

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA TUTELA ANTECIPADA E SUA EFICÁCIA NA
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO**

Delcio Barbosa Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Francisco Tadeu Pelim.

Presidente Prudente/SP
2004

**DA TUTELA ANTECIPADA E SUA EFICÁCIA NA
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO**

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

Francisco Tadeu Pelim
Orientador

Jefferson Fernandes Negri
Examinador

Neiva Magali Judai Gomes
Examinadora

Presidente Prudente, 30 de novembro de 2004.

“Não se alegra com a injustiça, mas se regozija com a verdade.”

1Cor 13,6

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha mãe Maria Wilma Barbosa Silva e ao meu pai Delcio Silva, pelo amor e dedicação que têm por mim e pelo que em minha vida representam.

Às minhas irmãs Camila e Izadora pelo amor, carinho e compreensão.

À memória de meu querido avô e padrinho João Vicente Barbosa, pelas lições de humildade e amor.

À todos que lutam pela justiça e não perdem a esperança em construir um mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pelas bênçãos e graças alcançadas.

Aos meus pais, pelo esforço, carinho e confiança que dispuseram em mim para a minha educação e formação do meu caráter.

Às minhas irmãs Camila e Izadora e aos meus primos e irmãos Éder, Fernando e Hernani pelo carinho e paciência.

Aos meus familiares, em especial aos meus avós João (*in memoriam*) e Dora, e aos meu tio Elias e tia Cida, pelo apoio e amor.

Aos meus amigos André, Curti, Danilo, Eduardo (*in memoriam*), Júnior, Rafael, Renato, Ricardo, Shind e todos outros de meu grande círculo de amizade, pela contribuição que nem sequer souberam que deram.

Ao meu orientador Dr. Tadeu, pelo tempo e ensinamentos oferecidos no cumprimento desta obra.

Aos meus examinadores Dr. Jefferson e Dra. Neiva, pelo tempo que dispuseram para comparecer na apresentação deste trabalho e, inclusive, pela paciência e ensinamentos oferecidos nos estágios.

RESUMO

No presente trabalho, o autor apresenta os enfoques principais do instituto da tutela antecipada no processo civil brasileiro, descrevendo a contribuição do referido instituto à efetividade da prestação jurisdicional do Estado, ante ao risco de inutilidade do provimento final, em face do fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação e do abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu.

Foi dado especial destaque à análise dos institutos fundamentais do processo, abordando-se, também, o fundamento constitucional da tutela antecipada que é o cumprimento de uma garantia constitucional, mencionando-se a problemática da morosidade da prestação jurisdicional do Estado que compromete a efetividade da própria jurisdição.

Analisou-se, especificamente, as reformas do Código de Processo Civil Brasileiro e a maneira como o instituto da tutela antecipada adentrou ao ordenamento jurídico do país, bem como as modificações introduzidas pelas atuais reformas de 2002, dando-se ênfase à demonstração do referido instituto conforme previsão do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Na breve exposição, concluiu-se que a tutela antecipada é um relevante instrumento para a tutela dos direitos, e percebe-se a sua contribuição para a efetividade do processo, na medida que afasta o risco da inutilidade do provimento final, contribuindo expressivamente para uma maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela antecipada; Efetividade do processo; Prestação jurisdicional; Direito processual civil

ABSTRACT

In the present work, the author shows the main focuses of the institute of the premature protection in the Brazilian civil action, describing the contribution of the referred institute to the effectiveness judgment of the state, in front of the risk of uselessness the final provision, in face of the founded fear of irreparable damage that is difficult repairing and the abuse of the right to have an attorney or the defendant's delay purpose.

Special prominence was given to the analysis the fundamental institutes of the process, being approached also, the constitutional foundation of the premature protection that is the fulfillment of a constitutional guaranty, being mentioned the problem of the slowness of the judgment of the State that commits the effectiveness of the own jurisdiction.

It was analyzed, specifically, the reforms of the Civil Brazilian Code and the way as the institute of the premature protection penetrated into the legal system of the country, as well as the modifications introduced by the current reforms of 2002, giving emphasis to the demonstration of the referred institute according to forecast of the article 273 of the Code of civil procedure.

In the compact exhibition, it was concluded that the premature protection is a relevant instrument for the protection of the rights, and it is noticed the contribution for the effectiveness of the process, in the measure that moves away the risk of the uselessness of the final provision, contributing more expressive to a larger velocity and effectiveness of the judgment of the State.

KEYWORDS: Premature Protection; Effectiveness of the Process; Judgment; Civil procedural law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
------------------	----

Capítulo I - Do Processo

1. Sociedade e a necessidade de instrumentos de controle social	12
2. Funções do Estado	12
3. Jurisdição	14
4. Acesso à Justiça	15
5. Direito Material e Direito Processual	17
6. Processo e Procedimento	17
7. Tipos de Processo	19
8. Tutela Jurisdicional e suas modalidades	20
8.1. Em relação à satisfatividade	21
8.2. Em relação à urgência	23
8.3. Em relação ao momento	24
8.4. Em relação à técnica de cognição	24
8.5. Em relação à efetividade	25

Capítulo II - Constitucionalidade da Tutela Antecipada

1. Constituição Federal e o Direito Processual	27
2. Princípio do Devido Processo Legal e sua amplitude	28
3. Tutela Antecipada como cumprimento de uma garantia constitucional	29
4. Direitos Fundamentais da Efetividade e da Segurança	30

Capítulo III - Da Tutela Antecipada

1. Considerações iniciais	32
2. Evolução Histórica	32
3. Conceito e natureza jurídica	34
4. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro	35
5. Reforma do CPC em 1994 frente à ineficiência da jurisdição civil	36
6. Repercussão social da Reforma do CPC de 1994	37
7. Características da Tutela Antecipada	38
7.1. Caráter interlocutório	39
7.2. Urgência	39
7.3. Sumariedade	40
7.4. Revogabilidade ou Modificabilidade	41
7.5. Satisfatividade	42
7.6. Provisoriedade	43
7.7. Preventividade	44
8. Requisitos da Tutela Antecipada	45
8.1. Pedido da parte	45
8.2. Prova inequívoca	46
8.3. Verossimilhança da alegação	48
8.4. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	49

8.5. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.....	50
8.6. Inexistência do Perigo de Irreversibilidade	52
9. Objeto da Tutela Antecipada	54
10. Momento para concessão e duração da Tutela Antecipada	54
11. Efetivação da tutela antecipada	57
12. Tutela Antecipada e Tutela Cautelar	59
13. Tutela Antecipada diante da segunda fase da Reforma do CPC	61
14. Tutela Antecipada e sua eficácia na prestação jurisdicional do Estado	64
15. Jurisprudências	66
CONCLUSÃO	72
BIBLIOGRAFIA	74

INTRODUÇÃO

O Brasil, como um Estado Democrático de Direito, apesar de possuir privilégios continentais que poderiam tornar um dos países de maior potencialidade do globo terrestre, tanto jurídica quanto política e economicamente, é extremamente deficiente em “vontade política”, tornando falhas suas atuações de administrar, legislar e, principalmente, fazer com que essas leis e administração sejam fiscalizadas e cumpridas.

O Poder Judiciário, um dos três poderes constituídos da República Federativa do Brasil, que exerce a função jurisdicional do Estado, é o poder que mais é afetado pela deficiência de vontade política no país, sendo cediço o “afogamento” do Judiciário, no que concerne as grande número de ações tramitando na Justiça, a diminuição do número de magistrados “per capita”, a falta de recursos para a adequada prestação jurisdicional, e demais problemas, que fazem com que a população descredite ainda mais no “poder de dizer o direito” do Estado.

Não bastasse a falta de vontade política que afeta o Poder Judiciário, a legislação processual civil brasileira possui uma estrutura complexa que torna a prestação jurisdicional morosa, exigindo uma sucessão de atos que se desenvolvem no tempo para chegar ao provimento final, que é a sentença, e que por vezes será inócua para tutelar o direito material violado ou pretendido.

Na análise do instituto processual da tutela antecipada descrito no artigo 273 do Código de Processo Civil, percebe-se a sua contribuição para a efetividade do processo, na medida que afasta o risco da inutilidade do provimento final, ante ao fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação e no abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu.

Nossa Carta Magna em seu artigo 5º, inciso XXXV, preconiza o fundamento da efetividade do processo, pois o direito a adequada tutela jurisdicional decorre do princípio da inafastabilidade que é um postulado constitucional que deve ser observado pelo legislador processual para a consecução da almejada efetividade do processo.

Entretanto, faz-se necessário a harmonização entre os princípios constitucionais da efetividade da tutela antecipada e da segurança jurídica, que é feita pelo magistrado a cada caso concreto, valorando-se os bens jurídicos em conflito, a fim de dar preferência àquele que diante de sua análise, apresenta maior necessidade de proteção, aplicando-se, assim, o princípio da proporcionalidade.

Com as reformas do Código de Processo Civil pela Lei 8.921/94 e Lei 10.444/02, o instituto processual da tutela antecipada assumiu papel importante para a viabilização de um acesso a uma ordem jurídica mais justa, garantindo a eficácia do processo.

Utilizou-se os métodos dedutivo e axiológico. A técnica utilizada é a de pesquisa documental, que é fundada em livros jurídicos, revistas, jornais e jurisprudência.

Nesse prisma é que se elegeu o tema da Tutela Antecipada para a realização deste trabalho, em que abordou-se, no Capítulo I, a análise dos institutos fundamentais do processo, no Capítulo II, o fundamento constitucional da tutela antecipada que é um cumprimento de uma garantia constitucional e, por fim, no Capítulo III, enfocou-se o instituto da Tutela Antecipada, bem como as modificações introduzidas no Código de Processo Civil com as reformas de 1994 e de 2002, dando-se ênfase à demonstração do referido instituto, conforme previsão do artigo 273 do Código de Processo Civil, e a sua contribuição para uma prestação jurisdicional efetiva.

CAPÍTULO I - DO PROCESSO

1. SOCIEDADE E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL

A partir do momento em que o homem passou a viver em uma sociedade mais complexa, verificou-se a necessidade de um instrumento de controle social para a superação das antinomias, tensões e conflitos que vieram com a vida em sociedade.

O instrumento de controle social mais importante e eficaz dos tempos modernos é, sem dúvida, o Direito, sendo entendido como um conjunto de normas que regem uma sociedade, e daí se abstrai a expressão latina “*ubi societas ibi jus*”¹, pois a correlação entre sociedade e direito está na função ordenadora que o direito exerce na sociedade.

Assim, nasce para a sociedade uma ordem jurídica que tem a tarefa de harmonizar as relações sociais com o critério do justo e do equitativo, de acordo com os valores e ideais coletivos que prevalecem no lugar e momento.

2. FUNÇÕES DO ESTADO

Anteriormente, nas fases primitivas da civilização, o que prevalecia era a “Lei do mais forte” chamado de *autotutela*², onde inexistia um Estado suficientemente forte para superar os impulsos individualistas dos homens e impor o direito sobre a vontade dos particulares, não havendo sequer normas abstratas impostas pelo Estado.

Entretanto, com o passar dos tempos, os indivíduos perceberam os males que esse sistema ocasionavam à sociedade, e começaram a preferir, ao invés da solução dos conflitos por ato das próprias partes, uma solução amigável e imparcial pela interferência de árbitros que eram terceiros de confiança mútua.

¹ “Não há sociedade sem direito”.

² Autotutela é a eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade em que um dos sujeitos titular dos interesses conflitantes impõe o sacrifício do direito alheio.

Ressalta-se que, ao contrário da autotutela que impõe ao adversário uma solução, não cogitando em apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito, satisfazendo a pretensão simplesmente pela força, na *autocomposição*³ e na arbitragem, limitavam-se a fixar a existência ou inexistência do direito, porém, nesses tempos iniciais, o cumprimento da decisão continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial característica da autotutela.

Percebe-se uma maior participação do Estado na solução dos litígios quando houve a conquista do poder de nomear o árbitro, o qual era inicialmente nomeado pelas partes, implantando no sistema uma arbitragem obrigatória que até então era facultativa.

Assim começara a surgir a base de um ordenamento jurídico e o esboço de uma autoridade pública imparcial, como bem coloca Cintra; Grinover; Dinamarco (1998, p. 23):

Para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir o *critério objetivo* e *vinculativo* para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge então, o *legislador* (a Lei das XII Tábuas, do ano 450 a.C., é um marco histórico fundamental dessa época).

Posteriormente, com o fortalecimento do Estado que conseguia impor-se aos particulares, instituiu-se como regra a proibição da tutela privada dos direitos, surgindo para o Estado o exercício do poder, que agia pelas funções legislativa, administrativa e jurisdicional, assumindo o Estado uma responsabilidade de prestar a tutela jurisdicional, incumbindo-lhe também, a partir deste momento, a função de aplicar o direito objetivo, resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei.

O Estado, assim, passou a ter uma função pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligiam as pessoas, com o objetivo do bem-comum, através do poder estatal “caracterizado pela capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 24), dando-se início à justiça pública em substituição à justiça privada.

³ Autocomposição é também uma eliminação dos conflitos ocorrente na vida social, mas um ou ambos os sujeitos dos interesses conflitantes consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse.

3. JURISDIÇÃO

Essa atividade do Estado supra mencionada, mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos, é o que se denomina *Jurisdição*, proveniente do latim *iuris dictio*, significando “dizer o direito”, onde os juízes agem em substituição das partes, que não podem mais usar-se da autotutela, fazendo justiça com as próprias mãos, restando a elas provocar o exercício da função jurisdicional.

A Jurisdição delinea-se em sua finalidade fundamental, observado por Cintra; Grinover; Dinamarco (1998, p. 23), como:

Instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.

Define, ainda, Cintra; Grinover; Dinamarco (1998, p. 129) a Jurisdição, demonstrando suas características, como:

Uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo. (g.n.)

Porém, muitos doutrinadores tentaram definir jurisdição, havendo divergência entre algumas conceituações, mas as teorias mais destacadas são as de Carnelutti e Chiovenda, como bem esclarece Amaral (2001, p. 24 e 25):

Segundo a doutrina de CARNELUTTI, a jurisdição constitui função que tem por escopo a justa composição da lide, definida como conflito de interesses caracterizado pela pretensão de uma parte resistida pela outra. [...] A teoria construída por CHIOVENDA traz como traço marcante da função jurisdicional a substituição por uma atividade pública de uma atividade privada, sendo que esta substituição ocorre tanto no processo de cognição como no processo de execução.

Apesar dessas duas teorias serem as principais definições de jurisdição, elas sofrem críticas quanto à definição, pois as duas teorias são contrárias no que tange à concepção de ordenamento jurídico, sendo a de Carnelutti filiada à *teoria*

*unitária do ordenamento jurídico*⁴, e a de Chiovenda filiada à *teoria dualista do ordenamento jurídico*⁵.

Assim, não podendo-se conjugar os ensinamentos de Chiovenda e Carnelutti devido ao antagonismo entre as concepções jurídicas, em uma concepção mais razoável e sintetizada do que seja Jurisdição, pode ser ela definida como uma das funções do Estado que substitui à atuação das partes titulares dos interesses conflitantes, consistente em aplicar a vontade da lei no caso concreto de forma justa.

4. ACESSO À JUSTIÇA

O sistema jurídico moderno se reveste da efetividade do acesso à justiça, passando a ser um direito social básico da sociedade que não mais tem uma visão individualista dos direitos, nascendo o interesse da coletividade em se poder recorrer ao juízo para a solução de litígios.

Entretanto, é cediço que essa efetividade do acesso à justiça é afetada por vários fatores que impõem barreiras à ordem jurídica justa, como o fator financeiro das partes, deficiência de conhecimentos sobre como ajuizar uma ação, formalismo que prevalece nas instituições jurídicas e, principalmente, o tempo despendido no processo.

Nossa Carta Magna, em seu art. 5º, inc. XXXV, prevê o princípio da “inafastabilidade da jurisdição”, onde preconiza que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Mas este princípio dá ensejo à indagação do modo como o Estado prestará efetivamente essa tutela jurisdicional.

Nesse sentido, tem-se dito na doutrina brasileira a expressão “*acesso à ordem jurídica justa*”, significando que o processo deve ser um instrumento eficaz para esse acesso à justiça, sendo utilizado pelo Estado como um meio de prestar

⁴ *Teoria unitária do ordenamento jurídico* é aquela segundo a qual as normas de direito material não possuem o condão de criar direitos subjetivos, mas, tão-somente, expectativas de direito.

⁵ *Teoria dualista do ordenamento jurídico* é aquela segundo a qual a sentença não cria direitos subjetivos, mas limita-se a reconhecer a existência de direitos preexistentes. (AMARAL, 2001, p. 27)

a atividade jurisdicional aplicando-se a lei no caso concreto, não pressupondo somente a admissão de se recorrer em juízo ou a existência de um processo.

O ilustre doutrinador Bedaque (1998, p. 67 e 68), esclarece o que vem a ser “acesso à ordem jurídica justa”:

O acesso à justiça, ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa propiciar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar o resultado.

Esse meio para alcançar o resultado é o processo, que terá que ser, nesse contexto, um instrumento eficaz, modelado conforme as garantias fundamentais de meio e de resultados, sendo propiciado vias processuais aptas à resolução dos conflitos de interesses, para que haja a efetividade da tutela jurisdicional ao final do processo.

As barreiras postas à efetiva distribuição da justiça que é ocasionada em consequência dos obstáculos à efetividade do processo, como melhor ensina os juristas Cintra; Grinover; Dinamarco (1988, p. 34 e 35), situam-se em quatro “pontos sensíveis”, que, resumidamente, trazemos à baila:

a) admissão ao processo (ingresso em juízo). É preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento da defesa adequada [...] A justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos.

b) o modo-de-ser do processo. No desenrolar de todo o processo (civil, penal ou trabalhista) é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (“devido processo legal”), que as partes tenham oportunidade de participar do diálogo com o juiz (“contraditório”), que este seja adequadamente participativo na busca de elementos para sua própria instrução;

c) a justiça das decisões. O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja ao apreciar a prova, ao enquadrar os fatos em normas ou categorias jurídicas ou ao interpretar os textos de direito positivo;

d) a utilidade das decisões. Todo processo deve dar a quem tem um direito “tudo aquilo e precisamente aquilo” que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro “slogan” dos modernos movimentos em prol da “efetividade do processo” e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

Porquanto, pela citação desses “pontos sensíveis” muito bem esplanado por estes notáveis juristas, pode-se focar onde estão as maiores barreiras à prestação jurisdicional adequada e, conseqüentemente, ao efetivo acesso à

ordem jurídica justa, sendo salutar observar que só será efetiva se houver um processo eficaz, prestado em tempo hábil.

Assim, chega-se à concepção de que a morosidade é um dos principais pontos responsáveis pela falta do efetivo acesso à justiça, e por consequência à falta de efetividade do processo, sendo esta problemática esplanada com maior profundidade no decorrer deste trabalho.

5. DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

O *Direito Material* é o “corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1998, p. 40), como o direito civil, comercial, trabalhista, etc., sendo o próprio bem da vida que é objeto de interesse primário das pessoas.

Um outro ramo do direito que disciplina métodos de trabalho às atividades processuais em cooperação com as partes envolvidas em um conflito, que impulsionam o Estado a desempenhar sua função jurisdicional, é o *Direito Processual*, que é um complexo de normas e princípios que regem esse método de trabalho, e ainda, “o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado” (CINTRA GRINOVER DINAMARCO, 1998, p. 40).

Assim, o direito processual é um instrumento a serviço do direito material, com os institutos da jurisdição, ação, exceção e principalmente do processo, que são objetos dessa disciplina, que diz respeito às relações dos sujeitos processuais e das formas de se proceder os atos processuais.

6. PROCESSO E PROCEDIMENTO

É necessário a análise das teorias que tentam explicar a natureza jurídica do processo, para que se possa definir o que é o processo.

Etimologicamente, processo advém do latim *procedere*, que quer dizer “seguir adiante”, e por isso, durante muito tempo, foi confundido com a simples sucessão de atos processuais, concepção mais ligada ao procedimento.

Nesse contexto, a doutrina coloca como as principais teorias que explicam a natureza jurídica do processo, as que consideram o processo como contrato, quase-contrato, relação jurídica, situação jurídica e instituição.

Sinteticamente, as concepções das teorias da natureza jurídica do processo se baseiam em: *processo como contrato* defende que as partes se submetiam de forma voluntária ao processo; *processo como quase contrato* advém da idéia de que o processo deveria ser enquadrado entre as categorias de direito privado, vista como um ato bilateral em sua forma, não sendo contrato, nem delito; *processo como relação jurídica* prega que o processo possui sujeitos e requisitos próprios, tendo uma relação jurídica de direito material, objetivando a sua apreciação pelo Estado-juiz; *processo como situação jurídica* entende que seria o processo composto de uma série de situações jurídicas ativas, capazes de gerar para seus sujeitos deveres, poderes, faculdades, ônus e sujeições; e *processo como instituição* tem a concepção de que o processo deve ser visto como uma instituição jurídica que se compunha dos elementos da idéia objetiva, situada fora da vontade dos sujeitos, e acima dela, e do conjunto das vontades.

A teoria predominante na doutrina brasileira é a que considera o processo como uma relação jurídica em uma concepção triangular dessa relação, onde há três vínculos dentro da relação processual (autor/juiz, réu/juiz e autor/réu).

Percebe-se, outrossim, que o processo é extremamente necessário para o exercício da função jurisdicional, podendo ser definido como um “instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 275), ou ainda, processo é “um meio ou instrumento de composição da lide” (SANTOS, 1999, p.10).

Ademais, é mister observar que processo e procedimento têm significados distintos, e somente com a Constituição Federal de 1988 deu-se a importância em se demonstrar a distinção entre os conceitos de processo e procedimento, haja

vista que, no *art. 24, inciso XI, da CF/88*⁶, preconiza a competência concorrente da União, Estados e do Distrito Federal para legislar sobre *procedimentos em matéria processual* e, no *art. 22, inciso I, da CF/88*⁷, dita que somente a União têm competência para legislar sobre *direito processual*.

O douto professor Theodoro Júnior (1995, p. 43) esclarece a distinção entre processo e procedimento:

O “processo” deve ser concebido como método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto “procedimento” é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.

Assim, chega-se ao desfecho de que o processo é um instrumento utilizado pelo Estado para aplicar a lei em abstrato no caso concreto, e procedimento é uma forma de se atingir a finalidade do processo com uma sucessão de atos processuais.

7. TIPOS DE PROCESSO

Verifica-se que os tipos de processo se denominam da mesma maneira que são classificadas as ações, onde leva-se em conta o provimento jurisdicional que constitui o pedido, e por isso, conforme já visto, sendo o processo um instrumento através do qual a jurisdição atua, também é analisado a natureza do provimento jurisdicional para sua classificação.

Nesse sentido, o processo se classifica em: *processo de conhecimento*, *processo de execução* e *processo cautelar*, sendo esta a tripartição tradicional colocada pela doutrina.

Sinteticamente, o *processo de conhecimento* é o instaurado em juízo para a declaração de um direito através de uma sentença de mérito que acolherá ou não a pretensão do autor, havendo uma subclassificação de acordo com a

⁶ Constituição Federal de 1988; “art. 24: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI - procedimentos em matéria processual.

⁷ Constituição Federal de 1998; “art. 22: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. (g.n.)

natureza do provimento pretendido pelo autor, que será: *meramente declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva latu-sensu*⁸.

O *processo de execução* é aquele em que a parte já tem um título executivo judicial ou extrajudicial, que exterioriza o reconhecimento de seu próprio direito, e com este título instaura o processo para que seja satisfeito seu direito.

E, por fim, o *processo cautelar* que visa assegurar a efetiva prestação jurisdicional, antes (preparatório) ou durante (incidental) o curso de um processo de conhecimento ou de execução, para que estes não sejam inócuos, sendo esta modalidade de processo a que mais tem relação com a tutela antecipada, tema do presente trabalho, e que também é classificada conforme a ação cautelar e à Jurisdição Cautelar, pois contribui para garantir o eficaz pronunciamento da justiça e assegura a pretensão que se encontra em situação de perigo em face da morosidade do processo, mas registre-se, por oportuno, que tutela cautelar e tutela antecipada não têm o mesmo significado, conforme será melhor debatido mais adiante no decorrer do presente trabalho.

8. TUTELA JURISDICIONAL E SUAS MODALIDADES

A Tutela Jurisdicional constitui elemento de suma importância ao direito processual, consistindo a assecuração do direito objetivo feita pelos juizes exercendo o poder dado pelo Estado para a atuação no caso concreto nas relações em que há uma lide.

A tutela jurídica, que é a satisfação efetiva dos fins do direito no vigor do ordenamento jurídico para um convívio social harmônico, é gênero em que é espécie a tutela jurisdicional.

A classificação da tutela jurisdicional quanto à natureza do provimento já foi brevemente esplanada no tópico anterior quando se tratara dos tipos de processo, que é a tutela jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar.

⁸ A sentença “*meramente declaratória* limita-se à declaração, enquanto a *condenatória*, além de declarar, aplica a sanção executiva; a *constitutiva*, além de declarar, modifica a relação jurídica substancial; (...) a *mandamental* é a que há ordem judicial na sentença, e a *executiva lato sensu* é de eficácia própria, e não dependem, para sua concretização, de processo de execução autônomo, como ocorre para a sentença condenatória pura.” (CINTRA et al., 1998, p. 302, 304-5).

Entretanto, como a tutela jurisdicional manifesta-se de várias formas, faz-se necessário expor suas modalidades conforme é colocado pela doutrina, pelos critérios de sua *satisfatividade*, *urgência*, *momento*, *efetividade* e *cognição*, para que se situe melhor o instituto da tutela antecipada, principal objeto deste trabalho, no âmbito da prestação jurisdicional.

8.1 EM RELAÇÃO À SATISFATIVIDADE

Em relação à satisfatividade do direito, a tutela jurisdicional é classificada em *satisfativa* ou *não satisfativa*.

Anteriormente à explicação da tutela satisfativa e não satisfativa, é mister mencionar o que a doutrina entende por satisfatividade do direito, ressaltando que é questão deficiente em teses doutrinárias em que poucos processualistas enfrentam o tema de forma precisa e aprofundada, sendo esta classificação de relevante importância para a distinção das tutelas antecipatórias e cautelares, conforme será melhor debatido em momento oportuno no desenrolar deste trabalho.

Terminologicamente, satisfação é derivado do latim *satisfactio*, significando satisfazer, contentar. Mas, juridicamente, há várias correntes doutrinárias que tentam explicar seu significado, no bojo da doutrina processualista civil, de maneiras distintas.

Para uma das correntes doutrinárias, tendo como precursor Donaldo Armelin, satisfatividade no âmbito do direito significa a exaustão, definição, completas por si só, não necessitando de outras complementações de atividades jurisdicionais, visam a exaustividade no plano jurídico.

Nesse sentido, outra vertente deste entendimento defende que a tutela jurisdicional satisfativa está relacionada à definitividade do provimento, podendo ser alcançada somente por um processo de conhecimento, não dependendo de nenhum outro provimento para sua complementação.

Uma outra parte da doutrina entende que a satisfatividade ocorre no âmbito fático, realizada de maneira concreta e objetiva à pretensão das partes, mesmo

provisoriamente, confrontando com a definitividade defendida pela primeira corrente supra citada.

Nesta orientação do entendimento de satisfatividade ligado às situações de fato, confrontando com o significado de definitividade, leciona Marinoni (1999, p. 127):

É importante observar que o caráter da “satisfatividade” da tutela jurisdicional nada tem a ver com a formação da coisa julgada material. A tutela que satisfaz antecipadamente o direito material, ainda sem produzir coisa julgada material, evidentemente, não é uma tutela que pode ser definida a partir da característica da instrumentalidade.

Vislumbra-se que, no entendimento desta corrente, a satisfatividade pode ocorrer sem a existência de uma sentença de mérito no processo, podendo até mesmo se dar em um incidente processual, ou em uma decisão interlocutória não definitiva.

Uma terceira corrente de pensamento, defendida por Galeano Lacerda, entende por satisfatividade a tutela jurisdicional em que uma das partes tem a satisfação de seu interesse, independentemente de ser um interesse de direito material ou processual.

Para este prisma de entendimento ligado ao interesse, o deferimento de medida cautelar possui eficácia satisfativa pois, nesse caso, primeiramente satisfaz o interesse genérico processual, atendendo à necessidade de assecuração do resultado útil do processo principal, e após atende o interesse material, não se estabelecendo essa satisfação diretamente à prestação de direito material por não haver direito substancial de cautela, devido a natureza instrumental da tutela cautelar.

Uma quarta corrente doutrinária, tendo como adepto Celso Neves, entende a satisfatividade da tutela jurisdicional como a manifesta satisfação ocorrida em um processo de execução, admitindo também uma forma de satisfação no plano fático.

Essa corrente defende que não há atividade jurisdicional no processo de execução, porque essa atividade se cumpriu no processo de conhecimento, entretanto, os adeptos dessa corrente não explicam os casos em que não é

necessário a instauração de um processo para a realização do direito material, como se dá nas ações “mandamentais” e “executivas lato sensu”.

Apresentadas as correntes doutrinárias acerca do entendimento do que venha a ser a satisfatividade, visualiza-se duas formas de satisfatividade, a realizada no plano fático e a realizada no plano jurídico, ressalvando-se que as duas não se confundem.

Assim, conclui-se que a tutela jurisdicional é satisfativa quando, para os que entendem a satisfação no plano jurídico, é alcançada a satisfação de uma pretensão com a declaração de um juiz, com ares de definitividade e, para os que entendem que a satisfatividade ocorre no plano fático, a satisfatividade ocorre com a realização concreta e objetiva do direito, mesmo ocorrendo de forma provisória.

8.2. EM RELAÇÃO À URGÊNCIA

A tutela jurisdicional, em relação à urgência, pode ser *urgente* e *não urgente*, sendo esta classificação de fácil compreensão.

A palavra *urgência*, segundo o dicionário da língua portuguesa, provém do latim *urgentia*, que significa “fazer imediatamente”, “que é necessário ser feito com rapidez” (FERREIRA, 1986, p. 1741).

Será *urgente* a tutela jurisdicional que deve ser prestada com ligeireza acentuada em certas ocasiões do cotidiano social, posto que o tempo excessivo despendido na prestação jurisdicional poderá resultar no perecimento do direito ou em uma lesão de difícil reparação.

Nesta espécie de prestação de tutela jurisdicional, deve ser usado o juízo de probabilidade e verossimilhança, sendo necessária a sumarização do procedimento, pois há situações em que o tempo despendido no procedimento comum acarretará o comprometimento da eficácia do próprio processo.

A tutela jurisdicional será *não urgente* quando, a entrega da prestação jurisdicional não será comprometida pelo fator tempo, podendo-se usar o juízo da

certeza e segurança possibilitado pelo procedimento ordinário, em que é aberta oportunidade às partes para se manifestarem com mais amplitude.

8.3. EM RELAÇÃO AO MOMENTO

Em relação ao momento em que é prestada a tutela jurisdicional, pode ser *antecipada* ou *final*, sendo também de fácil compreensão.

A tutela jurisdicional *antecipada* é aquela em que é adiantado os efeitos de que se teriam definitivamente no final de um procedimento, não significando que são os mesmos efeitos da tutela definitiva, pois trata-se de tutela provisória que será substituída pela tutela final e, como o nome diz, antecipa os efeitos da tutela definitiva.

Ao inverso desta, a tutela jurisdicional *final* é a que tem o crivo da definitividade, sendo prestada por meio de uma sentença ao final de todo um procedimento em que se desencadeou vários atos processuais.

8.6. EM RELAÇÃO À TÉCNICA DE COGNIÇÃO

A classificação da tutela jurisdicional quanto à técnica de cognição é, juntamente com a classificação em relação à satisfatividade, uma das mais importantes para o discernimento da natureza do instituto da tutela antecipada, objeto de estudo do trabalho em epígrafe.

O significado da palavra cognição é, segundo o dicionário da língua portuguesa, “aquisição de um conhecimento” (FERREIRA, 1986, p. 426), significando, juridicamente, a “fase processual de uma demanda, em que o juiz toma conhecimento do pedido, da defesa, das provas, e decide, em contraposição à fase executória” (FERREIRA, 1986, p. 426).

Ainda atribuindo o significado jurídico ao vocábulo *cognição*, leciona o ilustre doutrinador Watanabe (1987, p. 41):

Cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

Conforme os ensinamentos do nobre doutrinador Watanabe em sua obra que trata da cognição no processo civil, esta referida cognição de significado jurídico pode se dar no plano *horizontal* e *vertical*.

Dentro do plano *horizontal*, em que a tomada de conhecimento do juiz é o mais amplo e extenso possível, pode a cognição ser *plena* ou *parcial*.

A cognição será *plena* quando “todas” as questões envolvidas na relação processual são conhecidas pelo juiz, e a cognição será *parcial* quando houver “limitação” do objeto a ser conhecido pelo juiz em um processo, dando simplificação e celeridade ao procedimento, não significando que essa questão restringida não possa ser questionada em ação autônoma.

Sob o plano vertical, em que o conhecimento do juiz é relacionado à profundidade ou intensidade do objeto da análise suscitada, pode a cognição ser *exauriente* e *sumária*.

A cognição *exauriente* é aquela em que é analisada pelo juiz todas as questões colocadas à sua apreciação, ilimitada e exaustivamente, em busca do juízo de certeza, e a cognição *sumária* é aquela em que o juiz analisa as questões suscitadas de forma superficial, utilizando-se de um juízo de probabilidade e verossimilhança.

Essa cognição sumária é a usada para a concessão da tutela antecipada, sendo a sumariedade uma das características do instituto ora estudado, conforme será esplanado no capítulo que tratar da “tutela antecipada”.

8.5. EM RELAÇÃO À EFETIVIDADE

Quanto à efetividade do provimento, pode a tutela jurisdicional ser *comum* ou *diferenciada*, abarcando uma ligação e similariedade com a classificação quanto a cognição.

Deste modo, a tutela jurisdicional *comum* é aquela em que é observada todas as regras e princípios processuais do procedimento comum ordinário ou sumário, sendo realizada a prestação jurisdicional com um maior dispêndio de tempo, pois haverá a cognição plena e exauriente ante a necessidade do amplo conhecimento do juiz acerca das questões suscitadas pelas partes.

Essa modalidade de tutela jurisdicional, em que compromete a eficácia do provimento pela demora e excesso de atos processuais, deu ensejo à criação de outras modalidades realizadas com mais celeridade e rapidez face à repercussão negativa da demora na prestação jurisdicional e conseqüente ineficácia do processo, chamadas de *diferenciadas*.

Distinta da tutela jurisdicional comum, a *diferenciada*, em virtude das peculiaridades de certas categorias de situações substanciais, é a realizada de forma mais célere, ocorrendo a reunião de mais de um procedimento para adequação da tutela jurisdicional à natureza do direito material pleiteado, atendendo à necessidade de uma efetiva prestação jurisdicional.

Como bem coloca o ilustre doutrinador Armelin et al. (1992) apud Amaral (2001, p. 44), com a lição de Luigi Montesano:

A adoção dessas técnicas diferenciadas objetiva atender ao reclamo de uma efetiva prestação jurisdicional, considerando, de um lado, que, para alguns direitos torna-se conveniente sacrificar a certeza e segurança resultante de uma tutela lastreada em cognição plena e exauriente e, pois, qualificada pela imutabilidade, às exigências de sua rápida e concreta satisfação.

Dessa forma, a tutela jurisdicional *diferenciada* resulta da técnica de cognição sumária, atendendo a necessidade de tutelar direitos que, por sua natureza, devem ser protegidos de forma mais rápida e eficaz, sob pena do perecimento do próprio direito material ou um dano de difícil reparação.

Assim, a modalidade de tutela jurisdicional diferenciada é a verificada no instituto da tutela antecipada, visto que tem a finalidade de adaptar a prestação jurisdicional às realidades sociais, flexibilizando e agilizando os procedimentos em que o direito material exige uma tutela jurisdicional dessa natureza, tornando-a mais eficaz.

CAPÍTULO II - DA CONSTITUCIONALIDADE

DA TUTELA ANTECIPADA

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO PROCESSUAL

Nossa Carta Magna de 1988 traça as linhas fundamentais do direito processual, fixando a esse ramo do direito público a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garantindo a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, além de conter princípios fundamentais que norteará e determinará institutos do próprio direito processual.

É cediço que a Constituição Federal é a nossa Lei Maior, em que todas as leis infraconstitucionais devem estar fundadas e, assim, o processo apresenta aspectos que os processualistas abstraíram da Constituição Federal que é um instrumento jurídico resultante do equilíbrio das forças políticas existentes no presente momento.

Por isso, percebe-se uma forte ligação entre o processo e a Constituição, onde o processo é transformado de um “simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 78).

Da inserção desses princípios processuais na Constituição Federal e de seu estudo e sistematização, dá-se o nome de *direito processual constitucional* que, segundo bem coloca Cintra; Grinover; Dinamarco (1998, p. 79-80), é:

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo (...) abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, e de outro, a jurisdição constitucional. A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da Jurisdição, sua competência e suas garantias. A Jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais.

Assim, todo o complexo de normas e princípios inerentes ao processo dá ensejo à aproximação maior entre o processo da justiça substantiva e a atividade

judiciária da tutela da garantia da liberdade, que têm por base a Constituição Federal.

2. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA AMPLITUDE

Nossas Constituições Federais anteriores a de 1988 não traziam expressamente o princípio do devido processo legal, onde os processualistas civis procuravam interpretar a garantia do devido processo legal sob o argumento do dispositivo que previa o princípio da inafastabilidade da jurisdição, representando uma garantia cujo conteúdo era o próprio processo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz, de forma expressa, o princípio do devido processo legal em seu artigo 5º, inciso LIV, que dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e o princípio da inafastabilidade da jurisdição em seu artigo 5º, inciso XXXV, que consta: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”.

Conforme denota-se, evolutivamente, a CF/88 trouxe esses dois princípios supra mencionados em dispositivos avulsos, importando que a inserção desta regra do “due process of law” abstraída do direito anglo-saxão na Constituição Federal brasileira significa a consagração de garantias do processo e a constitucionalização do processo, até então implicitamente interpretados.

Além das garantias que decorrem diretamente do art. 5º, inciso LIV, da CF/88, existem outras manifestações do princípio do devido processo legal encontrados na própria CF/88, como a garantia do contraditório e ampla defesa que são estendidos a todos os tipos de processo (art. 5º, LV), o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), o princípio da legalidade, o princípio da igualdade processual e demais garantias integrantes e decorrentes do “devido processo legal”.

Os doutos professores Cintra; Grinover; Dinamarco (1998, p. 82), expressam o que vem a ser o “due process of law”, sendo entendido como:

O conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro,

são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Neste sentido, para que seja almejado as garantias para a formação e o andamento do processo como uma integralidade, o princípio do devido processo legal deve ser visto sob sua amplitude que revela um grande conteúdo, conforme já mencionado.

3. A TUTELA ANTECIPADA COMO CUMPRIMENTO DE UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

Com a inserção, expressamente, do princípio do devido processo legal na Constituição Federal de 1988, juntamente com suas amplas manifestações espalhadas nas previsões constitucionais, necessitou-se da construção de procedimentos com mais agilidade e eficiência para se chegar ao ideal de efetividade do processo, para que a garantia constitucional não seja apenas uma promessa, ou norma morta.

São sábias as palavras do ilustre doutrinador Machado (1998, p. 61) que realçam o verdadeiro sentido da garantia constitucional do devido processo legal:

Em face do que temos hoje, não é mais possível negar, sob qualquer pretexto, que o que a Constituição nos assegura no seu art. 5º, inc. LIV, é, de fato, o direito ao justo processo concebido como processo cuja construção pela lei é necessariamente inspirada pela racionalidade, razoabilidade, igualdade e senso de justiça, sob pena de, não sendo, ter sobre si a mácula da inconstitucionalidade por violação ao princípio do devido processo legal. (g.n.)

Outrossim, na observância deste importante preceito constitucional que é o devido processo legal, consagra-se a exigência da elaboração de procedimentos que contenham instrumentos aptos para gerar uma tutela jurisdicional efetiva, que é papel de nossos legisladores.

Assim, o instituto da tutela antecipada, que será objeto de estudo detalhado no próximo capítulo, juntamente com outras figuras criadas ou remodeladas pelas

reformas do Código de Processo Civil, principalmente a de 1994, representam o cumprimento infra-constitucional da garantia do devido processo legal como direito ao justo processo, transformando o CPC de 1973 para enfrentar a realidade da lentidão da justiça, que é o fator que mais compromete a efetiva tutela dos direitos.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA EFETIVIDADE E DA SEGURANÇA

Ainda no que concerne à constitucionalidade da tutela antecipada, é mister abordar-se a problemática que existe, em tese, no conflito entre dois direitos constitucionais fundamentais que integram a garantia do devido processo legal, de um lado o direito à efetividade da jurisdição, e do outro, o direito à segurança jurídica.

A colisão desses dois direitos supra mencionados está no sentido de não poderem coexistir em situações em que o transcurso do tempo é necessário para a obtenção da certeza jurídica (segurança jurídica), e em que esse mesmo lapso temporal se torna incompatível com a efetividade do processo (efetividade da jurisdição), pois poderá gerar danos irreparáveis ou de difícil reparação aos direitos das partes conflitantes.

É de se observar que não há hierarquia entre o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica no âmbito normativo, pois ambos estão na órbita dos direitos fundamentais expressamente reconhecidos na Constituição Federal.

O que realmente deve ocorrer é a harmonização entre os princípios fundamentais, equacionando o direito à efetividade e à segurança no sentido de serem interpretados de maneira que não impeçam a realização da boa justiça, tornando-os flexíveis, e não absolutos, atribuindo ao legislador ou juiz a tarefa de dizer qual princípio ou garantia deve prevalecer em um aparente conflito.

Ademais, para esta harmonização deverá também se observar o princípio da proporcionalidade onde se busca uma operação que limite apenas ao indispensável para superar o conflito entre os direitos, harmonizando-os, e da

necessidade que só será admitida uma solução limitadora do direito fundamental quando efetivamente existir o conflito entre os princípios.

CAPÍTULO III - DA TUTELA ANTECIPADA

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os instrumentos eficazes para a imediata tutela jurisdicional de direitos foi desconhecida em consideráveis momentos históricos da humanidade, inclusive no direito romano que é o alicerce dos principais ordenamentos jurídicos existentes na atualidade.

Com o tempo, sentiu-se a necessidade da criação desses instrumentos eficazes para a pronta proteção do direito, mesmo com caráter provisório, fazendo com que surgisse no direito romano figuras que exteriorizavam a solução provisória e necessária, como os *interditos*, a *missio in possessionem* (imissão na posse de bens do devedor), a *cautio damni infecti* (evitar dano irreparável mediante prestação de caução), a *restitutio in integrum* (repunha as partes no estado anterior), e demais figuras que são considerados os ancestrais da tutela de urgência.

Com a morosidade processual e o risco de se tornar inócua a tutela jurisdicional ao final de um processo que tem um procedimento com um certo exagero de atos, os juristas passaram a refletir sobre uma maneira de evitar esse risco.

Em resposta à ineficácia do procedimento moroso e à necessidade de maior celeridade e à tutela efetiva dos direitos, surge a tutela antecipada como um instituto autônomo do direito processual, não precisando valer-se o operador do direito de outras medidas para o adiantamento de efeitos do provimento final em caráter provisório, como se fazia com o desvirtuamento da tutela cautelar que tinha finalidade assecuratória, e não satisfativa, conforme será melhor esclarecido nos itens subsequentes.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os estudiosos da ciência do direito e os legisladores dos Estados mais civilizados sempre se depararam com a problemática da influência negativa do tempo sobre a eficácia do processo, mas esses antigos juristas não conseguiram formar idéias concretas para demonstrar, de maneira juridicamente razoável, alternativas de procedimentos que não punham em risco o próprio direito material com a excessividade de atos processuais do procedimento ordinário.

Após o reconhecimento do processo como um ramo autônomo da ciência do direito, foi que começou-se a se desenvolver instrumentos técnicos, com o estudo mais aprofundado do direito processual, extraindo-se conceitos importantes para a evolução do estudo deste ramo.

Por volta de 1930, surge na doutrina uma obra de suma importância para suscitar a reflexão sobre questões do processo e seus fins específicos, sendo de autoria de *Piero Calamandrei* sob o título "*Introduccion al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*".

Com a constituição de uma teoria geral do processo cautelar, após a Revolução Industrial, os estudiosos da nova ciência processualista sentiu a necessidade de se enfrentar a demora do processo, pois comprometia a efetividade da prestação jurisdicional.

Na Europa, como também no Brasil, houve uma expressiva expansão do processo cautelar devido ao conservadorismo de doutrinadores e, conseqüentemente, dos legisladores, que se prendiam às forças ideológicas que defendiam a ordinarização do processo como fórmula superior de tutela dos direitos.

Percebeu-se, no entanto, que o procedimento ordinário em alguns casos concretos eram visivelmente ineficazes, fazendo com que determinados litigantes desacreditassem no Judiciário, gerando insegurança quanto a prestação jurisdicional do Estado.

Na falta de procedimentos sumários e na análise de casos concretos com "*periculum in mora*" que exigiam resposta rápida do Judiciário, além da autorizada pelo processo cautelar, os magistrados passaram a socorrer-se de soluções urgentes satisfativas, que desviavam do que visava o processo cautelar, sendo uma reação contra esses sistemas carentes de procedimentos ágeis.

Entretanto, com esse empasse das cautelares satisfativas, surgiu confrontos generalizados entre juizes, doutrinadores, intérpretes, operadores do direito e a própria lei, onde necessitou-se urgentemente da criação de um mecanismo que tornasse o processo mais eficaz, que se faria com a originação de um nova lei que instituísse a tutela antecipada.

3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Não há dificuldades para a definição da Tutela Antecipada, visto que sua conceituação advém da própria lei, com a inserção desta figura processual no ordenamento jurídico, entendida como, resumidamente, a antecipação dos efeitos da sentença de mérito.

A Tutela Antecipada, segundo Lopes (2001, p. 40):

Trata-se de decisão interlocutória (e não de sentença), por via da qual o juiz concede ao autor o adiantamento de efeitos da sentença de mérito com caráter satisfativo.

O doutrinador Theodoro Júnior (2002, v. 2, p. 525), define a tutela antecipada como:

A possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.

Para Nelson Nery Júnior (2002, p. 29), a tutela antecipada é:

Antecipação dos efeitos da sentença de mérito, é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos.

Da análise dos conceitos supra citados, indaga-se, cientificamente, as semelhanças, e as vezes até a confusão, entre a tutela cautelar e antecipada, interferindo na definição da natureza jurídica desta tutela.

A distinção da tutela cautelar e tutela antecipada será esplanada mais adiante no decorrer do desenvolvimento deste trabalho.

Todavia, salienta-se por oportuno, que é massificamente entendido que a tutela antecipada não se trata de tutela cautelar, embora haja semelhanças entre essas duas tutelas, sendo ambas tutelas de urgência que baseiam-se em cognição sumária e não tem autoridade de coisa julgada.

A posição recente da doutrina sobre a natureza jurídica da tutela antecipada é de adiantamento do provimento de mérito, de antecipação satisfativa do resultado final do processo, sob o argumento de que a finalidade da antecipação não é resguardar a eficácia de outro provimento, nem assegurar a exequibilidade da sentença a ser proferida ao final, ou a realização de um direito material e, muito menos, assegurar a utilidade prática de outro processo, não tendo, assim, duplo efeito.

Deste modo, a tutela antecipada tem natureza de tutela diferenciada de urgência que, com base em cognição sumária, satisfaz antecipadamente a pretensão do direito material que poderia provavelmente obter em sentença futura com força de coisa julgada.

4. TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, não previa o instituto da tutela antecipada, fazendo com que os operadores do direito utilizassem o poder geral de cautela previsto no art. 798 como um “*quebra galho*” para uma prestação jurisdicional mais eficaz e moldada à realidade do mundo jurídico que surgira juntamente com a evolução da sociedade.

A tutela cautelar propriamente dita era pouco usada em sua finalidade essencial que é a assecuração de um resultado útil e prático de um processo principal, chegando-se à distorção do seu uso no sentido de suprimir a tutela satisfativa até então não encontrada de forma genérica em nosso ordenamento jurídico.

Para dar maior eficácia à prestação jurisdicional do Estado que conta com procedimentos morosos às determinadas situações que exigem uma certa urgência dando-se uma solução provisória, surgiu uma nova redação ao *art. 273*

do *Código de Processo Civil Brasileiro*⁹ com a Lei 8.952/94, prevendo a tutela antecipada.

É mister ressaltar que a tutela antecipada não foi inserida no nosso ordenamento jurídico com a supracitada lei, pois já eram previstas formas de antecipação dos efeitos da tutela de modo específico em alguns micro sistemas legais que tratavam de assuntos determinados que contavam com normas de direito material e processual, como no *art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor*¹⁰ (Lei 8.078/90), no *art. 213, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente*¹¹ (Lei 8.069/90), e no *art. 59, § 1º, da Lei do Inquilinato*¹² (Lei 8275/91) .

Entretanto, a tutela antecipatória só adentrou de forma genérica no ordenamento jurídico brasileiro, com a consubstanciação do art. 273 na reforma do CPC de 1994, tendo como fundamento, dar maior eficácia ao processo e evitar o uso desenfreado e distorcido da tutela cautelar.

5. REFORMA DO CPC EM 1994 FRENTE À INEFICIÊNCIA DA JURISDIÇÃO CIVIL

Assim como a sociedade evolui com o passar dos tempos, o direito processual civil também necessitou evoluir-se para acompanhar a realidade

⁹ CPC, *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; II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

¹⁰ CDC, *art. 84*: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

¹¹ ECA, *art. 213*: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático e equivalente ao adimplemento. §1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu

¹² Lei do Inquilinato, *art. 59*: Com as modificações constantes deste Capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário. § 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: (incs. I a V que enumeram as situações)

social, adaptando-se à nova atmosfera do mundo jurídico, no sentido de enfrentar a crise de efetividade da jurisdição civil.

Ante essa ineficiência da jurisdição civil, o legislador brasileiro procurou corrigir as falhas que permeavam na atividade judiciária por conta de um Código de Processo Civil que era deficiente em previsões legais que tornassem a prestação jurisdicional civil mais eficaz, forçando uma distorção de outras medidas previstas, como se deu com o uso incorreto das cautelares inominadas.

Essa correção se deu, por ora, com a chamada “primeira reforma do Código de Processo Civil”, sendo editadas as Leis 8950 a 8953 de 13 de dezembro de 1994, adicionadas às Leis 8898/94, 8710/93, 8718/93, 9079/95 (ação monitória), 9139/95 (agravo), 9245/95 (procedimento sumário), abarcando alterações importantes no bojo do CPC de 1973, simplificando e agilizando os procedimentos para se alcançar uma maior eficiência de nossa justiça.

Dentre as modificações da mencionada reforma do CPC, uma parcela das regras reformadoras instituiu e disciplinou uma figura nova, que foi uma resposta às injustiças que eram ocasionadas pelo retardamento da prestação jurisdicional.

Essa nova figura mencionada é o instituto da tutela antecipada, regulada pelos arts. 273 e 461 do CPC que, como bem coloca Machado (1998, p.17), é:

Arma de enorme potencial para corrigir as distorções que o tempo provoca sobre a efetividade da tutela jurisdicional e compensar as deficiências específicas que o instrumento da jurisdição civil tem apresentado em cada área da sua atuação.

Desse modo, a Reforma do CPC de 1994 enfrentou de maneira relevante a ineficiência da justiça civil com a instituição da tutela antecipada, até então não prevista no ordenamento jurídico brasileiro de forma genérica, sendo novamente acrescentadas alterações no art. 273 do CPC com a segunda fase da reforma do CPC em 2001 e 2002, que será comentada com maior profundidade no decorrer deste trabalho.

6. REPERCUSSÃO SOCIAL DA REFORMA DO CPC DE 1994

Não discute-se a importância de todos os avanços infiltrados na legislação processual civil com a Reforma de 1994 supra mencionada, entretanto, é de se reconhecer que o instituto da tutela antecipada foi o que teve uma maior repercussão social, no sentido de amenizar a visão negativa que a maioria dos cidadãos têm da prestação jurisdicional do Estado, deslocando o enfoque do processo civil “do binômio segurança-certeza para o da rapidez-probabilidade” (ALVIM, 2002, p. 21).

Esta nova figura criada, como já esplanado no capítulo anterior, nada mais foi do que o cumprimento de garantias constitucionais, em que necessitava-se de uma reforma para adequação das normas às realidades sociais, revelando um instituto de grande repercussão para os juristas e também à sociedade, e como bem coloca Machado (1998, p. 21):

Bastaria esta única constatação relativa às demandas condenatórias para revelar a magnitude do alcance social e político da recém-criada figura da tutela antecipada (...) de agora em diante, parece legítimo dizer que ficou mais fácil sonhar com a prontidão das decisões de justiça que, em última instância, é sinônimo, mais do que qualquer outra coisa, de efetividade do processo e de credibilidade do Judiciário sem o que não construirá uma democracia no Brasil.

Assim, com a Reforma de 1994 e a conseqüente inserção do instituto da tutela antecipada no processo civil brasileiro, o Judiciário obtêm mais credibilidade perante à sociedade, que enxerga o instituto como um instrumento de justiça, e não de sua negação, desde que haja uma atuação de coragem e responsabilidade por parte dos juízes que aplicarão a medida aceita democraticamente.

7. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA ANTECIPADA

Para uma melhor compreensão da natureza do instituto da tutela antecipada, é mister esplanar suas características conforme é colocado pela doutrina, não se suscitando maiores controvérsias sobre estas características, que não são exclusivas do instituto, mas de fácil compreensão.

Nesse prisma, vale lembrar o que foi esplanado no item 8 do Capítulo I deste trabalho, onde se abordou o estudo das modalidades da tutela jurisdicional, sendo esta classificação de relevante utilidade para a compreensão das características que se passará a expor.

Assim, a tutela antecipada tem por características: *caráter interlocutório, urgência, sumariedade, revogabilidade, satisfatividade, provisoriedade e preventividade.*

7.1. CARÁTER INTERLOCUTÓRIO

O caráter interlocutório da tutela antecipada, advém da interpretação literal do § 5º do art. 273 do CPC¹³, sendo entendido como decisão interlocutória o ato do juiz de decidir uma questão incidente sem por fim ao processo, ou seja, dá-se antes da prolação da sentença.

O fato de o juiz conceder ou não a tutela antecipada não colocará fim ao processo e, por conseqüência, desta decisão caberá como recurso o agravo em conformidade com o art. 522 do CPC¹⁴, desde que não seja concedida concomitantemente à sentença, cabendo nesse caso a apelação.

7.2. URGÊNCIA

Conforme já mencionado no Capítulo I, a urgência significa o que deve ser realizado imediatamente, e a tutela de urgência é aquela em que deve ser prestada com ligeireza acentuada em certas ocasiões do cotidiano social, posto que o tempo excessivo despendido na prestação jurisdicional poderá resultar no perecimento do direito ou em uma lesão de difícil reparação.

¹³ CPC, Art. 273: (...) §5º Concedida ou não a tutela antecipada, prosseguirá o processo até o final do julgamento.

¹⁴ CPC, art. 522: Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 dias, retidos nos autos ou por instrumento.

Desta maneira, patente está esta característica na tutela antecipada decorrente da situação em que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, disposto no *art. 273, inc. I, do CPC*.

Assim, a tutela antecipada é uma espécie do gênero tutela de urgência, instando ressaltar que a lei autoriza a concessão da tutela antecipada em caráter não urgente em algumas situações em que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, consoante o *inc. II do art. 273 do CPC*, para que se evite a injusta espera da realização do direito do autor, conforme se verá mais adiante.

7.3. SUMARIEDADE

A urgência do provimento jurisdicional postulado dá ensejo à necessidade de que a prestação jurisdicional, nesses casos, utilize um rito de forma abreviada, caracterizada pela sumariedade, que tem a finalidade de preservar e tutelar com urgência o direito material em questão, pois a demora é uma inimiga da efetiva prestação jurisdicional.

Sumariedade advém da palavra sumário que, segundo o dicionário da língua portuguesa, tem o significado de “*resumido, breve, conciso, sintético, realizado sem formalidades, simples*” (FERREIRA, 1986, p. 1628).

A tutela antecipada, por sua natureza, possui essa característica da sumariedade que é classificada em *formal e material*.

Sumariedade formal é “aquela pertinente ao procedimento adotado para a antecipação dos efeitos da tutela” (AMARAL, 2001, p. 79), é relativa ao procedimento, pois a grande quantidade de atos processuais contidas no procedimento ordinário acarretará a falta de efetividade do processo em razão da demora do deferimento da providência jurisdicional postulada com uma certa urgência.

A *sumariedade material* é a relativa à cognição realizada para a prestação da tutela jurisdicional e, conforme já esplanado no tópico 8.6 do Capítulo I, quando se tratara da classificação da prestação jurisdicional quanto à técnica de

cognição, mencionou-se que a cognição *sumária* é aquela em que o juiz analisa as questões suscitadas de forma superficial, utilizando-se de um juízo de probabilidade e verossimilhança, sendo esta a dita sumariedade material.

Dessa maneira, percebe-se como característica da tutela antecipada tanto a sumariedade formal, quanto a material, face à natureza do instituto que, como já relatado, é espécie do gênero tutela de urgência.

7.4. REVOGABILIDADE OU MODIFICABILIDADE

Conforme previsão do §4º do art. 273 do CPC¹⁵, a tutela antecipada também tem por característica a *revogabilidade* ou *modificabilidade*, significando dizer que a decisão que concedeu a tutela antecipada poderá ser modificada pelo próprio juízo que a concedeu, a qualquer tempo e por decisão fundamentada.

Para que a decisão que concedeu a tutela antecipatória acautelatória do inciso I do art. 273 do CPC¹⁶ seja revogada ou modificada, segundo Machado (1998, p. 580), é mister que haja a ocorrência de fatos novos que, devidamente instruído nos autos, faça com que o juízo perceba que a prova inequívoca ou o *periculum in mora* desapareçam ou inexistam, ou que o juízo se convença da inexistência do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora* que justificou o adiantamento da tutela após um conhecimento mais aprofundado dos mesmos fatos alegados anteriormente.

Já para que a decisão que concedeu a tutela antecipada sancionatória do inciso II do art. 273 do CPC¹⁷ seja revogada ou modificada, é necessário a existência de um fato novo que afirme de alguma maneira que o réu não abusou de seu direito de defesa ou não teve o *animus* protelatório de suas alegações que foi considerada infundada ou temerária pela decisão do juízo que concedeu a antecipação da tutela.

¹⁵ CPC, art. 273: (...) §4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

¹⁶ O inciso I deste artigo é o referente à concessão da tutela antecipada por fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

¹⁷ O inciso II deste artigo é o referente à concessão da tutela antecipada pela caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Da análise desta característica da tutela antecipada, indaga-se na doutrina se essa revogação ou modificação pode ser procedida *ex officio* pelo juiz.

A maioria da doutrina entende que a revogação ou modificação só poderá ser decretada se houver requerimento da parte, mas há quem entenda que o juiz pode agir de ofício.

Para os que entendem que não é possível a revogação ou modificação *ex officio*¹⁸, fundam-se no argumento de que assim como a antecipação é requerida, a sua revogação e modificação também reclama requerimento da parte interessada, sendo inviável tal ocorrência de ofício, devendo a parte provocá-la.

A outra corrente de pensamento que entende pela possibilidade da revogação ou modificação da tutela antecipada de ofício, argumenta que este instituto processual não foi criado apenas para beneficiar o demandante, mas também em favor do processo como atuação da jurisdição na solução da lide, tendo um fundamento publicístico da efetividade e credibilidade do Judiciário.

O ilustre doutrinador Machado (1998, p. 581) expressa de maneira esplendida essa corrente de pensamento:

Se o interesse na concessão da tutela antecipada se divide entre o Estado e o autor que precisa querer (art. 273, *caput*), o interesse na revogação descabida interessa, antes de mais ninguém, ao Estado, razão por que este não pode ficar na dependência de requerimento do réu para eliminar o arbítrio que macule uma decisão sua e que põe em risco a própria imagem do Poder Judiciário perante os demais Poderes e a sociedade.

Entretanto, independentemente da corrente adotada pela possibilidade de revogação ou modificação *ex officio* ou não, a ocorrência de outros fatos que alterem a situação fática ou o convencimento do juízo acerca da existência do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ensejadores do deferimento da antecipação da tutela, é indiscutivelmente necessário para a sua revogação ou modificação.

7.4. SATISFATIVIDADE

¹⁸ PASSOS, 1996, p. 211; AMARAL, 2001, p. 83; ZAVASCKI, 1997, p. 113-14; FRIEDE, 1997, p. 72-4

Para a explicação da característica da satisfatividade, vale lembrar o que foi exposto no tópico 8.1 do Capítulo I deste trabalho, referente à classificação da tutela jurisdicional quanto à satisfatividade do direito.

Conforme já visto, a doutrina diverge entendendo pela existência de duas espécies de satisfação do direito, qual seja, a satisfatividade fática que é a realização do direito no plano social, e a satisfatividade jurídica que é a realizada através de uma sentença que declara a existência de um direito dentro de um processo.

Por essa razão, há também divergência na doutrina se a tutela antecipada é modalidade de tutela jurisdicional satisfativa ou não satisfativa, indagando-se, também, se a antecipação dos efeitos da tutela satisfaz, ou não, o direito pleiteado em um processo.

Deste modo, para os que entendem que a satisfatividade do direito só ocorre no plano jurídico, a tutela antecipada não tem a característica ora analisada, pois, para essa corrente, há satisfação do direito somente se houver uma solução definitiva, por meio de uma sentença.

E para os que entendem que há a satisfatividade do direito no plano fático, ou que admitem a distinção entre satisfação fática e jurídica, a tutela antecipada possui a característica da satisfatividade, visto que em termos práticos coincide o que se concede provisoriamente com o que se postula em juízo definitivamente, realizando o direito no âmbito social.

7.5. PROVISORIEDADE

A provisoriedade é também uma das características do provimento jurisdicional que concede a antecipação da tutela.

Insta salientar, entretanto, que há divergência na doutrina quanto ao discernimento do que vêm a ser as expressões “provisoriaidade” e “temporariiedade”, em que para uma corrente há distinção no significado, e para outra não há distinção.

Os que entendem que *não há distinção* entre provisoriedade e temporariedade (MOREIRA, 1996, p. 352), argumentam que ambas expressões dão ensejo à concepção de que não se destinam a durar indefinidamente, se justificando somente enquanto persistirem as razões que a determinaram.

Uma outra parte da doutrina, majoritária, tendo como precursor Calamandrei, entende que *há distinção* entre as mencionadas expressões, pois *temporal* se refere ao que não dura para sempre, de duração limitada, que se extingue após determinado lapso temporal sem a necessidade de outra decisão, e *provisório* é o que se destina a durar até que sobrevenha um evento posterior definitivo, subsistindo no tempo intermediário.

Assim, em conformidade com o § 5º do art. 273 do CPC¹⁹, a tutela antecipada tem a característica da provisoriedade e não da temporariedade, pois concedida ou não a antecipação da tutela, o processo seguirá até o final do processo com a sentença, que substituirá o provimento provisório.

7.6. PREVENTIVIDADE

Esta *preventividade* ocorre por meio da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional definitiva, total ou parcialmente.

A característica da preventividade é decorrente do caráter urgente das situações que cerceiam a concessão da tutela antecipada, posto que tais situações fáticas exigem uma resposta rápida do Judiciário em face do receio do dano irreparável e de difícil reparação mencionado no inc. I do art. 273 do CPC.

Também pode-se dizer que há o caráter preventivo na situação em que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu mencionado no inc. II do art. 273 do CPC, pois a demora do processo decorrente desses atos resulta na injusta espera para a realização do direito, que deve ser prevenido com a concessão da tutela antecipada.

¹⁹ CPC, Art. 273 (...) §5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final do julgamento.

8. REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA

A concessão da Tutela Antecipada está condicionada ao preenchimento de certos requisitos estabelecidos em Lei, conforme preconizado no art. 273 do CPC, para evitar-se abusos ou distorções na aplicação desta medida.

É estabelecido no referido dispositivo pressupostos positivos e negativos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, entendendo-se como requisitos positivos: *pedido da parte; existência de prova inequívoca; verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*; e como requisito negativo: a não configuração do *perigo da irreversibilidade* do provimento antecipado.

Ressalta-se que alguns desses requisitos supra mencionados foram colocados pelo legislador por termos vagos, com uma certa medida de indeterminação, necessitando de uma interpretação e conceituação doutrinária mais precisa, o que passa a se expor separadamente.

8.1. PEDIDO DA PARTE

Quanto a prestação da tutela jurisdicional, contém o Processo Civil Brasileiro a regra do *ne procedat iudex ex officio*, disposto no art. 2º do CPC²⁰, assim como o princípio dispositivo encontrado no art. 262 do CPC²¹ e o princípio da adstrição referido no art. 128²² do mesmo diploma.

Não bastasse essas regras gerais do CPC, nos termos do *caput* do art. 273 deste Código há a necessidade do requerimento da parte para o deferimento da tutela antecipada, não podendo o juiz, de forma alguma, determinar a tutela antecipada *ex officio*.

²⁰ CPC, Art. 2: Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

²¹ CPC, Art. 262: O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

²² CPC, Art. 128: O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Insta salientar que há entendimento no sentido de que, excepcionalmente, pode-se conceder a tutela antecipada de ofício pelo juiz, assim como a sua revogação ou modificação, posto que, nas tutelas de urgência, segundo essa corrente, deve haver uma atenuação do princípio do dispositivo, conforme já esplanado no item 7.4 deste Capítulo.

Entretanto, embora havendo posicionamentos divergentes, em regra, um dos requisitos do adiantamento da pretensão de mérito representado pelo instituto ora estudado, é o expresse pedido da parte, postulado na inicial ou em qualquer momento do trâmite do processo.

A concessão da antecipação dos efeitos da tutela *ex officio* configura-se em inobservância aos princípios da inércia da jurisdição, do dispositivo e da adstrição, encontrados, respectivamente, nos arts. 2º, 262 e 128 do CPC, além do próprio *caput* do art. 273 do CPC, conforme já mencionado.

Outra questão que se afronta sobre o requisito do *pedido da parte* aludido no art. 273 do CPC, é a legitimidade para requerer a tutela antecipada.

Não há dúvida de que o autor da ação é parte legítima para a postulação da tutela antecipada, mas quanto ao réu, é de se observar que o conteúdo da peça de defesa não reflete pretensão que possa ser objeto de antecipação.

Entretanto, nos casos em que se admite *reconvenção*²³ e nas *ações dúplices*²⁴, a pretensão postulada pela parte que a princípio é réu, pode ser objeto da tutela antecipada, visto que trata-se de contra-ação, em que as figuras do autor e réu se invertem, não constituindo defesa propriamente dita.

Ressalta-se ainda que, assim como o réu pode assumir o polo ativo da relação processual postulando a tutela antecipatória, também o poderá o litisconsorte, o assistente qualificado, o oponente, o denunciante e os demais terceiros interventores na relação processual.

8.2. EXISTÊNCIA DA PROVA INEQUÍVOCA

²³ *Reconvenção* é um modo de exercício do direito de ação, sob a forma de contra-ataque do réu contra o autor, dentro do processo já iniciado, ensejando processamento simultâneo com a ação principal, a fim de que o juiz resolva as duas lides na mesma sentença.

²⁴ *Ação Dúplice* é a ação em que o autor pode tornar-se réu, e o réu autor, podendo o que foi à princípio autor, ser condenado por simples pedido do réu na contestação, sem a necessidade de reconvenção.

Os termos vagos, cobertos com uma certa medida de indeterminação, de que necessitam de conceituação e interpretação doutrinária, mencionados no começo deste item, é o que passa a ocorrer com a disposição do art. 273 do CPC que faculta ao juiz antecipar a tutela quando, existindo *prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança da alegação*.

Terminologicamente, o vocábulo *prova* advém do latim *probare, probatio*, que significa *demonstrar, convencer, persuadir, formar juízo*.

O vocábulo *inequívoco*, é a conjugação do prefixo de negação *in* e *equívoco*, significando a demonstração do que se diz ou se faz com *clareza, firmeza, evidente, certo*.

Vige no Processo Civil Brasileiro o princípio valorativo das provas da *persuasão racional*, em que o juiz é livre para apreciar e valorar as provas constantes dos autos, conforme disposição contida no *art. 131 do CPC*²⁵, formando sua convicção da demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta.

Essa liberdade judicial na valoração das provas da *persuasão racional*, é o que dificulta a definição de prova inequívoca, visto que o inequívoco para um juiz, pode não ser para outro julgador.

Com uma interpretação literal do art. 273 do CPC no que concerne à prova inequívoca, poderia se entender que haveria de existir uma prova indubitosa de que a alegação é verossímil, mas essa exegese faria com que se desnaturasse o instituto processual ora estudado, pois na tutela antecipada utiliza-se a cognição sumária, com um juízo de probabilidade, posto que a certeza absoluta dificilmente será obtida.

Nesse sentido, o ilustre doutrinador Vaz (2002, p. 138), menciona:

De rigor, o uso da expressão prova inequívoca é, ao meu ver, inadequado. As provas não são inequívocas ou equívocas, mas sim provas mais ou menos convincentes. Todas as provas, de rigor, ressalvada as várias exceções previstas na própria lei, são relativas. O

²⁵ CPC, *Art. 131*: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

que pode haver são provas cujo grau de resistência à contestação é maior.

Assim, a prova inequívoca é aquela em que se é passível de corresponder à realidade, transmitida com um razoável convencimento, contrapondo-se à prova ambígua, é “uma prova robusta, que, embora no âmbito da cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (SAVASCKI, 1997, p. 76).

8.3. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

Analisada a conceituação e interpretação do que se entende por prova inequívoca, o art. 273 do CPC determina a apresentação, ou melhor, a demonstração da existência de prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da *verossimilhança da alegação*.

O vocábulo *verossimilhança* deriva de *verossímil*, que significa plausibilidade, probabilidade de ser, o que se aponta como possível ou real.

O requisito da verossimilhança da alegação tem conceituação diversificada na doutrina face às concepções de juízo de aparência, juízo de probabilidade e juízo de verossimilhança que, para alguns, são expressões sinônimas e, para outros, embora parecidas, não se confundem.

Conforme lição de Calamandrei, os termos possibilidade, probabilidade e verossimilhança não se confundem, visto que, possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem a aparência de verdadeiro, e provável seria o que se pode provar como verdadeiro.

Nessa esteira, ensina o douto jurista Alvim (1996, p. 59):

Quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo em reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, está ainda mais avançado do que quem diz que é verossímil, porque vai além da aparência, e começa a admitir que existem argumentos para crer que esta corresponda à realidade.

Para o doutrinador Machado (1998, p. 379), os três vocábulos são convergentes pois “as noções de aparência e probabilidade integram a de

verossimilhança, probabilidade íntegra a de aparência e aparência íntegra a de probabilidade”.

Insta ressaltar, que os conceitos das expressões verossimilhança e prova inequívoca, formalmente contraditórios, se completam, dando um sentido de que a tutela antecipada somente pode ser concedida se demonstrada a probabilidade máxima da versão apresentada e, posteriormente, que seja possível a sua comprovação.

Esta probabilidade conjugada das duas expressões supra mencionadas é o que se exige para a concessão da tutela antecipada, sendo mais rigorosa do que o *fumus boni iuris* exigido para as ações cautelares.

Assim, não se pode dar excessiva amplitude à expressão *verossimilhança* e, muito menos, interpretar a expressão *prova inequívoca* rigorosamente, cabendo ao juiz, no caso concreto, analisar a lide e estabelecer um equilíbrio no intuito de tutelar o direito mais provável, evitando prejuízo às partes.

8.4. FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Os requisitos da *prova inequívoca* que convença o juiz da *verossimilhança da alegação* encontrados no *caput* do art. 273 do CPC, tratam-se de requisitos necessários, que sempre deverão estar presentes para a concessão da tutela antecipada.

Todavia, os incisos I e II do referido artigo exige outros requisitos específicos, que podem ser apresentados alternativamente, sendo o pressuposto do inciso I o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*, chamado de tutela antecipada de urgência ou assecuratória.

Este requisito tem significação similar ao *periculum in mora* da tutela cautelar, visto que a concreta possibilidade de a parte experimentar prejuízo irreparável ou de difícil reparação, caracteriza uma situação de perigo, caso tenha que se aguardar a decisão definitiva da lide.

Entretanto, alguns autores divergem da similiariedade do *periculum in mora* da tutela cautelar, do requisito do *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* exigido para a concessão de tutela antecipada.

Nesse sentido, na lição de Calamandrei, o ilustre doutrinador Vaz (2002, p. 148) expõe a distinção:

Nas cautelares, a urgência e a mora dizem respeito à garantia preventiva dos meios capazes de possibilitar que o procedimento principal, a seu tempo, apresente-se justo e praticamente eficaz; na tutela antecipada, a mora está relacionada com o estado de insatisfação do direito, vale dizer, com a necessidade de que haja o reconhecimento provisório do direito que constitui objeto da relação substancial controversa.

Pode-se dizer que o dano será *irreparável*, quando os efeitos do dano forem irreversíveis ou que não podem ser reintegrados, e o dano será de *difícil reparação*, quando a situação econômica do réu não autorizar supor que o dano será efetivamente reparado, sendo dificilmente individualizado ou quantificado.

É mister observar, que o fundado receio exigido pela lei, não pode ser interpretado como qualquer receio, devendo ser justificado em circunstâncias que indiquem dados concretos do risco do prejuízo grave, e não apenas uma preocupação subjetiva.

E ainda, não somente o direito que se encontra na eminência de sofrer um dano pode ser tutelado pelo instituto da tutela antecipada, mas também o direito que já tenha sofrido uma lesão, sob pena do perecimento da própria pretensão.

Nesse diapasão, ensina o ilustre doutrinador Machado (1998, p. 467):

A conclusão a que chegamos, assim, em face da redação do inciso I do art. 273, é a de que a preventividade da tutela antecipatória neste caso significa mais do que o impedimento a que um prejuízo aconteça, mas também o impedimento a que um dano se repita ou se agrave.

Assim, o receio do dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser fundado em circunstâncias fáticas justificadas objetivamente, em virtude do risco do prejuízo à integridade do próprio direito material pretendido.

8.5. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO DO RÉU

O outro requisito específico alternativo necessário da tutela antecipada é o contido no inciso II do art. 273 do CPC, que se refere ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, chamado de tutela antecipada punitiva.

Dentro de uma relação processual triangular, estabelecida entre o juiz e as partes, exige-se atenção às normas de conduta ética, submetidas às regras da boa-fé e da lealdade, respeitando-se a moralidade identificada com a dignidade da justiça.

Este requisito se justifica quando a parte litiga com total consciência de sua falta de razão, desnaturando o direito de defesa ou contraditório, ou obstando o normal desenrolar do processo.

As hipóteses de litigância de má-fé descritas no *art. 17 do CPC*²⁶ podem se enquadrar nas situações que autorizam a antecipação da tutela punitiva, mas a concessão desta “somente será possível quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande possibilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito” (VAZ, 2002, p. 152).

No que tange à conceituação do *abuso do direito de defesa* ou *manifesto propósito protelatório do réu*, é mister salientar que a doutrina apresenta diferentes definições.

Uma parte da doutrina não faz distinção entre as expressões do inciso II do art. 273 do CPC, em que entendem que o abuso do direito de defesa é gênero do qual o manifesto propósito protelatório do réu é espécie, e consideram ainda as expressões redundantes, visto que quem age com o intuito de protelar o processo, certamente está abusando do direito de defesa²⁷.

²⁶ CPC, art. 17: Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

²⁷ São adeptos dessa corrente os autores SERGIO SAHIONE FADEL, REIS FRIEDE, etc.

Outros, ainda não fazendo distinção, entendem que o abuso do direito de defesa é espécie do gênero propósito protelatório do réu²⁸.

Para uma outra corrente doutrinária as expressões são distintas, dando-se conceituações diversificadas, entretanto, para a compreensão das referidas expressões dentro do estudo do instituto ora estudado, basta o entendimento do abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu, independentemente de qual seja a espécie e o gênero.

O abuso do direito de defesa é a apresentação de resistência pelo réu totalmente infundada ou maliciosa contra a pretensão do autor, sendo importante ressaltar que, para a caracterização deste abuso, não se exige o dolo processual em prejudicar a outra parte.

O manifesto propósito protelatório do réu é o resultante do comportamento do réu que não poderá resultar proveito processual algum, retardando o andamento do feito.

Desse modo, as expressões significam a prática de “atos reprováveis e lesivos ao bom desenvolvimento do processo” (AMARAL, 2001, p. 112), razão por que tanto uma como a outra, somados aos requisitos genéricos do caput do art. 273 do CPC, são autorizadas da concessão da tutela antecipada punitiva.

8.6. INEXISTÊNCIA DO PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE

Para que a tutela antecipada seja admissível, também não poderá haver o perigo de irreversibilidade do provimento, conforme dispõe no *parágrafo 2º do art. 273 do CPC*²⁹, sendo este um requisito negativo.

É de se observar, que este requisito também contém conceito vago e indeterminado, face à impropriedade técnica do dispositivo em mencionar o perigo de irreversibilidade do provimento final antecipado, visto que a natureza da tutela antecipada, é provisória e revogável.

²⁸ São adeptos dessa corrente os autores OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, TEORI ALBINO ZAVASCKI, etc.

²⁹ CPC, art. 273 (...) §2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Insta ressaltar, que tutela e provimento não se confundem, pois o provimento corresponde à decisão judicial que reconhece o direito no âmbito abstrato, enquanto que a tutela corresponde à concretização do provimento, no âmbito fático.

Nesse prisma, para a maioria da doutrina, a irreversibilidade referida no dispositivo supra citado diz respeito ao âmbito fático, posto que no âmbito jurídico sempre será possível a reversão.

Entretanto, entendendo de forma diversa, Marinoni (1998, p. 167) ensina que “o que o § 2º do artigo 273 veda é apenas a tutela antecipada de natureza constitutiva ou declaratória, nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas”, coibindo deste modo as declarações e constituições provisórias.

Ademais, a doutrina e jurisprudência têm entendido que a exigência da irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento antecipado não pode ser levado ao extremo, admitindo exceções para que a finalidade do instituto da tutela antecipada não seja desvirtuada.

Essa corrente é a de melhor argumentação, ao meu ver, visto que, em certas situações, a aplicação rígida do referido dispositivo sacrificaria a própria tutela jurisdicional.

Nesse sentido, bem coloca o ilustre doutrinador Amaral (2001, p. 127):

A irreversibilidade não pode ser tida de forma absoluta e concebida como barreira intransponível para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela. É certo que existirão situações em que haverá o confronto entre direitos fundamentais dos litigantes; provavelmente de um lado, estará o direito à efetividade da tutela jurisdicional e, de outro, o direito à certeza e segurança jurídica.

Orienta a doutrina que, nesses casos excepcionais, apliquem-se os princípios da probabilidade e proporcionalidade entre a segurança e a efetividade, em que o juiz se valerá de uma análise ponderada do caso concreto.

Todavia, há uma corrente doutrinária que entende que a exigência de se evitar o perigo da irreversibilidade é requisito indispensável à concessão da tutela antecipada, não admitindo exceções, pois não se poderá existir uma medida irreversível sem que haja o contraditório e ampla defesa.

9. OBJETO DA TUTELA ANTECIPADA

Da análise do art. 273 do CPC, percebe-se os contornos do objeto da tutela antecipada que é a *antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*, sem que essa antecipação corresponda ao provimento jurisdicional final pleiteado, mas somente aos efeitos que decorrem da tutela jurisdicional postulada.

Deste modo, a antecipação não pertine à própria tutela declaratória, condenatória ou constitutiva, “mas aos efeitos que qualquer delas tende a produzir no plano material e que não possam aguardar o momento oportuno para que tal ocorra, sob pena de não mais terem utilidade para o titular do direito” (BEDAQUE, 1998, p. 336).

Ressalta-se que a tutela antecipada atua sobre os efeitos fáticos da tutela jurisdicional, e não no plano jurídico do provimento propriamente dito e, assim, não se antecipa a declaração, condenação ou constituição no plano jurídico, mas sim a eficácia social, os efeitos decorrentes destas tutelas.

10. MOMENTO PARA A CONCESSÃO E DURAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Conforme já mencionado, a tutela antecipada é um incidente processual resolvido por uma decisão interlocutória, revestindo-se, geralmente, da natureza de liminar, mas isto não significa que a tutela deva ser concedida liminarmente, posto que, em razão da urgência, a providência é concedida antes do momento normal.

Para uma parte da doutrina, não se estabelece limite temporal para o deferimento da tutela antecipada, podendo o autor postular a qualquer tempo³⁰, mas essa questão apresenta consideráveis divergências doutrinárias, sendo que uma corrente defende que só é possível a antecipação antes do esgotamento da

³⁰ São adeptos dessa corrente: JOÃO BATISTA LOPES, LUIZ GUILHERME MARINONI, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, TEORI ALBINO ZAVASCKI, etc.

instrução³¹, outra corrente entende a possibilidade de concessão a qualquer tempo, mas sempre antes da sentença³².

Outrossim, o momento adequado para que o juiz antecipe os efeitos da tutela jurisdicional não é precisamente estabelecido no Código de Processo Civil, sendo necessário analisar as situações da tutela antecipada assecuratória e a tutela antecipada punitiva, previstas nos incisos I e II do art. 273 do CPC, respectivamente.

Na hipótese do inciso I, há divergência na doutrina em relação à possibilidade da concessão da tutela antecipada *inaudita altera parte*³³, em que uma corrente doutrinária, majoritária, sustenta que o juiz poderá conceder a tutela antecipada sem a ouvida do réu, pois o contraditório será postergado e a parte contrária poderá postular a revogação da medida

Outra corrente entende que somente após a instauração do contraditório, seria possível ao juiz verificar a presença dos requisitos necessários ao deferimento da antecipação.

No que concerne à situação do inciso II do art. 273 do CPC, também há divergência quanto ao momento da concessão da tutela antecipada, em que a maioria da doutrina defende que é inconcebível o deferimento sem a presença do réu, posto que só poderá ocorrer o *abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório*, se o réu estiver atuando no processo.

Todavia, uma outra corrente sustenta que a tutela antecipada fundada no inciso II do art. 273 do CPC, pode ser deferida sem a ouvida do réu nas ocasiões em que seja possível ao juiz a caracterização de que o réu esteja agindo de forma a procrastinar a realização do direito do autor, mesmo antes de integrar na relação processual.

Denota-se que, a regra do *art. 804 do CPC*³⁴, referente ao critério adotado no processo cautelar para a concessão de liminares, deve ter aplicação analógica

³¹ São adeptos dessa corrente: ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS, CALMON DE PASSOS.

³² Sustenta esse pensamento CARREIRA ALVIM.

³³ “Sem a ouvida do réu”

³⁴ CPC, art. 804: É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após a 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.

à tutela antecipada, em atenção à natureza do instituto e às circunstâncias desses casos de tutela de urgência.

Também há divergência doutrinária quanto à possibilidade da concessão da tutela antecipada por ocasião da prolação da sentença.

Uma parte da doutrina, entende que não existe qualquer óbice para que o juiz defira a tutela antecipada após o encerramento da fase instrutória do processo, mas é inadmissível essa concessão por ocasião da sentença, pois a sentença tem natureza e efeitos diversos da decisão interlocutória que concede a tutela antecipada, retirando da parte interessada o direito ao recurso adequado³⁵.

Uma segunda corrente doutrinária sustenta que se pode conceder a tutela antecipada por ocasião da prolação da sentença, cabendo recurso de apelação, não havendo necessidade de decisão interlocutória em separado, com a única ressalva de que, com a concessão da tutela antecipada, retira-se o efeito suspensivo do mencionado recurso³⁶.

Uma terceira corrente entende que, após realizada a instrução processual e apresentados as alegações finais, não poderá mais o juiz conceder a tutela antecipada, visto que o processo se encontrará pronto para receber a tutela definitiva³⁷.

Ademais, a doutrina é uníssona no sentido de admitir a concessão da antecipação da tutela em sede recursal, pois mesmo nessa fase é perfeitamente possível a ocorrência de fatos que apresentam os requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada.

No que tange a duração da tutela antecipada, a lei processual é omissa, mas a questão é de fácil compreensão, valendo lembrar o que foi esplanado no item 7.4 e 7.6 deste Capítulo, referente às características da tutela antecipada, da revogabilidade ou modificabilidade e da provisoriedade, pois a tutela antecipada tem seu tempo de duração enquanto persistir a situação que a autorizou ou até que venha a ser substituída pela tutela definitiva.

³⁵ Corrente defendida por MARINONI (1998, P. 134-5).

³⁶ Defendem esse pensamento: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, MARCELO BERTOLDI.

³⁷ Pensamento sustentado por ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO.

11. EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A expressão *efetivação* da tutela antecipada, ao invés de *execução*, foi inserida com a nova redação dada ao § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil³⁸ pela Lei 10.444/2002, para se evitar a idéia da utilização do processo de execução na tutela antecipada assecuratória do inc. I do art. 273 do CPC, que tem o regime jurídico diverso do que se deve adotar para a execução da tutela antecipada punitiva do inc. II do referido dispositivo.

Na redação original do art. 273, § 3º do Código de Processo Civil, previa-se que a execução da tutela antecipada observava as regras da execução provisória do processo civil, que remetia à aplicação do art. 588, incisos II e III do mesmo diploma legal.

Percebia-se que o legislador, não exigindo a regra do inc. I do art. 588 do CPC, dava grande importância à tutela antecipada que, apesar de provisória, seria de natural eficácia imediata, posto que a efetividade do provimento não podia ficar dependente do regime da execução provisória, sendo uma execução própria, possibilitando a execução de decisão interlocutória, inclusive naquelas proferidas em um processo de conhecimento.

Nesse sentido, comenta o ilustre doutrinador Machado (1998) apud Lopes (2001, p. 87):

Nem há razão para se estranhar a possibilidade de execução de decisão interlocutória proferida no processo de conhecimento. Há muito se superou, no direito brasileiro, o binômio cognição-execução, isto é, cognição e execução não são compartimentos estanques e o discrimen se faz principalmente para atender à fins didáticos. Com efeito, não havendo ações puras (Pontes de Miranda), em todas elas podem identificar aspectos cognitivos, executivos e cautelares. (...) Para executar, nem sempre é preciso, antes, condenar. Ante todo o exposto, não é novidade no processo civil brasileiro a superação do binômio cognição-execução. É nesse cenário, pois, que se deve incluir a execução da tutela antecipada.

É mister ressaltar, que a expressão “no que couber e conforme sua natureza” do §3º do art. 273 do CPC é vaga e um tanto singela, demonstrando uma imprecisão técnica do legislador, mas quer dizer que essa efetivação não se

³⁸ CPC, art. 273 (...) §3º A efetivação do provimento antecipatório observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461 §§ 4º e 5º, e 461-A.

rege integralmente pelo *art. 588 do CPC*³⁹, que também contém nova redação, em face da natureza da tutela antecipada e a possibilidade de situações de urgência que incompatibilizaria a aplicação de algumas regras da execução provisória.

Aspecto importante referente às incompatibilidades da execução provisória que se interpretava com a antiga redação do §3º do art. 273, era a de que a medida desta execução da tutela antecipada, desnecessitava da prestação de caução, que não era obrigatória, posto que pela natureza e o regime adotado para a antecipação, “a referência à aplicação de execução provisória *no que couber* e os fins buscados pela lei, notadamente a efetividade do processo, força a convir pela dispensa da caução, para não frustrar o escopo maior do instituto” (LOPES, 2001, p. 90).

Denota-se que, conforme a nova redação, como trata-se de efetivação, e não de execução, não cabe questionar-se sobre a existência de título executivo, mas há quem entenda que a própria decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada é um título judicial, mas ressalta-se que, na prática, é desnecessário esse entrave, posto que “o título executivo é essencial para se promover a execução, mas tutela antecipada não se executa, se efetiva” (VAZ, 2002, p. 231).

Salienta-se que, os atos de efetivação da tutela antecipada ocorrem nos próprios autos do processo de conhecimento, pois trata de uma decisão interlocutória que resolve uma questão endoprocessual, emitindo uma ordem judicial que deve ser efetivada.

Esses provimentos mandamentais judiciais de natureza antecipatória recebeu ainda mais proteção com a inclusão do *inc. V e parágrafo único, no art.*

³⁹ CPC, art. 588: A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observada as seguintes normas:

I- corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II- o levantamento do depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III- fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV- eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§1º No caso do inc. III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.

14 do CPC, dada pela Lei 10358/2001⁴⁰, que elevou o cumprimento desses provimentos a deveres das partes ou participantes do processo, considerando o descumprimento como ato atentatório ao exercício da jurisdição e, inclusive, possibilitando a aplicação de multa ao violador do mencionado inciso V.

Outra ressalva da nova redação do § 3º do art. 273 do CPC, que também foi de extrema importância para a efetivação das decisões interlocutórias concessivas de tutela antecipada, foi a inclusão da aplicação, além do art. 588, das disposições dos §§ 4º e 5º do art. 461 e do art. 461-A do CPC, que possibilita, no caso de descumprimento, a multa, a busca e apreensão, a imissão na posse, a remoção de coisas e a requisição de força policial até o cabal cumprimento da medida.

12. TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

Conforme mencionado no tópico 4 deste Capítulo, até o advento da Lei 8.952 de 1994 que instituiu a tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, a tutela cautelar foi utilizada indiscriminadamente com o intuito de obter-se provimentos que antecipavam, satisfativamente, os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, desvirtuando a natureza da tutela cautelar que é o de assegurar o resultado útil e prático de um processo principal.

De antemão, adianta-se que tutela antecipada e tutela cautelar, embora apresentem semelhanças e sejam instrumentos de grande valia para a efetividade do processo, são provimentos jurisdicionais distintos, embora uma pequena parte da doutrina entenda que tratam de institutos da mesma natureza.

Conforme já visto, também, o instituto da tutela antecipada, ora estudado, é espécie de provimento jurisdicional fundado em cognição sumária, que tem por

⁴⁰ CPC, art. 14: São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam no processo:

(...) V- cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetividade dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo pago no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

finalidade realizar, provisoriamente, o direito material invocado, antecipando, total ou parcialmente, os efeitos da tutela postulada na exordial.

Nessa esteira, a tutela antecipada e a tutela cautelar têm em comum algumas características como a provisoriedade, a sumariedade formal e material, a cognição, a modificabilidade e revogabilidade, a preventividade e a reversibilidade, valendo lembrar o que foi esplanado no tópico 7 deste Capítulo, onde se mencionou mais detalhadamente sobre as características supra citadas.

Todavia, as tutelas antecipada e cautelar apresentam elementos distintivos, como a legitimidade para requerer cada um dos institutos, sendo que na tutela cautelar pode ser pleiteada tanto pelo réu como pelo autor, nos casos de cautelar incidente. Já no caso da tutela antecipada, necessita, via de regra, do requerimento do autor, não possibilitando a concessão de ofício pelo juiz, ao contrário do que é permitido para a tutela cautelar, conforme o art. 797 do CPC.

Identifica-se outro traço distintivo, na severidade da análise do preenchimento de todos os requisitos do art. 273 do CPC, mencionados no tópico 8 deste Capítulo, para a concessão da tutela antecipada, já para o deferimento da tutela cautelar, basta o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Uma outra diferença, está na relação da medida cautelar com um processo principal, conforme se verifica nos arts. 807 e 809 do CPC, não tendo a medida antecipatória dependência da existência de um outro processo.

Nesse diapasão, traçando a distinção entre as tutelas cautelar e antecipada, leciona o nobre doutrinador Amaral (2001, p. 151):

Em síntese, pode-se concluir que a tutela cautelar tem a finalidade de assegurar a eficácia de uma ação de conhecimento ou execução, preservando, assim, a integridade das coisas, pessoas ou provas, enquanto a tutela antecipatória não tem qualquer dependência com outro processo, seja presente, seja futuro, pois a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional dar-se-á no próprio processo em que foi requerida, realizando, provisoriamente, a pretensão de direito material, até que a situação controvertida seja regulada definitivamente.

É mister salientar, que uma parte da doutrina traça outra forma de distinção entre essas duas tutelas, ressaltando que o caráter satisfativo da tutela antecipada, não existe na tutela cautelar, que é meramente assecuratória.

Desta distinção, vale lembrar o que foi esplanado no item 8.1 do Capítulo I, referente à classificação da tutela jurisdicional, e ao item 7.4 deste Capítulo, que menciona a característica da satisfatividade da tutela antecipada, no plano jurídico e no plano fático, sendo este um tema bastante controvertido na doutrina, conforme já esplanado nos itens supra mencionados.

Ressalta-se, entretanto, que a doutrina não diverge que tanto a tutela antecipada, como a tutela cautelar, são tutelas de urgência, mas, como visto, com funções diversas.

13. TUTELA ANTECIPADA DIANTE DA 2ª FASE DA REFORMA DO CPC

A segunda fase da reforma do Código de Processo Civil, com a edição das Leis 10352/2001, 10358/2001 e 10444/2002, contém alterações de dispositivos com o objetivo de, no que se refere as Leis de 2001, corrigir imperfeições da primeira reforma de 1994, e em relação à Lei de 2002, introduzir novidades no sistema processual civil brasileiro, muitas já concebidas jurisprudencialmente.

Entretanto, é mister abordar-se apenas as mudanças no instituto da tutela antecipada do art. 273 do CPC, advindos com a edição da Lei 10444 de 7 de maio de 2002.

Essas modificações compreenderam: aprimorar a efetivação; demonstrar a situação injusta do autor, quando este faz pedidos cumulados e parte deles é incontroverso, e esta parte incontroversa necessita esperar o julgamento de todos os pedidos; tratar da fungibilidade dos meios sem prejudicar o autor, quando houver dúvida se a natureza do pedido é cautelar ou antecipatório, conforme a *alteração do §3º e inclusão dos §§ 6º e 7º no art. 273 do CPC*⁴¹.

⁴¹ Antiga redação do art. 273 do CPC: (...) §3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588 (...)

Alterações: art. 273 do CPC: (...)

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

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

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

No que pertine às alterações e ao ajuste terminológico da expressão *execução* pelo termo *efetivação* no §3º do art. 273 do CPC, vale lembrar o que já foi mencionado no item 11 deste Capítulo, em que se tratou mais detalhadamente da efetivação da tutela antecipada.

Nesse sentido, reforçando o comentado no referido item, é válido trazer o ensinamento do ilustre doutrinador Wambier; Wambier (2002, p. 52):

[...] *efetivação* é expressão mais abrangente, açambarcando a execução no sentido estrito, que diz respeito ao processo de execução que desemboca na desapropriação de bens e à execução *lato sensu*, ou seja, à transformação do mundo empírico em função daquilo que consta do título. A expressão *efetivação* abrange, evidentemente, a realização ou concretização de determinação constante de sentença mandamental ou executiva *lato sensu*.

Em relação à inclusão do §6º ao art. 273 do CPC que se refere ao pedido de tutela antecipada sobre o *objeto incontroverso*⁴² entre o autor e réu, ressalta-se que esta medida já tinha respaldo na doutrina e jurisprudência, que não obstava que o requerente postulasse o adiantamento da parte incontroversa do pedido, sob a forma de tutela antecipada.

A inclusão deste parágrafo funda-se na prevenção do abuso do direito de defesa do réu, que, por exemplo, poderia não contestar a parte incontroversa, nem pagá-la, procrastinando o processo para a discussão da parte do pedido que entende não ser devida.

No tocante à inclusão do §7º ao art. 273 do CPC referente à fungibilidade da tutela antecipada para a cautelar, teve o legislador a intenção de prestigiar a efetividade da prestação jurisdicional sob o prisma do processo civil moderno, que é de resultados.

É cediço que a finalidade das medidas de natureza cautelar é garantir a eficácia da providência jurisdicional final, existindo justamente para ensejar a aplicabilidade plena do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição e, assim, se restringida a concessão destas medidas, e havendo a possibilidade de se impedir que o provimento principal seja ineficaz, implica-se em inobservância à Norma Maior.

⁴² *Objeto incontroverso* de uma demanda é a admissão parcial da pretensão do autor pelo réu, ocorrida nos casos em que o pedido é cindível.

Conforme mencionado no item 12, referente à tutela antecipada e tutela cautelar, ambas são tutelas de urgência que apresentam algumas semelhanças, mas não têm a mesma natureza, apresentando expressivas distinções.

A nova regra do §7º inserido no art. 273 do CPC, significa que se poderá deferir medida cautelar em caráter incidental, na hipótese em que o autor pedir como antecipação de tutela, provimento de natureza cautelar, preenchidos os requisitos da tutela cautelar do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Nessa esteira, a conversão de pedido antecipatório em cautelar, põe fim às dificuldades práticas dos casos em que se determinava instauração de outro processo acessório, significando que a providência cautelar pode ser concedida em caráter incidental no processo ajuizado.

Mas o que deve se ater na aplicação da fungibilidade, é de que trata-se de fungibilidade de tutelas e não procedimental, podendo o juiz determinar que o pedido cautelar se proceda em autos apartados se entender que a conversão poderá causar tumulto na ordem processual.

Ressalta-se que, a antecipação da tutela assecuratória prevista no inc. I do art. 273 do CPC contém uma certa carga de cautelaridade, mas na tutela antecipada os requisitos são analisados mais rigorosamente do que o *periculum in mora* e *fumus boni iuris* das cautelares.

Já a tutela antecipada punitiva do inc. II do art. 273 do CPC, em razão de prescindir da demonstração do *periculum in mora*, se afasta das providências de caráter cautelar, sendo mais difícil a aplicação da fungibilidade nessas hipóteses.

Indaga-se a possibilidade de aplicação desta fungibilidade em “via de mão dupla”, ou seja, se pode ser deferida a tutela antecipada se pedido uma providência cautelar, sendo esta indagação ensejadora de divergência na doutrina.

Para uma parte da doutrina, na situação inversa em que se articula o pedido como cautelar incidental, sendo caso de antecipação de tutela, não se aplica o princípio da fungibilidade, pois para a antecipação da tutela é necessário estar em um processo principal, sendo juridicamente impossível a situação inversa em razão do caráter acessório do processo cautelar.

Outra corrente, afirma que a fungibilidade é aplicada em “via de mão dupla”, podendo se deferir a tutela antecipada em que o autor pleiteou uma medida cautelar, mas desde que preenchidos os requisitos da concessão da tutela antecipada.

Existem situações em que algumas medidas encontram-se na chamada “zona cinzenta”, entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, estabelecendo uma verdadeira dúvida objetiva acerca da natureza da medida de urgência e, neste caso, se autorizará a aplicação do princípio da fungibilidade.

Nesse sentido, leciona o doutrinador Eduardo Talamini apud Wambier; Wambier (2002, p. 62):

[...] em certos casos, possibilitar-se-á antecipação da tutela, apesar de ter sido requerida mediante a instauração de um autônomo processo cautelar, bem como, em situações excepcionais, será viável a concessão da tutela meramente conservativa no bojo do processo principal, a despeito de não se tratar de uma das hipóteses em que isso é expressamente autorizado pela lei. [...] Por isso, a fungibilidade entre as duas vias de pleito e concessão de tutelas de urgência deve ficar restrita aos casos: a) de dúvida objetiva acerca da natureza da medida, tal como acima delineado; ou b) de extrema urgência na concessão da providência para afastar dano grave.

Assim, embora haja entendimentos divergentes acerca da interpretação de certas questões do §7º do art. 273 do CPC, a previsão expressa do princípio da fungibilidade mostra-se relevante à assecuração da tutela de urgência e para a eficácia da própria prestação jurisdicional.

14. TUTELA ANTECIPADA E SUA EFICÁCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

O fator tempo é um dos principais elementos ensejadores da ineficiência da prestação jurisdicional do Estado, posto que a demora na prestação jurisdicional, em certos casos, compromete a realização e existência do próprio direito material pretendido.

Conforme já mencionado neste trabalho, o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, não previa nenhum instituto processual que antecipasse os efeitos da tutela, em caso de urgência, fazendo com que os

operadores do direito utilizassem, de forma indiscriminada, da medida cautelar para tal pretensão, desnaturalizando a tutela cautelar que tem função assecuratória.

Adequando-se às realidades sociais, o legislador brasileiro instituiu a tutela antecipada no ordenamento jurídico na Reforma do CPC de 1994, dando nova redação ao art. 273, representando um grande avanço para tornar a prestação jurisdicional mais efetiva, visto que “enxergou o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo” (MARINONI, 2000, p. 22-3).

O referido instituto é o cumprimento da garantia constitucional consubstanciada nos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional, valendo lembrar o que foi esplanado no Capítulo II, onde referiu-se sobre a constitucionalidade da tutela antecipada.

Não obstante o aparente conflito de direitos e princípios fundamentais da efetividade e segurança jurídica que, como também já visto, se harmonizam, a antecipação da tutela se revela um instrumento de suma importância para proporcionar a efetividade do processo moderno de resultados, posto que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

Nesse prisma, é mister trazer à baila o ensinamento do ilustre doutrinador Dinamarco (1994, p. 270) sobre o que vem a ser a efetividade do processo:

Constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais. (...) efetividade significa a almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça (social) e fazendo cumprir o direito (jurídico), além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade (político).

A preocupação na busca da efetividade pela doutrina moderna, prega que o processo de resultados é originária da célebre idéia de Chiovenda, citada por vários autores, com a frase: “o processo deve dar, na medida do que for praticamente possível, a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.

Ressalta-se, também, que a tutela antecipada representa indubitável efetividade à prestação jurisdicional no sentido de eliminar o fator tempo como obstáculo à realização de justiça, e pela extensão da tutela jurisdicional rápida a todos os direitos, sem o prejuízo da realização da cognição exauriente do procedimento comum, face à natureza provisória da tutela antecipada.

Assim, o rompimento tradicionalista da necessidade dos processos de conhecimento e execução, juntamente com o reconhecimento da técnica de cognição sumária como mecanismo de adaptação da prestação jurisdicional, nos casos da tutela de urgência e punitiva (incisos I e II do art. 273 do CPC, respectivamente), passam a ser uma realidade para uma efetiva prestação jurisdicional do Estado.

15. JURISPRUDÊNCIAS

Foi verificado, ao longo desse estudo, várias discrepâncias de entendimentos doutrinários acerca de determinadas questões do instituto da tutela antecipada.

No presente tópico, procura-se fazer uma breve análise de questões jurisprudenciais relevantes e divergentes do tema da tutela antecipada, trazendo-se alguns julgados de questões como a *admissibilidade ou não da concessão da tutela antecipada inaudita altera parte*, a *concessão ex officio da tutela antecipada*, a *possibilidade ou não da tutela antecipada nas ações declaratórias*, a *possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública*, e demais julgados que revelem casuísticas interessantes.

No que se refere à *admissibilidade ou não da concessão da tutela antecipada antes da citação*, vale lembrar o que foi esplanado no item 10 deste Capítulo referente ao momento da concessão da tutela antecipada, em que se mencionou as correntes doutrinárias acerca da questão, a assim vem decidindo os Tribunais:

TUTELA ANTECIPATÓRIA – Concessão antes da citação do réu – Admissibilidade, pois não se trata de juízo finalístico no processo. (TAMG – 7ª Câmara Cível – AI n.º 241.169-4 julgamento 18/09/1997 – Rel. Juiz Quintino do Prado - RT 749/418)

Ementa oficial: "Quando a lei criou o instituto da antecipação da tutela jurisdicional, à similitude das cautelares, não impediu que ela fosse outorgada antes da formação da triangularidade processual, bastando haver adminículos probatórios, de pronto, anexados ao exórdio. Provas boas, firmes e formadoras de certa convicção bastam para o deferimento da antecipação da tutela, mesmo porque não se trata de juízo finalístico".

TUTELA ANTECIPATÓRIA – Pretensão da concessão da medida antes da citação do réu – Inadmissibilidade ressalvada a hipótese do art. 461, §3º, do CPC – Necessidade do preenchimento de todos os requisitos elencados no art. 273 também do CPC.

Ementa Oficial: Em princípio, não existe a previsão de outorga da tutela antecipada, antes da citação do réu, com exceção da hipótese prevista no art. 461, §3º, do CPC. Não se deve confundir a tutela antecipada, que adentra no âmago da questão com as medidas cautelares, que buscam a garantia da efetividade do processo. Em homenagem à garantia do devido processo legal, a antecipação só será viável ante o preenchimento de todos os requisitos elencados no art. 273 do CPC, em casos especialíssimos, onde se faça necessária a antecipação provisória. (TJMT – 1ª Câmara – AI n.º 6.849, julgamento em 24.02.97, rel. Des. Salvador Pompeu de Barros Filho - RT 743/97)

TUTELA ANTECIPATÓRIA – Deferimento sem a audiência da parte contrária – admissibilidade somente quando a convocação do réu contribuir para a consumação do dano que se busca evitar – Inteligência do art. 273 do CPC. (TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado – AI n.º 099.766-4/9, julgado em 02.02.99, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – RT 764/221)

No que pertine à *concessão ex officio pelo juiz da tutela antecipada*, é bom lembrar o que foi estudado no item 8.1 que trata do requisito (*pedido da parte*), onde se apresentou as correntes doutrinárias a respeito da referida questão, e nesse empasse, tende a jurisprudência a inadmitir a concessão *ex officio*, julgando:

AGRAVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. Se a parte autora não requereu antecipação dos efeitos da tutela, não podem ser tais medidas concedidas de ofício pelo julgador. AGRAVO PROVIDO. (TJRS – 13ª Câmara Cível – AI n.º 70001165844, julgado em 31.08.2000, rel. Des. Márcio Borges Fortes).

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 n.º 1997.01.00.018994-8-DF – rel Juiz convocado Velasco Nascimento – julgado em 18.08.98 – RT 760/425)

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 hostilizar o princípio da adstrição do Juiz ao pedido, conforme disposto nos arts. 2º e 128 do Diploma Processual.

Em relação à *possibilidade ou não do deferimento da tutela antecipada nas ações declaratórias*, é mister ressaltar que há uma tendência jurisprudencial em não admitir a antecipação, como se verifica nos julgados infra citados:

TUTELA ANTECIPATÓRIA – Concessão em ação declaratória – Impossibilidade – Espécie de demanda que se destina a eliminação da incerteza do direito ou da relação jurídica – Medida de antecipação que tem como característica a provisoriedade e é admitida nos casos em que ocorra a verossimilhança da alegação – Inteligência do art. 273 do CPC. (RT 793/306)

TUTELA. ANTECIPAÇÃO. SENTENÇA. EFEITOS. AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. Não podem ser antecipados os efeitos da tutela que não seriam concedidos na sentença de procedência do pedido. É inadmissível o pedido de tutela antecipada em ação declaratória. (Revista de Jurisprudência ADCOAS vol. 24. p. 208/210)

PROCESSUAL CIVIL E FALÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA REVERTER ARRECADAÇÃO DE BENS DE PROPRIEDADE DOS FALIDOS. POSSIBILIDADE

1. Antecipação da tutela em ação declaratória. Possibilidade no caso concreto em que o efeito buscado pela parte, além da declaração de inexistência de relação jurídica, é a liberação de bens arrecadados pela massa falida e de propriedade das pessoas físicas dos falidos. Há forte eficácia condenatória no pedido formulado. Possibilidade. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 5ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento n.º 70001909027, julgado em 15.02.2001)

Outra questão que funda acirrada divergência, é a referente à *possibilidade ou não da tutela antecipada em face da Fazenda Pública*, sendo mister observar que há uma tendência em não admiti-la, e assim vem decidindo a jurisprudência:

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. RT 753/343)

TUTELA ANTECIPATÓRIA – Concessão contra a Fazenda Pública – Inadmissibilidade, por configurar-se em um adiantamento da sentença, em caráter provisório – Instituto que é incompatível com a regra do duplo grau de jurisdição necessário – Interpretação do art. 1º da Lei 9.494/97. (TJSP – 7ª Câmara de Direito Público – AI n.º 110.286.5/0, julgado em 23.08.1999. rel. Des. Sérgio Pitombo RT 771/228)

Ementa da Redação: É inadmissível a concessão de tutela antecipada, que se configura em um adiantamento da sentença, em caráter provisório, quando demandada for a Fazenda Pública, conforme se depreende da leitura do art. 1º da Lei 9.494/97, por ser tal instituto incompatível com o duplo grau de jurisdição necessário.

TUTELA ANTECIPATÓRIA – Pedido formulado contra a Fazenda Pública, visando impedir a inscrição de débito fiscal em certidão de dívida ativa – Inadmissibilidade – Hipótese em que a sentença de mérito está sujeita a reexame necessário em Segunda instância, só produzindo efeitos depois de confirmada pelo Tribunal – Interpretação do art. 1º da Lei 9.494/97 e art. 475 do CPC. (TACivSP – AI n.º 904.542-7, 11ª Câmara – j. 29.11.1999. rel. Juiz Ary Bauer RT 778/296)

Ementa da Redação: Conforme se depreende da leitura do art. 1º da Lei 9.494/97, não se admite o pedido de antecipação da tutela, visando impedir a inscrição de débito fiscal em certidão de dívida ativa, pois, de acordo com o disposto no art. 475 do CPC, a sentença de mérito contra a Fazenda Pública está sujeita a reexame necessário em Segunda instância, só produzindo efeitos depois de confirmada pelo Tribunal.

TUTELA ANTECIPATÓRIA. Incompatibilidade do art. 273 com o art. 475, II, ambos do CPC. "É impossível a concessão da tutela antecipada contra a União, o Estado e o Município, sob pena de burlar a legislação prevista no art. 475, II, do CPC". (TJGO - AI n.º23.531-5/180, julgado em 10.04.2001, rel Des. Fenelon Teodoro Reis. Revista de Jurisprudência ADCOAS vol.21, set/2001 p. 216/218)

PROCESSUAL CIVIL. FAZENDA PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. Incompatibilidade com o princípio do reexame necessário. Concessão de liminar. 1.O instituto da tutela antecipada, assim como qualquer medida de caráter liminar contra a Fazenda Pública, não se compatibiliza com o princípio do duplo grau de jurisdição necessário, eis que a decisão só se torna exeqüível após a sua confirmação pelo Tribunal "ad quem". (ADC 04/DF – STF).

Na atual problemática das relações do consumidor atinente aos Planos de Saúde, revela-se interessante alguns julgados deferindo a tutela antecipada assecuratória:

SEGURO SAÚDE. DIREITO A ASSISTÊNCIA MÉDICA. INTERNAÇÃO DE MENOR. MOLÉSTIA GRAVE. TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO DA MEDIDA. RECURSO DESPROVIDO. Plano de saúde conveniado. Obrigação de assistência médica ou de serviço. Internação urgente de menor impúbere. Tutela antecipada. Concessão. Frente da necessidade urgente demonstrada pelo agravado, menor impúbere de ser submetido a cirurgia séria, mostra-se deletéria e inoportuna discutir-se para saber se a doença da qual padece o beneficiário é ou não congênita e se está coberta pelo plano de saúde do agravante. Tutela antecipada concedida com justeza para a agravante providenciar com urgência o tratamento médico adequado em prol do agravado. Fonte: TJ RJ; Partes: SAVE ASSIST. MÉDICA E HOSPITAL SC LTDA. e PEDRO ENRIQUE LACERDA BASTOS REP/P/S/PAI; AGRADO DE INSTRUMENTO; nº do proc.: 1998.002.8734; Folhas: 35701/35703; Comarca de Origem: CAPITAL; TERCEIRA CÂMARA CÍVEL; Votação: unânime; DES. HUDSON BASTOS LOURENÇO; Julgado em 20.07.1999.

SEGURO SAÚDE. CIRURGIA DE EMERGÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO DA MEDIDA. AGRADO DE INSTRUMENTO. Agravado. antecipação de tutela. Irreversibilidade. Havendo risco da sobrevivência do associado de plano de saúde, não pode a empresa contratada, se recusar a autorizar a intervenção cirúrgica do enfermo. A irreversibilidade da tutela antecipada não pode ser interpretada ao extremo, sobrepujando a vida humana. Deve-se destacar a viabilidade da reposição das despesas no caso da improcedência do pedido. Agravado conhecido e improvido. Fonte: TJ RJ; Partes: ADDRESS ADMINISTRAÇÃO REPREN. DE SIST. DE SAÚDE LTDA. e MARIA JOSÉ PORTO MESQUITA DE SOUZA; AGRADO DE INSTRUMENTO; nº do proc.: 1999.002.2708; Folhas: 30775/30778; Comarca de Origem: CAPITAL; DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL;

Votação: unânime; DES. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES; Julgado em 05.08.1999.

SEGURO SAÚDE. A.I.D.S. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO DA MEDIDA. ART. 273, C.P.C. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DESPROVIDO. AIDS. Antecipação de tutela em ação proposta por segurado portador do vírus HIV, visando ao custeio de internação e tratamento hospitalar. Concorrência dos pressupostos do art. 273 do CPC, a justificar a concessão da medida antecipatória. Agravo desprovido. Fonte: TJ RJ; Partes: BRADESCO SEGUROS S.A. e FRANCISCO RICARDO SALLES SOEDERBERG; AGRAVO DE INSTRUMENTO; n° do proc.: 1998.002.8161; Folhas: 14404/14406; PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL; Votação: unânime; DES. AMAURY ARRUDA DE SOUZA; Julgado em 16.03.1999.

É válido, também, trazer alguns julgados acerca da análise dos *requisitos para o deferimento da tutela*, sendo assim julgados:

TUTELA ANTECIPADA – (art.273 Lei 8952/94) – REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO -NECESSIDADE DE JUSTIFICAR O JUSTO RECEIO OU RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - "Antecipação da tutela - Deferimento. Diante das lesões suportadas pela agravada e do justo receio de que ela não pudesse resistir até o final da lide, outra providência não poderia esperar do juízo agravado que não fosse a aplicação do disposto no artigo 273, I, do Código de Processo Civil." (1.º TACIVIL - 4.ª C. Esp.de Janeiro de 1997; Ag.de Instr. n.º 685.484-2-São Paulo; Rel.Juiz Tersio José Negrato, j.26.02.1997) AASP, Jurisprudência, 2065/653j

Comentário: nas lições de Cândido José Dinamarco, nesse sentido : "As realidades angustiosas que o processo se revela impõem que esse dano assim temido não se limite aos casos em que o direito possa perder a possibilidade de realizar-se, pois os riscos dessa ordem são satisfatoriamente neutralizados pelas medidas cautelares. É preciso levar em conta as necessidades do litigante, privado do bem que provavelmente tem direito e sendo impedido de obtê-lo desde logo. A necessidade de servir-se do processo para obter a satisfação de um direito não deve reverter a dano de quem não pode ter seu direito satisfeito mediante o processo (Chiovenda)." (in "A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 2.ª edição, 1995, p.145) suso.

TUTELA ANTECIPADA- AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA - IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO - "Tutela antecipada - Revisão de Cláusula Contratual - controvérsia relacionada à desvalorização do real em face do dólar norte-americano. Indeferimento da antecipação da tutela para depósito das prestações vincendas. Ausência de prova inequívoca do fato constitutivo do direito do autor para aplicação da teoria da imprevisão. Inexistência de irreparabilidade do dano econômico ante o cabimento de eventual ação indenizatória. Descabimento de solução antecipada das questões que devem ser analisadas na ação principal. Recurso improvido." (1.º TACIVIL - 10.ª Câm., Ag. de Instr. n.º 853.548-8-Itapira-SP; Rel. Juiz Antônio de Pádua Ferraz Nogueira; j. 18.05.1999) AASP, Jurisprudência,2118/1076j.

TUTELA ANTECIPADA - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA EFEITO DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - "Tutela Antecipada - Indeferimento desta para sustação dos efeitos do protesto do cheque mediante o depósito da respectiva importância. Descabimento. Presença da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável. Concessão determinada. Artigo 273 do Código de Processo Civil. Recurso provido para esse fim." (Agravo de Instrumento n.º

801.881-5, São Paulo, 11.^a Câmara, 8/6/98, rel. juiz Maia da Cunha) in Tribuna do Direito, Caderno de Jurisprudência, n.º44, p.174.

Assim, da breve análise de alguns julgados, percebe-se a complexidade do instituto da tutela antecipada e a diversidade de pensamentos acerca de certas questões, como as que foram transcritas acima.

CONCLUSÃO

Anteriormente ao surgimento do instituto da tutela antecipada, dava-se maior valor à segurança jurídica e aos métodos processuais formais, absolutizando o princípio da ampla defesa, não se prevendo mecanismos de proteção aos direitos materiais que necessitavam da tutela de urgência antecipatória.

Com as exigências das realidades sociais, surgiu a necessidade da criação de mecanismos que agilizassem a prestação jurisdicional em certos casos de urgência, e atos protelatórios do réu, sob o risco da inutilidade da própria prestação jurisdicional.

Os operadores do direito, procurando atender as necessidades do direito material, passaram a utilizar-se, indiscriminadamente, da tutela cautelar para antecipar os efeitos da sentença nos problemas de emergência, desnaturalizado o processo cautelar.

Na chamada “primeira reforma do Código de Processo Civil”, com o advento da Lei 8.921/94, percebendo o legislador a crise dos procedimentos clássicos, trouxe a existência da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, com previsão expressa no art. 273, vindo de encontro aos anseios de uma Justiça mais rápida, posto que possibilitou-se a concessão da antecipação dos efeitos da tutela definitiva, mesmo que provisoriamente, uma vez preenchidos os requisitos necessários.

A tutela antecipada mostrou-se um instituto valioso, importante na proteção do direito que está em risco de perecimento, e na repressão dos vários atos maliciosos do réu procrastinatórios do processo, sendo aprimorada com a chamada “segunda reforma do Código de Processo Civil”, com o advento da Lei 10.444/02.

É válido mencionar, nesta conclusão, a idéia do ilustre doutrinador Machado, tantas vezes citado neste trabalho, no sentido de que com o surgimento da tutela antecipada, ficou mais fácil sonhar com a prontidão das decisões de justiça que, em última instância, é sinônimo, mais do que qualquer outra coisa, de

efetividade do processo e de credibilidade do Judiciário, sem o que não se construirá uma democracia no Brasil.

Ante o exposto ao longo deste trabalho, verificou-se a relevância do instituto da tutela antecipada para a viabilização de um acesso a uma ordem jurídica mais justa, e a garantia de uma maior efetividade à prestação jurisdicional do Estado, visto que trata-se de um mecanismo processual importante na suplantação dos riscos de perecimento do direito em situações emergenciais, que necessitam de uma resposta rápida do Poder Judiciário.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual**: antecipação de tutela na ação de reparação de dano. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. A antecipação da tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

BRASIL. **Constituição Federal, código civil, código de processo civil**. Organização de Yussef Said Cahalli. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. Organização, seleção e notas de Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutelas**: urgência, cautelar, antecipada, mandado de segurança. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2002. 1 videocassete.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COSTA, Fábio Silva. **Tutela antecipada**: hermenêutica, acesso à justiça e princípio da efetividade processual. São Paulo: J. de Oliveira. 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: O. Mendes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação de tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Novíssimos perfis do código de processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

_____. **Curso de direito processual civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. v. 1.

_____.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.