.

Disto poderia se pensar, que o referido instituto dispõe de certa inconstitucionalidade, uma vez que, não há igualdade de tratamento, conforme prescreve o princípio do devido processo legal, para a concessão do benefício.

Na prática, muitas são as hipóteses em que o réu não tem em seu favor, pretendendo indicar que o pedido do autor é infundado, instrumento hábil para ver solucionado o litígio.

Muitos procedimentos ocorrem, corriqueiramente, como forma de retardar a entrega da prestação jurisdicional em prejuízo do réu.

Assim, provas são requeridas pelo autor ou pelo magistrado, e, produzidas adiando a solução da causa; demora na tramitação de recursos, e ainda, audiências desnecessárias são designadas. Por tudo isto pode, o réu, estar sujeito a delongas, esperando pela solução final do processo.

Diante destas intempéries que poderão existir para o réu na decisão de um litígio, mereceria também ele, ser beneficiário da Antecipação de Tutela.

Todavia, o referido instituto foi criado em nosso ordenamento considerando apenas, o pólo ativo de uma ação, com o fim de dividir o encargo da demora natural pela qual está sujeita a tramitação de um processo.

Sob o aspecto de não ser justo submeter aquele que ocupa o pólo da ação, como futuro titular de um direito à demora, onde até ser entregue o direito afirmado, restará o mesmo inoperante, surge a Antecipação de Tutela “para permitir o adiantamento de efeitos práticos para a imediata satisfação do autor” (LOPES, 2001, p. 42).

Portanto, não há inconstitucionalidade na medida antecipatória alegando-se ofensa ao princípio do devido processo legal, pelo próprio caráter revogável e provisório de que dispõe a medida, não implicando, conseqüentemente, desaparecimento dos direitos definitivamente.

2.4 Oportunidade em que pode ser requerida

Ao criar a Antecipação de Tutela, o legislador não fixou o momento adequado para sua concessão.

Portanto, a Antecipação pode se requerida em qualquer momento, seja, na petição inicial (o mais comum na práxis forense), após a contestação, no decorrer do processo, bem como, na fase em que será a sentença de mérito prolatada, ou ainda, depois dela, em grau de recurso, por analogia ao parágrafo único, do art. 800, do CPC.

Em audiência, se for necessário, poderá a parte requerer a Antecipação oralmente, que por sua vez, será tomada a termo.

Embora alguns doutrinadores não entendam desta forma, a Antecipação de Tutela poderá ser requerida em qualquer fase processual, seja em primeira, ou, segunda instância, estando presentes os requisitos previstos no art. 273, inc. I, do CPC.

Calmon de Passos (1998) sustenta não ser admissível a Antecipação de Tutela antes de esgotar-se a instrução processual.

Fidélis (1999) afirma que, somente é possível no juízo de primeiro grau a outorga da medida.

Por outro lado, Carreira Alvim (2002) entende ser possível o requerimento da medida antecipatória a qualquer momento, porém, sempre antes da sentença de mérito.

Como salientado anteriormente, prefere-se posicionar no sentido de que, existindo prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, que surgiram durante a tramitação do processo, tal qual, em segundo grau, não há obstáculo algum que impeça a parte de requerer a medida antecipatória, bem como, o juiz de antecipar os efeitos da tutela pretendida.

Afirmar supressão do primeiro grau de jurisdição tratar-se-ia de um equívoco, haja vista que os requisitos autorizadores da Antecipação de Tutela poderão configurar somente no segundo grau, dando ensejo à medida antecipatória.

Se desse modo não fosse, os resultados pretendidos pelo legislador com a inserção da Antecipação de Tutela em nosso ordenamento, deixariam de existir.

A 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região proferiu acórdão concedendo a Antecipação de Tutela (in: <<http://www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>):

:

Agravo Interno. Antecipação de Tutela em 2ª Instância. Possibilidade. Competência.

- A decisão do Relator que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional, após publicação de acórdão e interposição de recurso especial, não excede os limites de sua competência, pois o Regimento Interno desta Egrégia Corte atribui ao Relator o poder de determinar, em caso de urgência, as medidas

necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano e incerta reparação (art. 43, V e VI).

- A simples interposição de recurso especial não tem o condão de instantaneamente, encerrar a competência do segundo grau de jurisdição, pois mister para a instauração da competência da Corte Especial que se ultime o juízo positivo de admissibilidade daquele recurso nesta instância.

- Não existe qualquer contra indicação ao adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional nos casos em que já seja possível requerer a execução provisória do julgado, vez que o legislador colocou a disposição ambos os institutos, cabendo, exclusivamente ao mesmo escolher aquele que mais lhe convier, não sendo facultado ao intérprete restringir onde o legislador não o fez.

- Agravo interno improvido, determinando-se o imediato cumprimento da decisão agravada, pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Desta feita, se o pedido de Antecipação de Tutela for formulado *após ter sido sentenciado o feito*, ou seja, após ser julgado o mérito da causa, ou, *se pendente recurso*, ao caberá ao Tribunal competente para o julgamento, deferi-la, de acordo com o que dispuser o respectivo regimento interno, com a condição de satisfeitos os requisitos autorizadores da medida.

São vários os casos de pedido de Antecipação de Tutela nos Tribunais. A seguir, aprofunda-se, especificamente, em cada um deles.

Não há dúvidas de que é perfeitamente cabível requerimento de *Antecipação de Tutela nos processos de competência originária dos Tribunais*.

Neste caso, os Tribunais deverão proferir a medida antecipatória *originariamente*, naqueles processos que forem de sua competência inicial, tais como, ações rescisórias e mandados de segurança, sendo nestes, possível a concessão de liminar, como prevê o procedimento especial e naqueles processos em fase recursal.

É merecedora de análise mais profunda, a *Antecipação de Tutela nos processos em fase recursal*.

Concluído o processo em 1ª instância, é provável o surgimento dos requisitos do art. 273, do CPC, na fase recursal.

Se a decisão recorrida julgar procedente a causa e o recurso pendente no Tribunal tiver sido recebido somente em seu efeito devolutivo, a parte poderá requerer que seja expedida

carta de sentença para que se promova a execução provisória, não sendo necessário, o pedido de Antecipação de Tutela, em razão de estar o mesmo autorizado, pelo fato de não haver suspensão do recurso.

Portanto, se a decisão recorrida julgar improcedente a causa e o recurso tiver sido recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, a parte terá que requerer a Antecipação demonstrando os pressupostos contidos no art. 273, do CPC.

Isto posto, o simples fato de já ter sido proferida sentença de 1º grau, não é obstáculo para a parte requerer Antecipação de Tutela em fase recursal, conforme ponderam alguns doutrinadores.

As situações da vida são imprevisíveis e a qualquer momento há possibilidade de restar evidenciado, o perigo de dano irreparável àquele direito pelo qual busca o autor. E, sendo este perigo de dano julgado verossímil, a medida não poderá ser negada, pois, isto resultaria em sacrifício à efetividade da jurisdição, principal garantia objetivada pelo instituto da Antecipação de Tutela.

Ainda, nas hipóteses de *recursos das decisões de primeiro grau*, que concederam ou indeferiram a Antecipação de Tutela, poderá o Tribunal ser provocado para examinar com cuidado estas decisões.

Neste caso, já tendo sido a matéria analisada através de uma decisão interlocutória, a parte poderá se valer do agravo de instrumento, dirigido ao relator do Tribunal, para que o mesmo possa apreciar a Antecipação de Tutela nos casos em que há risco de lesão grave ou de difícil reparação, e se relevante a fundamentação, deferi-la, ou, suspender o cumprimento da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Turma ou Câmara, de acordo com a interpretação que se tem do art. 558 do CPC, onde são conferidos ao relator estes poderes.

Nos dois casos, há antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Importante neste ponto destacar que, a Lei n.º 10352/01, inovou ao art. 527, do CPC, no que diz respeito à possibilidade de Antecipação de Tutela recursal.

O novo inc. III, do art. 527, do CPC, deixou explícita a possibilidade de concessão da Antecipação de Tutela na esfera recursal.

Deste modo, se houver, por exemplo, interposição de agravo de instrumento contra decisão de tutela antecipada indeferida na primeira instância, o relator poderá, desde que, admitido o recurso, atribuir efeito suspensivo ao mesmo (art. 558, do CPC), ou deferir, em Antecipação de Tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão. Isto é o que se chama de efeito ativo, através do qual, o relator no Tribunal pode conceder liminar negada pelo juiz *a quo*, em havendo dano irreparável ou de difícil reparação e probabilidade que conduza à verossimilhança do alegado.

Com o atual sistema, alcançado pelas leis que modificaram o Código de Processo Civil brasileiro, quais sejam, Lei n.º 9139/95 e 8952/94, que dispunham, respectivamente, sobre o Agravo e a Antecipação de Tutela, passou a existir um mecanismo recursal que oferece o imediato exame das decisões frente aos casos que demonstram urgência, o que antes da primeira reforma era item que se mostrava com muitas dificuldades. Na ausência deste mecanismo, utilizava-se o mandado de segurança para concessão da medida antecipatória.

Em razão desta reforma, diminuíram consideravelmente os transtornos ocasionados pelo antigo sistema.

No entanto, algumas situações de risco de lesão a direito ainda prevalecem, mostrando-se os instrumentos ordinários, como ineptos para solucioná-las.

Desta forma, os Tribunais deverão se pronunciar sobre *Antecipação de Tutela mediante ação direta* nas situações em que, não é direto o acesso à instância superior através das vias ordinárias oferecidas pelo sistema. Isto será possível e foi consagrado para os casos em que a situação é irreversível, e, aguardando-se pelo pronunciamento futuro do Tribunal, o direito ao recurso restará inútil.

2.5 Oportunidade em que pode ser concedida

Primeiramente, mister falar que, este tópico do trabalho é de suma importância, pois, nele serão discutidas e solucionadas, questões controvertidas e polêmicas, sejam na doutrina, como na jurisprudência, tais como, deferimento da Antecipação de Tutela de ofício pelo juiz,

inaudita altera pars e a possibilidade de concessão da medida antecipatória, na própria sentença de mérito.

O “caput” do art. 273, do CPC, prevê que o juiz poderá a requerimento da parte antecipar, total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida com o pedido formulado na inicial.

Desta feita, a princípio, o deferimento da medida antecipatória está sujeito a pedido do autor.

Da interpretação alusiva ao artigo supracitado, nasce um ponto de discussão a ser apontado e debatido no presente trabalho.

A doutrina praticamente unânime entende que, não é, pois, possível a Antecipação de Tutela ser concedida de ofício pelo juiz, uma vez sujeita aos princípios tradicionais, como o do dispositivo, da iniciativa da parte e o da adstrição do juiz ao pedido, previstos nos arts. 2º e 28, do CPC.

Igualmente, confirma este entendimento a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Tutela Antecipatória – Concessão de ofício, pelo Magistrado – Inadmissibilidade – Necessidade de pedido expresso da parte autora – Observância do princípio da adstrição do Juiz ao pedido – Inteligência dos arts. 2º, 128 e 273 do CPC (TRF 1ª Região, 1ª Turma, AI nº 1997.01.00.018994-8-DF – rel. Juiz convocado Velasco Nascimento – julgado em 18.08.98 – *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, n. 760, p. 425, fev. 1999.

Ementa Oficial: A antecipação de tutela nos termos do caput do art. 273 do CPC, exige pedido expresso da parte autora. Sua concessão de ofício traz ofensa expressa a essa regra processual, além de hospitalizar o princípio da adstrição do juiz ao pedido, conforme disposto nos arts. 2º e 128 do diploma Processual.

Quem segue este raciocínio, afirma que, “qualquer medida acautelatória concedida de ofício, na preservação da jurisdição, certamente não será Antecipação de Tutela” (FERES, 1999, p. 33).

Tem prevalecido no ordenamento brasileiro o entendimento que, se o magistrado antecipar os efeitos da tutela por sua livre iniciativa, estará violando o princípio da imparcialidade, pelo qual é investido.

Ainda, há lições no sentido que, é a parte autora que entende ser necessário ou não o requerimento da presente medida, sabendo de sua oportunidade e conveniência. Portanto, a parte é que deve escolher se pretende ou não correr o risco de obter a medida antecipatória, uma vez que, a mesma é quem arcará com as eventuais conseqüências que poderão surgir com a execução da medida, como o que ocorre com o processo cautelar. Feres (1999), milita em favor desta tese.

De outro lado, George Marmelstein Lima, juiz federal da Seção Judiciária do Ceará, em sua brilhante matéria, publicada na Revista CEJ, defendeu pela possibilidade de concessão da Antecipação de Tutela sem que seja feito pedido exposto pela parte interessada.

Na prática, poucos magistrados têm adotado o entendimento em conceder a Antecipação de Tutela de ofício, entretanto, pelos motivos que serão expostos, demonstrar-se-ão as razões pelas quais se faz necessário a adoção deste entendimento.

Em primeiro lugar, a Antecipação de Tutela foi criada tendo como fundamento primordial a prestação de uma tutela efetiva, direito este, garantido constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXV, da CF). Este direito fundamental assegura a parte uma tutela adequada e efetiva, bem como, o direito formal de ingressar com a ação.

Assim, sob a concepção de que o vigente constitucionalismo declara aos direitos fundamentais sua aplicabilidade imediata, o juiz pode aplicar o direito de forma autônoma, e, às vezes, contra aquilo que dispõe a norma infraconstitucional.

Segundo, se a aplicação de uma norma válida, conduzir na prática, a uma grande injustiça, a mesma deve ser reprimida. Desta forma, o juiz deve fazer uma análise, de maneira a se empenhar ao máximo para que sejam efetivados os princípios garantidos constitucionalmente.

Embora o art. 273, do CPC, exija o requerimento da parte para a concessão da medida antecipatória, não se mostra incorreto e contra a lei, o juiz dependendo do caso específico que

ocorrer na prática, autorizar o cumprimento da Antecipação de Tutela, mesmo que não houver pedido expresso do requerente.

Entende-se, que se o magistrado não agir desta forma, aí sim, não estaria dando cumprimento à norma constitucional que assegura a efetividade do processo, o que seria completamente injusto e desarrazoado.

Em terceiro lugar, as verbas alimentícias derivadas de benefícios previdenciários que, por sua vez, guardam certa urgência na obtenção, tem, subentendida, a necessidade do deferimento da Antecipação de Tutela sem pedido expresso, por ser, na maioria das vezes os requerentes destes benefícios, pessoas idosas e desamparadas (que necessitam do benefício para garantir sua sobrevivência), não tendo nem se sequer, possibilidades financeiras de constituir um advogado para peticionar a presente medida.

Quarto, na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais é possível a própria parte peticionar, sem a representação de um advogado. Nesta hipótese, é prudente afirmar que a parte autora, leiga na maioria das vezes, não conhece o instituto da Antecipação de Tutela, portanto, ilógico acreditar que não possa a referida medida ser concedida sem a expressa manifestação da parte.

Como bem assevera Lima (2002), o direito processual moderno está intimamente baseado no princípio da instrumentalidade das formas, decorrente por sua vez, dos princípios do acesso à justiça e da efetividade.

Nesse aspecto, há que se declarar que, qualquer manifestação de comportamento excessivo do juiz, no tocante ao formalismo, que por ora não atenda aos reclamos da instrumentalidade, conduziria à inefetividade do processo e dificuldade de acesso à justiça.

Lima (2002) comenta ainda que, as partes muitas vezes são representadas por advogados despreparados, que não sabem da correta aplicação do direito por falta de conhecimento, ficando o direito reclamado prejudicado, vindo a aparecer muitas vezes, só no decorrer do processo.

Cabe ao magistrado, então, abrandar o princípio do instrumentalismo, para que o bem da vida objeto do litígio possa ser obtido com sucesso, independentemente dos limites do pedido formulado, não correndo o risco de vir a se perder em razão da demora.

Assim, mesmo existindo fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação, e, estar provado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, nos casos de concessão de benefícios previdenciários, percebe-se que de maneira proposital o advogado não requereu a Antecipação, deixando de lado o objeto principal pelo qual versa a lide.

Por isto, há uma certa tendência em possibilitar a concessão da Antecipação de Tutela de ofício, baseada no fundamento de que, estar-se-ia garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana, o que ao contrário, sujeitar a medida antecipatória a requerimento do advogado seria motivo de iniquidade à parte autora.

Nesse diapasão, coloca-se em tela os argumentos pelos quais se torna possível convencer-se pelo cabimento da Antecipação de Tutela de ofício, ao lado de Lima, não dependendo a mesma de pedido exposto da parte, desde que, na prática, não seja satisfatória sua exigência.

Vale transcrever o que o d. magistrado, com seu saudoso entendimento, vem a dizer sobre a conveniência da medida antecipatória de ofício, como forma de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa:

Tenho me deparado com inúmeros feitos previdenciários em que a antecipação de tutela de ofício mostra-se não apenas útil como também fundamental. São processos que tramitam em primeiro grau há cerca de cinco anos e certamente levarão outros cinco anos nas instâncias superiores. Os autores são sempre bem idosos, pedindo uma simples aposentadoria rural por idade, pensão ou amparo assistencial, cujo valor corresponde a tão-somente um salário-mínimo. A eficácia do provimento final estaria seriamente comprometida caso seus efeitos não fossem antecipados imediatamente, pois, não obtendo desde logo a tão sonhada aposentadoria, certamente a parte autora já haverá falecido quando a sentença transitar em julgado, o que, infelizmente, ocorre com certa frequência. Por isso, sempre venho antecipando a tutela quando a verossimilhança é manifesta, demonstrada com farta prova documental e testemunhal do tempo de serviço rural necessário à obtenção do benefício (LIMA, 2002, p. 92).

O argumento de que, conforme dispõe os princípios consagradores da inércia do juiz, deve o mesmo atuar somente mediante provocação da parte, ou seja, mantendo um comportamento inativo, não deverá prevalecer, pois, o magistrado que não se comprometer com a incumbência de realizar o que for justo, passivo no que se refere à complexidade

procedimental, contribuirá para a inefetividade processual, que por ora, já se faz presente neste sistema deficiente.

O juiz ativo trabalha para que seja concretizado um direito fundamental.

Ainda, como bem certifica o d. juiz:

Estamos vivendo a terceira geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais. Por esse motivo, o direito (fundamental) de ação perde aquele caráter negativista de alhures ou algures, onde seria apenas um comando proibitivo ao Legislativo (*a lei não excluirá*), para alcançar uma acepção positiva (afirmativa), abraçada ao princípio da igualdade e da solidariedade, e que gera ao Estado, em sentido amplo – aqui incluído o juiz -, o dever irrecusável (de cunho positivo) de prestar adequada e satisfatoriamente a tutela jurisdicional, mesmo que, para isso, tenha de agir ao léu das veleidades legais (LIMA, 2002, p. 92).

Do mesmo modo, nos casos de recebimento de verbas com caráter alimentar, como nos benefícios assistenciais ou previdenciários, não deverá prevalecer o argumento, como fundamento para a concessão da Antecipação de Tutela de ofício, de que é a parte autora que entende ser necessário ou não o seu requerimento, arcando a mesma, com as eventuais conseqüências que poderão surgir com a execução da medida antecipatória, conforme ocorre no processo cautelar, pois, neste, também é possível ser outorgada liminarmente a medida, sem requerimento expresso da parte.

Por conseguinte, é mais um motivo para que a Antecipação de Tutela seja concedida de ofício, vez que, nas medidas cautelares isto é possível.

Vale dizer que, as referidas verbas não podem ser objeto de repetição, exceto nos casos em que agir o requerente de má-fé.

Então, recebendo o beneficiário da Antecipação de Tutela os valores de boa-fé, não poderá ser condenado a devolvê-la, de modo a tolerar os danos que sobrevierem da execução da citada medida, se futuramente a mesma for revogada.

Agora, passa-se a alegar em favor da tese até então demonstrada, o próprio Código de Processo Civil, que prevê em seu art. 461:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Portanto, o juiz pode conceder a tutela específica da obrigação liminarmente, caso entenda que o fundamento jurídico da demanda é importante, e, ficar comprovado o fundado receio da ineficácia do provimento final.

Assim, deverá o magistrado tomar todas as providências que surgirem necessárias para a realização desta decisão.

Novamente, o § 5º, do citado art. 461, do CPC, vem a confirmar que, não há qualquer exigência de pedido exposto da parte para concessão da Antecipação de Tutela:

Art. 461, § 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (grifou)

Retroagindo um pouco, quando foi citado como exemplo, a concessão de benefícios previdenciários, torna-se perfeitamente aplicável ao caso, o art. 461 e seu §5º, do CPC, uma vez que, a implantação do benefício trata-se de obrigação de fazer, sendo com isso, possível que seja outorgada a medida antecipatória de ofício.

E mais, não há como repudiar a permissão da Antecipação da Tutela de ofício, porque a nova Lei n.º 10444/02, alterou a redação do §3º, do art. 273, do CPC, ao estabelecer que, a efetivação da Antecipação de Tutela observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, todos do CPC, confirmando o argumento acima apresentado.

Por fim, o §7º também inserido no art. 273, do CPC, por força da Lei n.º 10444/02, criou o princípio da fungibilidade tutelar.

Por ele, se o autor, a título de Antecipação de Tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Logo, não seria razoável, o magistrado conceder incidentalmente, ou seja, no curso do processo, e ainda, no próprio processo principal, medida cautelar sem requerimento expresso da parte e não pudesse outorgar a Antecipação de Tutela, sendo que as duas medidas tutelam situações de urgência.

É perfeitamente sabido que, esta tese da concessão da Antecipação de ofício é abominável pela maioria dos doutrinadores e Tribunais, entretanto, pleitea-se pela sua admissibilidade, pois, ela opera na concretização dos direitos e efetividade da tutela, e, isto é o que deverá prevalecer.

O requerimento da Antecipação, como já dito, poderá ser feito na petição inicial, após a contestação, na fase instrutória, na fase em que será a sentença de mérito prolatada, ou ainda, depois dela, se interposto recurso, não há obstáculo para que se requeira em 2ª instância.

Não existe um momento preclusivo para se requerer e deferir a Antecipação de Tutela. Deste modo, as mesmas regras são válidas para a concessão da medida pelo juiz.

Surgindo os pressupostos caracterizadores da medida antecipatória (art. 273, inc. I e II, do CPC), ela deverá ser concedida, seja no despacho inicial, seja em outra fase processual, pois, não foi pelo legislador, determinado o exato momento para o seu deferimento.

Todavia, Feres (1999) admite que é possível perceber da análise dos incs. I e II, do art. 273, do CPC, qual o momento oportuno para o magistrado apreciar e deferir o pedido de Antecipação de Tutela.

No que tange à hipótese do art. 273, inc. I, do CPC, ou seja, havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, concluído na inicial, o juiz poderá conceder a Antecipação antes da contestação.

Já no caso do art. 273, inc. II, do CPC, o abuso do direito de defesa, ou o manifesto propósito protelatório por parte do réu, só poderão surgir, depois da manifestação do autor. Então, só será possível o autor pleitear a Antecipação de Tutela, e, a mesma ser concedida pelo magistrado após a contestação.

Portanto, a questão a que se propõe, questão por sinal muito debatida, e, que merece ser analisada, está no caso de formulado o pedido pela parte, o juiz vem a conceder a providência *inaudita altera pars*.

Zavascki (1999) entende que, o juiz deve receber a manifestação do requerido, antes de deferir ou não pelo benefício. Para ele, nenhum julgador pode deixar de lado o princípio constitucional do contraditório, que é por sua vez, essencial ao desenvolvimento do processo, não devendo desta forma, ser concedida a Antecipação *inaudita altera pars*.

O doutrinador deixa claro que, “a providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário” (ZAVASCKI, 1999, p. 105).

Todavia, salienta ainda que, é possível isentar a oitiva da parte “ex-adversa”, para que seja garantida a efetividade da jurisdição, nos casos, por exemplo, em que o tempo que seja necessário para interpelação do requerido, venha a sacrificar o direito afirmado na medida ora pleiteada.

Calmon de Passos (1998) e Bermudes (1996) preconizam também pela impossibilidade de deferimento da medida no processo de conhecimento, sem a oitiva da parte contrária, ou melhor, antes de citado o réu, e, este oferecido sua defesa, uma vez que, existem providências preliminares a serem satisfeitas, e antes delas serem realizadas, é inadmissível a concessão da medida.

Lopes (1996) admite a concessão da Antecipação *inaudita altera pars* em casos excepcionais, devendo, em regra, o magistrado ouvir o réu.

Explica ainda que, deverá ser aplicada à presente medida, a regra disposta no art. 804, do CPC, que estabelece:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que, poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Friede (1995), milita em favor de ser concedida a medida antecipatória *inaudita altera pars*, somente no caso do art. 461, do CPC, em razão do ordenamento processual brasileiro agasalhar a regra do devido processo legal.

Neste sentido, somente se for relevante o fundamento da demanda e houver justificado receio de ineficácia da tutela final, é que poderá o magistrado conceder a Antecipação de Tutela sem a ouvida da parte adversa.

Este é o entendimento de parte da doutrina, e, inclusive, neste sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso apud Friede (2002, p. 56):

Inadmissível a concessão de antecipação de tutela pelo Juiz antes da citação do demandado para o oferecimento de sua defesa, a fim de verificar a existência de prova inequívoca e convencimento de verossimilhança da alegação (Ac. un. da 2ª Câm. do TJMT de 13.05.1997, no Ag. 7.198, rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento).

Outra parte da doutrina persiste em confirmar a possibilidade de ser concedida a medida antecipatória, sem a ouvida do requerido:

A inovação mais importante instituída pela Lei n.º 8952, de 1994, foi, sem dúvida, a que autoriza o juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do art. 273 arrola (THEODORO JR., 1996, p. 11).

A Antecipação de Tutela, outrossim, para Cavalcante (1995 apud Friede 2002), deve ser permitida no início da lide, antes da oitiva do réu, em situações que houver a possibilidade de dano grave, ou de difícil reparação, suficientes para tornar o provimento final ineficaz, entretanto, logo em seguida, deverá o magistrado proceder à ouvida do réu.

Ao lado destes doutrinadores é possível firmar-se o entendimento.

O art. 273, do CPC, não vedou a possibilidade de ser outorgada a Antecipação de Tutela *inaudita altera pars*, uma vez que, as situações de perigo, que possam afetar o direito do autor, são incontornáveis.

Como bem afirmado [...] “o princípio da inafastabilidade garante o direito à adequada tutela jurisdicional, e, portanto, o direito à tutela urgente. A necessidade da ouvida do réu poderá comprometer, em alguns casos, a efetividade da tutela urgente” (MARINONI, 2000, p. 140).

Entende-se ser perfeitamente possível a concessão da Antecipação de Tutela liminarmente, sem ouvir a parte contrária, desde que, a demora proveniente da audiência do réu colocar em risco o direito pleiteado pela parte autora, vez que, se não concedida no início da lide, estará revelado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Portanto, quando o caso em concreto a exigir, a medida antecipatória deverá ser concedida *inaudita altera pars*.

Não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório, pois, quando outro valor jurídico, no caso, a efetividade da tutela urgente (da mesma altura constitucional), estiver se chocando, apenas um deverá prevalecer.

Logo, deverá ser liberada a oitiva do requerente para que a efetividade da jurisdição prevaleça.

O contraditório é postergado para admitir a efetividade da tutela dos direitos. Há tão somente um adiamento do contraditório, mas não a sua violação.

No mesmo sentido Nery Jr. (2002, p. 614) entende:

Liminar sem a ouvida do réu. Quando a citação puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas sim *limitação imanente* do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento (*grifou*).

Esta questão também já foi arrostada pelo Tribunal de Justiça do Paraná (1996 apud Marinoni, 2000, p.141), no qual decidiu em prol da possibilidade da Antecipação de Tutela *inaudita altera pars*.

Veja então, o teor do acórdão:

Tutela antecipada – Provimento ante à presença dos requisitos exigidos no artigo 273 do Código de Processo Civil – Concessão liminar sem a oitiva da parte contrária – Possibilidade – Faculdade reservada ao julgador – Possibilidade, na espécie, frente ao iminente risco de frustração do objetivo visado na medida –Inexistência de afronta ao princípio do contraditório (TJPR, 1ª Câmara Cível, AI n. 49.155-8, Rel. Des. Ulysses Lopes, julgado em 06.08.1996).

Por fim, questão necessária a ser discutida, refere-se à possibilidade da Antecipação de Tutela ser concedida na sentença.

Conforme a redação do art. 273, do CPC, não ficou estabelecido momento preclusivo para a concessão da medida antecipatória, logo, não há nenhuma limitação para o seu deferimento na sentença.

O receio em que se funda a impossibilidade de sua concessão, é baseado no fato de se saber, qual será o recurso cabível contra a sentença, uma vez que, contra a Antecipação de Tutela (proferida mediante decisão interlocutória) cabe agravo de instrumento, e, contra a sentença é cabível apelação. No caso, a medida antecipatória concedida na sentença ocasionaria dificuldade de ordem procedimental.

Assim, Marinoni (2000) conclui, declarando com firmeza que, não vê a possibilidade de ser a medida antecipatória deferida na própria sentença, pois, sendo o recurso cabível a apelação, será recebida em seu efeito suspensivo, que é incompatível com o caráter urgente de que se reveste a Antecipação de Tutela, e, estará afastando do requerido o direito ao recurso adequado, qual seja, o agravo de instrumento.

Seguindo, ainda, os ensinamentos do mencionado processualista:

Admitir a antecipação de tutela na sentença seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais, e retirar do ré – em caso de antecipação na sentença – o direito ao recurso adequado. A antecipação, portanto, deve ser concedida, quando for o caso, através de decisão interlocutória, antes da sentença. No mesmo instrumento em que é proferida a sentença, o juiz poderá, antes da sentença, e através de decisão interlocutória, conceder a tutela antecipatória (MARINONI, 2000, p. 142-143).

Nesse sentido, também, Lima (2002) firmou seu entendimento.

Declara, que a concessão da Antecipação de Tutela na sentença não é medida errada. O mais apropriado é que o juiz antes de conceder a sentença, entretanto, no mesmo instrumento em que ela é proferida, através de decisão interlocutória, outorgasse a Antecipação de Tutela, já que não existe no ordenamento processual vigente, recurso cabível contra decisão interlocutória proferida na sentença.

Por conseguinte, certifica Lopes (2001), um dos autores adepto ao entendimento do doutrinador suso mencionado, que a decisão interlocutória pela qual será concedida a Antecipação de Tutela, deve ser pronunciada em apartado, como forma de obstar problemas no procedimento.

Todavia, tem sido muito utilizado na práxis forense, o deferimento pelos magistrados da Antecipação de Tutela, na própria peça em que foi elaborada a sentença. A solução na prática, no que diz respeito ao recurso que deverá ser interposto, é de que, caberá apelação contra a sentença, recebida apenas em seu efeito devolutivo.

Nesse diapasão, o art. 520, inc. VII, do CPC, dispõe, que a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, mas, deverá ser recebida apenas, em seu efeito devolutivo, quando for interposta contra sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

Assim, contra as sentenças que concedem benefícios previdenciários, é possível apelação interposta pelo INSS, apenas no efeito devolutivo, com fundamento no art. 520, inc. VII, do CPC, uma vez que, está em risco o direito à vida, subentendido pelo caráter alimentar de que se revestem os benefícios, ligados à ausência de outra fonte de renda própria do requerente.

Ante tudo o que foi exposto, sendo ou não concedida a Antecipação de Tutela, conforme o caso concreto, o processo continuará tramitando até seu final julgamento (art. 273, § 5º, do CPC).

2.6 Legitimidade

Diante do art. 273, do CPC, *o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial [...]*.

Portanto, o instituto foi inserido no ordenamento brasileiro para resguardar os direitos do autor que, porventura, encontrar-se em situação de dano irreparável ou de difícil reparação, de modo a comprometer a futura prestação da tutela.

Não há motivos a impedir o requerimento da medida antecipatória pelo réu reconvincente em relação ao autor, já que, a reconvenção é uma ação proposta pelo réu em face do autor, no processo em que fora instaurado pelo mesmo.

Também, pelo terceiro interveniente, pelo substituto processual, o assistente simples do autor (caso não se manifeste o assistido contra isto), o assistente litisconsorcial (independente da vontade do assistido), o denunciante em desfavor do denunciado, o oponente em relação aos opostos, e, enfim, todos aqueles que intervêm no processo, desde que, legalmente.

Ainda, é possível ao réu requerer a medida nos casos de ações dúplices, que são aquelas onde, é possível ao réu formular pedido oposto ao do autor. Na hipótese, o requerido peticiona a Antecipação de Tutela na própria contestação.

Deve ser colocada em pauta a questão da possibilidade do réu requerer a Antecipação de Tutela, quando apresenta a contestação, mas, não formula pedido.

Logo, por ser antecipado os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, de acordo com o art. 273, do CPC, não há de ser cogitada a hipótese de seu requerimento na contestação.

Vale dizer que, exceto nas ações dúplices, ao réu não caberá formular pedido.

Prescreve Nery Jr. (2002) pela possibilidade do pedido de Antecipação de Tutela ser formulado pelo Promotor de Justiça, nos processos em que agir como fiscal da lei.

2.7 Antecipação total ou parcial: princípio da menor restrição possível

O legislador deixou claro no art. 273, do CPC, que o juiz poderá, total, ou parcialmente, conceder a Antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor. A tutela pretendida com o pedido inicial é que poderá ser antecipada no todo, ou, em parte.

Ao deferir o pedido, o magistrado não poderá ultrapassar a pretensão concluída pela parte autora. É vedado proferir decisão *ultra* ou *extra petita*, nem sequer, conceder pedido de natureza diversa.

Lógico, por conseguinte, é o autor pleitear Antecipação total da Tutela, e o juiz concedê-la parcialmente.

O pedido deverá ser julgado tendo como base a causa de pedir.

Cabe ressaltar que, “deferir parcialmente não é deferir menos do que o pedido, e sim deferir só um ou alguns dos pedidos formulados, quando houver cumulação de pedidos” (PASSOS, 1998, p. 22).

O juiz, não poderá conforme seu livre entendimento fixar os limites da Antecipação de Tutela. A dimensão da medida antecipatória deverá ser determinada pelo juiz com base no princípio da menor restrição possível.

Este princípio resulta em demarcar o direito à segurança jurídica, e, através dele, a Antecipação de Tutela apenas será legal no exato limite a assegurar outro direito fundamental, que na hipótese sobressair.

Assim, se houver pedidos cumulados, no qual apenas um deles corre risco de se perder, é somente contra este que a Antecipação de Tutela será válida.

Também, se a antecipação de alguns efeitos conseguir suprimir o perigo de dano, a mesma medida fica prejudicada quanto aos demais efeitos.

O magistrado deverá, na decisão que antecipar os efeitos da tutela, indicar as razões do seu convencimento, de modo translúcido e certo, da maneira como se denota no art. 273, § 1º, do CPC.

Isto é assim, pois, todas as decisões judiciais proferidas devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF), sob pena de nulidade e, além disso, porque ocorrendo a limitação de um direito fundamental, previsto constitucionalmente, o juiz tem que demonstrar quais os motivos que provam tal limitação.

Não sendo modificada ou revogada a presente medida, valerá como definitiva, mesmo tendo seu caráter provisório.

2.8 Requisitos genéricos

A Antecipação de Tutela exige a observância de três requisitos principais:

- a) prova inequívoca (caput);
- b) alegação verossímil (caput);
- c) motivação da decisão (§ 1º), que seguem.

2.8.1 Prova inequívoca

A Antecipação de Tutela não poderá ser concedida, se fundada em simples suspeitas ou alegações.

Deverá sempre estar apoiada em prova que preexiste, que pode ser, documental, testemunhal ou pericial, ou ainda, laudos ou pareceres, que possam em razão da urgência, substituir a prova pericial. Portanto, esta prova necessita ser clara, portando um grau de convencimento que não conduza a qualquer dúvida.

A denominada *prova inequívoca* é a prova robusta, segura; é aquela capaz de no exato momento processual, autorizar uma sentença de mérito que favoreça a parte que requereu a medida antecipatória, caso fosse a lide julgada desde logo. Ainda, é aquela capaz de convencer o juiz sobre a verossimilhança do que for alegado, como fundamento do pedido.

Assim, a prova inequívoca está ligada à causa de pedir, servindo como reforço ao pedido que se pretende antecipar.

Não é necessário que, a prova inequívoca transfira a certeza para o convencimento do magistrado, basta a verossimilhança.

Fidélis (1999, p. 38) entende que, “prova inequívoca não é prova pré-constituída, mas a que permite, por si só ou em conexão necessária com outras já existentes, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, como por verdadeiro”.

No mesmo sentido:

Prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado. Ela é convincente, inequívoca, isto é, prova que não permite equívoco, engano, quando a fundamentação que nela assenta-se é dessa natureza (PASSOS, 1998, p. 28).

Como dito alhures, a presente medida poderá ser concedida a qualquer momento, inclusive, liminarmente, *inaudita altera pars*. Ocorre que, se não estiver configurada a prova inequívoca, não será possível a outorga da Antecipação de Tutela, sobretudo nos casos em que o convencimento do juiz estiver ligado à colheita de outras provas, para ao final da análise de todas elas, tirar a conclusão.

Nesta linha de raciocínio os Tribunais julgaram (apud FRIEDE, 2003):

Só a existência de prova inequívoca, que convença verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento (...) (Ac. un. da 6ª Câm. do TJ/RS, de 25/06/96, no Ag. 596.085.753, rel. Des. Osvaldo Stefanello; RSTJRS 179/25).

A antecipação de tutela pressupõe uma pretensão garantida por prova inequívoca, suficiente a demonstrar a verossimilhança da alegação, art. 273 – CPC (...) (Ac. un. da 3ª T. do TRF da 1ª R., de 17/12/96, no Ag. 96.01.06769-8/DF, rel. Juiz Olindo Menezes; DJ de 07/03/97; Adcoas de 10/06/97, n. 8.154.270; JSTJ/TRFs 96/374).

Portanto, o pressuposto genérico (prova inequívoca), não poderá faltar jamais em qualquer modalidade de Antecipação de Tutela, devendo, necessariamente, estar sempre ao lado daqueles denominados específicos, os quais serão estudados logo à frente.

2.8.2 Verossimilhança da alegação

Na Antecipação de Tutela deve haver *verossimilhança da alegação*, que diz respeito ao juízo de convencimento a ser formado em volta dos fatos alegados pelo autor, que pleiteia a medida antecipatória, sobre a existência de seu direito subjetivo material, a abusividade nos

atos de defesa e de lentidão exercidos pelo réu, bem como, o perigo de lesão e irreparabilidade ao direito.

A verossimilhança da alegação é investigada no juízo de *probabilidade*, que será realizado pelo julgador no que se refere aos fatos que provam o direito suplicado.

A situação de fato impregnada de verossimilhança revela o “*fumus boni iuris*”. A título de ilustração, em se tratando de benefícios previdenciários, a fumaça do bom direito deverá ser exibida por meio da legislação aplicável ao caso (Leis n.º 8212/91, 8213/91 e Decreto n.º 3048/99), cabendo ao interessado demonstrar o atendimento aos pressupostos autorizadores do benefício pretendido.

Logo, exige-se que os motivos que ensejaram o requerimento da medida sejam importantes e sustentados em prova idônea.

Com maior propriedade, verossimilhança é “o juízo de convencimento da definição jurídica pleiteada, apenas que não definitivo. Por isso não se diz apenas verdadeiro (*vero*), mas verossímil” (FIDÉLIS, 1999, p. 39).

A verossimilhança da alegação é, portanto, outro pressuposto que não poderá se ausentar em qualquer espécie de Antecipação de Tutela.

2.8.3 Motivação da decisão

O presente requisito já foi algures brevemente comentado. Entretanto, importa agora, explicitá-lo com maior ênfase.

O § 1º, do art. 273, do CPC, estatui que “*na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento*”.

Portanto, o teor deste dispositivo não deixa existir qualquer interpretação duvidosa sobre a natureza da decisão, nem sequer, se exime em demonstrar que é indispensável à correta motivação.

Apesar dos art. 93, inc. IX, da CF e 165, do CPC disporem sobre a necessidade de todas as decisões serem fundamentadas, o legislador processual, verificando a importância da

Antecipação de Tutela, preferiu salientar novamente sobre a indispensabilidade da motivação, vez que, a mesma importa em transparência da decisão e garantia do jurisdicionado.

Esta motivação tão necessária é a exposição clara e precisa, das causas de fato e de direito que, conduzem o magistrado a deferir ou indeferir o pedido da medida antecipatória. Mesmo que em cognição sumária, o juiz deve avaliar os fatos apresentados na petição inicial, bem como, as provas.

Conforme *parte final* do art. 165, do CPC, a motivação pode ser concisa, por se tratar de decisão interlocutória.

A decisão que não for motivada implicará em sua conseqüente nulidade, por ofender as regras dispostas nos arts. 93, inc. IX, da CF e 165, do CPC.

Resta saber se, a decisão que avalia o requerimento de Antecipação de Tutela é revestida de discricionariedade, ou seja, se fica ao livre arbítrio do magistrado, conceder ou não a medida, caso entenda que a mesma é desnecessária.

A redação do art. 273, do CPC (“o juiz poderá...”), conduz a compreender pela faculdade que tem o julgador na concessão da Antecipação dos efeitos da tutela pretendida. Todavia, esta interpretação não almeja os objetivos da medida antecipatória, nem a tão perseguida efetividade da jurisdição.

Em regra, esta atividade não é discricionária, mas sim, poder-dever do magistrado.

É importante ressaltar que, em alguns casos, exceto na função decisória, é possível confirmar alguns traços de discricionariedade.

Em se tratando de decisão interlocutória, o juiz está adstrito às regras de constitucionalidade e legalidade, não podendo a ele ser facultado decidir pela oportunidade ou conveniência.

Desta feita, no art. 273, do CPC, o legislador utilizou-se de termos indeterminados, tais como, “prova inequívoca”, “verossimilhança da alegação”, “fundado receio”, etc., e, não de expressões rígidas. Neste caso, cabe ao juiz adequar os referidos termos às circunstâncias do caso concreto.

O emprego de expressões indeterminadas não revela a possibilidade de discricionariedade.

Como bem assevera Lopes, “a circunstância de o juiz necessitar interpretar a norma e avaliar a prova, não significa que ele possa guiar-se por suas impressões pessoais, conquanto não se possa excluir, também, certa carga de subjetividade” (2001, p.69).

Ao interpretar a norma processual o magistrado deverá utilizar-se de métodos científicos, como o sistemático e o teleológico. E, na análise das provas terá que se valer do princípio da persuasão racional.

O magistrado é livre para decidir. Por conseguinte, a motivação de sua decisão deve ser norteada pelos fundamentos de fato e de direito.

Disto se conclui que, a Antecipação de Tutela não poderá ser deferida ou indeferida por motivos de conveniência ou oportunidade. Na presença dos pressupostos exigidos pelo art. 273, não há que se suscitar discricionariedade, cabendo apenas ao julgador outorgá-la.

Ressalta-se que, estes três pressupostos apresentados, quais sejam, prova inequívoca, verossimilhança da alegação, e motivação da decisão, deverão estar presentes em qualquer modalidade de Antecipação de Tutela, conjuntamente com os denominados específicos, sob pena de não ser deferida a medida antecipatória.

2.9 Requisitos específicos

Na concessão da Antecipação de Tutela, a lei exige um de dois pressupostos alternativos:

- a) a existência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inc. I);
- b) a existência do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inc. II), conforme seguem.

2.9.1 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

O *receio de dano irreparável ou de difícil reparação* que espera a Antecipação de Tutela é aquele concreto (e não o casual ou imaginado), atual (isto é, o que ameaça acontecer imediatamente no trâmite dos autos), e grave (aquele potencialmente capaz de conduzir à morte ou lesionar o direito pleiteado pelo autor).

Não deverá ser concedida a Antecipação se o risco for grave, mas, não atual.

Nisto consiste dizer que, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação está evidenciado no “*periculum in mora*”.

O perigo na demora também é requisito a ser atendido para outorga de medida cautelar, mas, como já demonstrado, a Antecipação de Tutela não se relaciona com medida cautelar. O “*periculum in mora*” não se revela como elemento da presente medida, simplesmente se relaciona com ela, pelo fato de que, o retardamento na entrega da tutela pode causar prejuízo de difícil reparação.

Assim, o perigo na demora se faz presente quando, há receio de ineficácia do provimento jurisdicional, caso for atendido somente ao final do processo, como nas hipóteses dos benefícios previdenciários, que na maioria das vezes, são peticionados por pessoas idosas ou inválidas, possuindo os mesmos, caráter alimentar.

Por isso, com a medida antecipatória, busca-se preservar o demandante dos males causados pelo fator tempo, pois, existem situações, que ocorrem com certa frequência, onde, se a parte interessada aguardar a tramitação normal do processo, será vítima de prejuízo material, e, às vezes, moral, insuscetível de restabelecimento.

Importante dizer, que alguns doutrinadores afirmam, entre eles, Zavascki (1999), que o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, dá ensejo à Tutela Antecipatória assecuratória, ou seja, aquela deferida como forma de evitar que, durante a tramitação dos autos, o direito pleiteado pelo autor venha a se prejudicar ou morrer.

2.9.2 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

O legislador ao inserir o inc. II, no art. 273, do CPC se valeu mais uma vez, de expressões de conteúdo indeterminado, sujeitas, por sua vez, a preenchimento que requer análise valorativa pelo julgador, frente o caso concreto.

Todavia, o magistrado deverá observar o objetivo da norma, que se revela na celeridade do processo, impondo limites àqueles atos ou fatos, que na prática, interrompem o transcurso do processo.

Sem fundado temor de ocorrer o risco de dano, mas, presente a prova inequívoca, a Antecipação de Tutela poderá ser outorgada, se ficar provado o abuso do direito de defesa ou a conduta protelatória do requerido.

Por conseguinte, estes requisitos para dar ensejo à medida antecipatória, não precisam estar ambos evidenciados, basta a presença de um deles, isoladamente, para a concessão.

Diante desses pressupostos apresentados no inc. II, do art. 273, do CPC, depara-se com espécie de Antecipação de Tutela que tem por finalidade punir o requerido por seu procedimento no processo (o qual não precisa necessariamente estar de má-fé), independentemente da urgência.

O *abuso do direito de defesa* deve ser compreendido como aquela conduta que, caracteriza a realização de atos que não se harmonizam com o direito de defesa que tem o réu, e, com a rapidez do processo, como as prescritas nos arts. 14, inc. III (pretensões destituídas de fundamento), 17 (má-fé), incs. I (defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso) e II (alteração da verdade do fato), do CPC.

Deste modo, o réu busca alegar defesa contra os fatos que foram evidenciados nos autos, ou ainda, requerer provas declaradas como incongruentes pelas circunstâncias do processo.

E mais, meios ilícitos para falsificar sua defesa, contestações genéricas protocolizadas pelo réu ou interposição de recursos contra decisões, cujas matérias encontram orientação pacífica nos Tribunais, revelam a prática de abusividade.

Em um conceito mais técnico, Machado (1999, p. 423) certifica:

Abuso do direito de defesa é o uso excessivo ou exorbitante das faculdades que compõem o direito de contestar (a mais típica manifestação do direito de defesa no processo civil), como a apresentação de várias objeções processuais, ou defesas de mérito diretas ou indiretas, sem razoável fundamento ou articulação.

Ainda, “consagra-se o abuso do direito de defesa pela prática de atos que extrapolem o direito de resposta ou produção de provas, segundo avaliação judicial” (VAZ, 1997, p. 45).

Já, o *manifesto propósito protelatório* é consequência de um comportamento do requerido, que implique em atos ou omissões extraprocessuais, como simulação de doença, ocultação de prova, não atendimento de diligência. Também aquele que, impugna resistência injustificada ao andamento dos autos demonstra manifesto propósito protelatório.

É cabível dizer que, protelatório é todo e qualquer ato que visa prorrogar, procrastinar, o andamento do processo. E esse intuito é manifesto quando, o ato considerado protelatório, for carente de um motivo razoável.

Logo, a parte que se utiliza da prática desse intuito protelatório, não obtêm do ato proveito processual lícito.

A Antecipação de Tutela somente poderá ser concedida em qualquer das hipóteses, caso o comportamento do réu resultar, de forma efetiva, em retardamento para o processo. Se for praticado um ato injusto que, por sua vez, não retarda, a medida antecipatória não poderá ser deferida.

2.10 Irreversibilidade do provimento antecipado

De acordo com o § 2º, do art. 273, do CPC, *não se concederá a Antecipação de Tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

Vale dizer, que perigo irreversível é o risco de não se poder voltar ao estado anterior, “*status quo ante*”.

Primeiramente, como bem apontado por Lopes (1996), é importante registrar uma impropriedade técnica do artigo, porque o provimento antecipado, que é por sua vez, decisão interlocutória, sempre será reversível, vez que cabe contra essa decisão, agravo de instrumento, tanto como, é provisório e revogável, pela sua natureza. Pois bem, o que existe é irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, e não, irreversibilidade do provimento antecipado.

Em razão da regra disposta no § 2º, do art. 273, do CPC, chega-se a conclusão de que, quando os efeitos da Antecipação de Tutela possibilitar a ocorrência de um prejuízo irreversível ao réu, ela não poderá ser concedida.

Entretanto, não há como aceitar a não concessão da medida antecipatória pelo fato de que, ela poderá trazer um dano irreversível ao direito do réu, pois, a medida estabelecida no art. 273, inc. I, do CPC, tem por finalidade evitar um dano irreparável ou de difícil reparação, a direito que se denota como provável.

Assim, pela interpretação ao dispositivo, um *direito provável* sempre será imolado em razão do risco de irreversibilidade a um outro direito, mas que, *improvável*.

Por conseqüência, não há qualquer razão pela inadmissibilidade de outorga da medida antecipatória com base em “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, sob o fundamento de que sua permissão acarretará um dano irreversível ao requerido.

Ainda, antes da inserção da Antecipação de Tutela no Código de Processo Civil, ela já era permitida, quando concedida como cautelar, mesmo que pudesse trazer dano irreversível ao requerido.

E mais, algumas situações de prejuízo ao demandado sempre existirão, não sendo, entretanto, possível precavê-las.

Igualmente, afirma o doutrinador paranaense com insistência:

Nos casos em que o direito do autor (que deve ser mostrado como provável, uma vez que a probabilidade do direito é requisito para a própria concessão da tutela antecipatória), está sendo ameaçado por dano irreparável ou de difícil reparação, é ilógico não se conceder a tutela antecipatória com base no argumento de que ela pode trazer um dano ao direito que é improvável (MARINONI, 2003, p. 266).

Se o magistrado encontrar como obstáculo o perigo de irreversibilidade ao direito do demandado, conseqüentemente, impedido de conceder a Antecipação de Tutela, com certeza, o direito constitucional à efetividade da tutela jurisdicional seria absurdamente negado.

Outrossim, o fato da concessão da Antecipação de Tutela, eventualmente ocasionar dano irreversível ao demandante, não é argumento que merece ser levado em consideração, pois, a presente medida é provisória, podendo a qualquer tempo ser revogada.

O d. magistrado Paulo Afonso Brum Vaz (1997, p. 46), ainda conclui:

A irreversibilidade do provimento antecipado está relacionado com a tutela que assumam laivos de definitividade, mesmo diante da sentença de improcedência do pedido. Seria o caso em que os efeitos do direito antecipado se incorporassem de tal forma ao patrimônio do beneficiado, de modo que o provimento definitivo não mais pudesse revertê-los, ou que se esgotasse o direito decorrente, em face do seu exercício. Não vislumbro, dessarte, muitas hipóteses desta ocorrência.

Disto tudo, é nítida que a restrição disposta no § 2º, do art. 273, do CPC, trata-se de uma prerrogativa servida ao requerido, em prejuízo ao requerente da Antecipação de Tutela. Ocorre que, o demandante também pode estar na iminência de sofrer prejuízo irreparável, em razão de alguma irreversibilidade, pela qual possa se deparar.

Então, resta dizer com isto que, o juiz deverá apreciar a lide diante o caso concreto, se posicionando ao lado daquele que, provavelmente for o titular do direito discutido, como forma de garantir o direito constitucional de acesso à Justiça e efetividade do processo.

O julgador deverá orientar-se, sobretudo, pelo princípio da proporcionalidade, haja vista que, existindo conflito entre dois bens jurídicos, deve o magistrado conceder a tutela para coibir que o bem jurídico maior seja sacrificado ao menor, conforme uma escala de valores.

No que tange às obrigações de fazer ou não fazer, mais propriamente na implantação de prestações previdenciárias, não há que se fazer referência à regra da irreversibilidade, uma vez que, as verbas provenientes destes benefícios são destinadas à própria sobrevivência do demandante, de nítido caráter assistencial, não podendo as ditas verbas, serem objeto de repetição (salvo nos casos de má-fé).

2.11 Antecipação de Tutela baseada no art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil

A Lei n.º 10444/02 trouxe grande inovação ao art. 273, CPC, incluindo o § 6º: “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Antes de saber o que vem a ser parte incontroversa e comentar sobre as repercussões desta novidade no campo da Antecipação de Tutela, necessário entender o que é cumulação e quais as suas espécies.

O art. 292, do CPC, permite a cumulação, de vários pedidos, num único processo, contra o mesmo réu, ainda que, entre eles não haja conexão. Esta cumulação em um mesmo processo ocorre por razões de economia processual.

A cumulação classifica-se em *objetiva* (de pedidos) ou *subjetiva* (de partes). O prenunciado no art. 292, do CPC, estabelece a cumulação de pedidos, portanto, cumulação objetiva.

A cumulação de pedidos subdivide-se em *cumulação de pedidos simples*, onde ocorre soma de pedidos, como em ação de indenização, que se pleiteia danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, como também pode ser, *cumulação de pedidos sucessiva*, na qual o acolhimento do segundo pedido resulta do acolhimento do primeiro, exemplo clássico é o da ação de investigação de paternidade cumulada com a ação de pedido de herança. A segunda ação voltada à herança só será julgada procedente se a primeira ação, de reconhecimento de paternidade, igualmente for julgada procedente.

Explanado o ponto da cumulação de pedidos, dirigi-se ao pedido incontroverso.

O pedido incontroverso sempre dependerá do exame da postura do réu no processo.

Portanto, citado, o réu poderá manifestar os seguintes comportamentos:

a) *fica inerte*, não contesta a ação, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor (revelia);

b) *contesta parcialmente*, ou seja, ao refutar os pedidos, não o faz totalmente, ou ainda, *confessa o alegado*, contudo, não reconhece juridicamente o pedido;

c) reconhece juridicamente o pedido, admitindo como verdadeiros os fatos alegados e as conseqüências jurídicas do pedido.

Disto é possível compreender que, pedido incontroverso é aquele sob o qual não há polêmica, o réu não faz nenhuma contestação, não apresenta nenhum obstáculo ao pedido do autor, todavia, poderá não ser prolatada sentença, pois, eventualmente outros pedidos poderão ser discutidos, necessitando de prazo para análise das provas. Ao final, tudo será decidido na mesma sentença.

A Antecipação de Tutela prevista no § 6º, do art. 273, do CPC, será sempre possível, quando houver o reconhecimento jurídico pelo réu de um dos pedidos cumulados, ou, quando faltar sua impugnação aos fatos alegados (ausência de contestação ou contestação parcial).

Neste sentido, colaciona-se as palavras de Willian Santos Ferreira (2002, p. 203):

[...] a verificação da existência de um pedido incontroverso é a busca pela área não litigiosa do processo e que por tal motivo admite-se a antecipação, já que não teria sentido não entregar o bem da vida para o autor apenas porque quanto ao outro pedido há pontos controvertidos, impondo dilação probatória e sentença a ser proferida no futuro.

É possível verificar que, tendo em vista a distribuição do tempo do processo de forma correta entre as partes, criou-se a medida antecipatória intitulada no § 6º, do art. 273, do CPC, independente do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Novamente, o legislador demonstrou seu interesse em estabelecer medidas, que pudessem entregar ao jurisdicionado o direito constitucional à tempestividade da tutela, com a criação do § 6º, do art. 273, do CPC.

Neste sentido, o direito que se mostrar incontroverso, não fará com que seu titular aguarde o tempo necessário (sentença) para esclarecimento daqueles controvertidos, admitindo-se a Antecipação de Tutela com relação à parte incontroversa do que foi requerido pelo autor.

É dizer, aquela parte pronta para julgamento será antecipada.

Se tal medida não fosse inserida em nosso ordenamento processual, poder-se-ia cogitar até mesmo de ofensa ao princípio do devido processo legal, conforme os ensinamentos do mestre paranaense:

Não é devido processo legal aquele que, tendo que prosseguir para elucidação de parte do litígio, não possui técnica capaz de viabilizar a imediata realização da parcela do direito que está pronta para definição. Ora, se o jurisdicionado tem direito ao processo justo, ele não pode esperar para ver definido um direito que está pronto para julgamento. Se o autor é estimulado, em nome da economia processual, a cumular pedidos, não é possível que ele seja obrigado a esperar o tempo para a elucidação de todos os pedidos para ter imediatamente tutelado aquele que está evidenciado (ou é incontroverso). (MARINONI, 2003, p. 272).

Cumprido ressaltar que, exceto o caso de pedido incontroverso não será concedida a Antecipação com fulcro no § 6º, do art. 273, CPC. Porém, será admitida a presente medida com base nos demais requisitos autorizados no citado artigo.

Questão necessária a ser discutida, está no fato de, além da existência de incontrovérsia, se faz presentes os pressupostos dos incisos I e II, do art. 273, CPC.

Ferreira (2002) certifica, que o § 6º, do art. 273, do CPC, trata-se de um desdobramento do *caput* e incisos do mesmo artigo, que exigem prova inequívoca que conduza o magistrado à verossimilhança do alegado para a concessão da Antecipação de Tutela, como também, a presença dos requisitos, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Nesse diapasão, sendo o pedido incontroverso aquele admitido pelo réu, diante à inexistência de contestação ao que foi pleiteado pelo autor, configurada está, a verossimilhança dos fatos alegados, e, em razão disto, é possível a Antecipação de Tutela.

Se o próprio réu não se manifesta contra o que foi alegado em desfavor dele pelo autor, presumida está a veracidade dos fatos apresentados na petição inicial.

Importante analisar o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu.

Quando o réu não contesta, não existe defesa, conseqüentemente, não se pode falar, que há abuso do direito de defesa.

Mas, por outro lado, o réu não defere voluntariamente o pedido do autor, valendo-se da entrega do bem da vida que tem direito o mesmo, só na sentença, haja vista que, este será o momento processual adequado para os casos em que há discussão de alguns pedidos, cumulados, com os incontroversos. Poder-se-ia dizer que, neste caso, o réu demonstra seu intuito protelatório.

Conclui-se que, para a Antecipação de Tutela relativa ao pedido incontroverso, bastarão os pressupostos do *caput* e do inc. II, do art. 273, CPC, pois, os mesmos já são ali reputados.

Todavia, se existirem os demais requisitos indicados pelo art. 273, do CPC, a medida antecipatória será ainda mais reconhecida.

Por fim, a parte final do § 6º, do art. 273, do CPC, acolhe a Antecipação de Tutela em se tratando de incontrovérsia parcial, ao prever: “[...] ou parcela deles, mostrar-se *incontroverso*”. Assim, tem-se contestação parcial do réu ao pedido formulado pelo autor.

Esta ocorrência é possível quando o réu demonstra, por exemplo, seu débito em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) e não em R\$ 100.000,00 (cem mil), conforme afirmado pelo autor.

2.12 A fungibilidade das medidas antecipatória e cautelar

Outra inovação trazida pela Lei n.º 10444/02, foi a introdução do § 7º, no art. 273, CPC. Este parágrafo estabeleceu a fungibilidade entre as cautelares e os provimentos antecipados.

A fungibilidade é uma característica do processo cautelar, e como tal, consiste na conversão, troca de uma coisa por outra, da mesma espécie, quantidade e qualidade.

Da interpretação ao § 7º, do art. 273, do CPC, conclui-se que, se o autor com pedido de Antecipação de Tutela em juízo, requerer providência de natureza cautelar, o juiz poderá,

desde que, presentes os requisitos da cautelar, deferir esta medida no curso do processo principal, ou seja, outorgar a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Com isto, verifica-se que tal inovação veio para suprimir todo aquele formalismo excessivo, existente no processo civil clássico, fundado, por sua vez, na ordinariedade, na cognição em busca da verdade e da certeza que se verifica na prática, em detrimento da urgência de determinadas situações, onde muitas vezes, o interesse que era objeto da ação entre os litigantes, acaba por se perder em razão da demora.

Portanto, não deve se admitir, jamais que, a forma sacrifique o direito do jurisdicionado.

Para a aplicação do princípio da fungibilidade, é necessária a observância de alguns requisitos, conforme seguem:

- a) articulação do pedido pelo autor;
- b) existência de um processo de conhecimento em tramitação;
- c) possibilidade de ser concedida em qualquer fase procedimental ou grau de jurisdição, enquanto não ocorrida a coisa julgada;
- d) pedido equivocado do autor (antecipação de tutela);
- e) existência dos requisitos indispensáveis a concessão da medida antecipatória;
- f) momento procedimental deve ser adequado para a concessão de tutela incidental (fungibilidade facultativa);
- g) impossibilidade jurídica de não conhecimento do pedido de tutela antecipatória por se tratar de postulação revestida de natureza cautelar.

Existem algumas discussões que giram em torno de tal inovação, principalmente, no que diz respeito à fungibilidade da cautelar para a Antecipação de Tutela.

Há doutrinadores que afirmam sua possibilidade, pois, argumentam que, não deve se fazer presente no processo civil atual, esse formalismo exorbitante, expondo o autor a graves riscos.

Em favor deste entendimento é forçoso militar, uma vez que, formalismo excessivo é contrário à efetividade dos direitos, e, portanto, na presença dos requisitos da Antecipação de Tutela, ela deverá ser concedida.

O mestre Dinamarco (2002 apud Cruz e Tuti 2002, p. 44) é adepto da corrente supracitada, concluindo o doutrinador que, o § 7º, do art. 273, do CPC, deve ser explicado “pelo que disse e pelo que não disse”, haja vista que, também em se tratando de situação contrária, na qual requerida medida cautelar, se presentes os devidos requisitos, deverá ser concedida a Antecipação de Tutela adequada.

Há, entretanto, outros processualistas que militam no campo da não conversibilidade da cautelar para a medida antecipatória, vez que, o juiz modificaria o pedido, o que não é possível. Para eles, deverá o magistrado ao se deparar com tal situação, indeferir a petição inicial e o interessado formular novo pedido de Antecipação de Tutela, dentro do processo de conhecimento.

Parte destes seguidores, entre eles, Ferreira (2002), infere que, conforme o caso concreto, se a urgência for agônica, será admissível a fungibilidade, porque não se pode deixar deteriorar o objeto que se busca tutelar.

Deste modo, uma vez presentes os pressupostos ensejadores da medida antecipatória, o juiz determinará a conversão pelo ajuizamento da ação principal, pois, não há, ainda, processo principal.

Ao verificar a existência dos requisitos da cautelar, deverá ocorrer, desde logo, a fungibilidade das medidas, não ficando tal conversão ao livre e prudente arbítrio do magistrado.

De outro lado, há entendimento que a conversibilidade dos provimentos ficará a critério do julgador, baseando-se em seu convencimento motivado, uma vez concedida dentro dos limites traçados pela lei.

Ainda, discorrendo sobre o alcance do § 7º, do art. 273, do CPC, vale lembrar que, o erro que enseja a fungibilidade deve ser escusável, pois, se for erro inescusável ou grosseiro, não haverá a conversão dos provimentos antecipatórios e cautelares.

O mais importante deve-se admitir, é que o legislador estreitou o sincretismo instrumental absoluto traçado pelo trinômio, cognição, execução e cautelaridade, fazendo dilacerar, absolutamente, o processo civil clássico, e, aos poucos, caminha-se pelo objetivo tão pretendido do processo, que é manter a paz social, atuando nos interesses daqueles que vem em juízo, reclamar por um resultado justo, não os submetendo a aguardar pela morosidade do Judiciário, que há muito tempo se faz presente, ao ameaçar e até condenar o direito das partes, pelo lento transcurso do tempo.

Esta fungibilidade tutelar oferecerá aos operadores do direito uma tranqüila aplicação das tutelas de urgência, colaborando para a satisfação das partes por meio da efetivação do direito material violado.

Assim, o processo há de servir às partes como um instrumento efetivo para a realização do direito material, com o fim de satisfazer os litigantes e atingir a paz social.

Com base neste sincretismo do processo, passa a existir uma atividade jurisdicional prestada pelo Estado-juiz, em favor dos litigantes, valorizando, ainda mais, a idéia do processo civil de resultados.

2.13 Antecipação de Tutela e preclusão

Como já afirmado alhures, a Antecipação de Tutela poderá ser outorgada a qualquer momento, uma vez que, a legislação processual nada falou sobre o tempo adequado para sua concessão.

A admissibilidade da medida antecipatória é questionada no que tange às situações em que, houver prova inequívoca e perigo de dano iminente, e a parte autora, deixa de peticioná-la no momento oportuno.

Tem prevalecido o entendimento que, nestes casos o autor deve requerer a Antecipação de Tutela, sob pena de preclusão.

Contudo, percebe-se que este entendimento é por completo equivocado, pois, o que irá obstar a parte que não pleiteou a Antecipação de Tutela no momento em que se faziam

presentes a prova inequívoca e o risco de dano iminente, é o desaparecimento dos mesmos, e, não a preclusão temporal, já que não tem momento oportuno para o pedido.

A preclusão é um fato processual, que visa impedir a prática de um ato pelo decurso do prazo previsto na lei para fazê-lo (preclusão temporal), pelo fato de um ato já ter sido praticado (preclusão consumativa), ou porque, o ato que requer a parte vem a importar conflito com outro já praticado (preclusão lógica).

Em se tratando de Antecipação de Tutela nenhuma dessas hipóteses ocorrem, ou seja, o art. 273, do CPC, não prevê prazo para o requerimento da medida, se já foi anteriormente concedida, não haverá repetição, muito menos cogitar de incompatibilidade com o ato pretendido.

Se insistir a prova inequívoca e o perigo na demora, o pedido da medida antecipatória poderá ser requerido em momento posterior, pois, o fato de não tê-lo sido feito na petição inicial, não é obstáculo para futuro requerimento.

2.14 Tempo de duração da Antecipação de Tutela

A lei, mais especificamente o art. 273, do CPC, também não determinou qual o tempo de duração da Antecipação de Tutela.

Ao contrário, no caso do processo cautelar, o art. 807, do CPC, faz remissão ao art. 806, do mesmo diploma legal, no qual está expresso o período de duração.

Assim, quando a medida for concedida em procedimento preparatório, caberá à parte intentar a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da efetivação da medida cautelar, sob pena de perder sua eficácia.

Por outro lado, se a medida for concedida no curso do processo principal, o prazo de duração será aquele enquanto tramitar feito principal.

Entretanto, dispõe que, a qualquer momento podem ser modificadas ou revogadas.

Concedida a Antecipação de Tutela, deverá manter sua eficácia até o momento em que o juiz entender necessária sua revogação.

Se for interposta apelação contra a sentença que deferiu o pedido da medida antecipatória, ela não terá poder de afastar sua eficácia, já que, a mesma se conserva durante o tempo em que insistir o risco de dano que ensejou sua concessão.

É dizer, a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, quando interposta contra sentença que confirmar a medida antecipatória.

A providência antecipatória é outorgada com o objetivo de impedir risco de dano, de modo que, enquanto este perdurar é normal que a eficácia da decisão permaneça.

2.15 Efetivação da Antecipação de Tutela

O § 3º, do art. 273, do CPC ganhou nova descrição pela alteração oriunda da Lei n.º 10444/02, o qual prescreve 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”*.

Disto se conclui que, a primeira modificação diz respeito à troca de expressões.

O legislador trocou a expressão “execução” pela expressão “efetivação”. Esta alteração foi muito aplaudida por vários doutrinadores, entre eles, Didier Jr. (2003), ao comentar que, a Antecipação de Tutela não se efetiva, pela técnica executiva, pois, a atividade executiva está, na maioria das vezes, agregada a uma atividade sub-rogatória do Estado, efetuada em um processo posterior ao de conhecimento, o qual dá ensejo a formação do título executivo.

Interpreta-se como correto o argumento exposto pelo doutrinador retro mencionado, haja vista que, a efetivação da Antecipação de Tutela ocorre nos mesmos autos em que for proferida (proibida a interposição de embargos à execução), por provimentos mandamentais ou executivos *latu sensu*, cabendo ao juiz utilizar-se das medidas de apoio, de coerção direta ou indireta, elencadas nos §§ 4º e 5º do art. 461, do CPC.

Segunda mudança se operou ao § 3º, do art. 273, do CPC, ao fazer remissão a todo regime do art. 588, do CPC, o que antes da alteração, ocorria apenas em relação aos seus incisos II e III. Logo, a efetivação da medida antecipatória, deverá observar, no que couber, todo o regime legal da execução provisória.

Aponta-se a seguir, os principais efeitos desta mudança:

a) o exequente ficará responsável civilmente (responsabilidade objetiva), devendo reparar os danos causados ao executado pela efetivação da Antecipação, se eventualmente a sentença for reformada (art. 588, II, do CPC);

b) dispensabilidade da caução, em se tratando de crédito de natureza alimentar, cujo valor não exceda sessenta salários mínimos, se o exequente encontrar-se em estado de necessidade (art. 588, § 2º, do CPC).

Vale dizer que, o magistrado poderá determinar a caução, caso entenda necessária.

Ainda, qualquer ato que possa resultar grave dano ao executado, dependerá de caução idônea, pleiteada e prestada nos próprios autos da execução (art. 588, II, do CPC).

Notório frisar que, os eventuais prejuízos produzidos pelo requerente da Antecipação de Tutela serão aniquilados no próprio feito.

Terceira, o legislador também fez remissão aos §§ 4º e 5º, do art. 461, e ao art. 461-A, todos do CPC, fazendo comunicar-se a Antecipação de Tutela com a tutela específica das obrigações de fazer, não-fazer e entrega de coisa distinta de dinheiro.

Os §§ 4º e 5º, do art. 461, do CPC, prescrevem a possibilidade de o magistrado, de ofício ou a requerimento, servir-se das medidas de coerção direta ou indireta, para realizar provimentos antecipatório e final, tais como, multa, busca e apreensão, impedimento de atividade nociva, requisição de força policial, etc.

Com isto, é incontestável a possibilidade de empregar esses mecanismos de apoio para a efetivação da Antecipação de Tutela de qualquer direito, adaptando-se a regra geral da medida disposta no art. 273, do CPC.

Importante comentar sobre a possibilidade da fixação de multa diária (§ 4º, do art. 461, do CPC) como forma coercitiva do cumprimento das obrigações de pagar quantia certa, no que tange ao art. 273, do CPC.

Pela redação do § 6º, do art. 461, CPC, o magistrado poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, se verificar que a mesma tornou-se excessiva ou

insuficiente. É notório que, a multa somente será diária se o julgador entender pela sua necessidade.

Da mesma forma, o § 3º, do art. 273, do CPC, estabelece que a efetivação da Antecipação de Tutela observará, “*no que couber e conforme sua natureza*”, as regras previstas nos dispositivos ali mencionados.

Então, tal cláusula ameniza a aplicação dos §§ 4º e 5º, do art. 461, do CPC, de modo que, caberá ao juiz investigar, se é conciliável com a eficiência da Antecipação de Tutela, as medidas de apoio, dentre elas, a multa.

Disto conclui-se que, a fixação de multa diária para medida antecipatória, voltada a pagamento de dívida em dinheiro, não tem aplicação. A solução é a aplicação dos juros moratórios, uma vez que se trata de medida coercitiva.

2.16 Revogação da medida antecipatória: efeitos

Determina o § 4º, do art. 273, do CPC, que “*a Tutela Antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada*”.

A revogação ou modificação da Antecipação de Tutela poderá ser feita a qualquer tempo, desde que, em decisão fundamentada.

É possível que o magistrado conceda a medida antecipatória no despacho inicial, mas, com a apresentação da contestação fica convencido da necessidade de modificação ou revogação da mesma.

Deste modo, basta que ocorra alteração da realidade fática que reconheceu pela necessidade de concessão da providência, como novas provas exibidas, para que, a Antecipação de Tutela seja revogada ou modificada. Isto é perfeitamente visível, nos casos em que o juiz concede a medida antecipatória *inaudita altera pars*.

Entretanto, em qualquer dessas providências deverá demonstrar os motivos desse convencimento.

É interessante acentuar que, a revogação exige que os requisitos autorizadores da Antecipação de Tutela sejam reexaminados.

Se os pressupostos insistirem, a revogação é inadmissível.

No que tange à modificação, ocorre uma adequação da medida à finalidade que se pretende.

Tanto a revogabilidade quanto a modificação, estão em perfeita harmonia com a provisoriedade de que se reveste a Antecipação de Tutela.

A revogação ou modificação poderá ocorrer em despachos de mero expediente, na sentença, ou ainda no Tribunal, quando interposto recurso.

Se o julgador entender que, aquela prova inequívoca, apta a conduzir na verossimilhança da alegação, na realidade, não confirma a verdadeira situação, isso depois de ter sido a prova gerada em audiência, ou fora dela, deverá proceder à revogação ou modificação da Antecipação de Tutela.

A revogação terá eficácia imediata e produz efeitos “*ex tunc*”, isto é, retroage à data da concessão da medida antecipatória.

A revogação produz efeitos “*ex nunc*” (para o futuro) em raríssimos casos, somente naqueles em que há salvaguarda do bem jurídico pela legislação constitucional.

Da mesma forma, como contra a decisão que defere a Antecipação de Tutela, é cabível agravo de instrumento, ou apelação (se concedida na sentença), pode o recorrente litigar pela suspensão da revogação ao relator, conforme art. 527, inc. II, do CPC, ou ao órgão colegiado competente, de modo a restabelecer a decisão que outorgou a medida.

É possível que a instância superior proceda ao restabelecimento da medida antecipatória revogada, caso o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação perseverar de tal maneira, que torne desnecessário o eventual provimento daquele recurso interposto.

Todavia, o sucesso do recurso estará condicionado à comprovação dos requisitos do art. 273, do CPC, que deverão sobressair, já que teve uma decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de Antecipação de Tutela.

3 DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

3.1 Conceito, finalidades e princípios

A Previdência Social é uma forma de seguro social que existe para todos aqueles que contribuem; instituição pública que concede direitos aos seus segurados.

Entre as espécies de serviços de proteção à cidadania, assegurados pela CF, disciplinados, por sua vez, no capítulo da Seguridade Social, encontra-se a Previdência Social (arts. 201 e 202).

A Previdência Social, por meio de contribuição, tem como finalidade garantir a seus beneficiários todos e quaisquer meios indispensáveis à manutenção, em razão de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte (chamados riscos sociais) daqueles de quem dependiam economicamente, conforme previsto no art. 1º, da Lei n.º 8213/91 (esta Lei dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social).

Apontadas as finalidades, é possível adotar uma conceituação da Previdência Social mais ampla, conforme ensinamentos de Martinez (1992 apud TAVARES, 2002, p. 33):

Trata-se de uma técnica de proteção social que visa a propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não puder obtê-los ou não é socialmente desejável que os aquiramos pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte –, mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.

Para que as finalidades da Previdência Social pudessem ser alcançadas, o legislador criou princípios previstos no art. 2.º, da Lei 8213/91, que devem nortear o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), que são:

- a) universalidade de participação nos planos previdenciários;

- b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
- d) cálculos dos benefícios, considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente;
- e) irredutibilidade do valor dos benefícios;
- f) valor da renda mensal dos benefícios inferior ao salário mínimo;
- g) previdência complementar facultativa, custeada por contribuições adicionais;
- h) caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade.

3.2 Beneficiários

Os destinatários dos benefícios previdenciários do RGPS são *os segurados*, ou seja, aqueles que sustentam vínculo em nome próprio, e, *os dependentes*, que são aqueles subordinados economicamente aos segurados.

3.2.1 Segurados: obrigatórios e facultativos

Os segurados são todas as pessoas físicas incorporadas pelo RGPS. Ainda, subdividem-se, em *segurados obrigatórios ou facultativos*.

São *segurados obrigatórios*, de acordo com o art. 11, da Lei n.º 8213/01, o empregado (inc. I e alíneas), o empregado doméstico (inc. II), o contribuinte individual (inc. V e alíneas), o trabalhador avulso (inc. VI) e o segurado especial (inc. VII).

Por outro lado, são *segurados facultativos* os maiores de 16 (dezesesseis) anos que se filiarem ao RGPS, mediante contribuição, e, desde que, não exerçam qualquer atividade de

vinculação obrigatória a regime previdenciário (art. 13, da Lei n.º 8213/91). Menciona-se como exemplos de segurados facultativos, a dona-de-casa e o síndico não remunerado.

3.2.2 Dependentes

Podem ser beneficiários do RGPS como dependentes do segurado:

a) o cônjuge, companheiro, filho não emancipado menor de 21 (vinte e um) anos, ou inválido de qualquer idade, equiparados a filhos (menor enteado e tutelado), nas mesmas condições;

b) pais;

c) irmão não emancipado menor de 18 (dezoito) anos, ou inválido de qualquer idade, todos assegurados pelo art. 16, da Lei n.º 8213/91.

Neste item, faz-se necessárias algumas considerações.

Deverá ser comprovada a dependência econômica dos enteados e tutelados, e, nos demais casos mencionados na letra *a*, ela é presumida (§ 4º, do art. 16, da Lei n.º 8213/91).

Na existência de um dependente, o benefício a que este faz jus, exclui, por conseguinte, o direito do próximo dependente (§1º, do art. 16, da Lei n.º 8213/91).

Importante ressaltar que, somente o cônjuge que permanecer na sociedade conjugal, ou que, estiver separado ou divorciado do segurado, recebendo alimentos, é que será reputado dependente.

Assim, se sobrevier separação judicial ou divórcio, sem direito a alimentos, bem como, a anulação do casamento e o óbito, o dependente não fará jus ao benefício. A mesma regra deverá ser observada para os casos de união estável.

3.3 Período de carência

O art. 24, da Lei n.º 8213/91, define *período de carência* como “ *o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências*”.

Disto consiste dizer que, período de carência é o tempo pelo qual os beneficiários não poderão receber algumas prestações previdenciárias, uma vez que, não quitaram o número mínimo de contribuições mensais exigido.

Para ser concedido o benefício previdenciário pelo RGPS, alguns períodos de carência deverão ser, necessariamente, observados.

Assim, o auxílio-doença e aposentadoria por invalidez têm como período de carência, 12 (doze) contribuições mensais, salvo as exceções do art. 26, inc. II, da Lei n.º 8213/91.

Os beneficiários das aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e a especial, inscritos no RGPS à partir de 25/07/91, deverão pagar 180 (cento e oitenta) contribuições mensais para fazer jus ao benefício.

Todavia, para o segurado inscrito no RGPS até 24/07/91, deverá ser cumprida a regra disposta no art. 142, da Lei n.º 8213/91, que diz respeito à carência das aposentadorias supracitadas, haja vista que, neste artigo foi inserida norma de transição que, por sua vez, restringiu o período, apurando o ano em que o beneficiário obteve as condições oportunas para o deferimento do benefício.

Por fim, em se tratando de salário-maternidade, as seguradas, contribuinte individual, terão como período de carência, 10 (dez) contribuições mensais, e, se o parto ocorrer antecipadamente o período de carência será limitado ao número de contribuições, correspondentes ao número de meses pelo qual foi o parto antecipado.

De outro lado, não há período de carência a ser computado na concessão dos benefícios, tais como, pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família, auxílio-acidente, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, salário-maternidade para as seguradas empregadas, seja doméstica ou avulsa, entre os demais citados no art. 26, da Lei n.º 8213/91.

Os segurados avulsos ou empregados, não necessitam comprovar o recolhimento das mensalidades, somente devem demonstrar o exercício da profissão, pois, é o empregador responsável pela quitação das contribuições, presumindo-se o recolhimento. Para os empregados domésticos também é presumido o recolhimento. Os segurados especiais, como os arrendatários rurais, deverão comprovar somente, o exercício da atividade rural igual ao número dos meses correspondentes à carência do benefício pleiteado. Já os segurados facultativos estão sujeitos ao período de carência imposto à prestação previdenciária requerida.

3.4 Manutenção e perda da qualidade de segurado

A filiação ao RGPS ocorre de maneira automática, desde que, o segurado estiver no exercício de atividade remunerada, podendo pleitear pela concessão dos benefícios previdenciários.

Conforme visto, a Previdência Social é um seguro de caráter contributivo, que tem por objetivo equilibrar o financeiro desta instituição pública. Por conseguinte, para ter direito ao recebimento dos benefícios previdenciários, mister de faz o pagamento das contribuições.

Todavia, em alguns casos, a legislação previdenciária estabelece que, mesmo sem estar desempenhando atividade remunerada, logo, não estar pagando as contribuições para a Previdência Social em determinado período de tempo, o trabalhador manterá a qualidade de segurado. Isto é chamado período de graça.

Segundo Horvath Jr. (2003), o período de graça trata-se de uma invenção, admitindo que a proteção concedida pela Previdência Social seja alargada naquelas hipóteses determinadas pela legislação previdenciária de maneira taxativa.

O segurado mantém todos os direitos previdenciários no decorrer do período de graça.

Findo o período de graça, o segurado se desvincula com a instituição, ficando prejudicado o gozo dos benefícios, ou seja, ocorre a perda dos direitos ligados à qualidade de segurado.

Na hipótese do segurado que não tiver regressado ao mercado de trabalho, para o exercício de atividade que permite classificá-lo como segurado obrigatório, deverá, como forma de assegurar seus direitos previdenciários, contribuir como segurado facultativo.

Dispõe o art. 15, da Lei n.º 8213/91:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

- I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
- II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
- III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
- IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
- V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às forças Armadas para prestar serviço militar;
- VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

O prazo do inc. II será prolongado em até 24 (vinte e quatro) meses, para o segurado que já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais, sem que haja interrupção que possa ocasionar em perda da qualidade de segurado (§ 1º, art. 15, da Lei n.º 8213).

Ainda, o prazo do inc. II será acrescido de 12 (doze) meses ao segurado desempregado que demonstrar esta situação por registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, conforme previsto no § 2º, do mesmo artigo supra.

Importante ressaltar que, independente de contribuições, o segurado que deixou de contribuir em razão de desemprego derivado de incapacidade física, manterá a qualidade de segurado, sem limite de prazo.

A perda da qualidade de segurado acontecia no dia 16 (dezesesseis) do segundo mês seguinte ao término dos prazos estabelecidos no art. 15, da Lei n.º 8213/91, de acordo com o art. 14, do Decreto n.º 3048/99 (este Decreto aprovou o Regulamento da Previdência Social).

Porém, o Decreto 4032/01, em seu art. 14, revogou o disposto no art. 14, estabelecendo que o reconhecimento da perda da qualidade de segurado se dará no dia subsequente ao do

vencimento da contribuição do contribuinte individual relacionada ao mês imediatamente posterior ao termo final dos prazos estabelecidos no art. 15.

Considerando que as contribuições previdenciárias deverão ser recolhidas até o dia 15 (quinze) de cada mês (art. 216, inc. II, do Decreto n.º 3048/99), se esta data cair no sábado, domingo ou feriado, inclusive o municipal, o pagamento das contribuições efetuar-se-ão no dia útil imediatamente posterior.

Para melhor entendimento, exemplifica-se: o segurado inscrito em janeiro de 1999, que contribuiu até setembro de 2003, manter-se-á na qualidade de segurado até setembro de 2004. Neste caso, para que a qualidade de segurado seja mantida sem interrupção, deverá o segurado contribuir relativamente ao mês de outubro de 2004. O prazo para pagamento da contribuição prolonga-se até o dia 15 de novembro de 2004. Assim, se não for realizado o pagamento da contribuição, conforme previsto no art. 14 do Decreto n.º 4032/01, operar-se-á no dia 16 de novembro de 2004, o reconhecimento da perda da qualidade de segurado.

Em havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições pagas anteriormente a este fato, só serão consideradas para período de carência, se o segurado somar um tempo, de no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições prescritas ao atendimento da carência imposta para a concessão do benefício pleiteado (art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8213/91).

A Lei n.º 10666/03 trouxe uma inovação no que tange à qualidade de segurado, de modo a revogar parcialmente a regra disciplinada no art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8213/91.

Deste modo, o art. 3º e seu § 1º, da Lei n.º 10666/03, institui que não será levada em conta para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial, a perda da qualidade de segurado. Outrossim, no caso de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada, entretanto, para isto o segurado deverá contar, com no mínimo, 240 (duzentas e quarenta contribuições mensais).

A respeito de tal alteração, interessante colacionar a afirmação feita pelo Ministro da Previdência, na exposição de motivos da Medida Provisória, convertida na Lei n.º 10666/03 (apud HORVATH JR., 2003, p. 116):

A não consideração da perda da qualidade de segurado para a concessão das aposentadorias por tempo de serviço e especial é uma medida que irá reparar uma injustiça praticada contra o segurado da Previdência Social, principalmente o de baixa renda, que, na maioria das vezes, ao perder seu emprego, não tem condições de contribuir como facultativo e acaba perdendo a qualidade de segurado. A extensão da medida para aposentadoria por idade deve estar atrelada a um período maior de contribuição, de forma a, de um lado, obter-se um maior equilíbrio entre benefício e contribuição, e de outro lado, a minimizar os efeitos da cessação da contribuição do segurado após cumprida a carência.

4 DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

4.1 Conceito

Os benefícios são prestações pecuniárias, que deverão ser pagas pelo RGPS aos seus segurados, com o fim de garantir-lhes a subsistência, especialmente naqueles casos, em que se encontrarem inaptos a obter meios pecuniários, por esforço próprio, ou a sustentar-lhes os ganhos para arrostar os encargos de família, ou ainda, proteger nos casos de morte ou prisão, aqueles que estiverem sob sua dependência econômica.

4.2 Benefícios previdenciários em espécie

4.2.1 Auxílio-doença

4.2.1.1 Beneficiários

São todos os segurados.

4.2.1.2 Concessão

Este benefício deverá ser concedido ao segurado em razão de incapacidade temporária para o trabalho ou atividade habitual (comprovada através de perícia médica da Previdência Social), sujeito à recuperação, e desde que, necessite retirar-se do exercício de suas funções por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O auxílio-doença deixará de existir quando o segurado recuperar a capacidade para o exercício de suas funções; se transformado em aposentadoria por invalidez, nos casos em que, o segurado não recuperar sua capacidade laborativa; ou quando convertido em auxílio-acidente, nos casos de existência de seqüela que reduza a capacidade para o trabalho exercido habitualmente pelo segurado.

4.2.1.3 Início do benefício

O auxílio-doença será devido ao segurado empregado que ficar incapacitado para o trabalho, a partir do 16º (décimo sexto) dia do seu afastamento da atividade laborativa.

A empresa é responsável pelo pagamento do salário do empregado afastado nos primeiros 15 (quinze) dias consecutivos.

Nos casos de acidente de trabalho, é possível que o empregado não se afaste no dia do acidente, e se isto ocorrer, o benefício será devido a partir da data do afastamento, sendo que, os 15 (quinze) dias iniciais deverão ser pagos pela empresa.

Para os demais segurados, será devido a partir da data em que, se iniciar a incapacidade, e enquanto permanecer incapaz para as suas atividades habituais.

Quando o benefício for pleiteado após o 30º (trigésimo) dia em que o segurado estiver afastado da atividade, o mesmo será devido a contar da data de seu requerimento. Esta regra aplica-se para todos os segurados.

4.2.2 Auxílio-acidente

4.2.2.1 Beneficiários

Consoante o previsto no art. 18, § 1º, da Lei n.º 8213/91, são beneficiários do auxílio-acidente, o empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso, o segurado especial e o médico residente, como contribuinte individual (art. 104, “caput”, do Dec. n.º 3048/99).

4.2.2.2 Concessão

É o benefício concedido como indenização mensal ao segurado da Previdência Social, quando, após a consolidação das lesões provenientes de acidente de qualquer natureza, redundarem seqüelas que:

a) conduza à redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, em conformidade com o previsto no anexo III do Regulamento da Previdência Social;

b) conduza à redução da capacidade para o trabalho que habitualmente desempenhava e requer maior esforço para o desempenho da mesma atividade anteriormente exercida;

c) conduza à impossibilidade de cumprir a atividade exercida à época do acidente, todavia, autoriza o desempenho de outra, depois de realizado o processo de reabilitação profissional, de acordo com os casos prescritos pela perícia médica do Instituto Nacional da Seguridade Social.

O auxílio-acidente termina com o deferimento de aposentadoria ou se resultar morte do segurado.

4.2.2.3 Início do benefício

O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao do término do auxílio-doença, uma vez presentes os requisitos necessários para sua concessão.

Este benefício será deferido independentemente de remuneração ou rendimento percebido pelo segurado acidentado, exceto se derivado de aposentadoria.

4.2.3 Aposentadoria por invalidez

4.2.3.1 Beneficiários

São todos os segurados.

4.2.3.2 Concessão

A aposentadoria por invalidez é o benefício concedido ao segurado da Previdência Social que for considerado pela perícia médica do INSS, incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de qualquer trabalho que lhe possa garantir a sobrevivência, sendo-lhe pago durante todo o período em que se encontrar nesta situação.

O benefício cessa com a recuperação do segurado.

4.2.3.3 Início do benefício

É devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença.

Contudo, não será a aposentadoria por invalidez, obrigatoriamente, precedida pelo auxílio-doença.

Realizada a perícia médica inicial e desta comprovar-se pela existência dos requisitos da aposentadoria, o benefício será devido ao segurado empregado, contado a partir do 16º (décimo sexto) dia do afastamento da atividade ou do protocolo do requerimento, se pleiteado depois de 30 (trinta) dias do afastamento.

Será devido também, aos segurados, empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, contado a partir da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas passarem mais de 30 (trinta) dias, em conformidade com o disposto no art. 43, § 1º e alíneas, da Lei n.º 8213/91.

Os primeiros 15 (quinze) dias do afastamento do empregado em razão de invalidez deverão ser remunerados pela empresa.

4.2.4 Aposentadoria por idade

4.2.4.1 Beneficiários

São todos os segurados.

4.2.4.2 Concessão

Este benefício será concedido ao segurado que alcançar a idade considerada risco social.

O trabalhador urbano tem direito à aposentadoria por idade aos 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, e, 60 (sessenta) anos, se mulher.

Por sua vez, o trabalhador rural empregado, contribuinte individual, avulso e o segurado especial, terão o limite para aposentar reduzido em 5 (cinco) anos. Portanto, os homens se aposentam por idade com 60 (sessenta) anos e as mulheres com 55 (cinquenta e cinco) anos.

4.2.4.3 Início do benefício

A aposentadoria por idade é devida ao segurado empregado, inclusive o doméstico:

a) a partir da data do seu desligamento, quando pleiteada até 90 (noventa) dias depois do mesmo;

b) a partir da data do pedido, quando não houver desligamento do empregado ou quando for pleiteada após 90 (noventa) dias do desligamento do trabalho.

Para os outros segurados, o benefício é devido a partir da data do requerimento.

4.2.5 Aposentadoria por tempo de contribuição

4.2.5.1 Beneficiários

São todos os segurados.

4.2.5.2 Concessão

Este tipo de aposentadoria será concedido ao segurado da Previdência Social que atender a requisitos de contribuição.

Neste sentido, o benefício será deferido a todo segurado que, completar 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e, 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher.

Os professores que comprovarem exclusivamente o tempo de efetivo exercício das funções de magistério, na educação infantil e no ensino fundamental e médio, a presente aposentadoria será concedida aos professores que contarem com 30 (trinta) anos de contribuição, e às professoras com 25 (vinte e cinco) anos de contribuição.

Conforme bem apontado pelo legislador, “[...] *considera-se função de magistério a atividade docente do professor exercida exclusivamente em sala de aula*” (art. 56, § 2º, do Decreto Lei n.º 3048/99).

Importante lembrar que, a aposentadoria por tempo de serviço foi abolida do ordenamento brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 20/98, entretanto, os direitos já adquiridos pelos segurados para o gozo do benefício até 16 de dezembro de 1998, permaneceram intactos.

É dizer, os critérios anteriores à Emenda mantêm-se garantidos para aqueles segurados que completaram os requisitos de gozo da aposentadoria até o dia 16/12/98.

Assim, o benefício, que deve ser entendido como, aposentadoria por tempo de contribuição em substituição à aposentadoria por tempo de serviço, também deverá ser concedido ao segurado da Previdência Social que, até 16/12/98, tenha completado 30 (trinta) anos de contribuição, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher.

Ainda, será concedido àquele inscrito na Previdência Social até a data supracitada, desde que, atenda cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) se homem, completar 53 (cinquenta e três) anos ou mais, e se mulher, 48 (quarenta e oito) anos ou mais;

b) contar com tempo de contribuição, no mínimo, de 30 (trinta) anos, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher, e um período de contribuição adicional, de no mínimo 40% (quarenta por cento) do tempo que faltava para alcançar o limite de tempo de contribuição de 35 (trinta e cinco) e 30 (trinta) anos, em 16/12/98.

4.2.5.3 Início do benefício

Aplica-se a mesma regra anteriormente exposta para o início da aposentadoria por idade.

4.2.6 Aposentadoria especial

4.2.6.1 Beneficiários

Tem direito a este benefício somente o segurado empregado (com carteira assinada), exceto o doméstico, e o contribuinte individual filiado à cooperativa de trabalho e de produção, de acordo com a recente Lei n.º 10666, introduzida em no ordenamento brasileiro em 08 de maio de 2003.

4.2.6.2 Concessão

O benefício em tela deverá ser concedido ao segurado da Previdência Social que trabalhar sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20(vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme o caso.

Para a concessão do benefício o segurado estará obrigado à comprovação do tempo de trabalho permanente e habitual, que foi exercido em determinadas condições, conduzindo às lesões de sua saúde ou de sua integridade física. As férias, licença médica e auxílio-doença

decorrentes do exercício destas atividades, considera-se tempo de serviço, de acordo com o disposto na parte final, do art. 65, do Decreto n.º 3048/99.

Também, além do tempo de trabalho, caberá ao segurado comprovar a verdadeira exposição de sua saúde ou integridade física, aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais, pelo período exigido para o deferimento do benefício.

Esta comprovação será realizada através de um formulário (Perfil Profissiográfico Previdenciário), do modo pelo qual for estabelecido pelo INSS, expedido pela empresa ou seu dirigente, baseado em um laudo técnico de condições ambientais do trabalho, emitido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

4.2.6.3 Início do benefício

Aplica-se a regra apresentada para o início da aposentadoria por idade.

4.2.7 Salário-maternidade

4.2.7.1 Beneficiários

São todas as seguradas.

4.2.7.2 Concessão

O benefício deverá ser concedido à segurada que paga a Previdência Social, como forma de resguardar os gastos familiares, substituindo a remuneração da gestante durante o período de 120 (cento e vinte) dias que estiver afastada do exercício de suas atividades.

Insta ressaltar que, o benefício só será concedido durante 4 (quatro) meses de licença maternidade.

Neste ponto, mister se faz a abertura de um parêntese para mencionar uma alteração no que tange ao salário-maternidade.

A Lei n.º 10710, de 05 de agosto de 2003, estabelece nova regra no que diz respeito à competência para pagamento do salário-maternidade.

Antes da promulgação desta lei, o benefício era custeado pelo INSS.

Hoje, com o art. 72, § 1º, da Lei n.º 10710/03, cabe à empresa pagar o benefício devido à respectiva segurada empregada gestante.

Todavia, a Previdência Social continua sendo responsável pelo pagamento do benefício às demais seguradas gestantes.

4.2.7.3 Início do benefício

O salário-maternidade é devido a partir do 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto, até o dia do mesmo, e, novamente, após o parto, é devido nos próximos 91 (noventa e um) dias, podendo ser prorrogado este prazo, em casos excepcionais.

4.2.8 Salário-família

4.2.8.1 Beneficiários

Tem direito ao benefício apenas o segurado empregado, exceto o doméstico, e o segurado trabalhador avulso.

4.2.8.2 Concessão

O salário-família poderá ser concedido ao segurado da Previdência Social que tenha salário-de-contribuição menor ou igual a R\$ 560,81 (quinhentos e sessenta reais e oitenta e um

centavos), desde que, comprove ainda, ter filhos ou equiparados menores de 14 (quatorze) anos ou inválidos de qualquer idade, no equivalente a uma cota de salário-família por filho ou equiparado, fixada em lei.

A Previdência Social ao conceder este benefício tem por objetivo custear a manutenção dos filhos de seus segurados que possuam baixa renda.

O presente benefício poderá ser concedido não só ao segurado empregado e ao trabalhador avulso, que estiverem exercendo suas atividades, como também, àquele que esteja em gozo do auxílio-doença ou aposentado por invalidez, que já recebia o salário-família quando estava trabalhando e ao aposentado por idade, por tempo de serviço ou em fruição de aposentadoria especial, contando com 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher, na medida do número de filhos ou equiparados.

4.2.8.3 Início do benefício

O pagamento do salário-família será devido a partir da data da apresentação da certidão de nascimento do filho ou dos documentos relativos ao equiparado.

Não obstante, para a continuidade do recebimento do salário-família é necessária a apresentação do atestado de vacinação obrigatória, anualmente, até 6 (seis) anos de idade, e semestralmente, a partir dos 7 (sete) anos de idade, comprovação da frequência à escola, do filho ou equiparado.

4.2.9 Pensão por morte

4.2.9.1 Beneficiários

São os dependentes do segurado que falecer, obrigatoriamente nesta ordem:

a) o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

- b) os pais;
- c) o irmão não emancipado, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido de qualquer idade.

4.2.9.2 Concessão

Este benefício poderá ser concedido aos dependentes do segurado da Previdência Social, em razão do evento morte, independentemente se estava o segurado aposentado ou no exercício de suas atividades.

Em sendo a morte real, a pensão poderá ser concedida mediante certidão de óbito, e, assim, deverá ser paga até o momento em que sobrevier alguma causa que possa fazer cessar o benefício.

Em se tratando de morte presumida, o art. 112, do Decreto n.º 3048/99, soluciona o problema, ao dispor:

Art. 112. A pensão poderá ser concedida em caráter provisório, (a) mediante sentença declaratória de ausência, expedida por autoridade judiciária, a contar da data de sua emissão, ou (b) se for caso de desaparecimento do segurado, por motivo de acidente ou desastre, a contar da data da ocorrência, mediante prova hábil.

São causas que fazem cessar o benefício:

- a) a morte do pensionista;
- b) maioridade do pensionista;
- c) emancipação quando for o pensionista menor de idade;
- d) cessação de invalidez, para o beneficiário inválido.

4.2.9.3 Início do benefício

A pensão por morte é devida a partir da data:

- a) do falecimento, quando pleiteada até 30 (trinta) dias após este;
- b) do requerimento, quando pleiteada após o prazo de 30 (trinta) dias; ou
- c) da decisão judicial, em se tratando de morte presumida. Havendo prova do desaparecimento por acidente ou desastre, a pensão por morte será devida a partir da data do desaparecimento.

4.2.10 Auxílio-reclusão

4.2.10.1 Beneficiários

São os dependentes do segurado da Previdência Social, recolhido à prisão, devendo obedecer a mesma ordem estabelecida para os beneficiários da pensão por morte.

4.2.10.2 Concessão

Este benefício poderá ser concedido ao conjunto de dependentes do segurado, recluso por qualquer razão, que não receba remuneração da empresa na qual exercia suas atividades, bem como, não esteja em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria, e desde que, o último salário-de-contribuição do segurado seja igual ou inferior a R\$ 560,81 (quinhentos e sessenta reais e oitenta e um centavos).

O auxílio-reclusão tem por objetivo resguardar o risco social proveniente do afastamento do segurado empregado de suas funções.

Ao ser criado este benefício procurou-se garantir aos dependentes, sejam os filhos, cônjuge, etc, um meio de sustento enquanto o segurado estiver recolhido à prisão.

O benefício deverá persistir somente enquanto o segurado encontrar-se recluso.

4.2.10.3 Início do benefício

Se o auxílio-reclusão for requerido até 30 (trinta) dias após a prisão, o benefício será devido a partir da data do efetivo recolhimento do segurado à prisão. Se pleiteado após esses 30 (trinta) dias, o benefício será devido a partir da data do requerimento.

O dependente que se beneficiar do auxílio-reclusão deverá apresentar ao INSS trimestralmente, atestado de que o segurado continua recluso, consoante o previsto no § 1º, do art. 117, do Decreto n.º 3048/99.

5 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Diante toda a morosidade pela qual enfrenta o Poder Judiciário, as ações propostas em face do INSS, que versam sobre a concessão de benefícios decorrentes de incapacidade física para o trabalho, baixa renda, tempo de serviço ou idade, são bruscamente atingidas, e nesta hora, é notável a perplexidade em que se deparara com a inefetividade do processo.

Os requerentes de tais benefícios, na maioria das vezes, são os mais fracos econômica e juridicamente, entretanto, necessitam de resguardo social e individual.

Na miséria, precisando daquela renda mensal, obtida através do benefício para custear saúde, alimentação, vestuário e habitação (direitos básicos de qualquer cidadão), não podem esperar por nada, a não ser pela demora na tramitação do processo.

E mais, são muitos anos de espera para a prolação da sentença, e, outros infinitos anos, para a decisão do Tribunal, até que não restam mais recursos e o benefício seja implantado.

Muitas vezes, o requerente vem a óbito no curso do processo e o benefício não foi deferido.

Portanto, é evidente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, exigido para a concessão da Antecipação de Tutela, vez que, no bojo de qualquer benefício previdenciário é certa a natureza alimentar, somado-se a esta, a hipossuficiência do segurado.

Se o magistrado não outorgar a medida antecipatória com base no art. 273, inc. I, do CPC, o INSS se valerá de condutas processuais que revelam o seu propósito protelatório, bem como, o abuso do direito de defesa.

Assim, buscando comprovar que a Autarquia-federal se utiliza destes expedientes, colaciona-se o testemunho de um magistrado federal:

Recordo o caso de um segurado, que, internado na UTI de um hospital, às vésperas de passamento, em virtude de falência do sistema hepático, teve contestado seu estado mórbido e objetada com recurso a sentença concessiva do benefício, tudo sob o argumento de que não haveria incapacidade para o trabalho (VAZ, 1997, p. 47).

Mencionado este relato, vem à tona outro requisito indispensável para a Antecipação de Tutela, tal qual, a verossimilhança.

Deste modo, se faz mister o oferecimento de provas fortes que, convençam o julgador dos fatos alegados na petição inicial.

Importante que, o magistrado frente a um pedido de Antecipação de Tutela, utilize-se dos seus poderes instrutórios, como forma de possibilitar a análise da verossimilhança do que foi alegado.

Convencido o juiz através de prova inequívoca sobre a verossimilhança das alegações, é comum na prática, a concessão da presente medida determinando a imediata implantação de uma aposentadoria, por exemplo, no início da lide, sem a oitiva do procurador do INSS.

Isto é possível porque, muitas vezes, o segurado encontra-se em situação que, se não obter a prestação previdenciária imediatamente, ele será vítima de danos irreversíveis, insta ressaltar, pela espera do momento oportuno para a ouvida do requerido.

Ainda, questão a ser suscitada, refere-se à irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento antecipado, estabelecido no art. 273, § 2º, do CPC. Pela interpretação dada a este parágrafo, a Antecipação de Tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade.

Conforme dito alhures, irreversível é tudo aquilo que, não se pode fazer retornar ao estado anterior, ou seja, o perigo de no futuro, o benefício concedido ser revogado, e, conseqüentemente, tornar-se impossível ao requerido, a restituição das parcelas que, foram antecipadas.

Entende-se que, pelo fato de os benefícios previdenciários serem revestidos pelo caráter alimentar, cuja função é prover a subsistência do segurado, torna-se absurdo condicionar a concessão da prestação pelo INSS ao perigo de irreversibilidade. Está em jogo, o risco de vida do segurado em face do risco da impossibilidade de restituir ao Instituto, os valores antecipados.

Disto é possível afirmar que, o direito à vida (maior bem jurídico tutelado), deverá prevalecer em prejuízo da restituição das parcelas antecipadas.

Outros argumentos no sentido de não condicionar a concessão da Antecipação de Tutela à irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, vêm a calhar nesta discussão.

O primeiro deles está no fato de que, o art. 194, da CF, garante à sociedade a interposição de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à Previdência Social, bem como, à Saúde e à Assistência Social. Portanto, o perigo de tornar-se impossível a devolução do dinheiro auferido pelo segurado, não poderá ser obstáculo ao deferimento da Antecipação de Tutela.

Segundo argumento. Todos os valores arrecadados pela Seguridade Social a título de contribuições sociais, são colocados à disposição do Sistema que mantém a Saúde, os programas de Assistência Social, e, também, a concessão de benefícios previdenciários. Assim, se revogada a medida antecipatória, que concedia o benefício previdenciário, deve-se entender que, durante o tempo em que o segurado usufruía daquela verba, o INSS prestou a devida assistência de que ele necessitava.

Por fim, o terceiro argumento pesa na construção doutrinária de que, as verbas que garantem a sobrevivência não poderão ser objeto de repetição, exceto, nas hipóteses de má-fé do requerente.

Quando o direito do segurado que se demonstra como *provável*, estiver na iminência de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação, o magistrado não pode deixar de conceder a Antecipação de Tutela, sob o fundamento de que, uma vez deferida, a mesma poderá incitar um prejuízo ao direito do INSS, que é *improvável*, pois, neste caso, haveria uma violação ao direito constitucional da efetividade da tutela jurisdicional.

O juiz, ao se encontrar nesta situação, ou seja, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação frente à irreversibilidade do provimento antecipado, deve analisar, de um lado, quais os possíveis danos que resultarão da concessão da medida antecipatória, e, de outro, os prejuízos do seu indeferimento, utilizando-se, ao final, do princípio da proporcionalidade, como forma de impedir que, o bem jurídico de maior valia seja imolado ao menor, sempre pensando na função assistencial do INSS.

Deste modo, caso não seja deferida a Antecipação de Tutela, o requerente provavelmente terá de esperar por 5 (cinco) anos, ou até mais, para o julgamento da demanda, e, se for julgado procedente o pedido, contará com mais outros 5 (cinco) anos para o

recebimento do benefício previdenciário, sendo durante todo este tempo, provavelmente vítima de danos eventualmente irreparáveis.

Por outro lado, se o juiz concede a medida, e, ao final da lide tem-se a improcedência do pedido, haverá um dano sem valor aos cofres do Instituto.

De acordo com o § 3º, do art. 273, do CPC, para a efetivação da Antecipação de Tutela, deverão ser observados, no que couber, os preceitos estabelecidos nos arts. 461, §§ 4º e 5º, 461-A e 588, também do CPC.

Por sua vez, o art. 588, inc. II, do CPC, determina a prestação de caução idônea para levantamento de depósito em dinheiro e para a prática de atos que resultem alienação de domínio ou graves danos ao executado.

Entretanto, o § 2º, do art. 588, do CPC, estabelece que, sendo crédito de natureza alimentar até o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, encontrando-se o exequente em estado de necessidade, a caução pode ser dispensada.

Isto é assim, porque a necessidade de prestar a caução nunca poderá tolher o direito que o requerente tem de pleitear a medida antecipatória. Se deste modo não fosse, poder-se-ia afirmar que, somente aquele cidadão que tivesse condições financeiras de custear uma tutela efetiva, é que teria direito a mesma.

Logo, a caução pode ser dispensada quando se tratar de execução provisória de provimento antecipado em matéria previdenciária, no que tange ao pagamento dos atrasados, ou seja, dos valores a que o segurado fazia jus, devidos desde da data da propositura da ação até a data da implantação do benefício previdenciário.

O art. 273, do CPC, deixa claro que, para a concessão da Antecipação de Tutela, seja ela, total ou parcial, se faz necessário o requerimento da parte. Ocorre que, - mais uma vez, realçando o caráter alimentar dos benefícios e a hipossuficiência dos requerentes -, as verbas resultantes de prestações previdenciárias trazem consigo a marca da urgência na sua obtenção.

Entende-se desarrazoado submeter àquelas pessoas (idosas, deficientes, ou desamparadas) à morosidade pela qual estão investidas as demandas previdenciárias, ou, aguardar pela vontade do procurador do requerente manifestar pela medida antecipatória, se da

análise da prova material (certidões) e testemunhal pelo magistrado, o segurado atingiu todos os pressupostos pelos quais pode se obter um benefício.

Fala-se em sobrevivência, em direito à vida, e, se o julgador deferir de ofício a Antecipação de Tutela àquele segurado que reclama por assistência, em razão do risco social pelo qual fora acometido, desde que, atendidos todos os requisitos exigidos para a concessão do benefício, ele estará apenas concretizando o direito, fazendo com que, a norma saia do papel e vá para a vida.

Esta pode até ser uma posição um pouco isolada frente à opinião de grandes doutrinadores e mestres no instituto da Antecipação de Tutela, todavia, acredita-se que este comportamento do julgador atingirá os reclamos da Justiça, e, principalmente, a efetividade do processo, citada por inúmeras vezes nesta obra, em razão de sua relevância na tutela de direitos.

Além disso, como apontado pouco acima, o § 3º, do art. 273, do CPC, estabelece que, para a realização da Antecipação de Tutela, devem ser seguidas, no que couber, as regras instituídas no § 5º, do art. 461, do CPC.

Então, com base neste parágrafo a medida poderá ser concedida sem pedido expresso do segurado. Esta questão já foi analisada no presente trabalho, no item que tratou da Antecipação de Tutela, ao falar da oportunidade em que pode ser concedida a presente medida, na qual remete-se o leitor.

6 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DO PODER PÚBLICO: O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A QUESTÃO PRECATORIAL

Após a universalização do art. 273, do CPC, no ordenamento brasileiro, esmagadora parte da doutrina e da jurisprudência, manifestam-se pelo não cabimento da Antecipação de Tutela em face do Poder Público.

Com base no art. 1º, da Lei n.º 9494/97, alguns respeitáveis doutrinadores militam em favor desta impossibilidade, uma vez que tal dispositivo proíbe a concessão da medida antecipatória contra o Poder Público.

Assim, dispõe o referido artigo:

Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n.º 4348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n.º 5021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º, e 4º da Lei n.º 8437, de 30 de junho de 1992.

Conferindo-se o teor de cada um desses dispositivos legais em causa, cumpre destacar que, tal vedação é limitada a algumas situações, como a concessão de liminares em mandado de segurança e em ações cautelares, impedindo que sejam concedidas quando se tratar de concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos. Ainda, estes dispositivos estabelecem a forma de pagamento de valores já vencidos e ao efeito do recurso cabível em face das sentenças nessas ações.

Portanto, desta análise inicial, é possível afirmar que, tal proibição não é absoluta, não atingindo a Antecipação de Tutela em face do INSS, que é, por sua vez, uma Fazenda Pública (art. 8º, da Lei n.º 8620/93).

Entende-se que qualquer medida visando coibir a Antecipação de Tutela é inconstitucional, mesmo que tal vedação resulte de Lei.

O direito de acesso à justiça, que abrange uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva, guardado no art. 5º, XXXV, da CF, não pode ser indeferido pelo legislador infraconstitucional, quando se tratar Antecipação de Tutela em face do Poder Público.

Vale dizer, todos têm direito à tutela, efetiva, adequada e tempestiva, sejam atos materializados contra o particular ou contra qualquer órgão público. Tratar-se-ia de violação à garantia constitucional do cidadão, desampará-lo nas demandas em face do Poder Público, quando o particular figurar no pólo ativo.

Conforme prelecionado pela melhor doutrina:

Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de ‘fundado receio de dano’ é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré. Por outro lado, não admitir a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa contra a Fazenda Pública significa aceitar que a Fazenda pode abusar do seu direito de defesa e que o autor que demanda contra ela é obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo [...] (MARINONI, 2000, p. 218).

Do contrário, outros doutrinadores preconizam o não cabimento da medida antecipatória, pelo fato de que o Poder Público é investido de procedimento judicial diferente dos procedimentos angularizados nas demandas contra particulares.

Deste modo, dois são os principais argumentos que sustentam a impossibilidade da medida antecipatória em face do Poder Público: o reexame necessário, estabelecido no art. 475, do CPC e a imparcialidade do pagamento através de precatório, de acordo com as exigências do art. 100, da CF.

O art. 475, do CPC, prevê que, a sentença proferida em face da União, do Estado, do Distrito Federal, do Município e suas respectivas Autarquias e Fundações de direito público, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, de modo que, não produzirá efeitos senão após sua devida confirmação pelo Tribunal.

O reexame necessário está inserido no princípio do duplo grau de jurisdição.

O duplo grau de jurisdição é um direito inerente da parte, que pode de forma voluntária ou não, recorrer ao órgão superior para que a sentença proferida pelo juízo *a quo* seja

reformada. E, em se tratando da Fazenda Pública federal, estadual ou municipal, integrando o pólo passivo ou ativo da ação, o duplo grau de jurisdição é um dever, pelo qual, todas as sentenças devem ser submetidas de ofício à revisão pelos Tribunais, pois, neste caso, não há trânsito em julgado até que a sentença seja examinada minuciosamente.

O princípio do duplo grau de jurisdição necessário trata-se de uma garantia assegurada ao Poder Público, em razão das diferenças já existentes entre ele e os particulares, para desempenhar suas funções.

Todavia, fazendo-se uma interpretação literal e restritiva ao art. 475, do CPC, é possível verificar, que o legislador empregou o termo *sentença*, então, nenhum impedimento resta à concessão da Antecipação de Tutela em face do Poder Público, haja vista que, a *decisão* que outorga a medida antecipatória não se consolida em sentença. Esta sim, não pode produzir efeitos antes de confirmada pelo Tribunal, ficando subordinada ao reexame necessário.

Também, o fato de não se tratar a medida antecipatória de tutela definitiva (como já exposto em momento oportuno), não há que se falar em reexame necessário.

Assim, é possível admitir que o art. 475, do CPC, não visa impedir a Antecipação de Tutela em face do Poder Público, se ao contrário fosse, deparar-se-ia com nítida questão de inconstitucionalidade.

Havendo abuso de direito de defesa e fundado receio de dano é possível a concessão da medida antecipatória, vez que, o requerente que obteve sucesso na demanda não pode ter o seu direito violado em razão da lentidão do processo, bem como, não está forçado a admitir, nos casos de evidente direito, o tempo para entrega da prestação jurisdicional, ou seja, nestes casos, o autor tem direito a uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

Alguns Tribunais já decidiram a respeito da possibilidade da medida antecipatória em face do Poder Público, desde que, devidamente respeitado o contraditório:

TUTELA ANTECIPATÓRIA – Concessão contra a Fazenda Pública – Admissibilidade desde que observado o princípio do contraditório. (TJRJ – AI n.º 3.478/97, julgado em 17.03.98, rel. Des. Wilson Marques. *Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 343, jul. 1998.*

Ementa da Redação: É admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, desde que observado o princípio do contraditório, que somente poderá ser afastado diante de disposição expressa em sentido contrário.

Outro argumento muito apontado na prática como forma de coibir a concessão da Antecipação em face do Poder Público trata-se da questão precatorial.

Sob a linha de raciocínio que as sentenças contra a Fazenda Pública serão executadas pelo procedimento específico, previsto nos art. 730 e 731, do CPC, que trata de pagamento por meio do precatório², tem predominado o entendimento que, para a consecução do precatório é imprescindível uma sentença transitada em julgado, vez que, nela ter-se-á certeza do valor a ser pago.

Por ser a decisão que concede a Antecipação de Tutela uma decisão interlocutória, não será expedido o precatório, haja vista que, falta-lhe o pressuposto necessário, qual seja, a sentença transitada em julgado.

Considera-se, *data vênia*, que tal entendimento é por todo equivocado e não deve prevalecer.

O art. 100, “caput”, da CF estabelece:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”. (grifou)

O disposto no artigo supracitado não quer dizer que, a expedição de precatório somente poderá ser feita após o trânsito em julgado da sentença.

A norma constitucional fala em “sentença judiciária”, e não do modo que tem preponderado, qual seja, sentença transitada em julgado, possibilitando considerar-se que, a

² Segundo Pelicioli (1998), trata-se de uma carta expedida pelos juízes da execução de sentença, em razão de ter sido a Fazenda Pública condenada a determinado pagamento, dirigida ao presidente do Tribunal, para o fim de, autorizar e expedir as devidas ordens de pagamento às repartições pagadoras, para que estas efetuem o pagamento.

norma não fez qualquer demonstração no sentido de negar a execução da sentença antes do trânsito em julgado.

Por isto que, o entendimento no sentido de ser necessário o duplo grau de jurisdição, ou ainda, ofensa à forma de pagamento através dos precatórios, não deverão sobressair em razão da natureza alimentícia do benefício previdenciário.

Como dito outrora, quando pleitea-se por um benefício previdenciário, está em risco a sobrevivência da pessoa humana, e, na demora pela implantação do benefício, restarão evidentes os danos irreparáveis.

Como forma de apoiar este entendimento, algumas alterações foram introduzidas pelas Leis n.ºs 10099/00 e 10259/01.

A primeira dispõe sobre obrigações de pequeno valor para a Previdência Social.

Assim, as demandas judiciais cujos valores de execução não forem superiores a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo vigente à época da implantação do benefício, serão quitadas mediante a expedição de ORPV (Ofício Requisitório de Pequeno Valor), sem necessidade de expedir precatório.

A segunda lei apontada criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, firmando como competência do Juizado Federal o julgamento das causas e execução das sentenças de valor até de 60 (sessenta) salários mínimos, bem como, estabeleceu que, não haverá o reexame necessário e a possibilidade de o juiz determinar o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão no Juizado Especial.

Percebe-se com isto que, o legislador instituiu medidas com objetivo de viabilizar a prestação jurisdicional de forma mais célere e eficaz.

Insta ressaltar que, em caso de crédito alimentar, como ocorre com os benefícios previdenciários, a expedição do precatório se faz indispensável somente nas hipóteses em que, a quantia devida ultrapassar o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos.

Disto conclui-se que, a regra estabelecida no art. 100, “caput”, da CF, que exclui do pagamento por precatório os créditos de natureza alimentícia, na prática não ocorre.

Esta forma de execução por meio de precatório, do modo pela qual se realiza, não é adequada à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, pois, após sua inclusão no orçamento público, deve ainda, o autor aguardar pelo momento oportuno do pagamento, já que, a ordem cronológica de entrada de precatórios, deve ser observada, tornando o requerente do benefício, vítima de todos os danos oriundos desta demora excessiva.

Por isso, afirma-se que o direito de todo cidadão a uma tutela efetiva e célere, garantido constitucionalmente, neste caso, “cai por terra”.

Depois de todos os argumentos lançados que comprovam a possibilidade da Antecipação de Tutela em face do Poder Público, há que se dizer que, nesta espécie de execução, poderá ser exigível a prestação de caução (art. 1º, §4º, da Lei n.º 8437/92), se necessário.

Entretanto, deve ser aplicada para o caso, a regra disposta no §2º, do art. 588, do CPC, dispensando a caução nas hipóteses de créditos de natureza alimentar correspondentes a 60 (sessenta) salários mínimos. Acima deste valor, a caução poderá ser exigida, desde que, o magistrado a entenda necessária, e, ofereça o autor condições suficientes de prestá-la, lembrando-se que, na impossibilidade, a medida antecipatória em face do Poder Público não poderá deixar de ser concedida.

7 CONCLUSÃO

Uma das notáveis alterações que existiram no nosso sistema processual brasileiro foi indubitavelmente, a que ocorreu por conta da reforma obtida com a Lei n.º 8952/94, que normatizou de forma autônoma o instituto da Antecipação de Tutela, concedendo um novo texto ao art. 273, do CPC.

A expressa inserção da medida antecipatória com novos laivos no ordenamento, esteve lastreada no princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, princípio este, assegurado constitucionalmente a todo e qualquer cidadão (art. 5º, inc. XXV, da CF) com o objetivo de proporcionar condições de acesso à Justiça, somando-se a isto, a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva.

É a Antecipação de Tutela, forma de ampliação dos meios de acesso à Justiça, que existe no plano da norma infraconstitucional.

Com esta modificação no procedimento, atribuindo eficácia ao processo e modernizando os provimentos jurisdicionais, tornou-se possível a concessão do próprio direito pretendido pelo autor, que somente seria concedido no final do lento transcurso do procedimento ordinário, através da decisão transita em julgado.

A demora do processo que sempre lesionou o princípio da igualdade foi revertida com a expressa inserção do instituto da Antecipação de Tutela.

Inferese então que, as ações previdenciárias, mormente aquelas que se inclinam à outorga de benefícios, revelam-se como campo fecundo para a Antecipação de Tutela, em razão da hipossuficiência de seus requerentes, necessitados de proteção social e individual, da natureza alimentícia da prestação almejada, da morosidade manifesta na tramitação em que se deparam os feitos previdenciários e do comportamento abusivo e protelatório do INSS, de maneira a retardar o andamento do processo.

Os segurados da Previdência Social vêm em juízo postular por um benefício previdenciário, quando são atingidos pelos chamados riscos sociais, quais sejam, doença, invalidez, morte, idade avançada, reclusão, maternidade e baixa renda.

Portanto, são pessoas que necessitam do benefício para garantir a própria sobrevivência. Por conseguinte, a Antecipação de Tutela em sede de benefícios previdenciários, trata-se de uma medida para garantir o efeito desejado rapidamente.

Desta feita, conclui-se que, a Antecipação de Tutela poderá ser requerida em qualquer momento processual, seja em 1º ou 2º grau de jurisdição, e, concedida “inaudita altera pars”, sempre que a demora revelar risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito reclamado, uma vez presentes os requisitos do art. 273, do CPC. Outrossim, poderá ser concedida na sentença, se o risco sobrevier neste momento.

Hoje, é evidente que a maioria das ações previdenciárias tramitam em 1ª instância cerca de 05 (cinco) anos, e provavelmente, seguirá por igual período em 2ª instância.

Verificou-se, por conseqüência, que poderá a medida antecipatória ser concedida de ofício pelo juiz, como forma de concretização dos direitos, fazendo com que a norma saia do plano abstrato (prevista na legislação), caminhando para atender as necessidades dos litigantes (plano concreto).

Igualmente, tornou-se possível concluir que, o benefício previdenciário não poderá deixar de ser implantado se não existir irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento antecipado. Assim, o risco da impossibilidade do segurado restituir ao INSS as quantias antecipadas, não poderá obstar a outorga da Antecipação de Tutela, pois, o direito à vida do indivíduo, assegurado através do benefício, é o bem jurídico de maior valia a ser tutelado, devendo o mesmo predominar em relação ao prejuízo de devolução das verbas pagas antecipadamente.

Com a nova roupagem e especificidades deste instrumental inserido no sistema processual brasileiro de maneira independente, tornou-se possível visualizar um novo processo, onde se obtêm a prestação da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva para as situações de urgência, reveladas nos casos de risco de dano grave e iminente.

O sucesso na utilização da Antecipação de Tutela dependerá do seu manejo pelos operadores do Direito, sejam advogados, bem como, magistrados, pleiteando ou concedendo-a, de forma sóbria, apropriada e com segurança. Se deste modo for procedido, ter-se-á verdadeiramente condições para o acesso à ordem jurídica justa, e, elementos para suprimir

todo mal que já está instalado, manifestado na morosidade da Justiça, provocando um gravame social e econômico.

Todavia, deve-se ter muito cuidado com o uso da medida antecipatória.

A Antecipação de tutela não será a solução para todos os embaraços pelos quais se acham imbuídas muitas ações previdenciárias, mas, contribuirá para afastar os obstáculos que impedem o normal desenvolvimento do processo, fazendo com que a prestação da tutela jurídica seja breve e justa.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil: observações as Leis 8950, 8951, 8952, de 13/12/1994, 9079, de 14/07/1995, 9139, de 30/11/1995 e 9245, de 26/12/1995, que alteram o CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 4ª Câm. Ementa da Redação: É admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, desde que observado o princípio do contraditório, que somente poderá ser afastado diante de disposição expressa em sentido contrário. AI – Agravo de Instrumento n.º 3.478/97-RJ. Relator: Des. Wilson Marques. Rio de Janeiro, 17 de março de 1998. *Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 343, jul. 1998*.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1ª. Ementa Oficial: A antecipação de tutela nos termos do caput do art. 273 do CPC, exige pedido expresso da parte autora. Sua concessão de ofício traz ofensa expressa a essa regra processual, além de hospitalizar o princípio da adstração do juiz ao pedido, conforme disposto nos arts. 2º e 128 do diploma Processual. AgIn – Agravo Interno n.º 1997.01.00.018994-8-DF. Relator: juiz Velasco Nascimento. Brasília, 18 de agosto de 1998. *Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, n. 760, p. 425, fev. 1999*.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 2ª. AGTAC – Agravo Interno na Apelação Cível 181816, proc. n.º 98023821400, 4ª Turma. Relator: juiz Fernando Marques. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 13 out. 2003.

CARREIRA ALVIM, J. E.. *Tutela antecipada na reforma processual*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC: lei n.ºs 10352, de 26.12.2001, 10358, de 27.12.2001 e 10444 de 07.05.2002*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *A nova reforma processual (comentários às Leis n.ºs 10317/01, 10352/01, 10358/01 e 10444/02)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Teoria geral do processo*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Willian Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil (comentários e manual de consulta rápida com resumo das principais questões artigo por artigo)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC: lei n.º 10444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRIEDE, Roy Reis. *Comentários a reforma do direito processual civil brasileiro (à luz das recentes modificações introduzidas na Constituição e no Código de Processo Civil)*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

_____. Medida liminar em tutela antecipatória. *Revista da P.G. INSS*, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 55-69, jan. 2002.

_____. Tutela cautelar e tutela antecipada: distinções fundamentais. *Revista CEJ*, Brasília, n. 6. Disponível em: <<http://www.Cjf.gov.Br/Publicações/Publicações.asp>>. Acesso em: 17 ago. 2003.

HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

LIMA, George Marmelstein. Antecipação de tutela de ofício? *Revista CEJ*, Brasília, n. 19, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.Cjf.gov.Br/Publicações/Publicações.asp>>. Acesso em: 17 ago. 2003.

LOPES, João Batista. *Antecipação de tutela, ação monitória e teoria geral da prova: estudos de direito processual civil*. São Paulo: [s.n.], 1996.

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Antonio Cláudio Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: J. Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed., rev. e atual. de acordo com as leis 10652 e 10358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao código de processo civil, lei n.º 5869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PELICIOLO, Ângela Cristina. Antecipação de tutela contra a fazenda pública. *Revista da P. G. INSS*, Brasília, DF, v. 4, n. 3, p. 98-112, jan. 1998.

SANTOS, Cláudio. Tutela jurisdicional antecipada. *Revista CEJ*, Brasília, n. 1. Disponível em: <<http://www.Cjf.gov.Br/Publicações/Publicações.asp>>. Acesso em: 17 ago. 2003.

SANTOS, Ernane Fídelis dos. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 4. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

THEODORO JR., Humberto. *As inovações no código de processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Processo cautelar (com análise das leis n.º 8952/94 – antecipação de tutela, e n.º 9492/97 – protesto de títulos)*. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *A Antecipação de Tutela em Matéria Previdenciária*. Revista AJUFE, 54 ed., p. 44-48, mar./abr.1997.

_____. Antecipação da tutela na sentença e a adequação recursal. *Revista da P. G. INSS*, Brasília, DF, v. 5, n. 02, p. 11-15, out. 1998.

VIEIRA, Marco André Ramos Vieira. *Manual de direito previdenciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed., atual. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2. ed., rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.