

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A TUTELA ANTECIPADA NAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

Kelly Nepomuceno Leite

Presidente Prudente
2007

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A TUTELA ANTECIPADA NAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

Kelly Nepomuceno Leite

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Paulo Eduardo D'arce Pinheiro.

Presidente Prudente
2007

A TUTELA ANTECIPADA NAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

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

Prof. Paulo Eduardo D'arce Pinheiro

Examinador (a)

Examinador (a)

Presidente Prudente, _____ de _____ de _____.

Bem-aventurados os que têm fome e sede de
justiça, porque serão saciados!

Mateus 5, 6.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus,
por ter me concedido o dom da vida e me guiado neste caminho.

Aos meus pais,
pelo amor, incentivo e confiança depositada em mim.

Ao meu irmão,
pelo apoio e paciência.

Ao meu namorado,
pelo incentivo e compreensão nos momentos em que deixamos de estar juntos para
que eu me dedicasse a este trabalho.

Ao meu orientador, Dr. Paulo,
pelos conhecimentos transmitidos, pela atenção e por ter acreditado que seria
possível concluir esta monografia.

Aos funcionários da Procuradoria do Instituto Nacional de Seguro Social de
Presidente Prudente,

em especial a Dr.^a Elisabete, sempre gentil
e ao Dr. Gustavo, fundamental para o término deste trabalho.

Aos meus familiares e amigos,
que direta ou indiretamente, contribuíram para o desenvolvimento desta monografia.

RESUMO

No presente trabalho analisa-se a tutela antecipada nas ações que envolvem os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social. Neste estudo, examina-se, principalmente, a tutela antecipada baseada na urgência, tendo em vista o caráter alimentar dos benefícios previdenciários. Para uma melhor compreensão do assunto, o trabalho é dividido em quatro partes, iniciando-se pela análise dos princípios constitucionais, onde se demonstra a constitucionalidade da tutela antecipada. Em seguida, analisando o desenvolvimento da humanidade, verifica-se a presença de medidas urgentes desde o período romano. Após realiza-se o estudo da tutela antecipada no sistema processual civil, por meio dos pressupostos autorizadores, do requisito negativo, das características e da possibilidade de aplicação de medidas coercitivas e sub-rogorias. Posteriormente, analisa-se as dez espécies de benefícios previdenciários, para por fim, realizar-se a fusão entre os planos constitucional, processual e previdenciário e verificar o que dificulta e o que favorece a aplicação do instituto antecipatório nas demandas previdenciárias.

Palavras-chave: Antecipação. Tutela. Benefícios. Previdenciário. Segurado.

ABSTRACT

In this work it has been analysed the advanced guardianship through the actions which cover the beneficiaries from the General Way of Social Foresight. This study, mainly examine the advanced guardianship based on the urgency, having a point the feed character of the foresighters benefits. For a good comprehension of this subject, the work is shared in four parts, starting by analyzing the constitutionality of advanced guardianship. Following, analyzing the humanity development, verify the existence of urgent procedures from this roman period. After that, a study of advanced guardianship is achieved in the civil processual system, through the presupposed authorities, from negative requirement, from features and from the possibility of application of coercions procedures and under-request. After that, analyse ten kind of foresighters benefits, in conclusion, achieve the link among the constitutional plans, processual plans and foresight plan and verifying what makes it difficult and what is pro for an application from advanced institute in the foresight demands.

Keywords: Advanced. Guardianship. Benefits. Foresighter. Insurance.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	009
2 PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL E TUTELA ANTECIPADA	011
2.1 O Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional	011
2.2 O Princípio do Devido Processo Legal	014
2.2.1 O Princípio do contraditório e a da ampla defesa	017
2.3 A Segurança Jurídica	021
2.3.1 A efetividade do processo	022
2.4 O Conflito entre a Tutela Antecipada e os Direitos Fundamentais	025
3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	032
3.1 Contexto Histórico	032
3.1.1 A origem das tutelas de urgência	032
3.1.2 As tutelas de urgência no Brasil	034
3.2 Noções Introdutórias	040
3.3 Conceito	041
3.4 Natureza Jurídica	043
3.5 Requisitos da Tutela Antecipada	047
3.5.1 Requerimento da parte	047
3.5.2 Prova inequívoca	051
3.5.3 Verossimilhança da alegação	055
3.5.4 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	058
3.5.5 Abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	061
3.5.6 Pedidos incontroversos	066
3.5.7 Requisito negativo: a irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado	069
3.6 Características da Tutela Antecipada	075
3.6.1 Cognição	075
3.6.2 Revogabilidade e modificabilidade	078
3.6.3 Provisoriiedade e satisfatividade	082
3.7 Efetivação da Tutela Antecipada	083
3.8 Diferenças entre Tutela Cautelar e Tutela Antecipada	087
3.8.1 O princípio da fungibilidade	091
4 OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS	094
4.1 Noções Introdutórias	094
4.2 Dos Benefícios Previdenciários Concedidos aos Segurados do Regime Geral de Previdência Social	100
4.2.1 Aposentadoria por invalidez	100
4.2.2 Aposentadoria por idade	101
4.2.3 Aposentadoria por tempo de contribuição	104
4.2.4 Aposentadoria especial	106
4.2.5 Auxílio-doença	109

4.2.6 Salário-família	110
4.2.7 Salário-maternidade	111
4.2.8 Auxílio-acidente	112
4.3 Dos Benefícios Previdenciários Concedidos aos Dependentes dos Segurados do Regime Geral de Previdência Social	114
4.3.1 Pensão por morte	114
4.3.2 Auxílio-reclusão	116
5 A TUTELA ANTECIPADA NAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS	118
6 CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138
ANEXO- Projeto de Lei nº 3605/2004	145

1 INTRODUÇÃO

O trabalho discorreu acerca das três espécies de tutelas antecipadas previstas no Código de Processo Civil, quais sejam, a tutela antecipada baseada na urgência, a fundada na evidência e a dos pedidos incontroversos, com ênfase na aplicação da primeira espécie nas demandas previdenciárias.

O interesse pelo tema decorreu da verificação prática da quantidade de ações previdenciárias com pedido de antecipação de tutela contra o Instituto Nacional de Seguro Social e o número de êxito no deferimento da medida.

Por isso, o presente estudo teve por escopo verificar a aplicação da medida antecipatória nos benefícios previdenciários.

A pesquisa foi realizada através de obras doutrinárias, revistas jurídicas, artigos retirados de sites jurídicos, jurisprudências dos tribunais, legislação codificada e esparsa.

Os métodos utilizados foram o dedutivo, o observacional, o histórico e o estatístico.

O trabalho foi iniciado com uma análise sobre os princípios constitucionais aplicados no processo civil, com foco na antecipação de tutela.

Na seqüência abordou-se o histórico das tutelas de urgência. Em seguida foram tratados os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada. Após foram analisadas as características da medida antecipatória e como ocorre a sua efetivação. Dando seguimento ao estudo, tratou-se das diferenças entre as tutelas antecipada e cautelar, com a discussão sobre a aplicação do princípio da fungibilidade.

Também foram objeto de verificação deste trabalho, as noções básicas para a compreensão superficial do Regime Geral de Previdência Social. Logo em seguida, foram analisados os requisitos mínimos para a concessão de cada um dos benefícios previdenciários aos segurados e aos seus dependentes.

O capítulo principal discorreu sobre a tutela antecipada nas demandas previdenciárias, por meio da verificação da possibilidade de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, com análise do reexame necessário, da expedição de precatório e a presença da irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado.

2 PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL E TUTELA ANTECIPADA

2.1 O Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, encontrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, é uma garantia constitucional de que todos terão acesso à justiça.

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 71):

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar 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.

Por meio da garantia de acesso a justiça, aqueles que de alguma forma se sentirem lesados, possuem o direito de ação e em decorrência, é outorgado o monopólio da jurisdição ao Poder Judiciário.

Assim, a função jurisdicional foi concedida, precipuamente, ao Poder Judiciário. Porém, o poder jurisdicional do juiz seria neutralizado, se não fosse possível antecipar a concessão de uma tutela nos casos de dano irreparável ou de difícil reparação. Haveria, dessa forma, uma restrição ao direito de ação, sendo que, este direito é a forma que possui o cidadão para exigir a prestação jurisdicional.

Marcos Destefenni (2002, p. 133), acrescenta ao assunto: “afinal, se nem a lei pode excluir qualquer causa da apreciação judicial, muito menos pode o juiz negar a prestação jurisdicional”.

Percebe-se que presentes os requisitos previstos no artigo 273, do Código de processo Civil, deverá o magistrado conceder a tutela diferenciada, não há discricionariedade.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 31):

O que é importante concluir é que a tutela de urgência está engastada na Constituição da República. Perceba-se que a Constituição de 1988 contém a locução 'ameaça a direito' na verbalização do princípio da inafastabilidade, o que não ocorria na Constituição anterior. Isto bem revela o propósito de o constituinte garantir constitucionalmente a tutela de urgência, seja a cautelar, seja a sumária antecipatória. Existe, pois, o direito constitucional à tutela de urgência. (grifo do autor).

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2006, p. 178-179), completam:

Convém destacar, nesse aspecto, que a mensagem normativa foi clara ao colocar sob o manto da atividade jurisdicional tanto a lesão como a ameaça a direito. Ajustado esse enfoque normativo ao princípio de hermenêutica constitucional, que preconiza que 'quando a Constituição quer um fim fornece os meios', concluímos que o dispositivo constitucional citado, ao proteger a ameaça a direito, dotou o Poder Judiciário de um poder geral de cautela, ou seja, mesmo à míngua de disposição infraconstitucional expressa, deve-se presumir o poder de concessão de medidas liminares ou cautelares como forma de resguardo do indivíduo das ameaças a direitos. (grifo dos autores).

Dessa forma, em razão do princípio em estudo, havendo ameaça ou lesão a direito, a Constituição Federal garante a todos o acesso ao Poder Judiciário.

No tocante a antecipação de tutela, deverá esta ser concedida, quando há o risco de perda do próprio direito. Então, ela está fundamentada na ameaça ao direito, que o princípio em estudo busca resguardar.

Para José Carlos Tosetti Barruffini (2005, p. 120):

Esse princípio garante a todos o acesso ao Poder Judiciário; trata-se do direito ao processo, isso porque, a toda violação de um direito corresponde o direito de ação, o direito subjetivo a uma sentença, seja favorável, seja desfavorável à pretensão.

Assim, mesmo para aqueles que não tiveram êxito em sua demanda, ter-se-á garantido o acesso à justiça.

A garantia constitucional de acesso à justiça, trata-se também de um dever do Estado, já que a justiça pelas próprias mãos é proibida.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 57-58):

O princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social.

Dessa forma, além de ser garantido o direito de ir a juízo, também deve ser fornecida uma tutela efetiva, ou seja, o acesso a uma ordem jurídica justa, que em determinadas demandas apenas será possível através da concessão da tutela antecipada.

Isto porque, em certos casos, a efetividade apenas é obtida através de tutelas jurisdicionais diferenciadas, como a tutela antecipada, pois o processo precisa ser apto a atingir a sua finalidade.

Para Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 06):

Não se pode incorrer no erro de imaginar que o simples direito que o cidadão tem de poder dirigir-se ao judiciário para formular uma pretensão, por si só, signifique o seu acesso à justiça. Isso não é o bastante. É necessário assegurar ao cidadão o efetivo acesso à justiça, com a plena efetividade do processo; só aí será possível dizer que se atingiu a ordem jurídica justa.

Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 179-180), acrescenta:

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz.

Assim, a morosidade também pode ser considerada como um obstáculo do acesso à justiça.

De acordo com Marcos Destefenni (2002, p. 276), “para cada situação da vida deve existir um tipo específico e adequado de tutela jurisdicional, sob pena de não se obter a almejada efetividade”.

Em nosso ordenamento jurídico há dois tipos de tutelas, abaixo descritas:

- a) as tutelas definitivas: são formadas através da cognição exauriente. Aqui ocorre a chamada coisa julgada.
- b) as tutelas provisórias: são adquiridas mediante cognição sumária e, por isso, podem ser revogadas.

Entre as tutelas provisórias, temos as satisfativas, como é o caso da tutela antecipada e as tutelas conservativas, como a tutela cautelar.

A tutela definitiva, em razão de sua morosidade, pode não ser compatível com a necessária efetividade do processo. Logo, o tempo pode se tornar uma barreira ao justo acesso à justiça.

É importante frisar que, o direito processual é um instrumento do direito material.

Portanto, a tutela antecipada garante rapidez e como consequência efetividade ao processo, se tornando essencial para que seja garantido o acesso à justiça.

2.2 O Princípio do Devido Processo Legal

Em atendimento ao princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, devem ser respeitadas tanto as normas processuais constitucionais, como as infraconstitucionais, para que haja uma lide justa.

Beatriz Catarina Dias (1999, p. 14), define o princípio do devido processo legal:

Significa, esse mandamento, que ninguém será privado de sua liberdade ou despojado de seus bens sem a prévia instauração de processo, consoante princípios processuais insculpidos, em primeiro lugar, no próprio texto constitucional.

Percebe-se que o princípio do devido processo legal serve de base para os demais princípios.

Conforme Nelson Nery Junior (2002, p. 32), bastaria que a Constituição Federal tivesse adotado o princípio ora analisado para que “[...] daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa”. De acordo com o doutrinador, o *due process of law*, “é, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

Pode-se afirmar, então, que o princípio do devido processo legal, representa tanto o direito de acesso à justiça, encontrado no artigo 5º, inciso XXXV, como também a garantia de acesso à assistência judiciária gratuita, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, ambos da Carta Magna, entre outros direitos.

Logo, o princípio em estudo, busca fornecer as partes o acesso à justiça de uma forma ampla, tanto para o autor, quando postula algo em juízo, como para o réu, quando se defende.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2006, p. 183), complementam: “nesse sentido, deve-se observar que o inciso seguinte, o LV, dispôs sobre as garantias processuais da ampla defesa e do contraditório. Estas, na verdade, constituem desdobramento do princípio do devido processo legal [...]”.

Assim, verifica-se que através do princípio do devido processo legal, decorrem as demais garantias processuais.

De acordo com Nelson Nery Junior (2002, p. 35), o princípio do devido processo legal “[...] caracteriza-se pelo trinômio: vida-liberdade-propriedade [...]”.

Dessa forma, o que estiver relacionado ao trinômio citado acima, estaria abrangido pelo princípio.

Contudo, através do princípio ora analisado, deve o Estado fornecer uma tutela jurisdicional efetiva. Mesmo porque, de acordo com Luiz Fux, (1996, p. 319-320), “uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o ‘indevido’ processo”. (grifo do autor).

Então, quando um pedido de tutela antecipada é deferido, não há se falar em inconstitucionalidade, mesmo porque, ela possui caráter provisório e revogável. E ainda, para o magistrado conceder a tutela antecipada, é necessário que a sua decisão seja fundamentada, pois além da previsão contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, de que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, o parágrafo 1º, do artigo 273, do Código de Processo Civil expressamente prevê que devem ser expostas as razões que levaram a concessão antecipada da tutela.

João Batista Lopes (2001, p. 42), também afirma que a tutela antecipada não é inconstitucional: “não há vislumbrar, porém, inconstitucionalidade na providência antecipatória porque, ostentando caráter provisório e revogável, de modo algum poderá implicar perda de bens ou direitos em caráter definitivo”.

Assim, além de a tutela antecipada não ser inconstitucional, Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 39-40), também diz que a demora não é sinônimo de devido processo legal:

Por outro lado, não reflete o verdadeiro sentido do devido processo legal a demora procedimental redundando no sacrifício do direito do autor que demonstra *prima facie* o seu direito em um razoável índice de probabilidade. Não bastará a lembrança de que o direito a uma tutela jurisdicional em um prazo razoável foi elevado à categoria de direito fundamental do homem, se continuarmos oferecendo resistência aos juízos de verossimilhança e cultuando indevidamente o procedimento ordinatório.

Nada obstante, para que haja o devido processo legal, também é necessário que o processo desenvolva-se perante um juízo imparcial, que haja acesso ao judiciário e que ainda, esteja presente o contraditório.

Havendo especialmente estas três condições, o princípio ora comentado estará sendo aplicado.

2.2.1 O princípio do contraditório e da ampla defesa

Através do princípio do contraditório e da ampla defesa, conforme o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é possível contrariar os atos e termos do processo. Nele está abrangido tanto o direito de ação para o autor, como o direito de defesa para o réu.

Nelson Nery Junior (2002, p. 137), conceitua o contraditório, a seguir: “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”.

Dessa forma, através do contraditório, as partes têm informações sobre o desenvolvimento do processo e podem se manifestar sobre os seus atos.

Por isso, Marcos Destefenni (2002, p. 100), entende que o contraditório exige um mínimo de garantias, quais sejam:

- que as partes sejam cientificadas dos atos processuais praticados e a serem praticados;
- que seja garantida uma ‘paridade de armas’, ou seja, um tratamento igual entre as partes;
- que as partes possam dialogar entre si e com o juiz;
- que as decisões do juiz sejam motivadas;
- que sejam concedidos às partes meios de impugnar os atos decisórios.
(grifo do autor).

Assim, fala-se em audiência bilateral, ou seja, sempre que uma parte praticar um ato, deve ser dada à outra parte a oportunidade para manifestação.

Em resumo, percebe-se que sempre deverão estar presentes dois requisitos para que haja o contraditório: informação e participação, de acordo com Marcos Destefenni (2002, p. 99).

A informação ocorre por meio dos atos de comunicação processual, quais sejam: citação, notificação e intimação, sendo que, com a citação se inicia o contraditório.

Além da informação, é necessário que a parte possa participar dos atos processuais, procurando aumentar as suas possibilidades de vitória na demanda, mas também auxiliando o juiz em sua decisão.

Porém, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1999, p. 144), entende que para o contraditório ser efetivo, é preciso mais do que a simples oportunidade para a manifestação:

Ora, o concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa, constitui dado que influi de maneira decisiva na própria extensão do princípio do contraditório.

Dessa forma, faz-se necessária à efetiva participação das partes e não apenas a possibilidade de participação. Isto se torna possível, apenas se as partes conhecerem as razões e os argumentos da outra.

Mesmo porque, para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1999, p. 139-140), com a real colaboração das partes, o magistrado estará recebendo auxílio para proferir a sua decisão:

[...] O princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência de sua cognição.

Assim, devem as partes participar ativamente do processo para que haja a efetividade do contraditório.

No tocante a efetividade do processo, quando ela passa a refletir no contraditório, surge a possibilidade da concessão de medidas urgentes, de acordo com Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1999, p. 137).

Ressalta-se que mesmo com a possibilidade de concessão das tutelas de urgência, não há exceção ao contraditório, já que ele deve sempre ser observado. Inclusive nos casos da antecipação de tutela *inaudita altera parte* não há a sua supressão. Ele apenas será diferido.

Beatriz Catarina Dias (1999, p. 15), discorre que “o princípio do contraditório, portanto, tem caráter absoluto, não comportando exceção: o processo sem citação, sem intimação onde deveria haver, é processo rigorosamente nulo”.

Veja-se que se não for observado o contraditório, o processo será nulo, pois irá ferir um princípio básico do Estado Democrático de Direito.

No entanto, conforme Nelson Nery Junior (2002, p. 149), não há violação do contraditório na concessão da tutela antecipada:

Isto não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Aliás, a própria provisoriedade dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo.

Uma das características da tutela antecipada é a provisoriedade, ou seja, desde se verifique a ausência dos pressupostos autorizadores da medida, a mesma poderá ser revogada.

Contudo, além do contraditório, as partes também podem promover a ampla defesa de seus direitos.

Conforme Marcos Destefenni (2002, p. 104):

A melhor forma de se garantir às partes essa ampla defesa é através do respeito ao contraditório, pois esse princípio é que vai garantir a dialeticidade da relação processual, de forma que, tanto o autor, quanto o réu possam ser ouvidos antes de qualquer decisão acerca de suas diferentes e opostas pretensões.

Assim, para haver a ampla defesa, terá antes que ter havido a observância do contraditório.

José Eulálio Figueiredo de Almeida (2002), entende que a ampla defesa é uma garantia tanto autor como do réu:

Sendo assim, não é errôneo dizer que a ampla defesa constitui direito que protege tanto o réu quanto o autor, bem como terceiros juridicamente interessados. Diante disso, é forçoso reconhecer que somente haverá ampla defesa processual quando todas as partes envolvidas no litígio puderem exercer, sem limitações, os direitos que a legislação vigente lhes assegura, dentre os quais se pode enumerar o relativo à dedução de suas alegações e à produção de prova.

Dessa forma, a ampla defesa é assegurada para ambas as partes.

Nada obstante, deve se ter cautela na concessão liminar da tutela, pois isto deve ocorrer em casos que a urgência na concessão da medida possa torná-la ineficaz, se aguardada a ciência da ação pelo requerido.

De acordo com Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1999, p. 146), a medida poderá ser concedida *inaldita altera parte* se for idônea “[...] para atingir a finalidade a que se propõe a lei e em consonância com os pressupostos nela estabelecidos”.

A idoneidade está ligada a proporcionalidade entre o prejuízo causado em desfavor daquele em que a tutela foi concedida e o prejuízo que a outra parte que requereu a sua concessão sofreria sem o deferimento da tutela antecipada.

Nestes casos, de acordo com José Luiz Ragazzi (2002, p. 99), “em isso ocorrendo, teríamos então, desigualdade entre as partes, pois coloca o requerente da medida antecipatória em desvantagem em relação à outra parte”.

Então, o princípio da bilateralidade de audiência não é ferido se a intimação ou citação da outra parte puder levar a ineficácia da atividade jurisdicional. Assim, também em decorrência do princípio da paridade das partes, é permitida a antecipação liminar da tutela de mérito.

Dessa forma, presente o risco de ineficácia do provimento antecipatório após a citação do réu, a tutela poderá ser concedida *inaudita altera parte* e não ocorrer afronta ao princípio do contraditório e conseqüentemente ao devido processo legal.

Isto porque, a medida liminar tem em vista a igualdade entre as partes.

2.3 A Segurança Jurídica

Conforme o preâmbulo da Constituição Federal de 1998, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, onde é assegurada, além de outros direitos, a segurança.

Assim, a segurança é de suma importância para a República Federativa do país, já que se trata de um valor fundamental.

Porém, novamente o constituinte incluiu a segurança na Carta Magna, no *caput*, do artigo 5º, garantido a ela inviolabilidade, eis que a transformou em cláusula pétrea.

A segurança é, então, um direito fundamental, que deve garantir a população, sobretudo, segurança jurídica. Logo, a segurança jurídica é uma garantia do devido processo legal.

Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 12), discorre sobre a segurança e efetividade:

Em se tratando de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que hão de merecer, do legislador ordinário, em geral, e do juiz, em particular, idêntica observância.

Em certas demandas, em razão da efetividade do processo, o contraditório poderá ser postergado e um pedido de tutela antecipada ser deferido até mesmo liminarmente. Isto não significa que não haverá o devido processo legal, pois que, conforme já mencionado, o contraditório apenas será diferido.

Júlio Ricardo de Paula (2001, p. 09), preleciona que a morosidade decorrente da segurança jurídica poderá trazer mais prejuízos para o requerente, do que para o requerido:

Justamente em face da busca da segurança jurídica é que o procedimento ordinário é dotado de grande morosidade, e quanto maior for a duração do

processo, maiores serão os prejuízos para aquele que efetivamente necessita de uma tutela jurisdicional, na maioria das vezes, o autor.

Kazuo Watanabe (1999, p. 143), entende que a segurança deverá estar presente, no entanto, de forma ágil:

O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam na incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.

Então, para que haja adequação com a realidade, a antecipação de tutela é um instrumento importante para o direito processual e para a segurança do direito material.

Considera-se, por fim, que a proteção estatal deve ocorrer em prazo razoável para que haja segurança jurídica.

2.3.1 A efetividade do processo

Para se conseguir a tutela jurisdicional, o processo é necessário. Mas não basta apenas que haja o processo, pois ele, o processo, também deve ser efetivo. Então, é preciso ir além da garantia de acesso à justiça.

Processo efetivo para Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 07), “[...] é aquele que garante ao cidadão uma tutela jurisdicional que seja *capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor*”. (grifo do autor).

Enfatiza João Batista Lopes (2001, p. 23), “esclareça-se: a ordem jurídica de um país é justa ou injusta, e o processo não tem a função de modificar o ordenamento jurídico, mas sim de fazê-lo atuar efetivamente”.

Logo, o processo deve ser efetivo e para isto ocorrer à tutela prestada deve ser adequada, ou seja, o resultado atingido deve ser o mesmo que ocorreria se a legislação tivesse sido espontaneamente observada.

Assim, a prestação jurisdicional deve primordialmente reparar a lesão ou ajudar a evitar que ela ocorra.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º, da Constituição Federal, ou seja, expressamente a Carta Magna assegura a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação.

Conforme Marcos Destefenni (2002, p. 141), “quanto melhor e mais rápida a atividade exercida pelo Estado, através do Poder Judiciário, na composição da lide, mais efetiva será a prestação jurisdicional”.

Dessa forma, a tutela efetiva somente será alcançada quando a finalidade do processo for alcançada em tempo hábil, ou seja, suficiente para real resolução da lide. Por isso em decorrência da morosidade da tutela comum, foram criadas as tutela diferenciadas.

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 25):

Ineficácia ou inefetividade da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação dessa mesma tutela, pois não confere ao titular do direito a proteção a que se propôs o Estado, ao estabelecer o monopólio da jurisdição. Direito à tutela jurisdicional, como garantia constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV), significa direito à tutela efetiva, o que somente se torna possível se houver instrumento adequados para alcançar esse resultado.

Não adianta apenas que o Estado forneça o acesso à justiça, pois é necessária também uma tutela efetiva. Mesmo porque a justiça pelas próprias mãos é proibida, tornando assim, o processo indispensável para toda a sociedade.

Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 66), preleciona:

Ora, se o Estado tem o dever de prestar a ‘devida tutela jurisdicional’, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, o cidadão tem o direito à ‘adequada tutela jurisdicional’, que é elemento indissociável do *due process of law*. Direito à adequada tutela jurisdicional quer dizer direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades da pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional. (grifo do autor).

Segundo Marcos Destefenni (2002, p. 290), “a solução tardia do conflito equivale à falta de solução, de forma que também podem surgir conflitos decorrentes nessa situação”.

Para que não surjam outros conflitos decorrentes da morosidade, é preciso que haja equilíbrio entre ordenamento jurídico e tutela efetiva.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 21), dispõe que “a imposição social de uma Justiça rápida e eficaz, impulsionada por uma tendência universal, faz com que o eixo do processo se desloque do binômio segurança-certeza para o da rapidez-probabilidade [...]”.

Em decorrência da procura pela agilidade do processo, as reformas processuais ao longo dos anos, buscaram trazer efetividade para o processo e uma das maiores conquistas, foi a inclusão da tutela antecipada no ordenamento jurídico.

Então, quando o direito for notório, não se deve sacrificar o autor e deixar concorrer o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Se assim for, não há falar-se em devido processo legal.

Porém, Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 02), ressalta que nem todos se preocupam com a morosidade do processo:

As ações que implicam participação política no poder – como a ação popular – têm a sua importância mitigada pelo tempo do processo, certamente deixando agradecidos os maus governantes. Isso para não lembrarmos que certa parte dos advogados são pagos na medida proporcional do tempo do processo. Admitir que a lentidão da justiça preocupa a todos, portanto, é grave ingenuidade.

Todavia, o processo civil tem sofrido diversas reformas para que se torne mais rápido, o que demonstra o desejo da sociedade em dar cumprimento ao comando constitucional da efetividade.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 20-21), ressalta a importância da tutela antecipada para o ordenamento jurídico:

Não obstante em algumas ocasiões a tutela antecipatória do art. 273 do Código de Processo Civil possa estar em meio à colisão de direitos e princípios fundamentais, a verdade é que se revela instrumento dotado de

muita importância para proporcionar a efetividade de que o processo necessita.

Isto porque, a cognição exauriente pode ser incompatível com as demandas em que estão presentes tutelas de urgência. Portanto, plenamente justificável a disponibilização da cognição sumária para resolver questões urgentes.

A efetividade do processo pode até mesmo ser considerada o mais importante dos direitos, por constituir o direito de fazer valer os próprios direitos. (MARINONI, 2004, p.184-185).

A segurança não deve ser deixada de lado, mas a efetividade do processo é também indispensável.

Marcos Destefenni (2002, p. 299), afirma que:

Assim, aquele que é titular de uma pretensão de direito material envolvida em uma situação emergencial – uma vez que exerceria, não fosse o monopólio da jurisdição, a ação de direito material de modo urgente -, tem direito à tutela antecipatória.

Logo, a tutela antecipada é uma solução que fornece o ordenamento jurídico para que seja alcançada a efetividade do processo.

2.4 O Conflito entre a Tutela Antecipada e os Direitos Fundamentais

O processo, no Estado Democrático de Direito, é a forma que possui o cidadão para pleitear a tutela jurisdicional, provocando dessa forma, o Estado-juiz.

Assim, a Constituição Federal fornece princípios básicos, que dão limites a legislação ordinária. A Carta Magna possui várias normas sobre processo, que enunciam um rol de princípios aplicáveis ao direito processual civil.

Entretanto, com relação à prestação jurisdicional, não basta apenas que ela seja fornecida, sendo também necessário, que seja eficaz.

Dessa forma, através da tutela antecipada é possível que se resguarde o direito, se ele correr risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Isto porque, a certeza e a segurança jurídica, que são inerentes à tutela definitiva, podem torná-la morosa e excluir a sua efetividade.

Para que o direito do autor não seja sacrificado e ignore-se a efetividade do processo, pode ocorrer, então, a antecipação da tutela.

O acesso à justiça, garantido constitucionalmente, inclui também uma tutela adequada, efetiva e tempestiva, mesmo que esta tutela seja diferenciada. Não basta o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição. Logo, mesmo que implicitamente, está garantida constitucionalmente a antecipação de tutela no ordenamento jurídico segundo Marcos Destefenni (2002, p. 331):

Não há como negar, portanto, a natureza constitucional da tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), pois quando a Constituição garante o acesso ao Poder Judiciário, garante, implícita e explicitamente o acesso à tutela de urgência. Implicitamente, porque, basta garantir o acesso à jurisdição para que esteja garantindo o acesso à tutela de urgência [...]. Explicitamente, porque, se havia alguma dúvida, a Constituição declarou expressamente que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito. (grifo do autor).

Assim, a Constituição Federal, além de garantir o acesso à justiça, também garante por meio deste acesso, uma tutela efetiva, que em muitas situações é adquirida através da tutela antecipada. Isto para que o acesso à justiça não seja apenas uma mera garantia formal.

Logo, em certas demandas não é possível ignorar o tempo, pois se isto ocorrer, haverá incompatibilidade com a efetividade da jurisdição.

Conforme Vicente Greco Filho (1989, p. 105):

Prevêem, então, os textos constitucionais, além do direito ao *habeas corpus*, ação, processo penal etc., que são os instrumentos de tutela, um conjunto de normas relativas ao processo, de modo a propiciar-lhe segurança e efetividade.

No entanto, é possível que ocorra a prevalência do direito à efetividade jurídica, mesmo havendo restrição à segurança jurídica, quando presente risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

O professor Paulo Eduardo D'arce Pinheiro (2001, p. 63), relata em sua dissertação de mestrado, a tensão que envolve a noção de processo justo:

O leitor atento já percebeu que o processo justo traz, em seu bojo, a tensão entre duas proposições centrais: os meios necessários para a efetividade do processo do ponto de vista do autor, em oposição aos meios necessários para a efetividade do processo visto sob a óptica do réu.

Na concessão da tutela antecipada, ocorre este conflito, que pode ser resolvido através do princípio da proporcionalidade.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1999, p. 147-148), discorre sobre o conflito entre os direitos fundamentais:

O conflito, por isso mesmo, só pode ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em assegurar a eficácia dos direitos e em dar proteção aos interesses daí decorrentes, mediante a técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto.

Concedendo-se a tutela antecipada, estar-se-ia privilegiando um direito que aparenta existir.

Para Humberto Ávila (2004, p. 112), “no direito processual manipula-se a idéia de proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato processual”.

José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 270), também entende que deve se verificar se “[...] o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à ‘carga coactiva’ da mesma”. (grifo do autor).

Poderia então se dizer, que o gravame provocado na antecipação de tutela, se existente, é pequeno comparado a inefetividade do processo.

De acordo com Humberto Ávila (2004, p. 113), “o exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada para realizar uma *finalidade*”. (grifo do autor).

Logo, é aplicável a proporcionalidade na concessão da tutela antecipada, já que o seu fim é a efetividade do processo.

Se preenchidos os requisitos previstos no artigo 273, do Código de Processo Civil, pode-se falar em adequação entre o meio e o fim.

Por isso mesmo, Humberto Ávila (2004, p. 124), faz a seguinte indagação: “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?” Ele responde da seguinte forma: “trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva”.

José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 267), também entende que “através da razoabilidade, o juiz tentava (tenta) avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente”.

Dessa forma, deverá o magistrado ao julgar, avaliar a lide e utilizar a proporcionalidade e a razoabilidade, se existente um conflito de direitos fundamentais.

Nada obstante, Eduardo de Melo Mesquita (2002, p. 46, nota de rodapé), entende que a razoabilidade está inserida no princípio da proporcionalidade, pois para ele:

Nesse diapasão, é fundamental a inserção da razoabilidade no ‘princípio da proporcionalidade’, enquanto mecanismo calibrador dos demais princípios constitucionais, possibilitando solucionar eventuais conflitos entre eles. Embora não se confundam os princípios ‘da razoabilidade’ e ‘da proporcionalidade’. (grifo do autor).

Independente do princípio da razoabilidade ser abrangido ou não pelo princípio da proporcionalidade, o mais importante é que haja a solução para o conflito entre a segurança e a efetividade.

Inclusive, para Eduardo Melo de Mesquita (2002, p. 310), o princípio da proporcionalidade, apesar de não estar expresso na Constituição Federal, é uma decorrência do princípio da legalidade.

Porém, para Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 84), não é correto e nem mesmo necessário que o princípio da proporcionalidade derive de outro princípio, para que lhe seja atribuído caráter constitucional.

Conforme Eduardo Melo de Mesquita (2002, p. 312), “o termo *proporcionalidade* traz ínsita a noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pela situação ocorrente”. (grifo do autor).

Dessa forma, em razão da urgência, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, para solucionar o conflito existente entre a efetividade e a segurança jurídica, decorrente da concessão da tutela antecipada.

De acordo com Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 75), isto demonstra que “a idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante, como já propusemos aqui e em seguida reafirmaremos – princípio jurídico fundamental [...]”.

Quando se considera o princípio da proporcionalidade como o princípio dos princípios, há o reconhecimento de que eles podem se contradizer. Contudo, como não há hierarquia entre princípios no plano normativo e o conflito não faz com eles percam a sua validade, a proporcionalidade busca a solução mais coerente para cada caso, ou seja, aplica-se um princípio, mas não se observa o outro o mínimo possível.

Para Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 18), “o juiz, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, muitas vezes estará em busca da solução mais justa, visando aplicar de forma correta a lei ao caso concreto”.

Por isso, o princípio da proporcionalidade é considerado o mais importante dos princípios, pois é abstrato e ainda, porque pode amenizar o conflito existente entre os direitos e as garantias fundamentais.

Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 79), se manifesta sobre a importância da proporcionalidade para o processo:

No Direito Processual, aliás, é conhecida a extrema importância dos princípios que lhes são próprios na sua estruturação, podendo-se em vários deles identificar manifestações da proporcionalidade, sendo ela também que fundamentaria a opção pelo predomínio ora de um deles, ora do seu oposto, nos diversos procedimentos.

Já Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 14), ao elencar os princípios que devem ser observados para a concessão da tutela antecipada, inclui o da proporcionalidade:

- a) o princípio da necessidade, segundo o qual a regra de solução, limitadora de direito fundamental, somente será legítima quando for real o conflito, vale dizer, quando, efetivamente, não for possível estabelecer uma convivência simultânea dos direitos fundamentais sobre tensão;
- b) o princípio da proporcionalidade, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida;
- c) o princípio da menor restrição possível, também chamado de princípio da proibição de excessos e princípio da salva guarda do núcleo essencial.

Assim, observados os requisitos acima elencados, somados aos do artigo 273, do Código de Processo Civil, a tutela antecipada poderá ser concedida, havendo uma inversão na seqüência do processo, que se não fosse a presença de dano irreparável, seguiria normalmente.

Contudo, em razão da segurança jurídica, é disponibilizado aos cidadãos, o princípio do devido processo legal e o princípio do contraditório e da ampla defesa.

É certo que, quando um pedido de antecipação de tutela é deferido, o princípio do contraditório e da ampla defesa é sacrificado, mas se a medida não fosse concedida, no futuro também não o poderia.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 15), se manifesta sobre o devido processo legal da seguinte forma:

Observe-se que o direito constitucionalmente assegurado quanto ao devido processo legal não deve apenas ser observado em relação aos demandados, mas também em relação aos demandantes. Portanto, seria até mesmo possível afirmar que o direito à efetividade do processo também permeia o direito ao devido processo legal, visto que, sob tal argumento,

não se pode deixar de deferir tutela jurisdicional fundada em juízo de probabilidade.

Assim, o devido processo legal não é uma garantia apenas do requerido, o que justifica ainda mais o acolhimento do pedido de tutela antecipada, quando preenchidos os requisitos do artigo 273, do Código de Processo Civil, para que seja garantida a efetividade do processo.

Logo, nenhuma das partes será privada do devido processo legal, pois apenas ao final, a demanda terá a sua decisão definitiva. O contraditório apenas será postergado para o demandado.

Conforme Luiz Fux (1996, p. 319):

Destarte, o devido processo legal está encartado no direito ao processo como o direito ao meio de prestação da jurisdição, que varia conforme a natureza da tutela de que se necessita. O direito à jurisdição não é senão o de obter uma justiça efetiva e adequada. [...] Satisfazer tardiamente o interesse da parte em face da evidência significa violar o direito maior ao acesso à justiça e, conseqüentemente, ao devido processo instrumental à jurisdição requerida.

Porém, esta deve ser uma forma excepcional de ser prestada a jurisdição.

3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

3.1 Contexto Histórico

3.1.1 A origem das tutelas de urgência

O princípio *melius est ante tempus occurrere, quam post causam vulneratam recursum quaerere*¹ foi utilizado como tutela preventiva pelo direito romano clássico e certa parte do direito na Idade Média, porém, fora do processo. (BENASSE, 2001, p. 21).

Allan Helber de Oliveira (2001, p. 35), lembra que “em regra, quando se quer afirmar que um instituto jurídico é antigo, busca-se sua origem em Roma. [...] Há manifestações embrionárias dos provimentos de urgência no direito romano”.

Por isso, no direito romano as medidas urgentes já eram conhecidas.

Continua Allan Helber de Oliveira (2001, p. 36), explicar que:

O processo romano é dividido em duas grandes etapas, de acordo com a sua natureza pública ou privada: *ordum judiciorum privatorum e extra ordinem cognitio*. A primeira etapa, por sua vez, é dividida em duas fases: o período das *legis actiones* e o período *per formulas*.

Assim, o processo romano teve três fases, quais sejam, o das ações da lei, o formulário ou formular e o da cognição extraordinária.

No período das *legis actiones*, compreendido entre VIII a II a.C., os magistrados podiam conceder tutelas de urgência.

Eduardo de Melo Mesquita (2002, p. 192), cita um exemplo de medida cautelar da época:

¹ É melhor prevenir do que procurar remédio depois.

Sob a égide da Lei das XII Tábuas, na Tab. III, advém a *addictus*, condição a que ficava submetido o devedor durante sessenta dias, encarcerado por determinação do magistrado. Saldando a dívida seria libertado. Caso isso não ocorresse, a medida cautelar se convertia em executiva, recaindo sobre a pessoa do credor, o qual poderia ser vendido fora da cidade (*trans Tiberium*), como escravo, ou, mesmo, morto.

No período formular, que começou no século II a.C. e foi até o século III d.C., onde o processo era escrito, surgem às estipulações, que eram divididas em pretorianas, judiciais e comuns. De acordo com Eduardo de Melo Mesquita (2002, p. 193), “[...] as primeiras tinham natureza cautelar, fundadas no *imperium*, para tutelar determinado interesse, para prevenção de dano irreparável a um dos litigantes”.

Alice de Souza Birchal (2000, p. 46), relata que “[...] o direito romano atribuiu ao pretor (que detinha o poder de *imperium*) o poder geral de cautela”.

O poder de *imperium* era utilizado através dos *interdicta*. De acordo com Alice de Souza Birchal (2000, p. 47), nos interditos surge a ação cautelar. A autora cita quatro características dos interditos: sumariedade, provisoriedade, ordem escrita do magistrado e unilateralidade, ou seja, a ordem destinava-se a apenas uma das partes.

Ressalta José dos Santos Bedaque (2001, p. 31), “o processo sumário, mais abreviado e voltado para a solução de casos urgentes, tem origem, portanto, no interdito romano da época clássica, não nos interditos possessórios existentes nos *judicia extraordinária*”.

No período da *cognitio extraordinária* que iniciou no século III d. C. e perdurou até o século VI d.C., surgiu o recurso contra as sentenças, conhecido como *appellatio* e foram repassadas todas funções do processo a uma só pessoa, ao magistrado.

Contudo, no direito romano, autodefesa não foi considerada como crime durante o período republicano.

No século XII, ainda predominou a execução privada. Somente na Idade Média, foi vetada a prisão privada do devedor e atribuído tal poder a autoridade jurisdicional.

No século XIX, através de tutelas jurisdicionais como o seqüestro, a de nunciação de obra nova e de dano iminente, começam a surgir cautelares típicas.

Os Códigos Sardos de 1854 e de 1859 introduziram as inibições, sem especificar, os casos em que podiam ser aplicadas.

A jurisprudência entendia ser possível a inibição, quando presente a urgente necessidade de remover perigo de dano injusto. Era concedido ao magistrado um poder geral de cautela, quando não estavam presentes os pressupostos para as cautelares típicas.

Já a segunda metade do século XX, de acordo com Allan Helber de Oliveira (2001, p. 43), “[...] foi marcada pela discussão acerca da lentidão com o que o Estado cumpre sua função jurisdicional”.

Portanto, sempre houve preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional.

3.1.2 As tutelas de urgência no Brasil

No Brasil, a tutela cautelar foi introduzida através das Ordenações do Reino de Portugal, vigentes até 1850. As Ordenações Afonsinas tratavam da tutela cautelar no Livro Terceiro, no Título XXV. Nas ordenações Manuelinas, eram encontradas no Título XX, do Livro Terceiro. O Título XXXI, do Livro Terceiro, das Ordenações Filipinas também cuidava do assunto, no que se referia a fiança, o arresto e o seqüestro.

O regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, em seu Título VII, tratou dos procedimentos cautelares específicos. Já a Consolidação das Leis de Processo Civil, em 1876, trouxe as duas formas de cautelares, as preparatórias e as incidentes.

Assim, desde o início do ordenamento jurídico brasileiro, era facultado ao juiz o resguardo da tutela discutida no processo.

Já na República, o Código de Processo Civil de 1939, tratou do poder cautelar no Título I (Das Medidas Preventivas), do Livro V (Dos Processos Acessórios) no artigo 675, transcrito a seguir:

Artigo 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá acautelar o interesse das partes:

I- quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II- quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;

III- quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa. (BENASSE, 2001, p. 57-58).

Os processualistas entendiam que o artigo 675, do Código de Processo Civil de 1939, trazia um poder geral de cautela. Apenas uma parcela minoritária da doutrina entendia de forma diferente. Mas os tribunais eram bastante tímidos ao conceder essas medidas cautelares.

Conforme Alice de Souza Birchall (2000, p. 62), através do artigo 675, do Código de Processo Civil de 1939, “[...] o poder cautelar era atribuído ao juiz quando a uma das partes fosse impossível produzir provas ou pudesse ele intuir que, se não fossem tomadas providências urgentes, haveria risco de rixas e violência entre as partes, ou de lesão de difícil ou incerta reparação ao direito”.

Já o artigo 676, do Código de Processo Civil de 1939, cuidava das medidas cautelares específicas, como o arresto; o seqüestro; a busca e apreensão; a prestação de cauções; a exibição de livro, coisa ou documento; as vistorias, arbitramento e inquirições; as obras de conservação em coisa litigiosa; os alimentos provisionais; o arrolamento e entrega de bens. (MARINONI, 1994, p. 45).

Nos artigos 676 a 678, do Código de Processo Civil de 1939, eram encontradas as cautelares preventivas. Os tribunais procuravam conceder mais as medidas cautelares previstas no artigo 676, do Código de Processo Civil de 1939, do que as medidas com base no poder geral de cautela, conforme previsão do artigo 675, do Código de Processo Civil de 1939.

O Código de Processo Civil de 1973, além de prever nos artigos 796 a 889, as cautelares incidentais e as preparatórias, dispõe sobre as chamadas cautelares inominadas nos artigos 798 e 799. Então, o Código de Processo Civil atual, também concedeu ao juiz a faculdade de determinar medidas provisórias para

se tentar evitar lesão grave de difícil reparação, o que se denomina poder geral de cautela.

Parte da doutrina entendia que o magistrado não deveria conceder medidas sumárias satisfativas com base no artigo 798, do Código de Processo Civil.

Porém, a inefetividade do procedimento ordinário, fez com que os tribunais passassem a falar de ação cautelar satisfativa, pois buscando-se evitar danos irreparáveis, eram utilizadas as cautelares inominadas, que não se tratavam verdadeiramente de cautelares.

Entendia-se que a chamada ação cautelar satisfativa abrangia tanto a ação de cognição exauriente com liminar, como a ação sumária satisfativa.

Por isso, Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 42), relata que *“lamentáveis equívocos foram cometidos pelos tribunais e pela doutrina em razão da não consideração da cognição inerente ao procedimento materialmente sumário”*. (grifo do autor).

Para José Luiz Ragazzi (2002, p. 08), as medidas cautelares “[...] não se prestavam a preservar a eficácia da sentença de mérito na ação principal, e como o próprio nome sugere, eram satisfativas, ou seja, de ação principal não careciam, portanto, cautelares não eram”.

Na época acreditavam que em razão da tutela liminar ser satisfativa, não seria necessária a propositura de ação principal.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 90), estava havendo confusão entre satisfatividade e definitividade, pois para ele a tutela somente será definitiva e dispensar a ação principal, quando a cognição for exauriente. Na cognição sumária, a tutela satisfativa exigirá a ação principal. Isto porque para haver a coisa julgada material, a cognição deve ter sido exauriente.

Era aceito também a substituição do mandado de segurança pela ação cautelar.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 123), explica que “entretanto, se é possível demonstrar-se de plano a arbitrariedade, para que um processo com sentença de cognição sumária, depois seguido por outro de cognição exauriente?”.

Para ele, neste caso, a sentença não seria produzida com base em cognição sumária.

Então, nas ações com cognição sumária, o que havia era cognição exauriente com uma liminar. Isto ocorria porque não era possível conceder liminares no procedimento ordinário.

No entanto, como conseqüência, houve uma grande demanda de ações cautelares com pedido de liminar, em razão de deficiências no procedimento e na forma de concessão da tutela sumária. Apesar de que, durante pouco mais de duas décadas, o processo cautelar ter produzido excelentes resultados.

Em 1985, houve uma tentativa de modificação do Código de Processo Civil. O esboço desta tentativa serviu para um trabalho elaborado a partir de 1992, por comissão dirigida pelo min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Após os trabalhos houve várias alterações que buscavam entre outros objetivos, dar mais agilidade ao processo. Aqui foi introduzida a tutela antecipada no Código de Processo Civil.

Assim, com a Reforma do Código de Processo Civil de 1994, através da Lei 8.952/1994, surgiu a tutela antecipada, onde se buscou garantir a efetividade do processo e distribuir o seu ônus entre as partes.

De acordo com Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 74):

A tutela antecipatória vem em resposta à ineficácia do procedimento ordinário, pois, com a necessidade de maior celeridade e efetividade à tutela dos direitos, passou-se a utilizar do art. 798 do CPC como uma *válvula de escape* para uma prestação jurisdicional mais eficiente e adequada à realidade social. (grifo do autor).

Para Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 92):

De qualquer maneira, a reforma do Código cria a possibilidade da antecipação da tutela no processo de cognição exauriente, eliminando a necessidade de o autor – para obter uma tutela sumária satisfativa – valer-se do art. 798, que gerava ações sumárias satisfativas e ações de cognição exauriente com tutela satisfativa interinal.

O processo cautelar a partir de então, retomou a sua finalidade, qual seja, assegurar o futuro do processo principal, ao invés de garantir a proteção do direito material.

Por isso, Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 05), entende que “no direito brasileiro atrás do rótulo ‘ação cautelar’, surge a ação antecipatória (sumária satisfativa)”. (grifo do autor).

Entretanto, em 2002 houve uma modificação na tutela antecipada, com a edição da Lei nº 10.444 que alterou a redação do parágrafo 3º e acrescentou os parágrafos 6º e 7º, ao artigo 273, do Código de Processo Civil.

A redação do parágrafo 3º, do artigo 273, do Código de Processo Civil era a seguinte: “a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incs. II e III do art. 588”. (ALVIM, 2002, p. 105).

Já o parágrafo 6º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, trouxe uma nova espécie de tutela, fundada na antecipação dos pedidos incontroversos e o parágrafo 7º, incluiu o princípio da fungibilidade. Tal alteração complementou ainda mais a tutela antecipada.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 22), enfatiza que a maior conquista no âmbito processual, foi à antecipação de tutela, “[...] a partir da qual o processo deixou de servir à parte que não tem razão, podo-se ao lado da que *provavelmente* tem o direito”. (grifo do autor).

Porém, a antecipação de tutela não tem a finalidade de neutralizar o processo cautelar, mas sim de complementar as tutelas de urgência.

Em certos casos, conforme exemplo citado por Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 28), é necessário socorrer se tanto da tutela antecipada como da tutela cautelar, para o resguardo o mesmo direito:

Imagine-se a hipótese de a mulher, separada de fato do marido, obter, a título de antecipação de tutela, a metade da renda de um táxi do casal, e, em razão disso, tenta ele alienar o veículo; pode a mulher postular o seu seqüestro, o que ocorrerá através do processo cautelar incidental.

De acordo com o autor, a antecipação de tutela ensejou primeiramente o julgamento antecipado da lide, após a fase postulatória, para posteriormente ser permitida a antecipação *initio litis* da própria pretensão material. (ALVIM, 1997, p. 152).

É importante frisar que antes da Lei 8.952/1994, já haviam disposições esparsas na legislação processual sobre a tutela antecipada, como o despejo liminar previsto no artigo 59, parágrafo 1º, da Lei 8.245/1991 (Lei de Locação); a liminar na ação civil pública; as liminares possessórias; a liminar do artigo 84, parágrafo 3º, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); no artigo 213, parágrafo 1º, da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), entre outras.

Alice de Souza Birchal (2000, p. 63), fala que a tutela antecipada já existia no ordenamento jurídico brasileiro, antes da entrada em vigor da Lei 8.952/1994, pois para a autora, “[...] o mandado de segurança, a ação civil pública e as ações possessórias são alguns exemplos que admitem a antecipação dos efeitos da decisão de mérito e são anteriores à Lei 8.952/94”.

Nada obstante, para Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 13), a tutela antecipada foi introduzida no ordenamento jurídico para tentar harmonizar a efetividade do processo e a segurança jurídica:

A introdução da tutela antecipada no nosso sistema processual se deu pela via legislativa, e objetivou conciliar a convivência simultânea entre o direito fundamental à efetividade do processo e o direito fundamental à segurança jurídica, nas hipóteses em que tais direitos estiverem em rota de colisão.

Assim, buscou-se tutelar os interesses daqueles que não podem suportar o transcorrer normal do processo, garantindo-se a efetividade da demanda.

Veja-se, que de acordo com Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 27):

A medida tendente a evitar a lesão, ou repará-la, deve ser adaptada à satisfação da necessidade imediata, pois de nada adiantaria, por exemplo, o juiz limitar-se a determinar o bloqueio do patrimônio do responsável por alimentos, porquanto tal medida, por si só, não atenderá ao objetivo do alimentando, que é alimentar-se.

No direito moderno, a demora processual causa desprestígio ao Poder Judiciário perante a população.

Cândido Rangel Dinamarco (1998, p. 140), se manifesta sobre o assunto conforme abaixo:

Fala-se no binômio *custo-duração* como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea (Vincenzo Vigoritti) e com toda a autoridade já foi dito, em sugestiva imagem, que *o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve tratar uma guerra sem tréguas* (Carnelutti). Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional. (grifo do autor).

Assim, a antecipação de tutela foi introduzida no ordenamento jurídico, buscando-se a efetividade do processo.

3.2 Noções Introdutórias

Através da tutela antecipada os efeitos do provimento final podem ser adiantados.

No artigo 273, do Código de Processo Civil, há três tipos de tutela antecipada, a tutela fundada na urgência prevista no inciso I, a tutela fundada na evidência, encontrada no inciso II, e a tutela através da antecipação da parte incontroversa, conforme o parágrafo 6º.

Para a tutela fundada na urgência é necessária a aparência de existência do direito afirmado, de acordo com o *caput*, do artigo 273, do Código de Processo Civil. Aqui há um juízo de probabilidade. Também é preciso que esteja presente um dano irreparável ou de difícil reparação, conforme a previsão do inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil. Porém, além dos requisitos positivos citados acima, é necessário que não esteja presente a irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, conforme o parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil. Este pressuposto é denominado de negativo.

Na tutela fundada na evidência, é preciso apresentação de prova que convença da verossimilhança da alegação, conforme *caput*, do artigo 273, do Código de Processo Civil, e que fique demonstrado que há abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu, de acordo com o inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, que são requisitos positivos. E ainda é necessário observar o pressuposto negativo, que é a irreversibilidade dos efeitos do provimento, encontrado no parágrafo 2º, do no artigo 273, do Código de Processo Civil.

Por fim, na antecipação da parte incontroversa, não são necessários os requisitos do *caput*, do artigo 273, do Código de Processo Civil, mas é preciso que um pedido ou parte dele seja incontroverso, nos termos do parágrafo 6º, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Em seguida, após o estudo do conceito e da definição da natureza jurídica, será comentado individualmente cada requisito da tutela antecipada.

3.3 Conceito

O que caracteriza a antecipação de tutela é o adiantamento daquilo que é almejado na demanda, ou seja, a tutela final.

Para Marcos Antônio Benasse (2001, p. 66), “a antecipação da tutela nada mais é do que a antecipação da própria pretensão material, traduzida no pedido, tendo conteúdo do provimento liminar (decisão) e o provimento definidor da lide (sentença)”.

Por isso, a tutela antecipada adianta a pretensão material que apenas seria concedida na sentença.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 76), discorre sobre o assunto no mesmo sentido, pois para ele “a antecipação deve ser entendida como uma técnica de sumarização consistente na apreciação do pedido formulado pela parte antes da sentença”.

Dessa forma, a tutela antecipada tem por escopo a análise e como consequência, a concessão do pedido da parte antes sentença monocrática.

Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 24), entende que:

Antecipar significa 'adiantar no tempo', conceder antes do tempo previsto, revelando o seu *nomen iuris* a possibilidade de ser antecipado, no todo ou em parte, o próprio provimento jurisdicional que se pretende ver assegurado antes daquele 'momento ideal' previsto para a sua concessão, que é a sentença de mérito. (grifo do autor).

Assim, por intermédio da antecipação de tutela, adianta-se uma decisão que tem conteúdo satisfativo, permitindo que o magistrado resolva a lide provisoriamente.

Para Rogéria Dotti Doria (2003, p. 49), “a antecipação da tutela, portanto, é o mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação (antecipada) de um direito subjetivo reivindicado em determinado processo”.

Nada obstante, Fábio Silva Costa (2000, p. 03), observa que a antecipação de tutela não pode ser confundida com o julgamento antecipado da lide, previsto no artigo 330, do Código de Processo Civil, onde “[...] é julgado o próprio mérito da causa, em termos definitivos, sendo proferida sentença de extinção do processo com apreciação da lide”.

A antecipação de tutela não se confunde com o julgamento antecipado da lide, pois aquela pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, já no julgamento antecipado da lide há resolução de mérito, ou seja, a decisão é definitiva.

Ainda de acordo com Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 25-26), o objetivo da tutela antecipada seria “[...] antecipar a própria pretensão deduzida em juízo, ou melhor, os seus efeitos, pois a sua finalidade é, na prática, adiantar os efeitos da tutela de mérito, propiciando sua imediata satisfação”.

Então, ocorra a antecipação de forma liminar ou no transcurso do processo, sobre o conteúdo total ou parcial da pretensão, o seu fim será o mesmo, buscar resolver a demora na concessão da tutela definitiva, para que a tutela prestada seja efetiva.

3.4 Natureza Jurídica

A antecipação de tutela não se trata de tutela cautelar, mas é uma das espécies de tutelas de urgência.

Nada obstante, de acordo com o artigo 162, do Código de Processo Civil, os atos do juiz consistem em: sentença, decisão interlocutória e despachos.

A tutela antecipada não é sentença, pois nela não é encontrada nenhuma das situações previstas nos artigos 267 e 269, ambos do Código de Processo Civil. Mesmo porque, não há resolução de mérito na concessão da tutela antecipada.

Contudo, também não se trata de despacho, já que através deles nada é decidido, mas apenas dá-se andamento ao processo.

Assim, resta a decisão interlocutória, que conforme o próprio parágrafo 2º, do artigo 162, do Código de Processo Civil, “[...] é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.

Isto também não quer dizer que seja questão incidente, conforme Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 133), “não significa, contudo, que a antecipação da tutela se traduza em *incidente*, como se poderia inferir de sua definição legal, mas trata-se de mera decisão que não põe termo ao processo”. (grifo do autor).

A decisão interlocutória é um pronunciamento do magistrado que ocorre no curso do processo, mas que não o extingue.

Para Sérgio Sahione Fadel (1998, p. 55), trata-se de decisão interlocutória e que, portanto, é agravável, pois conforme o autor “caracterizando decisão interlocutória, o ato judicial que defere ou indefere o pedido de tutela antecipada, por certo o recurso cabível, num como noutro caso, será o agravo”.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 134), também entende que a natureza jurídica da antecipação de tutela é de decisão interlocutória, já que “[...] o juiz está iniciando a sua atividade jurisdicional, ao contrário do que ocorre com a sentença, quando encerra a referida atividade”.

Mas a tutela antecipada pode ser concedida junto com a sentença monocrática, se não tiver sido deferida liminarmente ou no curso do processo e ainda poderá ser concedida em acórdão prolatado por um tribunal, em segunda instância.

Se a tutela antecipada for concedida junto com a sentença de mérito, o recurso cabível para alguns será apelação, já outros entendem ser apelação e agravo. A finalidade da concessão da tutela antecipada neste momento processual seria para que, caso seja interposta apelação, esta seja recebida apenas em seu efeito devolutivo, nos termos do artigo 520, inciso VII, do Código de Processo Civil.

No entanto, o artigo 558, do Código de Processo Civil, dispõe que o relator, em caso de lesão grave e de difícil reparação, se for relevante à fundamentação, poderá suspender o cumprimento da decisão até o julgamento definitivo. O parágrafo único, do mesmo artigo remete ao artigo 520, do Código de Processo Civil. Logo, também na hipótese de concessão de tutela antecipada na sentença, o recurso poderá receber efeito devolutivo e suspensivo.

Porém, diverge Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 63-64), já que segundo o autor “não havendo a lei estabelecido um momento preclusivo para a antecipação da tutela, pode ela ser concedida a qualquer tempo, na inferior instância, *antes* da sentença, bastando tenha-se tornado necessária [...]”. (grifo do autor).

Fábio Silva Costa (2000, p. 15-16), também relata que a doutrina tem entendido que o pedido de tutela antecipada “pode ser feito a qualquer momento, da petição inicial até mesmo antes do julgamento final da lide, em petição própria, mas dentro dos autos do processo”.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 141), justifica porque entende não ser cabível a concessão da tutela antecipada na sentença:

A antecipação não pode ser concedida na sentença não só porque o recurso de apelação será recebido no efeito suspensivo, mas principalmente porque o recurso adequado para a impugnação da antecipação é o agravo de instrumento. Admitir a antecipação na sentença seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais, e retirar do réu – em caso de antecipação na sentença – o direito o recurso adequado.

Para o autor, o correto seria a concessão da tutela antecipada antes da sentença, por meio de decisão interlocutória, mas no mesmo instrumento.

Nada obstante, o projeto de Lei nº. 3605/2004, que está tramitando pela Câmara dos Deputados, pretende alterar a redação do artigo 520, do Código de Processo Civil, para que a regra do efeito em que a apelação é recebida no Tribunal, seja o devolutivo. O dispositivo com a alteração ficaria da seguinte forma: "Art. 520. A apelação terá somente efeito devolutivo, podendo o juiz dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte".

Assim, a nova redação do artigo 520, do Código de Processo Civil, poderia por fim a discussão acerca da tutela antecipada na sentença, já que não seria mais preciso a sua concessão neste momento, tendo em vista a nova redação do dispositivo citado.

Contudo, se a tutela for concedida antes da sentença de mérito, por tratar-se de decisão interlocutória, é cabível o recurso de agravo, na forma retida ou por instrumento. Porém, a partir da Lei nº 11.187/2005, com a alteração do *caput*, do artigo 522, do Código de Processo Civil, a regra passou a ser o agravo retido.

Em princípio a finalidade do agravo retido é evitar a preclusão, pois apenas se após a sentença, for interposto recurso de apelação e nas razões da apelação for reiterado o pedido do agravo retido, a decisão agravada poderá ser substituída ou anulada.

Então, com base no próprio *caput*, do artigo 522, do Código de Processo Civil, que dispõe ser cabível o agravo de instrumento quando a decisão puder causar a parte lesão grave e de difícil reparação, ele poderá ser interposto contra a decisão que concede ou nega a tutela antecipada.

Inclusive, também com fulcro no artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil, quando interposto o agravo de instrumento, pode-se pedir ao relator o efeito suspensivo da decisão até o julgamento definitivo pelo tribunal.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 166, nota de rodapé), antes da vigência da Lei nº 11.187/2005, já entendia que o agravo na forma retida seria inútil.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 134), também entende que deve ser utilizado o agravo de instrumento ao invés do agravo retido:

A forma mais comum e utilizada de combater a *decisão* que antecipa os efeitos da tutela é o agravo de instrumento, em face da urgência da situação, pelo réu – a fim de retornar ao *status quo ante* -, e pelo autor – com a finalidade de obter a tutela antecipatória, em princípio negada -, pelo que não há sentido em utilizar-se do agravo retido nos autos. (grifo do autor).

Assim, o inverso também é possível, ou seja, se o pedido de tutela antecipada é indeferido, é cabível o agravo de instrumento, só que o pedido com base no artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil, será de efeito ativo ou como alguns denominam, antecipação de tutela recursal. Mesmo porque, conforme Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 168-169):

[...] O juiz pode causar dano não só quando concede a tutela, mas principalmente quando a nega. [...] Afinal, o juiz ciente da sua responsabilidade sabe que pouca coisa pode ser mais injusta do que uma vitória processual que signifique uma derrota no plano da realidade social.

Imagine então a não concessão da tutela antecipada em um benefício previdenciário, que possui caráter alimentar.

Sérgio Sahione Fadel (1998, p. 56), também discorre sobre o agravo de instrumento e a tutela antecipada:

O mais provável e corriqueiro, todavia, será que a parte, contra a qual foi deferida a tutela antecipada, ou a que a não obteve quando dela precisava e por isso a requereu, recorra de agravo de instrumento, da decisão positiva ou negativa, levando, desde logo, ao conhecimento do tribunal o reexame da matéria, na forma prevista nos arts. 522 e seguintes do CPC.

Dessa forma, o tribunal poderá analisar a decisão que deferiu ou não a antecipação da tutela, até mesmo por meio de ato singular do relator.

Mas a tutela antecipada pode ser concedida além da sentença, pois poderá ser deferida até mesmo em segunda instância, já que a lei não impõe nenhum prazo prescricional.

Logo, se há a previsão de um recurso contra a decisão que concede a tutela antecipada, verifica-se a possibilidade de revogação ou apenas de sua

modificação. Inclusive, a modificação e a revogação estão previstas no parágrafo 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

3.5 Requisitos da Tutela Antecipada

Conforme afirmado nas noções introdutórias, a seguir serão tratados individualmente os requisitos da tutela antecipada.

3.5.1 Requerimento da parte

De acordo com o artigo 273, do Código de Processo Civil, o juiz pode antecipar os efeitos da tutela, desde que haja requerimento da parte. O *caput*, do artigo 273, do Código de Processo Civil está em consonância com o artigo 2º, também do Código de Processo Civil, que dispõe que a tutela jurisdicional apenas será prestada quando a parte requerer.

Marcos Destefenni (2002, p. 242), entende que a antecipação de tutela depende de pedido da parte. O doutrinador fundamenta o seu posicionamento abaixo:

A razão principal decorre do seguinte: quem requer a antecipação está pretendendo, na verdade, executar (ou efetivar como preferem alguns) essa decisão. [...] Executar provisoriamente a decisão que antecipa a tutela jurisdicional pode trazer conseqüências patrimoniais ao exeqüente, razão pela qual somente ele pode ponderar a conveniência ou não de proceder a uma execução provisória.

Assim, o exeqüente pode ser responsabilizado se ao final a ação for julgada improcedente.

Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 41), possui o mesmo entendimento:

O requerimento da tutela antecipada se impõe porque qualquer dano causado à parte contrária será ressarcido por quem se beneficiou da tutela, sendo apenas a extensão do dano objeto de apuração em liquidação, porque, no que tange à responsabilidade pela indenização, nada há de ser apurado.

A responsabilidade seria objetiva, e em havendo dano, o beneficiário da tutela antecipada teria que ressarcir aquele que teve prejuízo.

Porém, o juiz federal George Marmelstein Lima (2002, p. 142), no artigo denominado “Antecipação da tutela de ofício?”, lembra que no caso dos benefícios previdenciários, por tratar-se de verbas alimentícias, não há devolução, ao menos que fique demonstrada má-fé do segurado.

Sérgio Sahione Fadel (1998, p. 24), também é contra a antecipação de ofício e se baseia na letra da lei:

Embora no que tange a algumas e muito específicas medidas cautelares, o juiz, em casos excepcionais, possa decretá-las de ofício, independentemente de requerimento ou de audiência das partes, conforme a previsão do art. 797 do CPC, a tutela antecipada só pode ser deferida, de acordo com a letra expressa do art. 273, a pedido da parte.

Já Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 92), entende que se o juiz conceder a tutela antecipada de ofício estará ferindo o princípio dispositivo, localizado no artigo 262, o princípio da inércia da jurisdição, conforme o artigo 2º e o princípio da adstrição, encontrado no artigo 128, ambos do Código de Processo Civil.

No entanto, para George Marmelstein Lima (2002, p. 142), se o juiz conceder a antecipação da tutela de ofício “na verdade, o magistrado não estará *tomando partido* em relação a esta ou aquela parte, mas tão somente agindo para concretizar um direito fundamental”. (grifo do autor).

Ana Paula Oliveira Ávila (2002, p. 361), em comentário ao julgamento do Agravo de Instrumento nº 598.398.600, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo desembargador Araken de Assis, publicado em 25 de novembro de 1998, interposto pelo Estado do Rio Grande do

Sul, contra a decisão que concedeu através de tutela antecipada medicamentos, reforça o posicionamento isolado do magistrado George Marmelstein Lima.

Esse agravo de instrumento foi provido, mesmo ante a proibição de antecipação de tutela contra Fazenda Pública, conforme o artigo 1º, da Lei nº 9.494/1997. O artigo citado, já foi inclusive reconhecido como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, através de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade. Porém, foi dada preferência ao direito à vida, na colisão entre este e o patrimônio da Fazenda Pública, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. (ÁVILA, 2002, p. 362).

Veja-se que no julgamento acima, buscou-se preservar um direito fundamental, mesmo havendo o risco de irreversibilidade da medida e o afastamento da aplicação de dispositivo legal.

Nada obstante, Carlos Francisco Büttgenbender (1997, p. 31), defende a não concessão da tutela de ofício e comenta que uma das diferenças entre a tutela antecipada e a tutela cautelar é a “[...] impossibilidade do julgador por vontade própria aplicar o instituto”.

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial é praticamente unânime em não consentir a antecipação da tutela de ofício.

Entretanto, o juiz George Marmelstein Lima (2002, p. 139-141), minoritariamente, defende a concessão de ofício da tutela. Em primeiro lugar, ele fundamenta o seu posicionamento na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, que em se tratando de tutela antecipada seria o direito a uma tutela efetiva. O segundo argumento é que mesmo uma norma sendo válida, em um caso concreto pode ser afastada a sua aplicabilidade, desde que possa causar uma grande injustiça. A terceira justificativa é que “as verbas alimentícias (p. ex., as decorrentes de benefícios previdenciários ou assistenciais) trazem sempre consigo um clamor de urgência na sua obtenção”. Em quarto lugar é lembrado os advogados que se esquecem de fazer o requerimento. Nestes casos, não seria necessário pedido expresso.

George Marmelstein Lima (2002, p. 141), cita ainda um outro argumento referente a benefícios previdenciários, quando há um conflito de interesses entre o cliente e o advogado:

No caso, a antecipação da tutela seria do interesse da parte, que necessita do benefício até para garantir sua própria sobrevivência; para o advogado, contudo, a antecipação da tutela seria prejudicial, pois haveria redução do valor da futura execução, fazendo com que os ganhos do advogado se tornem menores, já que os honorários de sucumbência são calculados com base no valor da condenação.

Por fim, entende George Marmelstein Lima (2002, p. 142-143), que com base no artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, o magistrado pode conceder de ofício a tutela antecipada em um benefício previdenciário, pois se trata de obrigação de fazer, qual seja, a implantação de benefício. E ainda, o parágrafo 5º, do mesmo artigo, diz que pode ser de ofício.

O parágrafo 3º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, não impõe expressamente a necessidade de pedido da parte, como faz o artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil.

No tocante ao requerimento, todos aqueles que forem legitimados para propor a execução provisória podem pleitear a antecipação da tutela. Entende-se que tanto o pólo ativo, como o pólo passivo na demanda, este último através de reconvenção, nas ações dúplices ou no pedido contraposto, em contestação do procedimento sumário, pode requerê-la. É possível, conforme o caso, que o pedido seja feito até pelo terceiro interveniente.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 93), discorre que “a princípio pode parecer estranha a afirmação de que o réu pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela. Porém, tal estranheza se desfaz quando se lembra das ações dúplices, pois nestas ações, o réu passa à qualidade de autor”.

Nas ações dúplices seria possível a antecipação de tutela, já que o réu ao mesmo tempo em que se defende, contra-ataca o pedido do autor.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 127), tanto o autor, como o réu reconvinente, pode pleitear a tutela antecipada. A reconvenção é uma das espécies de resposta que pode ser apresentada pelo requerido, conforme o artigo 297, *caput*, do Código de Processo Civil. De acordo com o doutrinador a reconvenção é uma ação do réu e por isso ele está autorizado a requerer a antecipação de tutela.

Considera-se que não há motivos para em sendo compatível o rito, o réu ser impedido de fazer o mesmo pedido que o autor. (CASCONI, 2001, p. 91). Tal

afirmação decorre do princípio da igualdade, encontrado no *caput*, do artigo 5º, da Constituição Federal e também está baseada no artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil que confere as partes igualdade de tratamento.

Um outro argumento que favorece o réu é encontrado no artigo 273, do Código de Processo Civil, que utiliza o termo parte e não autor. Exclui-se aqui o pedido do requerido apenas com base no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Francisco Antonio Casconi (2001, p. 90), lembra ainda que o Ministério Público “[...] quando tem a iniciativa da ação em favor do interesse indisponível posto sob sua tutela, ou o substituto processual” pode pleitear a tutela antecipada.

O Ministério Público também pode requerer a tutela antecipada quando atua no processo como *custos legis*. (CARNEIRO, 1999, p. 51).

Em um primeiro momento a tutela antecipada poderia ser requerida apenas pelo autor, mas conforme exposto anteriormente, é possível que seja pleiteada por todos aqueles que podem dar início à execução provisória e até mesmo pelo réu.

3.5.2 Prova inequívoca

O *caput*, do artigo 273, do Código de Processo Civil dispõe que poderão ser antecipados os efeitos da tutela desde que haja prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação.

A prova inequívoca não seria ainda suficiente para manifestação concreta sobre o direito afirmado pela parte, mas indica a sua provável existência, e é, portanto, suficiente para o deferimento da tutela antecipada.

Para a sua concessão, a prova poderá ser documental, testemunhal e até mesmo pericial, através da apresentação de laudos elaborados antes do pedido de tutela antecipada. E cada uma das provas apresentadas terá o seu valor, conforme a espécie.

Sobre a prova testemunhal, Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 163), relata que “na verdade, o documento que, por exemplo, contém a declaração testemunhal antecipada prova apenas a declaração testemunhal, e não a afirmação de fato que tal declaração pretende provar”.

De acordo com o doutrinador, o documento que contém a prova testemunhal, demonstra o que declarou a testemunha e não o fato que ela relatou.

No tocante a prova pericial, entende Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 163), que se ela tiver sido produzida em um outro processo, com a observância do contraditório, terá mais valor do que aquela apresentada pela parte unilateralmente, como por exemplo, um laudo fornecido por um especialista.

Percebe-se que não é utilizada somente a prova documental, mesmo porque, quando a demanda envolver apenas matéria de direito, o pedido será feito com base nas declarações da parte. Ou ainda, quando não for necessária a produção de provas por disposição legal, conforme o artigo 334, incisos I a IV, do Código de Processo Civil. E por último, quando a lei inverte o ônus da prova, como no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, nos artigos 6º, inciso VIII, 38 e 51, inciso VI.

Nada obstante, o artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, traz a possibilidade de realização de audiência de justificação prévia antes da concessão antecipada de tutela específica nas obrigações de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, está última encontrada no artigo 461-A, do Código de Processo Civil. Porém, a justificação prévia não está prevista nas hipóteses de tutela antecipada do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Todavia, Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 164), entende que a justificação prévia não é privilegio apenas das ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e que a justificação prévia pode ser utilizada sempre que for necessária.

Com relação locução prova inequívoca, Marcos Destefenni (2002, p. 240), menciona que:

É pacífica a doutrina no sentido de que a expressão ‘prova inequívoca’ não é a mais adequada para exprimir um requisito de uma tutela de urgência.

[...] Aliás, muitos autores são categóricos em afirmar que não existe 'prova inequívoca'. (grifo do autor).

Um desses autores é Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 21), que entende que “a rigor, em si mesma, prova nenhuma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável”.

Assim, nem mesmo as provas produzidas dentro da fase postulatória, poderiam ser denominadas de inequívocas.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim (1997, p. 164), manifesta que nenhuma prova é inequívoca, pois para ele “e se assim é, a conclusão que se impõe é a de que a prova pode ingressar no processo como 'inequívoca' e ser tida depois de encerrada a instrução, como a mais equívoca e imprestável delas”. (grifo do autor).

O doutrinador também entende que dizer que a prova é inequívoca, é uma qualidade, que, porém, deve recair sobre os fatos, pois a prova é o meio pelo qual eles são demonstrados. (ALVIM, 1997, p. 165).

Conforme Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 43), “a ‘prova inequívoca’, nos termos do art. 273, *caput*, está intimamente ligada com o fato e com a alegação que se pretende comprovar para fins de obtenção da tutela antecipada, envolvendo o trinômio ‘alegação-fato-prova’ [...]”. (grifo do autor).

Logo, deve haver prova do fato alegado para fundamentar o requerimento da tutela antecipada.

Para Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 22), “a nós parece que a 'inequívocidade' da prova significa sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o 'juízo de verossimilhança', capaz de autorizar a antecipação da tutela”. (grifo do autor).

Então, a prova inequívoca seria aquela suficiente apenas para o juiz conceder a tutela antecipada, que poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo, conforme o parágrafo 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Já para Marcos Destefenni (2002, p. 241), seria “a prova suficiente a convencer o magistrado de uma probabilidade de êxito”.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim (1997, p. 165), considera que:

Postas essas premissas, pode concluir que *prova inequívoca* deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja *provável*. (grifo do autor).

Seria aquela que demonstra ser verdadeira, independente de sua constituição ser pública ou privada, somada a valoração dada pelo magistrado ao apreciá-la.

Francisco Antonio Casconi (2001, p. 97), resolve a contradição existente entre prova inequívoca da verossimilhança através do conceito de probabilidade, pois para ele “a probabilidade é a quase certeza dos fatos e do direito afirmado sob *aparência de verdade*. A exigência de prova inequívoca surge para alertar o magistrado que mera alegação não é suficiente para deferir-se a antecipação”. (grifo do autor).

Dessa forma, não seria suficiente a mera alegação da parte, mas é necessário também um início de prova. Continua o doutrinador ao dizer que:

A prova inequívoca passível de convencer o juiz da verossimilhança da alegação é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar, aproximando-se do conceito de direito líquido e certo que autoriza a concessão liminar no mandado de segurança, sem, contudo, confundir-se com este. (CASCONI, 2001, p. 100).

Assim, a prova inequívoca teria que ser mais convincente que a prova necessária para concessão das medidas cautelares.

Carlos Francisco Büttenbender (1997, p. 35), também entende que é preciso algo mais que a fumaça do bom direito, “em outras palavras, podemos afirmar que enquanto no procedimento cautelar ocorre um juízo de plausibilidade ('pode ser... '), no procedimento antecipatório é exigida uma relativa certeza”.

Por fim, Júlio Ricardo do Amaral (2001, p. 96), faz um alerta à interpretação literal do artigo 273, do Código de Processo Civil quando diz que “pelo contrário, a locução prova inequívoca não pode ser entendida de forma rigorosa e

absoluta, sob pena de a tutela antecipatória não ser concedida em hipótese alguma, tornando, assim, letra morta as disposições do art, 273 do Código de Processo Civil”.

Portanto, na verdade, o juiz apenas poderia qualificar a prova como inequívoca, ao proferir a sentença, mas como na maioria dos casos a tutela antecipada precisa ser deferida antes deste momento processual, terá o magistrado que utilizar seu bom senso de julgador e valorar se a prova apresentada é suficiente para demonstrar a provável existência do direito alegado e autorizar a concessão da tutela antecipada.

3.5.3 Verossimilhança da alegação

A verossimilhança é encontrada por meio das provas apresentadas. Mas para Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 163-164), o magistrado também “[...] deve considerar: “(i) o valor do bem jurídico ameaçado, (ii) a dificuldade do autor provar a sua alegação, (iii) a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação e (iv) a própria urgência descrita”.

Assim, além das provas, o juiz deve levar em consideração os fatores descritos acima, ao analisar se é verossímil o que foi alegado pela parte.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim (1997, p. 154-155), complementa o assunto ao relatar que:

Para se convencer da verossimilhança da alegação, o juiz não está vinculado à prova, se a pretensão se assenta em fatos incontestes, não carentes de demonstração, caso em que a atividade cognitiva detém-se no simples exame do direito.

Dessa forma, nota-se que não é apenas com bases em provas que o juiz verifica se há verossimilhança.

Carlos Francisco Büttender (1997, p. 36), discorre sobre o que seria a prova inequívoca que deve levar a verossimilhança:

Percebe-se assim que 'a prova inequívoca' deve ser tomada como o elemento aplicador do Direito suficientemente forte para gerar a verossimilhança, para que reste indubitosa a probabilidade de o bem jurídico a ser antecipado seja o mesmo que ao final da demanda será alcançado. (grifo do autor).

Assim, a verossimilhança deve trazer a aparência de que é real o que está sendo alegado pela parte.

Sobre a sua abrangência, de acordo com Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 25), “a verossimilhança, em seu conteúdo jurídico-processual, é mais do que o *fumus boni iuris* exigível para o deferimento de medida cautelar; mas não é preciso chegar a uma evidência indiscutível”.

Porém, Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 164), nos termos do artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, entende que a relevância do fundamento da demanda, como condição para a antecipação de tutela nas ações que envolvam obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, trata-se do *fumus boni iuris*, que seria, portanto, a verossimilhança suficiente para a concessão da tutela.

Para o autor, a tutela antecipada concedida nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, bastaria a presença da fumaça do bom direito.

Pode-se ainda dizer que o que é verossímil para uma pessoa, pode não ser para a outra. Mesmo porque, cada magistrado tem a sua opinião sobre uma prova colhida.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 97), comenta que a prova deve ser suficiente para demonstrar a verossimilhança da alegação, pois não se tem por escopo um juízo de certeza, senão a tutela antecipada ao invés de cognição sumária, necessitaria de cognição exauriente.

Continua o doutrinador ao explicar que a palavra verossimilhança vem de verossímil, consubstanciando-se na plausibilidade, probabilidade de ser. Para ele a aparência seria o gênero e que probabilidade e verossimilhança seriam espécies. “Assim, algo que se mostra aparente pode ser tanto provável como verossímil” (AMARAL, 2001. p. 98-99).

Já Joaquim Eduardo Carreira Alvim (1997, p. 156), entende que:

Mas essas diferenças não têm uma precisa correspondência no vocabulário dos juristas: além do mais, se se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que estas três qualificações (possível, verossímil, provável) constituem, nesta ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva acentuação até o reconhecimento do que é verdadeiro.

Contudo, alerta Fábio Silva Costa (2000, p. 10), que no Brasil, nem todas as palavras utilizadas no vocabulário ordinário, podem ser usadas no vocabulário forense. Por isso, para ele “é a verossimilhança, juridicamente falando – em matéria processual civil pátria – a preponderância ou inclinação, no sentido de se tornar por críveis, fatos circunstanciais específicos”.

Assim, a verossimilhança ocorreria quando se crê que um fato é verdadeiro.

Para Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 52):

O critério da *probabilidade* ou *credibilidade* é o meio mais seguro para se traçar o conceito de verossimilhança, ao qual a concessão da tutela antecipada está intrinsecamente ligada, segundo a técnica adotada pelo Código de Processo Civil. (grifo do autor).

Dessa forma, pode ser utilizada a probabilidade para que seja verificado se há verossimilhança. A doutrinadora ainda considera que:

Do exposto, conclui-se que a verossimilhança equipara-se a um juízo de *probabilidade* resultante da análise dos motivos que lhe são favoráveis e dos que são desfavoráveis, de modo que, se os motivos favoráveis são mais fortes que os desfavoráveis, o juízo de probabilidade cresce; caso contrário, sendo mais fortes os desfavoráveis, o juízo de probabilidade diminui, podendo até desaparecer. (ALVIM, 2003, p. 54, grifo do autor).

Então, deverá haver uma análise do que foi alegado, para se verificar se está mais próximo do que distante da verdade.

Conforme Francisco Antonio Casconi (2001, p. 97), o conceito de verossimilhança deve ser observado “[...] como critério de identidade da quase verdade, partindo da dissociação de idéias, pois o objetivo do interesse jurídico não é a síntese lógica, mas a solução das incompatibilidades [...]”.

Logo, o verossímil aparenta ser verdadeiro, mas nem sempre o que aparenta ser verdadeiro é real. No entanto, desde que não enseje dúvidas, bastaria a aparência para ser considerado verossímil, já que o direito visa resolver os conflitos, o que nem sempre ocorrerá de forma coerente.

3.5.4 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Além dos pressupostos previstos no *caput*, do artigo 273, do Código de Processo Civil, prova inequívoca e verossimilhança, é necessário que estejam também presentes para a concessão da tutela antecipada fundada na urgência, os requisitos previstos no inciso I, do mesmo artigo.

Assim, “[...] a antecipação que a doutrina chama de cautelar, de assecuratória ou de inibitória” é encontrada no inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil, que dispõe sobre fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. (DESTEFENNI, 2002, p. 236).

Por isso, Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 29), declara que “não basta o juízo de verossimilhança, a alta probabilidade de que o autor venha a ser favorecido com sentença de procedência”.

Logo, além das provas que demonstram a verossimilhança do direito, é preciso que haja um dano irreparável ou de difícil reparação.

A tutela antecipada baseada na urgência pode inclusive, ser concedida antes da oitiva do réu, já que o Código de Processo Civil não determinou um momento para a sua concessão.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 139), comenta a divergência existente na doutrina:

Determinada parcela da doutrina entende que poderá o juiz concedê-la *inaudita altera parte*, acreditando que tal situação não encontra qualquer óbice legal, nem mesmo constitui ofensa ao princípio do contraditório, pois quando a parte contrária tomar ciência da medida, terá todos os meios para revogá-la.

Porém, apesar de não haver supressão do contraditório, que será apenas postergado, a concessão da tutela *inaudita altera parte* apenas deve ocorrer excepcionalmente, porque liminarmente, o juiz tem apenas a visão do autor sobre a demanda e pode cometer uma injustiça.

Marcos Destefenni (2002, p. 232), discorre sobre o assunto:

Além disso, sempre que há o risco de ineficácia da prestação jurisdicional com a oitiva da parte contrária, é dotado o julgador de um poder geral de antecipação, pois a Constituição Federal determina que a função jurisdicional deve atuar para reparar os danos surgidos, bem como para atenuar situações e ameaça a direito.

Assim, a tutela antecipada só deve ser concedida liminarmente, quando tiver que evitar um dano irreparável, que se consumaria se fosse aguardada a ciência pelo réu, da ação.

A outra parcela dos doutrinadores defendem que não deve haver a concessão liminar para que não haja ofensa ao princípio do contraditório.

Destarte, mesmo após a citação do requerido, deverá o autor estar na iminência de sofrer um dano, que poderá ser evitado por meio da tutela antecipada. Porém, não se trata de um dano qualquer, mas sim de um dano irreparável ou de difícil reparação.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim (1997, p. 169), entende que mesmo que o dano já tenha ocorrido, pode a tutela antecipada ser concedida para que fazê-lo cessar. Isto para que a situação do requerente não seja agravada.

Com referência ao fundado receio, para Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 104), “[...] não é qualquer receio, mas aquele temor, inquietação ou medo de sofrer um dano à integridade do direito material”.

Dessa forma, o fundado receio deve ser algo suficiente para danificar o direito da parte. E conforme o inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil, deve haver fundado receio e não simples temor.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim (1997, p. 169), também relata que deve ser levada em consideração a idade, o sexo, a instrução e a condição social de

quem experimenta o dano, pois para ele o receio é um sentimento de índole subjetiva.

Assim, não bastaria ser analisado o aspecto objetivo do caso, devendo também ser considerado o elemento subjetivo.

Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 59), cita um exemplo para ilustrar a situação:

Não se pode desconsiderar que uma mulher, do lar, abandonada pelo marido, e sem parentes próximos por perto, sinta um receio diverso daquela outra, na mesma situação, com os pais morando na rua ao lado. A situação de ambas é diferente, porque, enquanto esta poderá se valer do *amor* dos pais, aquela terá que se valer da *caridade* dos vizinhos. (grifo do autor).

Ainda de acordo com a autora:

O receio traduz a preocupação de um dano que, embora ainda não ocorrido, encontra-se prestes a ocorrer, devendo, para ser fundado, conter circunstâncias fáticas mais ou menos objetivas, capazes de demonstrar que a falta de tutela ensejará a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação. (ALVIM, 2003, p. 57).

Então, o fundado receio existe por conta de uma provável lesão no direito subjetivo da parte.

Francisco Antonio Casconi (2001, p. 85), comenta o sentido da expressão fundado receio:

[...] Como receio entende-se que o dano ainda não ocorreu; como fundado, que venha acompanhado de demonstração fática e objetiva de que a falta da tutela dará ensejo a dano irreparável ou de difícil recomposição. O receio de dano, então, há de ser concreto (e não hipotético ou eventual), atual (iminente no curso do processo) e grave (potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte).

Nada obstante, apesar de a demora normal no decorrer do processo, possa causar pequenos transtornos as partes, não configura dano irreparável ou de difícil reparação.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 104), define o dano irreparável e o de difícil reparação abaixo:

Assim, tem-se como dano irreparável aquele em que não é possível o retorno ao *status quo ante*, sendo de impossível reparação o dano causado, e como dano de difícil reparação, aquele que, embora sendo possível o retorno ao *status quo ante*, a situação econômica do réu não permite a certeza de que isso poderá ocorrer.

Para o autor também devem ser considerados de difícil reparação, os danos que não podem ser individualizados ou quantificados.

Aqui deve haver efetiva probabilidade de dano. Por isso, Carlos Francisco Büttenbender (1997, p. 38), fala em “princípio da necessidade”. E continua ao dizer que:

[...] Deve o julgador verificar a probabilidade de danos que poderão emergir a quem, após já haver comprovado a probabilidade de seu direito, continuar a ver-se privado da fruição do bem jurídico que se encontra a buscar através da tutela jurisdicional.

Assim, deve ser concedida a tutela antecipada para aquele que de plano, demonstra possuir o direito pleiteado e que está na iminência de sofrer um dano de difícil ou impossível reparação.

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

O inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, traz uma outra espécie de tutela antecipada, que torna possível a antecipação quando fique demonstrado na demanda o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Logo, através dessa hipótese, não é necessário que haja urgência ou risco de dano.

Francisco Antonio Casconi (2001, p. 86), relata a finalidade da tutela com base no abuso do direito de defesa:

Em busca da celeridade do processo e sua efetividade, independente da existência de 'perigo' ou 'risco de dano', possível antecipar-se os efeitos da tutela pretendida pelo autor em hipótese onde o comportamento protelatório do requerido ou abusos por ele praticados restem evidenciados. (grifo do autor).

Mesmo porque, conforme Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 143), “o abuso do direito de defesa é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido [...]”.

Nas demandas contra o Instituto Nacional de Seguro Social, geralmente o segurado dependerá economicamente do benefício previdenciário pleiteado.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 144), também esclarece que:

Em um 'processo condenatório', a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu. (grifo do autor).

Assim, para que haja igualdade entre as partes, o abuso do direito de defesa não deve estar presente na demanda.

Já Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 89), relata que antecipação de tutela fundada na evidência permite ao réu ter maiores oportunidades de defesa:

Essa técnica permite distribuir esse peso, proporcionando ao réu maiores oportunidades de defesa, no processo de conhecimento, mas garantindo ao autor a faculdade de pedir a antecipação da tutela, com o que neutraliza o prejuízo que para ele pudesse resultar do 'tempo' do processo. (grifo do autor).

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 144), continua, ao esclarecer que “é preciso deixar claro que a técnica antecipatória nada mais é do que uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo”.

Por isso, o inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de antecipação dos efeitos, para que ônus do processo seja dividido entre autor e réu.

A defesa é um direito do réu que está previsto constitucionalmente no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, mas não é por isso que deve ser exercida com a finalidade de retardar o andamento do processo.

Nas palavras de Marcos Destefenni (2002, p. 239), “todo direito, como se sabe, não pode ser utilizado de forma abusiva. Nem mesmo um direito constitucional”.

De acordo com Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 60), a tutela baseada no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, advém da “[...] conduta reprovável do réu, seja por abusar do seu direito de defesa, seja pela utilização de expedientes escusos, com o fim de protelar o desfecho da demanda, beneficiando-se da manutenção do *status quo*”. Assim, a autora denomina essa tutela de sancionatória.

Já Marcos Detefenni (2002, p. 239), entende que “essa antecipação certamente trará ao réu um interesse em acelerar o julgamento definitivo da lide, pois a decisão contra ele proferida é passível de imediata efetivação”.

Por isso, a antecipação de tutela fundada na evidência, além de dividir o ônus do processo entre as partes, repassa ao réu o desejo de que a demanda seja solucionada rapidamente.

Contudo, o artigo 17, do Código de Processo Civil, traz em seus incisos, as hipóteses de litigância de má-fé, que não deve ser confundida, com o abuso do direito de defesa do réu. As hipóteses do artigo 17, do Código de Processo Civil, apenas poderiam “colaborar para a caracterização do abuso de direito de defesa”. (MARINONI, 2000, p. 146).

O artigo 14, do Código de Processo Civil, traz os deveres das partes e no inciso III, também impõe que não devem ser alegadas defesas destituídas de fundamento.

Nada obstante, Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 90), entende que o inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, visa evitar que a prestação jurisdicional seja retardada pelo uso das vias judiciais, especialmente quando a defesa for contrária a jurisprudência sumulada. O autor cita um exemplo onde o Instituto Nacional de Seguro Social é parte na demanda: “é o caso da Súmula 260 do ex-Tribunal Federal de Recursos², ratificada nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que ainda hoje enseja resistência do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS)”.

Assim, poderia configurar o abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu, a resistência à matéria sumulada nos tribunais.

O autor observa ainda que em certos casos, o magistrado poderá conceder a tutela antecipada, baseada na evidência, antes da apresentação da contestação e ilustra a situação através do exemplo descrito abaixo:

Nas denominadas 'demandas múltiplas' – como, v. g., de revisão de benefício previdenciário (renda mensal inicial) -, os juízes federais conhecem, de antemão, a defesa (abusiva e protelatória) oposta pelo INSS, com o propósito de retardar a decisão da causa. (ALVIM, 2002, p. 91-92, grifo do autor).

Dessa forma, não é somente com base no inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil, que é possível a concessão da tutela antecipada, antes da primeira manifestação do requerido no processo.

Porém, Marcos Destefenni (2002, p. 239), entende ser possível à concessão da tutela com base no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, a qualquer momento do processo, desde que após a contestação.

² Súmula 260: “No primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerados, nos reajustes subsequentes, o salário mínimo então atualizado.”

Adentrando mais afundo no assunto, Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 92), menciona um dialogo com uma Procuradora:

De certa feita uma Procuradora inquiriu-me sobre o dever dos procuradores de defender a todo custo o Estado, o que afastaria a possibilidade de incidência da regra do art. 273, II, do Código, ao que respondi estar o Estado, por seus defensores, tanto ou mais que o réu privado, jungido às regras do art. 17, que, afinal, é a base do art. 273, II.

Além de entender que o Estado, como qualquer outra parte, está sujeito à antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, tanto o autor, como Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 62 e 64-65), entendem que o abuso do direito de defesa está ligado a litigância de má-fé, encontrada nos incisos do artigo 17, do Código de Processo Civil.

No tocante as expressões abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 107), apesar de parcela da doutrina não fazer distinção, entende que elas não são sinônimas.

“O *abuso de direito* nada mais é do que o exercício indevido do direito, sem fundamento jurídico adequado, doloso, praticado de má-fé, com nítido intuito de prejudicar a outrem, ficando, quem assim procede, obrigado a ressarcir o prejuízo causado”. (ALVIM, 2003, p. 60, grifo do autor).

Assim, há abuso de direito de defesa quando o réu extrapola no ato de contestar, na resistência de direito notório do autor, apresentando defesa infundada.

Protelatório significa o que atrapalha o desenvolvimento do processo. Para Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 111), com exceção do abuso do direito de defesa, “[...] todo e qualquer ato tendente a retardar o bom andamento do processo pode ser qualificado como manifesto propósito protelatório do réu”.

No inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, está descrito manifesto propósito protelatório do réu. No entanto, para Francisco Antonio Casconi (2001, p. 87), é “cediço que simples propósito de protelar é insuficiente para deferimento da tutela, necessária efetiva prática pelo réu de atos destinado a retardar o andamento do processo, ou omissões, com o mesmo fim”.

Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 63), também define o propósito protelatório:

O ato eivado de 'propósito protelatório' é o ato malicioso, praticado de má-fé, em que o demandado o pratica sem se valer da defesa, ou concomitante com ela, como, por exemplo, oferecendo reconvenção, ajuizando ação declaratória incidental, opondo denunciação da lide, requerendo a exibição de documento ou coisa, etc. (grifo do autor).

O manifesto propósito protelatório ocorre quando a parte apresenta a defesa apenas para atrasar o encerramento do processo.

Por fim, deverá haver a antecipação com base no inciso II, quando além o abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu, o autor demonstrar que sairá vitorioso ao final da lide.

3.5.6 Pedidos incontroversos

A Lei nº 10.444/2002 acrescentou ao artigo 273, do Código de Processo Civil, o parágrafo 6º, que dispõe acerca da antecipação de tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados, mostrar-se incontroversos.

O parágrafo 6º foi introduzido no artigo 273, do Código de Processo Civil, por sugestão de Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 151-152), que já falava da antecipação em razão de pedidos incontroversos antes da entrada em vigor da Lei 10.444/2002, conforme exemplo a seguir:

[...] Pode o autor pedir que o réu seja condenado a pagar 100, e o réu admitir a dívida, mas contestar o seu valor, dizendo dever apenas 50. Neste caso o réu reconhece parcela do crédito cobrado pelo autor. Nada obsta, em tal hipótese, a tutela antecipatória da parte não controvertida. Ou seja, nada pode impedir a tutela antecipatória dos 50 reconhecidos pelo réu.

Para o autor era possível a antecipação dos pedidos incontroversos com base no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil, pois segundo ele “o

réu que não contesta ou reconhece o pedido, e nada faz para adimplir a sua obrigação, abusa do seu direito de defesa quando protela a realização de direitos incontrovertidos”. (MARINONI, 2000, p. 152).

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 152), já antes do parágrafo 6º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, chamava essa tutela de técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido e dizia que ela ocorria com base em cognição exauriente e não sumária, e que por isso, não apresentava risco ao princípio do contraditório.

A cognição é exauriente nessa espécie de tutela, pois a demanda é analisada em toda a sua profundidade. Mesmo porque, aqui não é necessário que haja urgência. Por isso, apesar de entender que não há coisa julgada material, Rogéria Dotti Doria (2003, p. 123), defende que na tutela antecipada dos pedidos incontroversos, não deveria ser aplicado o parágrafo 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, que dispõe a cerca da revogação ou modificação da tutela antecipada.

Por meio dessa tutela antecipada, o requerente não terá que esperar pela apreciação dos demais pedidos, se um ao menos, já é incontroverso.

Nada obstante, antes do parágrafo 6º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, no processo de execução, através do artigo 739, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, havia previsão sobre o prosseguimento da execução no tocante à parte do crédito não impugnada nos embargos à execução.

Isto ocorria inclusive nas execuções contra a Fazenda Pública, onde é necessária a expedição de precatório, de acordo com a ementa do agravo de instrumento 2003.04.01.001347-8-RS, da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, relatado pela desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère, em 15 de abril de 2003, conforme abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRECATÓRIO – VALORES INCONTROVERSOS – EMENDA CONSTITUCIONAL 37/2002.

Havendo decisão definitiva acerca dos cálculos dos valores a serem pagos na execução, cabível a expedição do precatório da parcela incontroversa, nos termos do artigo 739, § 2º, do CPC.

Os arts. 586, § 2º, e 739, § 2º, do CPC não são incompatíveis com o § 4º, do art. 100, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda

Constitucional 37/2002, desde que não importe na expedição de requisição de natureza diversa.

Agravo improvido.

Agravo regimental prejudicado.

Apesar do parágrafo 2º, do artigo 739, do Código de Processo Civil, ter sido revogado, há disposição semelhante no artigo 739-A, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, que permite o prosseguimento da execução referente à parcela que não recebeu efeito suspensivo.

Todavia, Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 82-83), entende que o parágrafo 6º, não dispõe apenas sobre a cumulação de pedidos, mas também abrange a cumulação de ações:

O § 6º do art. 273 compreende não apenas a cumulação de dois ou mais pedidos numa mesma ação, como, também, duas ou mais ações cumuladas, porque também nestas se formulam mais de um pedido, e desde que um deles tenha se tornado incontroverso, permite-se quanto a ele a antecipação da tutela.

A autora defende ainda, que além de antecipar um pedido inteiro, poderá o magistrado antecipá-lo parcialmente.

Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 53), antes da previsão no Código de Processo Civil da antecipação de tutela com base em pedidos incontroversos, também defendia ser possível à antecipação em razão da eficiência do processo:

Com efeito, exegese voltada à eficiência do processo permite enquadrar a hipótese no art. 273, II: se o 'abuso da defesa' autoriza a AT, mais ainda a antecipação será admissível nos casos em que simplesmente não seja oposta defesa alguma a determinada pretensão do demandante. (grifo do autor).

Assim, se com relação à certa parte ou até mesmo a um pedido inteiro, o réu não se mostrou contrário, é possível a antecipação de tutela desta parte do pedido que não foi contestada. Isto porque, ao réu é imposto o ônus de impugnação de todos os fatos descritos pelo autor na petição inicial, nos termos do artigo 302, do Código de Processo Civil.

Rogéria Dotti Doria (2003, p. 82), se manifesta da seguinte forma sobre o assunto:

Uma coisa é certa: se o tempo já é ônus demasiadamente pesado para o processo, ele só se justifica diante da controvérsia. [...] Todavia, como não é possível ao órgão julgador apreciar imediatamente uma parte da lide através da sentença (ato judicial final) e deixar de analisar outras questões que dependam de instrução probatória, o caminho a ser adotado é a concessão de tutela antecipada.

Dessa forma, se não há controvérsia, não há porque deixar de antecipar a parte incontroversa. Mesmo porque, com relação à parte incontroversa da demanda, tanto o autor como o réu possuem opinião idêntica.

Rogéria Dotti Doria (2003, p. 100), justifica a antecipação dos pedidos incontroversos, tendo em vista a própria lógica do sistema processual civil:

Sem esta possibilidade de antecipação, a tutela jurisdicional ver-se-ia defronte a uma daquelas encruzilhadas que amaldiçoam os sistemas jurídicos: o réu sabe que deve, o autor prova que ele deve, a dívida não é mais controversa, mas mesmo assim a *lógica* do sistema determina que o autor aguarde até o final do processo (o que pode levar muitos anos) para receber o seu crédito! (grifo do autor).

Assim a tutela antecipada prevista no artigo 273, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil dá coerência ao processo civil. Deve haver a antecipação tanto com base na não contestação, como no reconhecimento parcial do pedido ou dos pedidos.

3.5.7 Requisito negativo: a irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado

O parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, dispõe que a tutela antecipada não poderá ser concedida quando houver perigo de

irreversibilidade do provimento antecipado. Aqui é encontrado o requisito negativo da tutela antecipada.

Assim, para que a tutela antecipada seja concedida, é preciso que sejam preenchidos os requisitos genéricos do *caput*, do artigo 273, do Código de Processo Civil, mais os pressupostos específicos dos incisos I ou II e estar ausente à irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 171), observa que no artigo “[...] fala em ‘irreversibilidade do provimento’, e não em ‘irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento’”. (grifo do autor).

A irreversibilidade do provimento sempre será possível, basta revogar a tutela. Já a irreversibilidade dos efeitos causada pela medida nem sempre ocorrerá, pois em certos casos, será impossível retornar ao *status quo ante*.

Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 61), também discorre que a irreversibilidade não se refere ao provimento, mas sim aos efeitos do provimento.

Conforme Marcos Destefenni (2002, p. 244), “a reversibilidade ou irreversibilidade, assim, estaria no plano fático e não no jurídico”.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 112), entende que não será o provimento jurisdicional antecipado, mas os seus efeitos. E que por isso está mal redigido o parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 249), bem assevera que “nenhum provimento final pode ser antecipado (pois os provimentos finais, se enfrentarem o mérito, são satisfativos). Apenas os seus efeitos é que podem sê-lo”.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 174), o que o parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, proíbe é a tutela antecipada que tenha natureza constitutiva ou declaratória nas ações referentes ao estado ou à capacidade das pessoas. Ele exemplifica com a impossibilidade da antecipação da constituição de filiação ou da desconstituição de um casamento.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 98), comenta o significado da irreversibilidade:

No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário -, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no *status quo ante*, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte beneficiada não estaria em condições de suportar.

O autor cita como exemplo, um médico que precisa de autorização judicial para amputar a perna de um paciente que corre risco de morte. Apesar do risco, como dito pelo próprio autor, “irreversibilíssimo”, a tutela antecipada deverá ser concedida.

Porém, conforme observação feita por Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 118), “[...] a tutela antecipatória não pode ser deferida em qualquer caso que os seus efeitos se tornem irreversíveis, aconselhando-se ao juiz uma análise ponderada acerca da situação concreta”.

De acordo com Marcos Destefenni (2002, p. 244), a irreversibilidade imposta pelo legislador, decorre da provisoriedade da tutela antecipada.

Além da decisão provisória, o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, dispõe sobre o princípio do devido processo legal. Tendo em vista que a tutela antecipada é concedida em regra com base em cognição sumária, ela não deve produzir efeitos irreversíveis, sem antes ter havido o contraditório e a ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV, da Carta Magna.

Luiz Fernando Bellinetti, (1997, p. 256), é contra a antecipação de tutela em caso de irreversibilidade:

Parece-me que o legislador, nesses casos, ante a necessidade de sacrificar uma situação fática, optou pela possibilidade da tutela antecipada, desde que tal situação fática possa ser reconstruída. Se tal não for possível, então não se admite a antecipação.

Já Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 180), entende que o magistrado deve levar em consideração o princípio da proporcionalidade, se caso a tutela antecipada puder causar prejuízo irreversível para o réu.

Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 63), também conclui que deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade em caso de irreversibilidade, já que através

dela surge um conflito entre os princípios constitucionais da efetividade e da segurança jurídica.

Assim, com base no princípio da proporcionalidade, somado a probabilidade de existência do direito, na concessão antecipada de um benefício previdenciário, o juiz ponderará o caráter alimentar, com o prejuízo ao erário público, pois se ao final a demanda for julgada improcedente, o segurado dificilmente terá condições de ressarcir à Fazenda Pública.

Isto porque, conforme ressalta Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 69-70):

No que toca ao perigo de irreversibilidade, porém, como circunstância impeditiva da tutela antecipada, a doutrina é majoritária no sentido de que essa impossibilidade não pode significar um obstáculo intransponível à outorga da tutela antecipada, pois do contrário, deixaria ao desamparo inúmeras pretensões jurídicas, configuradoras de direitos subjetivos, que, se não forem desde logo amparadas, terão desaparecido quando da prolação da sentença de mérito.

A autora justifica a sua posição com base na tutela cautelar, que pode ser irreversível em alguns casos, como por exemplo, na demolição de prédio para resguardar a saúde pública, conforme previsão do artigo 888, inciso VIII, do Código de Processo Civil.

Contudo, o Código de Processo Civil, no artigo 852, prevê através de medida cautelar, a possibilidade de concessão de alimentos provisionais, mesmo em não havendo obrigatoriedade de se restituir alimentos.

Dessa forma, um pedido de antecipação de tutela em benefício previdenciário, que também possui caráter alimentar, não pode ser indeferido em razão de sua irreversibilidade.

Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 62), observa que o ressarcimento pecuniário não descaracteriza a irreversibilidade:

Em princípio, a possibilidade de que a reconstituição do estado de fato anterior possa ser substituída pela *prestação de 'perdas e danos'*, em favor do réu prejudicado pela AT tornada sem efeito, tal possibilidade não descaracteriza a 'irreversibilidade', eis que, ao fim e ao cabo, todos os

danos, e até os danos morais, encontram forma de compensação (nem sempre perfeita, nem sempre quantitativamente mensurável com exatidão) mediante ressarcimento em pecúnia. (grifo do autor).

Assim, deveria realmente haver a possibilidade de voltar a situação anterior, para que não seja configurada a irreversibilidade dos efeitos do provimento.

Comenta ainda o autor, sobre a reciprocidade da irreversibilidade “concedida a AT, e efetivada, cria-se situação irreversível em *favor do autor*; denegada, a situação será irreversível *em prol do demandado*”. (CARNEIRO,1999, p. 66, grifo do autor).

Por meio da irreversibilidade recíproca, se for concedida a tutela, a irreversibilidade prejudicará o requerido, mas se não concedida, ela prejudicará o requerente.

Entretanto, Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 66), cita a seguinte fórmula $Pa(Da) > (1-Pa)Dr$ de Richard Posner utilizada no direito americano para resolução do problema da irreversibilidade:

A tutela antecipada deve ser concedida sempre que a probabilidade de o autor receber julgamento meritório a seu favor (Pa) multiplicada pelo dano que ele pode vir a sofrer caso a tutela antecipada não lhe seja concedida (Da) for menor que a probabilidade de que o réu receba julgamento favorável ($1-Pa$) multiplicada pelo dano que ele, réu, poderá vir a experimentar, caso a tutela antecipada seja concedida para o autor (Dr).

Assim, se o dano do requerente for maior que o do réu, deve a tutela antecipada ser concedida.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 122), discorre que para a concessão da tutela, deve o requerente demonstrar que preenche os requisitos da medida, o que não é fácil:

A tarefa do autor é mais árdua que a do réu, já que antes de chegar à situação em que o juiz procederá a análise de qual direito se mostra mais provável, o requerente da tutela antecipatória deverá ter demonstrado a *superioridade argumentativa e probatória*. (grifo do autor).

Nada obstante, Marcos Antônio Benasse (2001, p. 139-140), comenta que é mais cômodo aos juízes indeferirem a tutela antecipada quando há o risco de irreversibilidade:

[...] A verdade é que, talvez até por falta de condições de estudo, pelo grande acúmulo de serviços no Judiciário, fica mais cômodo ao juiz denegar a liminar antecipatória, deixando ao alvedrio da parte ir buscar no tribunal a antecipação almejada. [...] Então, é preciso, no caso brasileiro, verificar o que chega a ser menos odioso: arriscar-se o juiz, mediante criteriosa análise dos autos, a conceder uma antecipação de tutela de possível irreversibilidade, ou deixar a parte carente de justiça rápida e efetiva perder seu direito, tendo-o reconhecido posteriormente, apenas para constar?

Deve ser analisado, caso a tutela não seja concedida ao requerente, se haverá a irreversibilidade da pretensão deste e qual das partes provavelmente possui o direito.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim, (2002, p. 97), compara a irreversibilidade com a possibilidade de execução antes de findo o prazo para a propositura de ação rescisória:

O perigo de irreversibilidade, como circunstância impeditiva da tutela antecipada, deve ser entendido *cum grano salis*, pois, não sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória, não poderia nenhuma sentença ser executada de forma definitiva, dada a possibilidade de sua desconstituição.

Por isso, a irreversibilidade não pode ser uma barreira inultrapassável.

Enfim, Marcos Destefenni (2002, p. 247), considera que:

[...] Em regra, não deve o magistrado conceder a antecipação se houver risco de irreversibilidade da situação fática advinda da execução provisória. Todavia, em casos excepcionais é justificável a antecipação mesmo diante do risco de irreversibilidade.

Portanto, deve ser respeitado o parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil. Mas em tratando-se de risco a direito absoluto, deverá ser aplicado o princípio da proporcionalidade para que o conflito possa ser solucionado.

3.6 Características da Tutela Antecipada

3.6.1 Cognição

A cognição é o ato de conhecer, através do qual são verificadas as alegações e as provas trazidas aos autos pelas partes, tendo em vista a decisão da lide.

Kazuo Watanabe (1999, p. 58-59) define a cognição:

A 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.

Assim, por meio da cognição o magistrado tem fundamentos para obter a conclusão final acerca da demanda.

Mesmo porque, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, determina que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas.

O artigo 131, do Código de Processo Civil, também dispõe que o juiz deve indicar os motivos que formaram o seu convencimento.

Contudo, o artigo 458, do Código de Processo Civil, prevê que a sentença é dividida em três partes, que são: o relatório, o fundamento e o dispositivo. O inciso II, do artigo 458, do Código de Processo Civil, prevê que no fundamento o magistrado analisará as questões de fato e de direito.

Além dos artigos já citados, o artigo 165, do Código de Processo Civil, determina que as sentenças e os acórdãos deverão observar o artigo 458, do Código de Processo Civil, e as demais decisões devem ser fundamentadas, mesmo que de forma sucinta.

No caso da tutela antecipada, os parágrafos 1º e 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, expressamente dispõem que tanto a decisão que concede a medida, como a que revoga ou modifica, deve ser fundamentada.

Dessa forma, verifica-se a importância da cognição no processo civil.

Todavia, a cognição é encontrada em dois planos: horizontal e vertical. O plano horizontal está ligado a extensão, ao comprimento e pode ser analisado de forma plena ou limitada. Já o plano vertical refere-se a profundidade em que o processo é estudado, que pode verificar-se de modo sumário ou exauriente.

Kazuo Watanabe (1999, p. 113), explica os planos horizontal e vertical:

De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é *sumária* quanto à profundidade. Seria, então, cognição *ampla* em extensão, mas *sumária* em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada 'de uma área toda de questões', seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente* quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição *limitada* em extensão e *exauriente* em profundidade. (grifo do autor).

Assim, mesmo que no plano horizontal a cognição seja plena, no plano vertical poderá ser sumária. O contrário também é possível, ou seja, a cognição pode ser limitada no plano horizontal e exauriente no plano vertical.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 79), discorre sobre a cognição na tutela antecipada:

Conforme já tratado, na cognição sumária as questões suscitadas são apreciadas superficialmente, buscando-se apenas um juízo de probabilidade e verossimilhança. [...] Tendo em vista que a tutela antecipatória tem a finalidade de combater a morosidade e a falta de efetividade decorrente do procedimento ordinário, há de ser abreviado o procedimento para o deferimento da providência jurisdicional reclamada, para que se atenda ao requerente com a urgência necessária.

A tutela antecipada pode ser concedida apenas com a apreciação superficial das questões apresentadas, para que o processo seja efetivo. Se isto

ocorrer, a cognição utilizada será sumária, pois na cognição exauriente a análise é mais intensa e profunda.

Por isso, em regra, no processo civil é a cognição exauriente e plena.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 172), “a tutela é provisória apenas e tão somente porque o juiz, ao concedê-la, não afirma que o direito existe. O juiz não afirma que o direito existe porque não pode declarar, com base em cognição sumária, que o direito existe”.

Em razão deste motivo, ela não produz coisa julgada material.

Assim, a tutela de urgência, prevista no inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil, geralmente será concedida com base em cognição sumária, pois a cognição nessa espécie de tutela, apenas será exauriente se concedida na sentença ou após a mesma.

A tutela antecipada baseada na evidência, encontrada no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, também pode ser concedida através de cognição sumária ou exauriente, dependendo do momento processual em que será deferida.

A última espécie de tutela antecipada, a fundada em pedidos incontroversos, nos termos do parágrafo 6º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, é concedida com base em cognição exauriente.

Dessa forma, nas três espécies de tutelas antecipadas previstas no artigo 273, do Código de Processo Civil, é possível que a concessão ocorra através de cognição sumária ou exauriente.

Porém, não significa que o processo onde foi deferida a tutela antecipada fundada em cognição sumária não terá cognição exauriente, pois mesmo que a medida tenha sido concedida liminarmente, o processo continuará, conforme o artigo 273, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil.

Logo, aquele direito que aparentava existir, pode ao final da demanda verificar-se inexistente.

3.6.2 Revogabilidade e modificabilidade

A revogação ou a modificação da tutela antecipada pode ocorrer a qualquer tempo, desde que através de decisão fundamentada, nos termos do artigo 273, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

No entanto, mesmo que o artigo não mencionasse que a decisão deve ser fundamentada, não poderia o magistrado revogá-la ou modificá-la sem justificar o motivo de sua decisão. A fundamentação decorre do próprio ordenamento jurídico.

Isto porque, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, prevê que todas as decisões devem ser fundamentadas, além dos dispositivos encontrados no Código de Processo Civil, citados no tópico anterior.

Nada mais coerente, pois se a decisão que concede a antecipação de tutela é justificada, de acordo com o artigo 273, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, aquela que revoga ou apenas modifica também necessita ser fundamentada.

Contudo, não basta dizer que estão preenchidos os requisitos e conceder a tutela ou dizer que não estão presentes e revogá-la. Isto não é fundamentar.

O advogado do autor quando faz o requerimento de tutela antecipada, deve discorrer cada um de seus requisitos e encaixá-los no processo onde requereu a medida, para convencer o juiz da necessidade de sua concessão. E o advogado do réu também, só que para justificar, quando for o caso, porque entende que a medida não é cabível.

Logo, o magistrado deverá explicitar os motivos de seu convencimento, tanto na concessão como na revogação.

A revogação ou modificação geralmente ocorre quando não há mais o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, em tratando-se de tutela fundada na urgência. Ou ainda, se a tutela for concedida liminarmente, após a apresentação da contestação, se verificado que não está presente algum dos requisitos necessários para a concessão da medida. E também, quando proferir

sentença, o juiz poderá decidir não mais mantê-la, pois a cognição na fase decisória é exauriente.

Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 86), entende que “não é de excluir, entretanto, que em casos excepcionais o magistrado possa (= deva) manter a AT para que seus efeitos persistam na pendência do recurso, assim o declarando *expressamente* na sentença de improcedência [...]”. (grifo do autor).

De acordo com o autor, mesmo na sentença de improcedência, pode o magistrado manter a tutela antecipada.

Com relação à concessão liminar da tutela e a sua revogação após apresentação da contestação, Sérgio Sahione Fadel (1998, p. 58), explica o motivo:

Haverá a decisão revogadora de decorrer ou da convicção do julgador de que a prova reputada inequívoca (convincente) veio a se entremostrear, ao contrário, equívoca ou inconvincente ou que a verossimilhança (aparência de verdade, semelhança com a verdade) da alegação desapareceu, em razão de fatos antes não esclarecidos nos autos e somente apresentados ou expostos após a defesa do réu.

Marcos Destefenni (2002, p. 248), comenta que “como espécie de tutela ‘provisória’, é evidente que a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo”. (grifo do autor).

O autor ainda observa que a decisão que concede a tutela é interlocutória, logo, é recorrível por meio de agravo, podendo ser alterada pelo tribunal.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 82), relata que são necessários novos fatos para que haja a revogação ou modificação:

Diante disso, nota-se que a revogação ou modificação do provimento que antecipa os efeitos da tutela, além de depender do requerimento da parte interessada, depende de *novas circunstâncias*, ou seja, está intimamente ligada à ocorrência de outros fatos que provoquem a alteração da situação fática ou modifiquem o convencimento do juiz acerca daquela ensejadora do deferimento da tutela antecipatória. (grifo do autor).

Assim, se para haver a concessão é preciso o requerimento da parte, para a sua revogação ou modificação também é necessário que haja pedido. No mesmo sentido Fábio Silva Costa (2000, p. 18):

A questão da revogação da medida que concede a tutela antecipada, por sua vez, também vincula-se a um ato de requerimento feito pela parte interessada e fornece, para a devida revogação, a motivação adequada, a razão de ser do pedido para a análise pelo magistrado.

Dessa forma, além de ser necessário o pedido, é preciso que ele seja feito de forma fundamentada.

Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 112), também relata que além de requerimento da parte, deve haver alteração nas circunstâncias que ensejaram o deferimento da tutela.

Porém, para Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 74), não bastam novos fatos, pois ele entende que “o juiz decide uma vez só. Se acertou ou errou isto é um problema que se põe na e para a esfera recursal. Se se entender diferentemente, ninguém pode impedir o juiz que ‘voltou atrás’ uma vez, voltar outra e depois mais outra”. (grifo do autor).

Segundo o autor, o juiz apenas poderia revogar ou modificar, nos casos de antecipação *inaudita altera parte* ou no agravo de instrumento, em razão da previsão de retratação, conforme o artigo 526, *caput*, do Código de Processo Civil.

Para Marcos Destefenni (2002, p. 248), “[...] quando o Código afirma que a tutela poderá ser revogada ou modificada, está deixando muito claro que a antecipação poderá ser revogada pelo próprio julgador, cassada pelo Tribunal, ou mesmo alterada”.

No mesmo sentido Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 85), discorre que o magistrado pode posteriormente entender que ele próprio se equivocou ou o seu antecessor, como por exemplo, um juiz plantonista.

Assim, entendem os autores citados acima, que a tutela poderá ser revogada pelo próprio juiz que a concedeu em primeira instância.

Sérgio Sahione Fadel (1998, p. 60), também compartilha o posicionamento anterior:

Se não existisse previsão do § 4º do art. 273, a tutela outrora antecipada não poderia ser revista, e, em princípio, só deixaria de vigorar com o advento da sentença final, isso por força da preclusão que estaria a impedir, como previsto no art. 471 do CPC, a reapreciação, pelo mesmo juiz, de questão anteriormente decidida.

Dessa forma, se o legislador incluiu o parágrafo 4º, no artigo 273, do Código de Processo Civil, é porque permitiu ao magistrado revogar ou modificar a decisão que concedeu a tutela antecipada.

Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 73), define o que é revogação da tutela antecipada:

A 'revogação' de que trata o dispositivo deve ser entendida como a decisão que nega efeitos a decisão anterior que concedeu a antecipação da tutela, que tira do mundo jurídico a decisão a ela anterior e em sentido completamente diverso. (grifo do autor).

Assim, com a revogação da decisão anterior que concedeu a tutela, ela não terá mais validade.

“O ‘modificar’ deve ser entendido como alteração parcial”. (BUENO, 2004, p. 73, grifo do autor). Por isso, se a tutela foi concedida integralmente, conforme requerido pelo autor, com a modificação, permanecerá apenas no tocante a certa parte do pedido.

O inverso também é possível, ou seja, se a tutela foi concedida parcialmente, por meio da modificação pode ser deferida totalmente.

Já para Sérgio Sahione Fadel (1998, p. 60), “modificar a tutela significa substituir o juiz a tutela antes deferida por outra, mais adequada a satisfazer o pedido do autor a não prejudicar demasiadamente o réu”.

A modificação visa adequar a antecipação dos efeitos da tutela aos seus requisitos específicos. Já a revogação tem por escopo a retirada da medida, pois estão ausentes os pressupostos autorizadores.

3.6.3 Provisoriedade e satisfatividade

Se a tutela antecipada pode ser revogada, de acordo com o parágrafo 4º e se concedida ou não, prosseguirá o processo, conforme o parágrafo 5º, ambos do artigo 273, do Código de Processo Civil, conclui-se que se a decisão antecipatória é provisória.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 88), afirma que a tutela antecipada é provisória, o que não pode ser confundido com temporária e explica o porque da diferença:

Note-se que o traço distintivo entre a temporariedade e a provisoriedade reside em que o provimento temporário terá vigor por determinado tempo, não dependendo da superveniência de outro; já o provimento provisório depende de uma medida que virá com caráter definitivo.

Assim, de acordo com o autor, a temporalidade é uma situação que tem duração por determinado período. No entanto, a provisoriedade também dura por certo tempo, mas porque é substituída por outra.

Logo, a tutela antecipada é provisória, já que apenas sentença de mérito é definitiva, conquanto que não seja impugnada por meio de recurso de apelação.

Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 83), fazendo uma comparação entre a tutela cautelar e a antecipatória comenta que “já as antecipações de tutela, pela sua natureza ‘satisfativa’, são deferidas sob a razoável expectativa de uma futura ‘conversão’ da satisfação provisória em satisfação definitiva”. (grifo do autor).

Continua o autor, ao dizer que se ao final a sentença for procedente, a provisoriedade tornar-se-á definitividade e que se a satisfação não tiver sido completa, a execução provisória irá tornar-se definitiva. (CARNEIRO, 1999, p. 85).

Porém, Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 83), discorre que a tutela antecipada não é satisfativa “contudo, após um exame detido da matéria atinente à satisfatividade, em princípio, seria um contra-senso afirmar que a tutela

antecipatória possui tal característica, pois não se trata de uma modalidade de tutela jurisdicional satisfativa”.

Para o autor, a tutela satisfativa ocorre no plano jurídico, quando é reconhecida de forma definitiva, não sendo necessário outro provimento para completá-la.

Entretanto, entende-se que por meio da tutela antecipada, apenas seriam antecipados os efeitos da tutela satisfativa e de forma provisória.

3.7 Efetivação da Tutela Antecipada

O artigo 273, do Código de Processo Civil, além da concessão da tutela antecipada, ocupa-se também de sua efetivação.

Especialmente porque, conforme Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 110), “a tutela antecipada concedida com base no inciso I do art. 273 reclama urgência não só na sua mera ‘concessão’ mas, por certo, também, em sua *efetivação*”. (grifo do autor).

Assim, o parágrafo 3º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, prevê que a efetivação da tutela antecipada deve observar, se possível e conforme a sua natureza, os artigos 588, 461, parágrafos 4º e 5º e o 461-A, ambos do Código de Processo Civil.

O artigo 588, do Código de Processo Civil, que tratava da execução provisória da sentença, foi revogado pela Lei nº 11.232/2005. Atualmente cuida do assunto, o artigo 475-O, do Código de Processo Civil, que foi incluído pela Lei nº 11.232/2005.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 459), entendem que “de qualquer sorte, é possível a execução imediata da tutela antecipada e com força de definitiva”.

No entanto, os autores ressaltam que a parte que for beneficiada com a tutela antecipada deve prestar caução, de acordo com o inciso III, do artigo 475-O, do Código de Processo Civil.

Contudo, o parágrafo 2º, do artigo 475-O, do Código de Processo Civil, no inciso I, excepciona a prestação de caução em se tratando de crédito de natureza alimentar.

Paulo Afonso Brum Vaz (2002, p. 231), se manifesta sobre o assunto abaixo:

À efetivação da tutela antecipada não têm, em linha de princípio, aplicabilidade as regras do processo de execução previstas no Código de Processo Civil, senão supletivamente e no que se faça indispensável para obrigar o cumprimento da obrigação imposta, porquanto aquele procedimento não é consentâneo com a natureza da tutela de urgência.

Segundo o autor, a observância irrestrita da execução provisória, poderia retirar a celeridade da efetivação da medida.

Conforme mencionado acima, o parágrafo 3º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, além da remissão ao artigo 588, faz referência também aos artigos 461, parágrafos 4º e 5º e ao 461-A, ambos do Código de Processo Civil, que tratam das tutelas específicas.

O artigo 461, nos parágrafos 4º e 5º, do Código de Processo Civil, trata das tutelas específicas nas obrigações de fazer ou não fazer por intermédio de provimentos mandamentais ou executivos *lato sensu*.

O parágrafo 4º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, cuida da sentença mandamental, ao dispor que o magistrado poderá impor multa diária ao réu. A multa incidirá se o requerido não cumprir a obrigação específica que lhe foi imposta. Esta obrigação poderá advir de sentença ou mesmo de decisão que conceda a tutela antecipada.

A multa visa compelir o requerido a cumprir a determinação judicial. Ela é uma medida de coerção que busca desestimular a conduta do réu em descumprir o preceito judicial.

Assim, além da concessão da tutela específica, é possível a imposição de multa, para que haja o cumprimento da decisão.

O parágrafo 5º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, permite a imposição de medidas substitutivas, que também têm a finalidade de garantir o cumprimento da obrigação específica ou se não for possível, a obtenção do resultado prático equivalente.

Por isso, Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 101), discorre que há uma escala no cumprimento de uma obrigação: “pode-se formular a seguinte escala, na previsão do § 1º do art. 461 do CPC: 1º) tutela específica; 2º) tutela equivalente; 3º) perdas e danos”.

Apenas em último caso, seria utilizada a tutela ressarcitória, para a condenação em perdas e danos.

Todavia, há um rol de medidas sub-rogatórias inseridas no parágrafo 5º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, que é meramente exemplificativo.

Enquanto na sentença mandamental a iniciativa é do requerido, mesmo que coagido pela multa imposta, na sentença executiva *lato sensu* a iniciativa é do Poder Judiciário através dos atos sub-rogatórios.

Nada obstante, ressalta Paulo Afonso Brum Vaz (2002, p. 175, nota de rodapé):

Não existem sentenças puras, providas de uma única espécie de eficácia. Considera-se, portanto, a eficácia preponderante. A eficácia declaratória, de rigor, está disseminada em todas as sentenças, assim como a eficácia condenatória é sempre presente nas sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, ainda que com eficácia menos importante.

Dessa forma, a sentença mandamental e a executiva *lato sensu* têm carga condenatória, porém, não de forma prevalente.

Já o artigo 461-A, do Código de Processo Civil, cuida das obrigações que tenham por objeto a entrega de coisa. Observa-se que o parágrafo 3º, do artigo 461-A, faz remissão aos parágrafos, do artigo 461, ambos do Código de Processo Civil.

Logo, na antecipação de tutela da obrigação para a entrega de coisa também é possível aplicação de multa e das medidas sub-rogatórias.

Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 139), discorre sobre a eficácia mandamental e executiva *lato sensu* na tutela antecipada:

Portanto, é possível concluir que o provimento jurisdicional que antecipa os efeitos da tutela pode possuir tanto uma eficácia mandamental – quando uma ordem do juiz ao demandado, por si só, seja suficiente para tornar efetiva a decisão antecipatória – como também uma eficácia executiva *lato sensu*, quando não somente a ordem judicial seja o bastante para efetivar a tutela antecipatória, necessitando da prática de atos substitutivos, que deveriam ter sido praticados de forma espontânea pela parte obrigada.

Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 116), comenta o porque da aplicação dos parágrafos 4º e 5º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, na efetivação da tutela antecipada:

Isto porque o 'conforme a sua natureza' (a premissa é de que se trata de uma 'condenação com urgência') autoriza o magistrado a valer-se dos arts. 461 e 461-A como referencial para a *criação* de modelos de satisfação mais ágeis, proporcionais à necessidade do direito reclamado [...]. (grifo do autor).

A tutela executiva *lato sensu* e a mandamental em razão das medidas coercitivas são mais céleres e eficazes que a tutela condenatória.

Para ilustrar a diferença entre uma tutela condenatória e uma tutela específica, Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 110-114), cita como exemplo o requerente de medida antecipatória que pleiteia a cobertura de intervenção cirúrgica por seu plano de saúde. Ao invés de pedir o pagamento em dinheiro suficiente para cobrir os gastos com hospital e demais despesas médicas, poderia requerer guia de internação em hospital para a realização da referida cirurgia, tendo em vista a gravidade da situação.

Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 254), também ressalta a importância dos parágrafos 4º e 5º, do artigo 461, do Código de Processo Civil para a efetivação da tutela antecipada:

Em outros parágrafos (§ § 4 e 5º), o artigo 461, CPC deixa claro que o juiz, quando da efetivação da decisão de antecipação de tutela – assim, como da sentença – que manda cumprir obrigação de fazer ou não fazer, poderá valer-se do conjunto de medidas que lhe são postas à disposição (*astreintes*, medidas de força), para efetivar a providência e alcançar a tutela específica. Eis o 'ponto alto' da norma. (grifo do autor).

Por fim, conclui Paulo Afonso Brum Vaz (2002, p. 182):

Com isto fica evidenciado que as medidas de coerção previstas no art. 461, § § 4º e 5º, do CPC, dentre elas a possibilidade de aplicação de multa diária cominatória, aplicam-se às tutelas antecipadas baseadas no art. 273 do CPC, ou seja, às medidas antecipatórias que não digam respeito a obrigações de fazer ou de não fazer, reguladas pelo art. 461, § 3º.

Destarte, como o próprio parágrafo 4º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, faz remissão ao parágrafo 3º, do mesmo artigo, que trata da antecipação de tutela nas obrigações de fazer ou não fazer, as medidas de coerção

podem ser aplicadas tanto na tutela antecipada concedida com base no artigo 273, como na deferida com fundamento no artigo 461, parágrafo 3º, ambos do Código de Processo Civil.

3.8 Diferenças entre Tutela Cautelar e Tutela Antecipada

Além das diferenças, há algumas semelhanças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Talvez a mais importante seja garantir a efetividade do processo.

A antecipação de tutela adianta os efeitos da sentença. Já a tutela cautelar visa assegurar o futuro de outro processo.

Assim, para Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 29), a antecipação de tutela e a cautelar são espécies do gênero provimento antecipado.

Ambas são provisórias e dependem, para continuar a produzir efeitos de uma decisão definitiva, ao final da ação. Por isso, Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 148), lembra que:

Os provimentos obtidos em forma de liminar cautelar e antecipatória não possuem o condão de regular definitivamente a relação controvertida, razão pela qual terão a sua eficácia limitada à superveniência de um provimento final, de cunho definitivo e satisfativo.

O autor também acrescenta a preventividade como característica da tutela cautelar e da antecipada. (AMARAL, 2001, p. 149).

Isto porque, as medidas cautelares e a antecipação de tutela prevista no artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, são tutelas de urgência.

Por tratar-se de decisão provisória são revogáveis ou apenas modificáveis, conforme o artigo 273, parágrafo 4º, e os artigos 805 e 807, ambos do Código de Processo Civil.

A cognição das duas, geralmente, é sumária, ou seja, a sua concessão se dá por mero juízo de aparência. Então, nenhuma das duas faz coisa julgada material, em regra.

O artigo 804, do Código de Processo Civil, permite a justificação prévia para as cautelares. Victor A. A. Bonfim Marins (1997, p. 566), entende ser possível à justificação para a antecipação de tutela, apesar do silêncio do artigo 273, do Código de Processo Civil.

O artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, expressamente prevê a possibilidade de audiência de justificação para a antecipação de tutela das obrigações específicas.

Contudo, apesar das semelhanças, existem várias diferenças entre ambas medidas.

A primeira é que as cautelares, ao contrário da tutela antecipada, não antecipam o provimento final e sim buscam resguardar o futuro do processo principal.

Para Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 29), elas se diferem pela finalidade e pelo conteúdo próprio de cada uma.

A finalidade do processo cautelar é garantir a tutela do processo principal ou a eficácia da sentença deste. O seu conteúdo é de decisão processual. Já na antecipação de tutela há o adiantamento da própria pretensão, o que coincide com provimento final. Esta coincidência geralmente não ocorre no processo cautelar e só haverá excepcionalmente, se a cautelar tiver conteúdo satisfativo. (ALVIM, 2002, p. 32).

Enquanto na cautelar é preciso que seja demonstrado *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, na tutela antecipada é necessário que haja prova inequívoca que convença da verossimilhança, mais dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e por últimos, pedidos incontroversos.

Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 138), entende que o *fumus boni iuris* é menos intenso do que a provas necessárias para a antecipação de tutela:

Do ponto de vista técnico, no entanto, a ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’ é mais *intensa*, mais *profunda*, do que o *fumus boni iuris*, quando menos pela necessidade de seu substrato probatório, documental ou não, coisa bem diversa. (grifo do autor).

Assim, é mais simples a concessão da medida cautelar do que da antecipação de tutela.

Já para Victor A. A. Bonfim Marins (1997, p. 568), o processo cautelar é autônomo, mesmo estando ligado ao processo principal, o que não ocorre com a tutela antecipada, que é concedida no mesmo processo onde se busca o direito.

O processo cautelar também não é acessório do processo principal, conforme Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 32), “[...] porquanto tal relação só existe entre as decisões (cautelar e principal). Justo porque, proferida a primeira, destina-se a desprender a sua eficácia até que venha a ser proferida a segunda”.

Dessa forma, a cautelar tem por escopo assegurar coisas ou pessoas e a antecipação de tutela a pretensão requerida na exordial, porém, não definitivamente.

Nada obstante, Victor A. A. Bonfim Marins (1997, p. 566), se manifesta sobre o princípio da congruência:

No âmbito da tutela antecipatória, no entanto, a modificabilidade não pode desbordar do leito traçado pela petição inicial, consoante o princípio da congruência. No trato da cautela vige o princípio da fungibilidade, que permite maior flexibilidade na atividade do juiz.

Dessa forma, em se tratando de modificação da tutela antecipada, o juiz deve seguir o que foi requerido na petição inicial.

Eduardo de Melo Mesquita (2002, p. 408), também entende que o divisor de águas entre a tutela cautelar e a antecipada é o princípio da congruência.

A tutela cautelar, contudo, ao contrário da tutela antecipada não é satisfativa. No entanto, para Joaquim Eduardo Carreira Alvim (1997, p. 179, nota de rodapé), “isto não significa que não se possa mais reconhecer às cautelares cunho de satisfatividade, pois a vida é mais rica em exemplos do que a capacidade do legislador de antevê-los”.

Assim, apenas em regra a cautelar não terá caráter satisfativo.

Fábio Silva Costa (2000, p. 22), discorre que a tutela cautelar tem a função de assegurar a efetividade do processo principal e que por isso, não tem caráter satisfativo.

Apesar de normalmente não possuir caráter satisfativo, a tutela cautelar é instrumental, já que visa garantir o futuro da ação principal.

Segundo Marcos Destefenni (2002, p. 251), a diferença fundamental entre as tutelas cautelar e antecipada é encontrada na satisfatividade, “de fato, enquanto a tutela cautelar tem natureza meramente conservativa, a tutela antecipatória tem natureza satisfativa”.

No entanto, para Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 153), a antecipação de tutela não é satisfativa no plano jurídico, pois para o autor apenas a sentença definitiva é satisfativa.

Entretanto, Victor A. A. Bonfim Marins (1997, p. 569-570), entende que a tutela cautelar é aplicada de forma genérica, “como é sabido, o acautelamento é compatível com todos os processos, seja de conhecimento, seja de execução e também serve para o próprio processo acautelatório [...]”.

De acordo com o autor, a medida cautelar pode até mesmo ser aplicada dentro do próprio processo cautelar e cita como exemplo, a contra-cautela, a apreensão em medidas como exibição de documentos e o depósito. (MARINS, (1997, p. 570).

Por último, a tutela cautelar pode ser aplicada de ofício pelo juiz, nos termos do artigo 797, do Código de Processo Civil, já para a concessão da tutela antecipada, em regra, deve haver requerimento da parte.

No entanto, apesar das semelhanças e das diferenças, o mais importante é que sejam respeitadas as características inerentes tanto a tutela cautelar, como a tutela antecipada, para que ambas auxiliem a efetividade do processo.

3.8.1 O princípio da fungibilidade

O parágrafo 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 10.444/2002, trata da fungibilidade entre a antecipação de tutela e as medidas cautelares. O parágrafo 7º dispõe que se a parte requerer antecipação de tutela, mas tratar-se de medida cautelar, o magistrado poderá convertê-la em cautelar, ao invés de extinguir o processo sem resolução de mérito.

A fungibilidade nada mais é do a possibilidade de substituição da tutela antecipada pela cautelar.

Entretanto, a tutela antecipada tem execução imediata para que haja segurança a pretensão da parte. Já na tutela cautelar há segurança para que no futuro tenha execução.

A medida cautelar e a antecipação de tutela têm inúmeras semelhanças, por isso na prática forense é difícil a distinção entre uma e outra, especialmente entre a cautelar e a tutela antecipada baseada na urgência. Aqui ingressa a fungibilidade.

Porém, há uma discussão doutrinária a acerca da fungibilidade. Não há um consenso se trata-se de via mão de única, ou seja, apenas é possível a aplicação da fungibilidade de tutela antecipada para cautelar ou se é via de mão dupla, possibilitando a conversão de medida cautelar em tutela antecipada.

Para a corrente doutrinária que defende que a fungibilidade é via de mão única, os argumentos são os seguintes:

- a) O parágrafo 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, deve ser aplicado literalmente, pois prevê a possibilidade de conversão de tutela antecipada para cautelar apenas;
- b) A segunda justificativa é que a fungibilidade somente deve ser aplicada do mais para o menos. Isto significa que, em razão dos requisitos para a concessão da tutela antecipada serem mais rigorosos do que os da tutela cautelar, não poderá haver a conversão de cautelar para tutela antecipada. Apesar de ambas serem concedidas através de um juízo de probabilidade, a

análise para a tutela antecipada é mais intensa do que para a medida cautelar;

- c) O último argumento é que não há como ocorrer à conversão se a parte ingressa com cautelar preparatória, pois ainda não há ação principal.

Mas há quem entenda que a fungibilidade é via de mão dupla e se justificam conforme abaixo, contrapondo-se aos três argumentos do primeiro posicionamento:

- a) O princípio da fungibilidade decorre do ordenamento jurídico, não necessita de base legal. Um exemplo é a aplicação do princípio em matéria recursal. O Código de Processo Civil atual, ao contrário do Código de Processo Civil de 1939, não prevê a fungibilidade em matéria recursal. Porém, a fungibilidade continua a ser aplicada aos recursos, apesar de haver 34 (trinta e quatro) anos que o Código atual entrou em vigor. Logo, a interpretação da fungibilidade como via de mão dupla é compatível com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal;
- b) O segundo argumento é que o magistrado não deve conceder além do que foi requerido. No entanto, se estiverem preenchidos os requisitos para a concessão da tutela antecipada e apenas houve um equívoco na nomenclatura do pedido, não há problema na conversão;
- c) Por último, quando a cautelar for preparatória, basta que o juiz mande a petição inicial ser emendada.

As duas correntes estão bem fundamentadas, cada uma com o seu ponto de vista.

Contudo, Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 121-122), antes da previsão da fungibilidade no parágrafo 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, já entendia que se o pedido fosse feito com o nome inadequado, era possível a conversão de tutela antecipada para cautelar ou vice-versa. E que se necessário, o magistrado mandaria o autor emendar a inicial, em razão dos princípios da instrumentalidade e da economia processual.

Isto porque, a forma do ato não pode atrapalhar a sua finalidade.

No entanto, Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 131), relata que em razão da não aplicação da fungibilidade, os cidadãos tinham prejuízos:

[...] As incertezas da doutrina passaram a ter aptidão para causar prejuízos aos jurisdicionados que, ao bateram nas portas do Judiciário, muitas vezes viam os seus pleitos indeferidos por questões técnicas, muito bem fundadas, é verdade, mas técnicas, formais, indiferentes ao *fato* que reclamava o exercício de uma tutela de urgência, independentemente de seu nome ou natureza. (grifo do autor).

Por isso mesmo, o autor entende que deve haver a fungibilidade não apenas de antecipação de tutela para cautelar, mas também de cautelar para antecipação de tutela. (BUENO, 2004, p. 134).

Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 137), entende também que não deverá ser aplicada a fungibilidade, para a conversão de cautelar em tutela antecipada baseada no inciso II ou no parágrafo 6º, do artigo 273, ambos do Código de Processo Civil. Porém, o oposto o autor entende ser possível.

Assim, tendo em vista a urgência da situação, deverá ser aplicado o princípio da fungibilidade também quando for necessária a conversão da tutela cautelar em antecipação de tutela.

4 OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

4.1 Noções Introdutórias

Antes de iniciar o estudo dos benefícios previdenciários, é preciso analisar certas peculiaridades do sistema previdenciário, para uma melhor compreensão.

A Previdência Social faz parte da Seguridade Social. Esta por sua vez abrange além da Previdência Social, a saúde e a assistência social, conforme o artigo 194, *caput*, da Constituição Federal.

Miguel Horvath Júnior (2006, p. 92), elenca os objetivos da Previdência Social:

A previdência tem como objetivos a proteção dos eventos previstos no art. 201 da Constituição Brasileira, a saber: doença, invalidez, morte, idade, reclusão, proteção à maternidade, proteção contra desemprego involuntário, encargos familiares e acidente do trabalho.

A previdência social pressupõe o pagamento de contribuições e riscos pré-determinados (com determinada previsão financeira para cobri-los).

Assim, para cada situação prevista nos incisos, do artigo 201, da Constituição Federal, há um benefício previdenciário para supri-la.

Contudo, apesar do artigo 201, da Constituição Federal e o artigo 1º, da Lei nº 8.213/1991, incluírem a proteção do desemprego involuntário como um dos fins da Previdência Social, o pagamento do seguro-desemprego é de responsabilidade do Ministério do Trabalho.

Para ter direito ao recebimento de algum benefício previdenciário é preciso ter a qualidade de segurado.

O artigo 15, da Lei nº 8.213/1991, prevê o denominado período de graça e os seus prazos. No período de graça, mesmo sem estar contribuindo com a Previdência Social, o segurado mantém a qualidade de segurado.

Porém, o período de graça não é contado como carência ou tempo de contribuição.

Se o segurado perder a qualidade de segurado, apenas serão consideradas as contribuições anteriores para efeito de carência, se o segurado tiver contribuído com 1/3 (um terço) da carência exigida para o benefício requerido, ao filiar-se novamente ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos do parágrafo único, do artigo 24, da Lei nº 8.213/1991.

A perda da qualidade de segurado não será levada em consideração na aposentadoria por tempo de contribuição e na aposentadoria especial. Já na aposentadoria por idade, o segurado terá que ter preenchido o período de carência na data do requerimento da aposentadoria, de acordo com o artigo 3º, da Lei nº 10.666/2003.

No artigo 24, *caput*, da Lei nº 8.213/1991, o período de carência é definido como o número mínimo de contribuições mensais do segurado para que ele possa receber algum dos benefícios previdenciários.

O período de carência não é idêntico para todos os benefícios. Por isso, o artigo 25, da Lei nº 8.213/1991, traz o período de carência de cada benefício.

O artigo 142, da Lei nº 8.213/1991, por meio de regra de transição, especifica o período de carência que deve ser cumprido pelos segurados que ingressaram no Regime Geral de Previdência Social até 24 de julho de 1991, ou seja, antes da edição da Lei nº 8.213/1991.

Já o artigo 26, da Lei nº 8.213/1991 dispõe acerca dos benefícios que independem de carência.

No tocante a filiação, Sérgio Pinto Martins (2002, p. 139), divide-a em obrigatória e facultativa:

Podemos classificar a filiação em obrigatória e facultativa. Na filiação obrigatória, como ocorre com o empregado, o empregado doméstico, o empresário, o trabalhador autônomo, o equiparado a autônomo, o trabalhador avulso e o segurado especial, há o imediato ingresso no sistema previdenciário, independentemente da vontade do segurado. Na filiação facultativa, fica ao livre alvedrio da pessoa manter-se ou não no sistema previdenciário, dependendo exclusivamente da sua vontade (como ocorre com o estudante).

Por isso, há segurados que obrigatoriamente são filiados ao Regime Geral de Previdência Social e os facultativos. Além deles, os seus dependentes podem receber os benefícios previdenciários pensão por morte ou auxílio-reclusão, quando preenchidos os requisitos necessários para a concessão.

Então, quando um segurado ou os seus familiares recebe um benefício previdenciário, significa que alguém contribuiu com o regime previdenciário anteriormente.

Sérgio Pinto Martins (2002, p. 103), define os segurados da Previdência Social: “assim, segurados são as pessoas físicas que exercem, exerceram ou não atividade, remunerada ou não, efetiva ou eventual, com ou sem vínculo empregatício”.

Já Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 125), diferencia os segurados obrigatórios e facultativos tendo em vista a obrigatoriedade ou facultatividade de filiação:

Os segurados obrigatórios são aqueles filiados ao sistema de modo compulsório, a partir do momento em que exerçam atividade remunerada. Já os segurados facultativos são os que, apesar de não exercerem atividade remunerada, desejam integrar o sistema previdenciário.

Os segurados obrigatórios são os trabalhadores urbanos ou rurais, os empregados domésticos, os contribuintes individuais, os trabalhadores avulsos e os segurados especiais, conforme previsão do artigo 11, da Lei nº 8.213/1991.

São exemplos de contribuintes individuais, os profissionais liberais e os comerciantes ambulantes.

O inciso VI, do artigo 11, da Lei nº 8.213/1991, define “como trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviço de natureza urbana ou rural definidos no regulamento”.

O regulamento mencionado no inciso VI é o regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

Para Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 144), a diferença entre os segurados avulsos e os contribuintes individuais está na intermediação. “Somente

será segurado avulso aquele que presta serviço com a intermediação obrigatória do sindicato, para os avulsos terrestres ou o OGMO – órgão gestor de mão-de-obra, para os avulsos portuários”.

O segurado especial exerce atividade rural ou de pesca artesanal individualmente ou em regime de economia familiar, para o seu sustento e o que sobrar para comercialização.

Os segurados facultativos são os maiores de 16 (dezesesseis) anos, que contribuem com o Regime Geral de Previdência Social e não estejam incluídos em nenhuma das espécies de segurados obrigatórios. São exemplos de contribuintes facultativos, a dona-de-casa, o estudante, o estagiário, entre outros.

Os dependentes dos segurados estão divididos em três classes e previstos no artigo 16, da Lei nº 8.213/1991.

Se o segurado possuir algum dos dependentes previstos no inciso I, do artigo 16, da Lei nº 8.213/1991, estão excluídos os dependentes do inciso II, do mesmo artigo. Mas se ao invés do inciso I, possuir dependentes previstos no inciso II, estão excluídos os encontrados no inciso III, conforme o parágrafo 1º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/1991.

Os dependentes da mesma classe dividem o benefício entre si.

As pessoas previstas no inciso I, do artigo 16, da Lei nº 8.213/1991, não precisam demonstrar que são dependentes economicamente do segurado, pois a dependência é presumida, conforme o parágrafo 4º, do mesmo artigo, exceto para o menor tutelado e o enteado.

A renda mensal do benefício é o valor pago ao segurado. Para obter a renda do benefício, é utilizado o salário-de-benefício, conforme o artigo 28, da Lei nº 8.213/1991, que é multiplicado por um percentual previsto para cada benefício.

O salário-de-benefício, nos termos do artigo 29, incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, consistirá na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo e para alguns benefícios será multiplicado pelo fator previdenciário.

Esta regra é aplicada para os segurados que se filiaram ao Regime Geral de Previdência Social posterior a 26 de novembro de 1999, ou seja, após a edição da Lei nº 9.876/1999.

Para aqueles que se filiaram antes da Lei nº 9.876/1999 o salário-de-benefício também consistirá na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo, porém, desde julho de 1994.

Insta salientar, que o salário-de-benefício e a RMI (renda mensal inicial) não podem ser inferior ao salário mínimo.

Miguel Horvat Júnior (2006, p. 169), comenta como é realizado o cálculo do fator previdenciário:

O **FATOR PREVIDENCIÁRIO** será calculado considerando-se a **idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado** ao se aposentar, segundo a seguinte fórmula:

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

Onde:

f = fator previdenciário

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria

Id = idade no momento da aposentadoria

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31. Este valor surge da seguinte justificativa. 20% é a contribuição patronal + 11% (alíquota máxima do empregado = 31% / 100 = 0,31). (grifo do autor).

Esta é a fórmula do fator previdenciário, prevista no Anexo da Lei nº 9.876/1999.

O salário-de-contribuição é a base-de-cálculo sobre a qual incide a alíquota de contribuição, sendo que há valor mínimo e máximo. Os incisos do artigo 28, da Lei nº 8.212/1991, definem o que abrange o salário-de-contribuição de cada segurado.

Para o contribuinte individual e o segurado facultativo a alíquota será de 20% (vinte por cento), nos termos do artigo 21, *caput*, da Lei nº 8.212/1991.

O empregado, empregado doméstico e o trabalhador avulso devem seguir a tabela abaixo, prevista no artigo 20, da Lei nº 8.212/1991.

TABELA 1 – Salário-de-contribuição

Salário-de-contribuição (R\$)	Alíquota para fins de recolhimento ao INSS (%)
até 868,29	7,65
de 868,30 até 1.140,00	8,65
de 1.140,01 até 1.447,14	9,00
de 1.447,15 até 2.894,28 ³	11,00

Fonte: Portaria nº 142, de 11 de abril de 2007, do Ministério da Previdência Social.

O salário-de-contribuição previsto na tabela é reajustado junto com os benefícios de prestação continuada, de acordo com o parágrafo 1º, do artigo 20, da Lei nº 8.212/1991.

Quando o salário-de-contribuição ultrapassar R\$ 2.894,28 (dois mil, oitocentos e noventa e quatro reais e vinte e oito centavos), o valor a recolher será fixo, no montante de R\$ 318,37 (trezentos e dezoito reais e trinta e sete centavos).

Já o segurado especial contribui somente com 2,1% (dois vírgula um por cento) da comercialização de sua produção e tem direito ao recebimento de benefícios previdenciários no valor mínimo, conforme o artigo 25, da Lei nº 8.212/1991.

Portanto, após a análise superficial dos institutos básicos do Regime Geral de Previdência Social, passa-se ao estudo individual dos benefícios previdenciários.

³ Valores atualizados de acordo com a Portaria nº 142, de 11 de abril de 2007, do Ministério da Previdência Social.

4.2 Dos Benefícios Previdenciários Concedidos aos Segurados do Regime Geral de Previdência Social

4.2.1 Aposentadoria por invalidez

A aposentadoria substitui os rendimentos do segurado que eram auferidos por meio de um trabalho.

A aposentadoria por invalidez está prevista do artigo 42 ao artigo 47, da Lei nº 8.213/1991. O artigo 201, inciso I, da Constituição Federal, além de prever a cobertura pela Previdência Social dos eventos morte e idade avançada, também inclui a cobertura de doença e invalidez.

Esta espécie de aposentadoria é devida ao segurado que estiver total e permanentemente incapacitado para a realização de atividade laborativa.

O conceito utilizado para a definição de invalidez é de “[...] inaptidão ou incapacidade para o exercício de toda e qualquer atividade por parte do segurado capaz de garantir a sua subsistência”. (HORVATH JÚNIOR, 2006, p. 204).

Assim, o conceito de invalidez é amplo. Miguel Horvath Júnior (2006, p. 205) ainda complementa ao dizer que “não se deve entender o evento gerador da aposentadoria por invalidez, a incapacidade absoluta, total e completa do segurado. O sistema não exige o estado vegetativo laboral para concessão deste benefício”.

Por isso, para a concessão de aposentadoria por invalidez, o segurado deve encontrar-se incapaz de realizar atividade laborativa para prover a sua subsistência, nos termos do artigo 42, *caput*, da Lei nº 8.213/1991.

Essa incapacidade é verificada através de perícia médica, conforme o parágrafo 1º, do artigo 42, da Lei nº 8.213/1991.

Porém, o parágrafo 2º, do artigo 42, da Lei 8.213/1991, não confere o direito a aposentadoria por invalidez referente à doença ou lesão que o segurado já possuía ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social.

Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 498), explica o porque da restrição do parágrafo 2º:

Isto visa a evitar fraudes ao sistema, quando uma pessoa já inválida poderia filiar-se para, tão somente, obter o benefício. Entretanto, se a incapacidade for decorrente de agravamento da lesão ou doença preexistente, o benefício será devido. Caberá à perícia médica identificar esta situação.

Dessa forma, apenas será concedida a aposentadoria por invalidez se houver o agravamento da doença ou lesão que o segurado tinha quando filiou-se a Previdência Social .

No tocante a carência, é preciso de 12 (doze) contribuições para o segurado que se aposenta por invalidez comum. Já para aquele em que a invalidez é decorrente de acidente de trabalho ou de qualquer natureza ou causa, não é necessário que o segurado cumpra período de carência.

Para Aristeu de Oliveira (2003, p. 46), “estão aí incluídas aquelas que são provocadas por doenças graves, como radiação ou Aids, entre outras”.

Conforme o autor, a carência pode deixar de ser cumprida em outras situações, além das decorrentes de acidentes.

A base de cálculo será de 100% (cem por cento) sobre o salário-de-benefício, nos termos do artigo 44, *caput*, da Lei nº 8.213/1991 e sem a aplicação do fator previdenciário.

No entanto, é necessário ter a qualidade de segurado ou estar dentro do período de graça.

4.2.2 Aposentadoria por idade

A aposentadoria por idade é encontrada entre os artigos 48 e 51, da Lei nº 8.213/1991 e no artigo 201, parágrafo 7º, inciso II, da Constituição Federal.

Para que seja concedida, basta que o segurado tenha completado 65 (sessenta e cinco) anos se homem e 60 (sessenta) anos se mulher, conforme o *caput*, do artigo 48, da Lei nº 8.213/1991 e o artigo 201, parágrafo 7º, inciso II, da Constituição Federal.

Porém, para os trabalhadores rurais, há uma redução de 05 (cinco) anos na idade mínima para a aposentadoria por idade, sendo suficiente 60 (sessenta) anos para os homens e 55 (cinquenta e cinco) anos para as mulheres, conforme o artigo 201, parágrafo 7º, inciso II, da Constituição Federal e artigo 48, parágrafo 1º, da Lei nº 8.213/1991.

Há também a previsão na Lei nº 8.213/1991, da aposentadoria compulsória requerida pelo empregador, nos termos do artigo 51, onde é preciso que o segurado tenha completado 70 (setenta) anos e a segurada 65 (sessenta e cinco) anos, somado ao cumprimento da carência. Aqui há rescisão do contrato de trabalho e serão devidas as verbas rescisórias previstas na legislação trabalhista.

Referente à carência, para os segurados que se filiaram à Previdência Social após 24 de julho de 1991, são necessárias 180 (cento e oitenta) contribuições mensais. Os demais segurados deverão orientar-se pela regra de transição da tabela inserida no artigo 142, da Lei 8.213/1991.

A base de cálculo será o salário-de-benefício. A alíquota será de 70% (setenta por cento) mais 1% (um por cento) para cada 12 (doze) contribuições até o limite de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Miguel Horvath Júnior (2006, p. 197), exemplifica:

O segurado que completar 65 anos em 2005 e que tiver apenas as 144 contribuições exigidas a título de carência terá como alíquota a ser aplicada no cálculo da renda mensal 82%.

A fórmula do benefício prevê $70\% + 1\%$ para cada grupo de doze contribuições até o limite de 100%. Assim, temos, $70\% + (144/12=12) = 82\%$.

No exemplo citado pelo autor, o segurado possui a carência exigida, que para o segurado que completou 65 (sessenta e cinco) anos em 2005 é de 144 (cento e quarenta e quatro) contribuições, pois dessa forma determina a tabela do

artigo 142, da Lei nº 8.213/1991. Se este mesmo segurado completasse 65 (sessenta e cinco) anos em 2006, seriam necessárias 150 (cento e cinquenta) contribuições.

Já o trabalhador rural deve apenas demonstrar que desenvolveu atividade rural pelo tempo de carência exigido na tabela encontrada no artigo 142, da Lei nº 8.213/1991, para a concessão da aposentadoria, de acordo com o exemplo de Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 505):

Por exemplo: trabalhador rural que, em 2002, tinha 60 anos de idade e comprovou ter trabalhado na área rural por 126 meses, ainda que de forma descontínua, mesmo sem qualquer recolhimento, terá direito a aposentação por idade.

O período de 126 (cento e vinte seis) meses que o segurado deve demonstrar que desenvolveu atividade rural, está previsto na tabela do artigo 142, da Lei nº 8.213/1991.

Esclarece também o autor sobre a carência do segurado especial e a do trabalhador rural:

Como se sabe, a carência do segurado especial, como regra geral e de modo distinto aos demais segurados, é contada a partir do tempo de atividade rural. O dispositivo legal citado estende direito similar a todo trabalhador rural, mas somente durante 15 (quinze) anos, a partir de 24/07/91. Após este prazo, estes trabalhadores seguirão a regra geral de carência, devendo comprovar os recolhimentos mensais necessários, à exceção do segurado especial, que continuará em regra própria de carência. (IBRAHIM, 2004, p. 505).

Por isso, a partir de 24 de julho de 2006, nos termos do artigo 143, da Lei nº 8.213/1991, o trabalhador rural teria que contribuir com a Previdência Social, da mesma forma que os trabalhadores urbanos. Porém, a Lei nº 11.368/2006, em seu artigo 1º, estendeu o prazo por mais 02 (dois) anos para o trabalhador rural.

Nada obstante, na aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada, desde que o segurado possua o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do

requerimento do benefício, nos termos do artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 10.666/2003.

Portanto, para a concessão de aposentadoria por idade, é preciso além da idade mínima, em regra, o cumprimento do período de carência.

4.2.3 Aposentadoria por tempo de contribuição

A aposentadoria por tempo de contribuição, que anteriormente estava prevista nos artigos 52 e 53, da Lei nº 8213/1991 e era denominada aposentadoria por tempo de serviço, atualmente encontra-se no artigo 201, parágrafo 7º, inciso I, da Constituição Federal, mudança ocorrida com a Emenda Constitucional nº 20/1998.

Assim, para que o segurado se aposente pelo tempo em que contribuiu com a Previdência Social, é necessário ter ao menos 30 (trinta) anos de contribuição se mulher e 35 (trinta e cinco) anos, se homem.

Com a Emenda Constitucional nº 20/1998 foi excluída a aposentadoria por tempo de serviço proporcional para a qual eram necessários 30 (trinta) anos de tempo de contribuição para os homens e 25 (vinte e cinco) anos para as mulheres, persistindo apenas para aqueles que já eram filiados ao regime previdenciário antes de 16 de dezembro de 1998.

Para os segurados que antes da Emenda Constitucional nº 20/1998 não haviam cumprido os requisitos necessários para a aposentadoria por tempo de contribuição, há uma regra de transição a ser observada:

Para essas pessoas, criou-se uma regra temporária, referente à aposentadoria por tempo de contribuição, com limites de idade menores (53 anos para homens e 48 anos para mulheres). Entretanto, como a regra definitiva não comporta limite de idade, e sendo possível a opção pela nova regra (art. 9º, *caput*, EC nº 20/98), a regra transitória para a aposentadoria por tempo de contribuição integral virou letra morta. (IBRAHIM, 2004, p. 512).

Dessa forma, para aposentadoria por tempo de contribuição atual, não é necessária idade mínima.

O período de carência a ser cumprido corresponde a 180 (cento e oitenta) contribuições mensais e aplica-se a regra de transição da tabela do artigo 142, da Lei nº 8.213/1991.

Aristeu de Oliveira (2003, p. 45), explica como é elaborado o cálculo da aposentadoria integral:

VALOR A PAGAR:

100% do salário-de-benefício.

O benefício da aposentadoria por tempo de contribuição será a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondente a 80% de todo o período contributivo, multiplicado pelo fator previdenciário. Para os filiados até 28-11-99 no Regime Geral da Previdência Social, serão considerados 80% dos maiores salários-de-contribuição a partir de julho/94 (art. 29, incisos I e II da Lei nº 8.213/91 e art. 188-A, §§ 1º e 2º do Decreto nº 3.048/99).

Dessa forma, a RMI (renda mensal inicial) será equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Já o PBC (período básico de cálculo) do salário-de-benefício, que antes da Lei nº 9.876/1999 abrangia apenas os 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição, atualmente abrange todos os salários-de-contribuição desde julho de 1994.

A Lei nº 8.796/1999 também introduziu o fator previdenciário, tendo em vista o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social. Este leva em consideração a idade e o tempo de contribuição do segurado.

Por isso, Eliana Paggiarin Marinho (2003, p. 39), faz a seguinte observação:

A expectativa de sobrevida acabará exigindo daquele que pretenda receber proventos integrais (100% da média de seus salários-de-contribuição) a permanência em atividade em período superior aos 35 anos, principalmente quando se trata de pessoa que iniciou contribuições aos 14 ou 16 anos de idade. Exemplificando, aquele mesmo segurado referido acima, que poderia inativar-se aos 51 anos de idade, terá uma RMI equivalente a

aproximadamente 71% do salário-de-benefício. Para atingir o valor integral, deverá permanecer até os 56 anos ou 40 de contribuição.

Logo, apesar de não ser exigida idade mínima, ela influencia o valor do benefício, conforme complementa Miguel Horvath Júnior (2006, p. 191):

Quanto mais tempo contribuir e maior for a sua idade, conseqüentemente terá direito a um percentual maior como fator previdenciário. Percentual este que terá uma relação direta com o valor do benefício previdenciário (aposentadoria por tempo de contribuição de forma compulsória e aposentadoria por idade de forma facultativa).

Contudo, comprovado o tempo de contribuição exigido, poderá o segurado ser aposentado, independente de sua idade.

4.2.4 Aposentadoria especial

A aposentadoria especial está prevista nos artigos 57 e 58, da Lei nº 8.213/1991 e no artigo 201, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro (2004, p. 24), conceitua a aposentadoria especial:

A aposentadoria especial é um benefício que visa garantir ao segurado do Regime Geral da Previdência Social uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física.

Assim, em razão do desgaste físico ou prejudicial à saúde, há esta compensação através da redução do tempo trabalhado, por meio da aposentadoria especial.

Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 521), define a aposentadoria especial abaixo:

Este benefício visa a atender segurados que são expostos a agentes físicos, químicos e biológicos, ou uma combinação destes, acima dos limites de tolerância aceitos, o que se presume produzir a perda da integridade física e mental em ritmo acelerado.

Por isso, não é preciso demonstrar efetivamente dano a saúde, bastando à comprovação de exposição a agentes nocivos.

Para esta espécie de aposentadoria é preciso que o segurado tenha trabalhado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, em ambiente insalubre, perigoso ou penoso, ou seja, em condições especiais.

Sérgio Pinto Martins (2002, p. 374) discorre sobre as atividades insalubres:

Considera-se atividade ou operação insalubre aquela que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponha o empregado a agente nocivo a sua saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (art. 189 da CLT). Há insalubridade quando o trabalhador tem contato com agentes químicos, físicos ou biológicos, descritos na NR 15 da Portaria nº 3.214/78.

O artigo 193, da Consolidação das Leis do Trabalho, define como atividades perigosas àquelas onde é necessário o contato com inflamáveis ou explosivos que produzam risco acentuado.

A Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XXIII, cita o trabalho penoso, mas não o define. Miguel Horvat Júnior (2006, p. 231), descreve o que são atividades penosas:

Conquanto não haja um conceito legal de penosidade, as atividades penosas podem ser consideradas como aquelas que causam desgaste, físico ou psicológico além do desgaste normal causado pelo desenvolvimento das atividades laborais.

O artigo 57, *caput*, da Lei nº 8.213/1991 prevê três períodos distintos de trabalho, de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme o grau de periculosidade, insalubridade ou penosidade que o trabalhador é submetido

diariamente e de forma permanente. Observe que não há períodos diferentes para homens ou mulheres.

De acordo com o parágrafo 4º, do artigo 57, da Lei nº 8.213/1991, são situações que ensejam a aposentadoria especial a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, durante um dos três períodos citados acima, equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, é definida pelo Poder Executivo, de acordo com o *caput*, do artigo 58, da Lei nº 8.213/1991.

Nada obstante, a Lei nº 9.032/1995 limitou a concessão da aposentadoria especial, pois alguns segurados apenas por pertencer a determinada categoria profissional tinham direito a esta espécie de aposentadoria.

A renda mensal da aposentadoria especial será equivalente 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, nos termos do artigo 57, parágrafo 1º, da Lei 8.213/1991 e sem a aplicação do fator previdenciário.

No tocante a carência, são necessárias 180 (cento e oitenta) contribuições para os segurados que se filiaram ao regime previdenciário após a Lei nº 8.213/1991. Os segurados que ingressaram antes, devem seguir a tabela do artigo 142, da Lei nº 8.213/1991.

Contudo, é possível a conversão de tempo especial em especial, quando o segurado tiver trabalhado em duas atividades especiais ou mais e não completou o tempo previsto para a aposentadoria especial em nenhuma das atividades.

Também é permitida a conversão do tempo especial em comum, para a obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição.

4.2.5 Auxílio-doença

O auxílio-doença está previsto na Lei nº 8.213/1991, a partir do artigo 59.

No *caput*, do artigo 59, da Lei 8.213/1991, consta que o segurado empregado terá direito ao recebimento do auxílio-doença, desde que se encontre incapacitado para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias. Por isso, os 15 (quinze) primeiros dias do afastamento serão pagos pelo empregador, conforme o artigo 60, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/1991.

Para os demais segurados o início do benefício será na data da incapacidade.

Da mesma forma que ocorre na aposentadoria por invalidez, não será concedido o auxílio-doença referente à doença ou lesão que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social. O benefício apenas será devido, nos termos do parágrafo único, do artigo 59, da Lei nº 8.213/1991, quando houver o agravamento desta doença ou lesão.

“A grande diferença entre este benefício e a aposentadoria por invalidez diz respeito à natureza temporária da incapacidade protegida pelo auxílio-doença, que não existe na aposentadoria por invalidez”. (IBRAHIM, 2004, p. 533).

Enquanto a doença que enseja o auxílio-doença é temporária, a que justifica a concessão da aposentadoria por invalidez é permanente.

O benefício ora estudado, é devido ao segurado enquanto ele não estiver reabilitado profissionalmente para desenvolver outra atividade no mercado de trabalho ou recuperado para retornar ao trabalho habitual.

A renda mensal do auxílio-doença será equivalente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, de acordo com o *caput*, do artigo 61, da Lei nº 8.213/1991.

Miguel Horvath Júnior (2006, p. 239), explica porque a alíquota do auxílio-doença é de 91% (noventa e um por cento) e não 100% (cem por cento):

Por que 91% e não 100% do salário-de-benefício? Em virtude de uma presunção de desconto da contribuição previdenciária a cargo do empregado que varia de 8 a 11%. Para 'compensar' o fato de que durante o recebimento do auxílio-doença, o segurado não efetiva contribuições para o sistema. (grifo do autor).

Assim, a alíquota será de 91% (noventa e um por cento) e sem a aplicação do fator previdenciário.

Aqui também são necessárias 12 (doze) contribuições mensais, em se tratando de auxílio-doença comum. Porém, não há carência para o auxílio-doença advindo de acidente de qualquer natureza.

Contudo, caso não seja possível à recuperação do segurado para a antiga ou para uma nova atividade, lhe será concedida aposentadoria por invalidez.

4.2.6 Salário-família

O salário-família é encontrado nos artigos 65 e seguintes, da Lei nº 8.213/1991, no artigo 7º, inciso XII e no artigo 201, inciso IV, ambos da Constituição Federal.

Este benefício previdenciário é devido mensalmente ao segurado empregado de baixa renda, na proporção do número de filhos ou equiparados, nos termos do artigo 65, *caput*, da Lei nº 8.213/1991.

Conforme Miguel Horvath Júnior (2006, p. 241), o salário-família "é benefício que visa amenizar o encargo familiar decorrente da criação e educação de filhos ou equiparados a filho".

Para a concessão do salário-família, os filhos do segurado devem ter menos de 14 (quatorze) anos ou serem inválidos. O benefício é pago através de cotas, sendo uma para cada filho. Se ambos os genitores trabalham, será devido o salário-família para cada um. Logo, um só filho pode receber duas cotas.

Não é preciso o cumprimento do período de carência, de acordo com o artigo 26, inciso I, da Lei nº 8.213/1991.

Porém, o salário-família não é devido ao empregado doméstico.

4.2.7 Salário-maternidade

O salário-maternidade está previsto na Lei nº 8.213/1991, entre os artigos 71 e 73.

O benefício previdenciário salário-maternidade é devido à segurada gestante, durante 120 (cento e vinte) dias, conforme o artigo 71, da Lei 8.213/1991.

Ele pode ser requerido quando estiver faltando 28 (vinte e oito) dias para o parto. Se for necessário que a segurada pare de trabalhar antes dos 28 (vinte e oito) dias que antecedem o parto ou posterior aos 120 (cento e vinte) dias do salário-maternidade, ser-lhe-á concedido auxílio-doença.

O artigo 71-A, *caput*, da Lei nº 8.213/1991, dispõe que a segurada que adotar uma criança receberá o salário-maternidade e define o período do benefício, de acordo com a idade da criança.

A renda mensal do benefício em estudo é igual à remuneração integral da segurada empregada e da trabalhadora avulsa, de acordo com o artigo 72, *caput*, da Lei 8.213/1991.

O artigo 73, da Lei nº 8.213/1991, em seus incisos dispõe acerca do valor do salário-maternidade das empregadas domésticas, das seguradas especiais e das demais seguradas, que será calculado com base na contribuição de cada uma. Sendo que nunca será inferior ao salário mínimo. Por isso, ressalta Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 547):

Para a segurada empregada e avulsa, a renda mensal do benefício pode ser superior ao teto, pois é equivalente à sua remuneração. Apesar de o art. 14 da EC nº 20/98, genericamente, limitar todos os benefícios do RGPS a um mesmo teto, o STF entendeu que o art. 7º, XVIII da CF, deve prevalecer, de modo a garantir a integralidade da remuneração (ADInMC 1.946-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, 29/4/99).

No entanto, deve ser respeitado o artigo 248, da Constituição Federal. Assim, o salário-maternidade será pago pelo Instituto Nacional de Seguro Social até o limite do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, ou seja, o valor do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Caso o salário da segurada seja maior que o dos Ministros, ficará a cargo do empregador o pagamento desta diferença.

Se a segurada tiver dois empregos, terá direito ao recebimento de dois benefícios.

As seguradas empregadas e as trabalhadoras avulsas não precisam cumprir período de carência. Porém, a carência é de 10 (dez) contribuições mensais para as contribuintes individuais, especiais e facultativas.

Miguel Horvat Júnior (2006, p. 248), faz uma observação referente à carência exigida das contribuintes individuais:

Sob o aspecto pragmático exige-se apenas um mês, já que o período médio de gestação é de 09 meses, e estando a segurada contribuinte individual inscrita no sistema por um mês quando da gravidez, por ocasião do parto já terá cumprido a carência.

Já as seguradas especiais, basta que comprovem o exercício de atividade rural nos últimos 10 (dez) meses anteriores ao início do benefício, mesmo que de forma descontínua, nos termos do artigo 39, parágrafo único e do artigo 25, inciso III, ambos da Lei nº 8.213/1991.

4.2.8 Auxílio-acidente

O auxílio-acidente está previsto no artigo 86, da Lei nº 8.213/1991.

Este benefício previdenciário é concedido como uma indenização pelas lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, que causar perda ou redução da capacidade para o trabalho que o segurado exerça.

Conforme o parágrafo 1º, do artigo 86, da Lei nº 8.213/1991, o auxílio-acidente corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício pelo qual foi implantado o auxílio-doença, mas corrigido a até data da cessação deste, pois ele terá início assim que cessar o auxílio-doença.

Miguel Horvath Júnior (2006, p. 256), relata que “no caso de reabertura de auxílio-doença por acidente de qualquer natureza que tenha dado origem a auxílio-acidente, este será suspenso até a cessação do auxílio-doença reaberto, quando será reativado”.

Então, se o novo auxílio-doença não for referente à lesão ou doença que originou o auxílio-acidente, o segurado poderá cumular os dois benefícios.

Os parágrafos 2º e 3º, do artigo 86, da Lei nº 8.213/1991, proíbem a cumulação do auxílio-acidente com qualquer espécie de aposentadoria, logo, deixou de ser vitalício. Porém, não há sua cessação se o segurado tiver outro rendimento.

“O auxílio-acidente abrange, também, as chamadas doenças profissionais ou do trabalho, pois são equiparadas a acidente do trabalho. Qualquer tipo de acidente poderá ser aproveitado para este feito”. (IBRAHIM, 2004, p. 555).

Dessa forma, o benefício é devido para acidente de qualquer natureza, ou seja, não é necessário que decorra de acidente de trabalho.

Contudo, o auxílio-acidente não é devido ao empregado doméstico.

Este benefício pode ser inferior ao salário mínimo, já que não substitui a renda do trabalhador.

Não há carência para o auxílio-acidente, conforme o artigo 26, inciso I, da Lei nº 8.213/1991.

4.3 Dos Benefícios Previdenciários Concedidos aos Dependentes dos Segurados do Regime Geral de Previdência Social

4.3.1 Pensão por morte

A pensão por morte é encontrada na Lei nº 8.123/1991 a partir do artigo 74.

Ela é devida, nos termos do artigo 74, *caput*, da Lei nº 8.213/1991, aos dependentes do segurado que vier a falecer e ainda que o falecido não esteja aposentado.

Os dependentes do segurado são encontrados no artigo 16, da Lei nº 8.213/1991. A DIB (data de início do benefício) também é encontrada nos incisos, do artigo 74, da Lei nº 8.213/1991.

Miguel Horvath Júnior (2006, p. 260), lembra que o convivente homossexual do segurado falecido terá direito a pensão por morte:

Por força de decisão judicial proferida na Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0 fica garantido o direito à pensão por morte ao companheiro ou companheira homossexual para óbitos ocorridos a partir de 05 de abril de 1991, desde que atendidas todas as condições exigidas para o reconhecimento do direito a esse benefício.

Logo, preenchidos os requisitos para a concessão da pensão por morte, terá direito ao seu recebimento, o convivente do *de cujus*, assim como, se for o caso, terá direito ao auxílio-reclusão.

Mesmo que o ex-cônjuge se case novamente não perderá o direito ao recebimento da pensão por morte do ex-consorte.

O parágrafo 1º, do artigo 75, da Lei nº 8.213/1991, prevê que o cônjuge ausente não exclui o direito a pensão do convivente.

Já o parágrafo 2º, do artigo 75, da Lei nº 8.213/1991, dispõe que o cônjuge divorciado, separado judicialmente ou de fato, desde que receba pensão

alimentícia, também receberá pensão por morte do ex-marido ou do marido falecido, para aquele que apenas está separado de fato, em concorrência com os demais dependentes do *de cuius*.

Assim, quando o falecido possuir mais de um dependente, a pensão por morte será dividida em partes iguais, conforme o artigo 77, *caput*, da Lei nº 8.213/1991.

Nos termos do parágrafo 1º, do artigo 77, da Lei 8.213/1991, a cota-parte daquele que tiver a pensão cessada, será revertida em favor do demais dependentes. Quando o último pensionista falecer, completar a maioria ou cessar a invalidez, será o benefício extinto, de acordo com o parágrafo 3º, do mesmo artigo.

Dessa forma, a pensão por morte será cessada, conforme os incisos do parágrafo 2º, do artigo 76, da Lei 8.213/1991, quando o pensionista vier a óbito; os filhos do *de cuius* completarem 21 (vinte e um) anos, salvo se for inválido; e no tocante ao pensionista inválido, caso cesse a invalidez.

Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 561), explica que o benefício não será adiado pela falta de habilitação de outro dependente, conforme o exemplo:

Assim, se o segurado, ao falecer, tinha ex-cônjuge com pensão alimentícia e companheira, ambas terão direito ao benefício, com metade para cada uma. Entretanto, não é necessário que se espere todas solicitarem o benefício, podendo ser concedido na integralidade para a primeira a solicitá-lo e realizando-se a divisão por ocasião da apresentação da segunda beneficiária.

Neste caso, a segunda dependente a solicitar o benefício vai recebê-lo a partir da data do requerimento, se pleiteá-lo após 30 (trinta) dias da data do óbito, de acordo com o artigo 74, inciso II, da Lei nº 8.213/1991.

Este benefício independe de carência, conforme o artigo 26, inciso I, da Lei nº 8.213/1991.

O valor da pensão por morte será equivalente a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria, se o *de cuius* já estivesse aposentado na data do óbito

ou será o equivalente 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria por invalidez a que faria jus na data do falecimento, conforme o artigo 75, da Lei nº 8.213/1991.

4.3.2 Auxílio-reclusão

O auxílio-reclusão está previsto no artigo 80 e em seu parágrafo único, da Lei nº 8.213/1991.

Assim como a pensão por morte, o auxílio-reclusão é devido aos dependentes do segurado, encontrados nos incisos, do artigo 16, da Lei nº 8.213/1991.

Para ser concedido é preciso que o segurado encontre-se recluso e não esteja recebendo remuneração da empresa, auxílio-doença ou aposentadoria.

O benefício pode ser concedido ainda que o segurado esteja desempregado, mas encontre-se dentro do período de graça.

Basta que o segurado seja detido, em regime fechado ou semi-aberto, mesmo que provisoriamente, não sendo necessário sentença penal condenatória e trânsito em julgado da decisão, para a sua concessão.

Ainda que o segurado exerça atividade remunerada no regime fechado ou semi-aberto, seus dependentes não perderão o direito ao recebimento do auxílio-reclusão, conforme o *caput*, do artigo 2º, da Lei nº 10.666/2003.

Será mantido enquanto o segurado estiver preso, isto significa que se ele fugir será suspenso, mas se for preso novamente, o benefício voltará a ser pago se ainda possuir qualidade de segurado.

Miguel Horvath Júnior (2006, p. 270), cita além da fuga, outras causas de suspensão do benefício:

- a) fuga;
- b) recebimento de auxílio-doença no período de privação de liberdade;

- c) deixar de apresentar trimestralmente atestado de prisão firmado pela autoridade competente;
- d) livramento condicional, cumprimento de pena em regime aberto ou prisão albergue.

Assim, para que o benefício seja mantido é preciso que a cada três meses seja apresentado atestado que comprove que o segurado permanece detido.

O valor do benefício é o mesmo da pensão por morte, ou seja, é o valor que o segurado teria direito se passasse a receber aposentadoria por invalidez.

Este benefício não possui carência, de acordo com o artigo 26, inciso I, da Lei nº 8.213/1991.

Contudo, também como o salário-família, o auxílio-reclusão é devido aos segurados de baixa-renda.

Antes da Emenda Constitucional 20/1998 o benefício era devido independente da renda do segurado, por isso, Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 565), critica a restrição trazida pela Emenda Constitucional:

A alteração constitucional foi de extrema infelicidade, pois exclui a proteção de diversos dependentes, cujos segurados estão fora do limite de baixa renda. Esta distinção, para o auxílio-reclusão, não tem razão de ser, pois tais dependentes poderão enfrentar situação difícil, com a perda da remuneração do segurado.

O auxílio-reclusão é concedido à família do segurado e não para este. Dessa forma, a família será prejudicada e não quem cometeu o crime.

5 A TUTELA ANTECIPADA NAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

Nas ações previdenciárias, geralmente, busca-se a concessão de um dos benefícios previdenciários discutidos no capítulo anterior.

Isto porque, ao invés de requerer um benefício, o segurado pode apenas pleitear a revisão do seu valor.

O que diferencia as demandas previdenciárias das demais, é o seu caráter alimentar e a hipossuficiência do segurado, o que requer uma tutela de urgência.

Por isso, em grande parte dessas ações é possível a antecipação de tutela baseada no inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Para o deferimento da antecipação de tutela baseada na urgência, além do preenchimento dos requisitos genéricos, encontrados no *caput*, é necessário o risco de dano, conforme o inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil, que Miguel Horvath Júnior (2006, p. 498), comenta:

Este requisito é fundamental para a concessão da antecipação. Em relação aos benefícios previdenciários, há de se destacar que as estas prestações têm caráter alimentar ou alimentícios, pois têm natureza substitutiva da renda ou visa eliminar necessidades sociais protegidas pelo sistema (art. 201 da Constituição Federal).

Dessa forma, a antecipação de tutela nas demandas previdenciárias viria a suprir a longa espera dos segurados ao julgamento definitivo da demanda.

Contudo, o Instituto Nacional de Seguro Social é uma pessoa jurídica de direito público, o que faz surgir certas peculiaridades a serem analisadas para a concessão da tutela antecipada.

Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 137), discorre sobre a antecipação de tutela contra o Poder Público:

A tutela antecipada em face do Poder Público, em que pese a restrição imposta pela Lei nº 9.494/97, vem sendo admitida em sede doutrinária (Carreira Alvim) e, também, em sede jurisprudencial, tendo o Superior Tribunal de Justiça assentado que nada obsta que a tutela antecipada seja concedida nas ações movidas contra as pessoas jurídicas de direito público interno (Resp.nº 144.656-ES).

O fato de litigar contra a Fazenda Pública, não impede a antecipação dos efeitos da tutela final, conforme o julgamento do agravo de instrumento nº 1999.01.00.007155-0/MG, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, relatado pelo Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, em 27 de agosto de 2002:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL – RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273, CPC – SENTENÇA DE MÉRITO PROCEDENTE – AGRAVO IMPROVIDO.

1. Conforme entendimento do STF (RCL. Nº 1.638/CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/08/2000), não é geral e irrestrita a vedação de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública imposta pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97. Não sendo caso de reclassificação ou equiparação de servidores ou de concessão de aumento ou extensão de vantagens, outorga de adição de vencimentos ou reclassificação funcional, é legítima a concessão de tutela antecipada, especialmente em se tratando de benefício previdenciário.

2. Precedentes desta Seção (AG 2000.01.00.033297-1 /MA; Relator JUIZ AMILCAR MACHADO; PRIMEIRA TURMA; DJ 30 /10 /2000 P.46); (AG 2001.01.00.033881-1 /MG; Relator JUIZ AMILCAR MACHADO PRIMEIRA TURMA; DJ 23 /10 /2001 P.54); (AG 2000.01.00.114951-2 /PI; Relator JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN; SEGUNDA TURMA; DJ 19 /03 /2001 P.47).

3. Suspenso o benefício previdenciário por força de disposição legal (Lei nº 9.528/97) posteriormente suspensa por decisão liminar proferida em ação direta de inconstitucionalidade, assiste ao beneficiário direito ao restabelecimento do benefício.

4. Satisfatoriamente expostos na decisão agravada os requisitos elencados no art. 273, CPC, merece ser confirmada a antecipação dos efeitos da tutela. Ainda mais quando a sentença de mérito, após exaurimento da atividade cognitiva, confirma os fundamentos da decisão e acolhe o pedido do autor.

5. Agravo a que se nega provimento. Agravo regimental prejudicado. (grifo na fonte).

Dessa forma, se ausente qualquer das situações previstas no artigo 1º, da Lei nº 9.494/1997, que veda o pagamento de vantagens a servidores públicos, pode ser concedida à antecipação de tutela contra o Poder Público.

Veja que tanto na doutrina, como na jurisprudência, é praticamente pacífica a concessão da medida em face das Fazendas Públicas.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 217), entende que “se é possível a tutela antecipatória contra o particular, nada deve impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública”.

Conforme o autor, se não fosse possível à concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, a tutela somente seria efetiva e tempestiva contra o particular. (MARINONI, 2000, p. 218).

Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro (2004, p. 528), justifica a concessão da antecipação de tutela em face do Poder Público:

Conforme prevê o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Portanto, diante de um caso concreto, o juiz irá analisar se esse caso se amolda aos requisitos do CPC, não podendo uma lei excluir da apreciação do judiciário o direito à antecipação dos efeitos da tutela, qualquer que seja o Réu, sob pena de incidir em inconstitucionalidade. (grifo do autor).

Para a autora, uma lei que proíba a antecipação de tutela, independente de quem seja o requerido na demanda, é inconstitucional. E ela continua ao dizer que “a Lei 9.494/97, que restringe a tutela antecipada em face do Poder Público, não relaciona a hipótese em questão, na qual se discute o direito a recebimento de benefício previdenciário, de caráter nitidamente alimentar”. (RIBEIRO, 2004, p. 528).

Assim, deve o juiz se ater aos requisitos do artigo 273, do Código de Processo Civil apenas.

Todavia, a súmula 729, do Supremo Tribunal Federal retira qualquer dúvida quanto à aplicação da tutela antecipada nas ações previdenciárias: “a decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

A ADC-4 que a súmula se refere, é o julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade, relatada pelo Ministro Sydney Sanches, onde os ministros do

Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, reconheceram a constitucionalidade do artigo 1º, da Lei nº 9.494/1997.

Logo, não há nenhum óbice a concessão da tutela antecipada nas ações previdenciárias apenas em razão da ré ser uma pessoa jurídica de direito público.

Ressalta-se ainda que como o Instituto Nacional de Seguro Social é uma Autarquia Federal, deve ser observado o artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

Logo, mesmo que não haja a interposição de recurso de apelação pelo Instituto, se a condenação for superior a 60 (sessenta) salários mínimos, estará sujeita ao duplo grau obrigatório, conforme o parágrafo 2º, do artigo 475, do Código de Processo Civil, o que torna o processo ainda mais extenso.

Por isso, uma parcela da doutrina entende que não cabe a antecipação de tutela contra o Poder Público, argumentando que como o artigo 475, do Código de Processo Civil, impõe o reexame necessário para as sentenças, com mais razão para as decisões interlocutórias.

Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 78), não aceita como impedimento à concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, a imposição da remessa oficial, prevista no artigo 475, do Código de Processo Civil:

Todavia, poder-se-á superar tal argumento pela consideração de que a exigência do duplo grau refere-se apenas as *sentenças* porque apenas estas possuem aptidão, exatamente pela prévia cognição exauriente, de adquirir o selo da imutabilidade pelo trânsito material em julgado (art. 467) [...]. (grifo do autor).

Assim, como na antecipação de tutela a decisão é interlocutória, que pode ser modificada ou revogada, de acordo com o parágrafo 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, não é preciso o reexame necessário da decisão.

Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 135), vai mais além, pois para ele “a necessidade de rever-se o instituto impõe-se, especialmente quando utilizado, habilidosamente, como principal óbice á aplicação do instituto da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública [...]”.

Dessa forma, de acordo com o autor, o recurso de ofício, como também é conhecido, deveria ser revisto.

Um outro ponto a ser abordado, é sobre o pagamento das condenações em dinheiro contra a Fazenda Pública, que é realizado por meio da expedição de precatório, de acordo com o artigo 100, da Constituição Federal e o artigo 730, do Código de Processo Civil.

O precatório torna o pagamento um tanto moroso, mesmo o crédito sendo referente a benefícios previdenciários, o que faz com que tenham preferência às demais condenações, pois possuem natureza alimentar, conforme a definição do artigo 100, parágrafo 1º-A, da Carta Política.

E ainda que o pagamento seja realizado através de requisição de pequeno valor, de acordo com o parágrafo 3º, do artigo 100, da Constituição Federal, no caso da Fazenda Pública Federal até 60 (sessenta) salários mínimos, leva-se tempo até que o débito seja quitado.

Então, tendo em vista a duração do processo, somada a correção monetária e aos juros de mora para a atualização do crédito, não é tão difícil que o valor da condenação ultrapasse 60 (sessenta) salários mínimos, sendo necessário o precatório e a remessa oficial.

No tocante ainda ao precatório, aqueles que são contra a concessão da tutela antecipada em face do Poder Público, justificam o seu posicionamento declarando que é necessária a sua expedição.

Porém, Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 181-182), discorda:

Realmente, não teria sentido, por exemplo, que um camelô, vítima de atropelamento, vivendo do seu trabalho, tivesse direito à antecipação da tutela consistente numa soma em dinheiro para o sustento da família, em tendo sido atropelado por um veículo particular, e não o tivesse pelo fato de haver sido atropelado por um veículo de propriedade do Poder Público, pelo fato de beneficiar-se este do precatório.

Por isso, apesar de o artigo 100, da Constituição Federal, prever que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública serão realizados através da expedição de precatório, este não deve ser um obstáculo à concessão da medida.

Quem alega o precatório como óbice à antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública, diz também que apenas é possível o pagamento por imposição de sentença judiciária, com fundamento no *caput*, do artigo 100, da Constituição Federal.

No entanto, Juvêncio Vasconcelos Viana (2003. p. 188-189), faz a seguinte indagação: “por que não entender, para os fins do citado precatório provisório, a expressão *sentença judiciária*, em sentido amplo, como *decisão judicial?*”. (grifo do autor).

A interpretação extensiva do dispositivo é uma solução apresentada pela doutrina. Contudo, o artigo 100, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, exige o trânsito em julgado da sentença.

Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 146), também relata que a expedição de precatório não é um obstáculo a concessão da tutela antecipada:

O argumento do art. 100 da CF sempre me pareceu fraco também. [...] Eventuais ‘filas’ de credores que deverão se formar ao lado das existentes (credores comuns e credores alimentares) é questão que deve se resolver junto à organização da Administração Pública, que se pressupõe *eficiente* (art. 37, *caput*, da CF) e não pode ser oposto ao cidadão que tem seu direito reconhecido, posto que com base em cognição sumária. (grifo do autor).

Entretanto, referente aos benefícios previdenciários, nem é preciso que o pagamento seja feito através de precatório, pois a decisão judicial é cumprida com a implantação do benefício, como ocorre com aqueles que são concedidos na esfera administrativa.

Apenas se ao final da ação, após o trânsito em julgado, restar saldo devedor em favor do segurado que teve o benefício concedido antecipadamente, será necessária a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor.

Isto porque, conforme Paulo Afonso Brum Vaz (1998), na antecipação de tutela nos benefícios previdenciários há uma obrigação de fazer: “vislumbro, no entanto, no provimento antecipatório concessivo de um benefício previdenciário, um misto de obrigação de fazer (implantar o benefício) e obrigação de pagar (os proventos)”.

Assim, não seria necessário em princípio, o pagamento por intermédio do precatório.

Reconhecer a necessidade de adotar-se o processo de execução para alguns casos é o mesmo que atribuir à sentença que impõe obrigações de fazer ou não eficácia preponderantemente condenatória. [...] Somente quando não cumprida a ordem e não obtido o cumprimento por meio das medidas de sub-rogação, é que se lançará mão de regras do processo executivo. (VAZ, 2002, p. 180).

Por isso, diz-se que há dispensa da execução *ex intervallo* nas obrigações específicas.

Entretanto, o Código de Processo Civil prevê a tutela antecipada em dois dispositivos, no artigo 273 e no artigo 461, parágrafo 3º.

O artigo 273, do Código de Processo Civil, deve ser utilizado para a tutela antecipada das condenações em dinheiro. Já o artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, para a antecipação de tutela das obrigações de fazer ou não fazer. O artigo 461-A, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, para a tutela antecipada de entrega de coisa, já que o parágrafo 3º, remete aos parágrafos 1º a 6º, do artigo 461, do Código de Processo Civil.

Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 156-157), comenta o assunto abaixo:

Na prática, nunca foi fácil estabelecer os limites da tutela antecipada do art. 273 e do art. 461, agora mais dificultada com o acréscimo do art. 461-A, tanto que muitas obrigações de fazer ou não fazer eram postuladas – e provavelmente o serão também as obrigações de entregar –, com base no art. 273, enquanto obrigações de dar ou entregar eram pleiteadas com fundamento no art. 461 do mesmo Código, fazendo os tribunais *tabula rasa* da disciplina normativa para não impossibilitar a efetividade do direito. (grifo do autor).

Assim, nas obrigações de fazer ou não fazer e de entrega de coisa, não raras vezes, é utilizado como fundamento para o pedido de tutela antecipada, o artigo 273, do Código de Processo Civil.

Paulo Afonso Brum Vaz (2002, p. 181-182) explica porque o requerimento da antecipação de tutela nas obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, é fundamentado no artigo 273, do Código de Processo Civil:

Podem-se encontrar, no Código de Processo Civil, dois dispositivos que cuidam explicitamente da tutela antecipada. O primeiro, no art. 273, aplicável genericamente a todos os processos de conhecimento; o segundo, no art. 461, § 3º, cujo manejo é específico para cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer. De rigor, não há diferença ontológica entre os dois dispositivos, ainda que distintas as redações.

A tutela antecipada prevista no artigo 273 e a encontrada no artigo 461, parágrafo 3º, ambos do Código de Processo Civil, têm o mesmo fim, a antecipação dos efeitos práticos da sentença final, porém, a disciplinada no artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, apenas pode ser utilizada nas obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa e a trazida pelo artigo 273, do Código de Processo Civil é genérica. Logo, pode ser aplicada também nas obrigações específicas.

Nada obstante, Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 73), entende que a tutela específica é uma tutela inibitória.

O art. 461, portanto, é a base, no Código de Processo Civil, da tutela inibitória, pois não só permite ao juiz dar ordens e conceder tutela antecipatória, como também admite que o juiz, de ofício, imponha multa diária visando ao adimplemento.

Assim, as medidas de coerção podem ser aplicadas tanto na tutela antecipada concedida com base no artigo 273, como na deferida com fundamento no artigo 461, parágrafo 3º, ambos do Código de Processo Civil.

Isto porque, o parágrafo 4º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, que trata da tutela mandamental, faz remissão ao parágrafo 3º, do mesmo artigo. E também o parágrafo 3º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, possui remissão aos parágrafos 4º e 5º, do artigo 461, do Código de Processo Civil.

Miguel Horvath Junior (2006, p. 503), comenta sobre a aplicação das medidas de coerção nas demandas previdenciárias:

Como a decisão da antecipação da tutela tem natureza mandamental, caso ela não seja cumprida, o juiz de ofício ou a requerimento da parte pode determinar o pagamento de *astreintes*, mesmo em face de pessoa jurídica de direito público, como é o caso da autarquia federal denominada INSS – Instituto Nacional de Seguro Social.

A *astreintes* é uma penalidade imposta para que a decisão judicial seja realmente cumprida.

Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 253), enfatiza que a tutela antecipada do artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, deve ser aplicada nas obrigações de fazer e de não fazer: “com o advento do § 3º do art. 461, CPC, demos um firme passo nesse sentido. Temos, aí, uma tutela antecipatória própria do campo das obrigações de fazer e não fazer”.

Porém, o autor concorda que a tutela prevista no artigo 273, do Código de Processo Civil, também é uma tutela de urgência e que por isso, ambas se completam.

Já Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 587), entendem que a lei é menos exigente com a tutela antecipada prevista no artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil: “é interessante notar que, para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court* (CPC 273)”.

Por isso, a seguir serão analisados e comparados os principais requisitos dos artigos citados acima, com enfoque na tutela de urgência do inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

O artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, impõe para a concessão da medida, fundamentos relevantes, que poderiam ser comparados com a prova inequívoca que demonstre a verossimilhança do direito postulado, encontrada no *caput*, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

O parágrafo 3º, do artigo 461, do Código de Processo Civil também exige para a tutela antecipada nas obrigações de fazer ou não fazer, a presença de justificado receio de ineficácia do provimento final. Aqui está previsto o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, do inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Entretanto, o artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, dispõe ainda que a tutela antecipada pode ser concedida liminarmente, ou seja, o dispositivo expressamente, ao contrário do artigo 273, do Código de Processo Civil, autoriza antecipação de tutela *inaudita altera parte* e prevê a possibilidade de concessão da medida após justificação prévia.

Luciana Gontijo Carreira Alvim (2003, p. 96), define a audiência de justificação prévia: “a justificação, no caso, é uma audiência preliminar destinada à prova de fatos que só podem ser provados por testemunhas”.

A audiência de justificação prévia é importante quando o requerente da medida não possui provas documentais suficientes para que lhe seja concedida à antecipação liminarmente.

Por fim, o artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, determina que a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada, por meio de decisão fundamentada.

A exigência de decisão fundamentada para a revogação ou a modificação da antecipação de tutela é encontrada no parágrafo 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Nada obstante, são encontradas ainda duas lacunas, na comparação entre os dois artigos em estudo, sendo a primeira referente ao requerimento para a concessão da medida, já que o parágrafo 3º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, é omissivo sobre o assunto.

Grande parte da doutrina entende necessário que haja pedido da parte, independentemente se o pedido é formulado pelo artigo 273 ou com base no artigo 461, ambos do Código de Processo Civil.

Tal posição decorre dos artigos 2º, 128 e 262, ambos do Código de Processo Civil, que prevêm, respectivamente, os princípios da inércia da jurisdição, o princípio da adstrição e o princípio dispositivo.

A segunda ausência refere-se a irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado. Observa-se que o artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, não fala da irreversibilidade.

Sobre o assunto, discorre Paulo Afonso Brum Vaz (2002, p. 185):

Discute-se acerca da ausência do requisito de reversibilidade constante no § 2º do art. 273 do CPC, para a hipótese de tutela antecipada das obrigações de fazer ou não fazer. Estaria dispensado tal requisito negativo? Penso que sim. Quisesse o legislador impor tal requisito, o teria feito às expensas.

O autor também justifica o seu posicionamento com base no artigo 84, parágrafo 3º, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que não cita a irreversibilidade e é precursor do parágrafo 3º, do artigo 461, do Código de Processo Civil. E ainda comenta que “[...] a irreversibilidade natural do cumprimento da grande maioria das obrigações de fazer ou não fazer torna a elas inaplicável tal pressuposto”. (VAZ, 2002, p. 185).

A posição acima não é unânime na doutrina, pois há entendimento divergente que defende ser necessário observar a reversibilidade na tutela antecipada nas obrigações de fazer ou não fazer, porém, não de forma absoluta.

Todavia, apesar de não mencionar a necessidade de requerimento da parte e de exigir a possibilidade de reversão dos efeitos do provimento antecipado, não existe diferença substancial entre a tutela antecipada do artigo 273 a do parágrafo 3º, do artigo 461, ambos do Código de Processo Civil.

Por isso, um outro ponto a ser destacado na antecipação de tutela nos benefícios previdenciários, é encontrado na irreversibilidade do provimento antecipado, pois mesmo que não haja previsão no artigo 461, parágrafo 3º, há no parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

No entanto, apesar do parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, proibir a antecipação do provimento, conforme já estudado no capítulo 3º deste trabalho, trata-se na verdade de vedação a antecipação de tutela, quando irreversível os efeitos do provimento antecipado.

Assim, o impedimento é da concessão da tutela antecipada quando a irreversibilidade ocorrer no plano dos fatos, já que no plano jurídico sempre será possível, especialmente ante a previsão do parágrafo 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Sobre o assunto, Joaquim Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 96), ressalta que:

Especial atenção merece o disposto no § 2º do art. 273, segundo o qual 'não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado', pois uma errada exegese desse dispositivo poderá neutralizar o preceito inscrito no *caput*. (grifo do autor).

Dessa forma, nos benefícios previdenciários, tendo em vista o seu caráter alimentar, deve ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade, para ponderar os valores dos bens jurídicos que estão em colisão e buscar uma solução ao conflito entre a efetividade e a segurança jurídica.

Emerson Odilon Sandim (2000), destaca que em resguardo ao direito à vida, o benefício previdenciário deve ser concedido antecipadamente:

Cabível a antecipação de tutela quanto à incontinenti implantação do benefício previdenciário, em prol do direito à vida, que, em qualquer ordem de conflito de princípios constitucionais, notadamente deverá ter prioridade, haja vista que o Direito há de voltar-se, sempre, à proteção do Ser Humano em sociedade, razão primeira de sua positivação.

O autor defende que a prestação previdenciária deve ser paga antecipadamente, mês a mês, desde a data de sua concessão e no valor do benefício pleiteado.

Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 68-69), define o princípio da proporcionalidade e enfatiza a sua aplicação no caso da irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada:

Pelo tal 'princípio da proporcionalidade', é dado ao magistrado *ponderar* as situações de parte a parte para verificar qual, diante de uns determinados pressupostos, deve proteger, mesmo que isto signifique colocar em situação de *irreversibilidade* a outra. (grifo do autor).

Assim, o juiz pode utilizar-se do princípio da proporcionalidade para decidir se deve conceder ou não a antecipação de tutela em um benefício previdenciário, em razão da irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 180), discorre sobre a irreversibilidade:

À primeira vista, seria fácil concluir que a tutela antecipatória não poderá ser concedida quando puder causar um dano maior do que aquele que pretende evitar. Contudo, para que o juiz possa concluir se é justificável ou não o risco, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico.

Comparando-se o caráter alimentar dos benefícios previdenciários, com o prejuízo pecuniário da Fazenda Pública, o dano mais grave fica com o requerente da antecipação de tutela.

Insta salientar que o Código de Processo Civil, no artigo 852, permite a fixação de alimentos provisionais. Logo, se é permitida a concessão da medida cautelar, coerentemente deve ser possível à antecipação de tutela nos benefícios previdenciários, que também possui caráter alimentar.

Já Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 123), discorre que deve ser observada a probabilidade de existência do direito, quando estiver presente a irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado:

A intenção é a de que, se cumpridos os requisitos necessários para o deferimento da tutela antecipatória e que somente se esbarrou na questão da irreversibilidade, o juiz deverá analisar os direitos em litígio e, se concluir que o direito do autor é o mais provável, mesmo correndo risco, deverá antecipar os efeitos da tutela jurisdicional pleiteada.

Assim, conjuntamente com o princípio da proporcionalidade, deve ser observado quem tem a maior probabilidade de vencer a lide, se é o requerente ou do requerido.

Isto porque, se houver a antecipação e a ação previdenciária for julgada improcedente, o segurado dificilmente poderá ressarcir o erário público. E ainda que possa indenizar o Poder Público, apenas será compelido a devolução se tiver agido de má-fé, em razão do caráter alimentar dos benefícios.

No entanto, se não houver a antecipação de tutela, ao final, a demanda poderá não ser efetiva.

Marcos Antônio Benasse (2001, p. 140), comenta sobre o requerente que postula a antecipação de tutela e a sua probabilidade de vencer a demanda:

Quando for o caso de 'perigo de irreversibilidade' da antecipação da tutela, mas igualmente houver 'perigo de irreversibilidade' da não-antecipação da tutela (caso em que é o autor o prejudicado definitivamente), é necessário que o juiz, supostamente, decida, ante as provas dos autos, quem é que provavelmente tem mais direito, fazendo justiça. Se errar – o que deve ocorrer numa margem bem pequena dos casos –, ainda assim terá valido a tentativa de prontamente atender às necessidades das partes litigantes. (grifo do autor).

Dessa forma, a impossibilidade de antecipação de tutela por causa da irreversibilidade dos efeitos do provimento não é absoluta, pois conforme grande parte da doutrina, pode ser excepcionada, inclusive nos benefícios previdenciário.

Isto decorre da possibilidade de dano irreparável que o segurado poderá sofrer, se o benefício não for concedido antecipadamente.

Mesmo porque, os segurados do Regime Geral de Previdência Social, no geral, são hipossuficientes jurídica e economicamente.

Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro (2004, p. 521), discorre sobre o dano irreparável em ações previdenciárias: “considerando que as ações previdenciárias tratam de benefícios de natureza alimentar, a negativa de tutela antecipada pode acarretar ao segurado um dano irreparável”.

Assim, a concessão da antecipação de tutela teria o objetivo de evitar este dano especialmente nas demandas para a concessão de uma das espécies de aposentadoria, para que o segurado, geralmente idoso, não tenha apenas o benefício concedido após o seu óbito.

Caso isto ocorra, os herdeiros poderão se habilitar no processo para em sendo a ação julgada procedente, recebam o valor referente à condenação até a data do óbito do segurado.

A negativa de concessão dos benefícios de prestação continuada na via administrativa impõe a necessidade dos beneficiários do sistema previdenciário socorrerem-se do Poder Judiciário. A tabela a seguir demonstra a quantidade de citações e intimações concessivas de tutela antecipada, em um período de 20 (vinte) dias apenas:

TABELA 2 – Demandas contra o Instituto Nacional de Seguro Social

Citações do Instituto Nacional de Seguro Social no período de 01-08-2007 a 20-08-2007	782
Citações para apresentação de defesa em ações de conhecimento	85%
Citações para defesa em ações de execução	15%
Intimações do Instituto Nacional de Seguro Social no período de 01-08-2007 a 20-08-2007 para implantação de tutela antecipada	154

Fonte: Informação solicitada a Procuradoria do INSS/Presidente Prudente

Veja que entre os dias 1º a 20 de agosto de 2007, o Instituto Nacional de Seguro Social recebeu 782 (setecentas e oitenta e duas) citações.

Entre elas, 85% (oitenta e cinco por cento) referem-se a citações para a defesa da Autarquia em ações de conhecimento, o que soma 664,7 (seiscentos e sessenta e quatro virgula sete) novas demandas contra o Instituto.

Os 15% (quinze por cento) restantes são citações para a defesa do Instituto em execuções, o que equivale a 117,3 (cento e dezessete virgula três) citações para a oposição de embargos à execução.

Já as tutelas antecipadas somaram no mesmo período, o montante de 154 (cento e cinqüenta e quatro) pedidos deferidos para a implantação imediata de benefício previdenciário.

Frise-se que grande parte dos segurados depende exclusivamente do salário para sobreviver, pois é através dos rendimentos que ele tem garantida as suas necessidades básicas e de sua família. O que torna tão importante à substituição dos rendimentos recebidos na ativa, pelo benefício previdenciário, quando o segurado não pode desenvolver atividade para a sua subsistência, como, por exemplo, quando está incapacitado para o trabalho temporariamente e necessita do recebimento do auxílio-doença.

Muitos dos pedidos de antecipação de tutela nas demandas previdenciárias decorrem da cessação do benefício auxílio-doença, mesmo que o segurado ainda esteja incapacitado para o trabalho.

Sobre o assunto, Miguel Horvath Júnior (2006, p. 502-503), entende que mesmo na via administrativa, antes da cessação do benefício, o segurado deve ter a oportunidade de manifestar-se:

A Constituição Federal assegura a ampla defesa e o contraditório tanto no processo administrativo quanto no judicial, razão pela qual não se pode admitir o cancelamento do benefício sem que o segurado ou dependente tenha sido notificado acerca do vício encontrado naquele processo administrativo para que possa exercer seu direito de ampla defesa e contraditório. A não observância desta garantia constitucional enseja a antecipação da tutela no sentido do imediato restabelecimento do benefício cancelado.

Assim, há a possibilidade de cancelamento do benefício de prestação continuada, desde que haja a observância do contraditório.

Por fim, destaca-se o artigo 6º, da Carta Magna, que garante como um dos direitos sociais do cidadão, a Previdência Social. Como se não bastasse o dispositivo comentado, o artigo 201, da Constituição Federal e o artigo 1º, da Lei nº 8.213/1991, prevêm a proteção à incapacidade, idade avançada, maternidade, encargos familiares, prisão ou morte, para os segurados e os seus dependentes.

Portanto, se concedida à tutela antecipada nas demandas previdenciárias, estará sendo respeitada a Constituição Federal e dispositivo de lei infraconstitucional, além de ser garantida a efetividade do processo.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho examinou a possibilidade de aplicação do instituto da tutela antecipada nas demandas previdenciárias. Isto porque, todos têm direito ao acesso à justiça, mas a mera disponibilidade é insuficiente, por isso também é preciso que a tutela concedida seja adequada, tempestiva e como consequência efetiva, sempre com a observância dos princípios constitucionais.

No tocante ao princípio do contraditório e da ampla defesa, se a tutela antecipada for concedida liminarmente, não há a supressão do contraditório, que apenas será diferido, pois, assim que citado, o requerido terá oportunidade para demonstrar, se for o caso, que a medida deve ser revogada.

Assim, ao ser analisado um pedido de tutela antecipada, surge um conflito entre efetividade e segurança jurídica, que deve ser solucionado através da aplicação do princípio da proporcionalidade, especialmente quando presente a irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento.

Todavia, muito antes do ingresso da antecipação de tutela no Código de Processo Civil, ela já era prevista na legislação processual esparsa. A medida foi introduzida no Código de Processo Civil para acabar com o uso errôneo das tutelas cautelares.

Dessa forma, há algumas semelhanças e também diferenças entre as tutelas cautelar e antecipada, mas o que as diferem, principalmente, é que enquanto a tutela cautelar tem por escopo assegurar o resultado de outro processo, a tutela antecipada visa adiantar os efeitos práticos da futura sentença.

Sobre o princípio da fungibilidade, deve haver a conversão não apenas de tutela antecipada em cautelar, mas também de cautelar em tutela antecipada, se presentes os requisitos autorizadores encontrados no artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, tendo em vista tratar-se de uma tutela de urgência, que busca a proteção de um direito.

A tutela antecipada, além de garantir a efetividade do processo, divide o seu ônus entre as partes. Pelo seu intermédio há o adiantamento da tutela final de

forma provisória, que pode ser concedida em qualquer momento do processo, já que a lei não fixa um período para a concessão.

Assim, a cognição está relacionada à espécie de tutela antecipada e à ocasião em que é deferida.

A sua natureza jurídica é de decisão interlocutória. Por esta razão, o recurso mais apropriado para combater a decisão que concede ou nega a tutela antecipada, é o agravo de instrumento.

Entretanto, a decisão que concede, como a que revoga a tutela antecipada, precisa ser fundamentada. E para que seja possível a revogação ou modificação, deve ter ocorrido mudanças nos motivos que ensejaram o seu deferimento.

Apenas em situações excepcionalíssimas não é exigido o requerimento da parte para a concessão da tutela antecipada e tanto o autor como o réu em alguns casos, podem requerê-la.

A prova necessária para concessão da tutela antecipada deve ser suficiente para demonstrar a probabilidade de existência do direito reclamado. Então, como se trata de aparência, é possível que no decorrer do processo, ou apenas no final, descobrir-se que foi equivocado o deferimento da medida.

Para a concessão da tutela antecipada baseada na urgência, deve-se comprovar que há mais do que um simples medo de dano irreparável ou de difícil reparação.

A tutela antecipada fundada na evidência pode ser deferida se ficar demonstrado que o requerido está extrapolando o seu direito de defesa, através de manifestação infundada no processo ou tentando retardar o término da ação.

A antecipação de tutela apoiada em pedidos incontroversos permite que o processo civil seja mais coerente, pois se não há controvérsia sobre parcela do pedido, o requerimento do autor deve ser atendido, mesmo que parcialmente.

Além da análise da tutela antecipada, foi também objeto deste trabalho a sua concessão nas demandas previdenciárias.

Neste contexto, verificou-se que a Previdência Social tem como objetivos a cobertura dos eventos morte, incapacidade, idade avançada, reclusão,

proteção à maternidade e encargos familiares, visando a subsistência do segurado ou dos seus familiares.

No tocante à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, o artigo 1º, da Lei nº 9.494/1997, traz uma restrição, referente apenas ao pagamento de vantagens a servidores públicos.

Em se tratando de benefícios previdenciários a súmula 729, do Supremo Tribunal Federal expressamente dispõe que a vedação não se aplica às ações previdenciárias.

Já a imposição da remessa oficial, não é um óbice à antecipação de tutela em face do Poder Público, pois se trata de decisão interlocutória e não de sentença. Logo, não faz coisa julgada.

A expedição de precatório também não é obstáculo à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Se assim fosse, apenas haveria a antecipação contra o particular.

Contudo, no Código de Processo Civil, a tutela antecipada é encontrada em dois dispositivos. O primeiro deles é o artigo 273, que prevê a antecipação de tutela de forma genérica e pode ser utilizado em qualquer demanda. O segundo é o artigo 461, parágrafo 3º, aplicado nas obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

Todavia, tendo em vista a efetivação da tutela antecipada, especialmente quando fundada na urgência, é possível a aplicação de medidas coercitivas e sub-rogatórias.

Essas medidas estão previstas nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 461, do Código de Processo Civil e podem ser aplicadas tanto na antecipação de tutela fundada no artigo 273, como na baseada no artigo 461, parágrafo 3º, ambos do Código de Processo Civil.

A tutela antecipada do artigo 461, parágrafo 3º e a do artigo 273, ambos do Código de Processo Civil, possuem basicamente os mesmo requisitos. Porém, o artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, não impõe expressamente a restrição de não concessão da medida quando presente a irreversibilidade dos efeitos práticos da decisão antecipada.

Entende-se que mesmo que o parágrafo 3º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, não exija a ausência do requisito negativo, faz-se necessária a sua observação, mas não de forma absoluta, pois a irreversibilidade pode ser excepcionada em caráter de urgência, como na concessão de um benefício previdenciário.

Assim, a antecipação de tutela nas demandas previdenciárias, visa evitar um dano em razão do caráter alimentar dos benefícios previdenciários e dessa forma, garantir a efetividade do processo.

Por fim, considera-se que a decisão que concede a antecipação de tutela nos benefícios previdenciários determina uma obrigação de fazer, ou seja, implantar o benefício. Logo, apesar de não estar errado, seria mais apropriado que o pedido para a concessão da tutela antecipada nas demanda previdenciárias fosse realizado com base no artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, que é específico para as obrigações de fazer, ao invés de ser fundamentado no artigo 273, do Código de Processo Civil. Porém, mais importante do que o dispositivo utilizado no requerimento é a proteção do direito à vida, que se busca resguardar na concessão antecipada de um benefício previdenciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3166>>. Acesso em: 31 ago. 2007.

ALVIM, Joaquim Eduardo Carreira. **Procedimento sumário na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Tutela antecipada na reforma processual**: antecipação de tutela na ação de reparação do dano. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. **Tutela antecipada na sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 27, n. 86, t. 2, p. 361-374, jun. 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito constitucional 1**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 246-266.

BENASSE, Marcos Antônio. **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001.

BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil**: sistematização e exegese. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: CPC – Curso Preparatório para Concursos, 2004.

BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. **A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASCONI, Francisco Antonio. **Tutela antecipada nas ações possessórias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

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

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DIAS, Beatriz Catarina. **A jurisdição na tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. São Paulo: Dialética, 1998.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

LIMA, George Marmelstein. Antecipação da tutela de ofício? **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 27, n. 86, t. 1, p. 139-143, jun. 2002.

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

MARINHO, Eliana Paggiarin. A emenda constitucional nº 20/98 e a aposentadoria por tempo de serviço. In: ROCHA, Daniel Machado da (Org.). **Temas atuais de direito previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 35-48.

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

_____. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 556-570.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Allan Helber de. **O réu na tutela antecipatória do código de processo civil.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Aristeu. **Seguridade e previdência social:** benefícios, instrução normativa nº 78. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil:** homenagem aos dez anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'arce. **Cognição e execução à luz da efetividade do processo**. 2001. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Org.). **Vade mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

POZZOLI, Lafayette. **Vade mecum previdenciário**: doutrina, legislação prática e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

RAGAZZI, José Luiz. **Tutela antecipada nas relações de consumo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**: regime geral da previdência social. Curitiba: Juruá, 2004.

SANDIM, Emerson Odilon. Da antecipação de tutela frente às demandas previdenciárias e, também, em direção à Fazenda Pública lato sensu, ressalvada a questão precatorial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=879>>. Acesso em: 11 ago. 2007.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Antecipação da tutela em matéria previdenciária. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 1, n. 1, 26 jul. 1998. Disponível em:<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=158>> Acesso em: 11 ago. 2007.

_____. **Manual da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Tutela efetiva contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Benefício Previdenciário. Agravo de Instrumento nº. 1999.01.00.007155-0, da 1ª Turma, originário: nº 19983800045650-0 (MG). Relator: Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira. Brasília, 27 de agosto de 2002. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Agravo de Instrumento nº 2003.04.01.001347-8, da 3ª Turma, originário: Execução de Sentença nº 2001.71.00.009432-5 (RS). Relator: Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Porto Alegre, 15 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2007.

ANEXO A – Projeto de Lei nº 3605, de 2004**PROJETO DE LEI Nº 3605, DE 2004**

(Do Sr. Colbert Martins)

Modifica o art. 520 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, conferindo efeito devolutivo à apelação, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 520 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, terá a seguinte redação:

“Art. 520. A apelação terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte.” (NR)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

JUSTIFICAÇÃO

Uma das maiores preocupações atuais dos processualistas é dotar o Poder Judiciário de mecanismos que confirmem mais efetividade às decisões judiciais.

O Professor Arruda Alvim, escrevendo sobre as recentes reformas introduzidas no sistema processual civil, destacando a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, ressalta o seguinte:

“Esta lei é permeada pela intenção de realizar, no plano prático, a efetividade do processo. Colima proporcionar que, entre a decisão e a real produção dos seus efeitos, benéficos ao autor, a quem se outorgou proteção, decorra o menor tempo possível. Tende a que, entre a decisão e a sua eficácia, não haja indesejável intervalo. Não há nela referências ao termo execução, senão que a expressão usada é efetivação (art. 273, § 3.º), como, também, há referência a descumprimento de sentença ou decisão antecipatória (art. 287), ao que devem suceder-se consequência (s) coercitiva (s) por causa dessa resistência ilícita, mercê da aplicação do art. 461, § 4.º e 461-A, com vistas a dobrar a conduta do réu, que se antagoniza com o direito do autor e, especialmente, com a determinação judicial. Isto significa que se acentua o perfil do caráter mandamental da disciplina destinada a realizar, no plano prático, o mais rapidamente possível, os efeitos determinados pela decisão (“Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência”; Coordenadores: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Forense, Rio, 2003, p. 3/4).”

De fato, as recentes reformas contribuíram muito para a efetividade das decisões judiciais. Todavia, verifica-se no sistema atual uma incoerência que deve ser corrigida. É mais fácil alcançar a efetividade de uma decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela do que a de uma sentença que concede essa mesma tutela, agora em sede de cognição plena e exauriente. Isso porque aquela é atacada via recurso de agravo, que de regra não tem efeito suspensivo, ao passo que a última desafia apelação, onde a regra é inversa, ou seja, o recurso é recebido em ambos os efeitos.

A Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, inseriu o inciso VII no art. 520 do Código de Processo Civil - CPC, determinando que a apelação será recebida só no

efeito devolutivo quando interposta de sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”. Mas e se a antecipação não foi concedida no curso da demanda? Para amenizar o problema, doutrina e jurisprudência vêm admitindo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afastando-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com relação a essa parte do *decisum*. Mas, ainda assim, o problema não foi solucionado. Isso porque a antecipação, ainda que concedida na sentença, onde já se evidencia a certeza jurídica, pressupõe a verificação do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Verifica-se, então, a seguinte incoerência: a *efetivação* de uma decisão interlocutória antecipatória *só será suspensa* em razão de recurso quando restar evidenciado o risco de dano para a parte contrária ao beneficiário (CPC, arts. 527, III e 558, *caput*), ao passo que a *efetivação* da tutela concedida na sentença será suspensa como regra, salvo se houver antecipação dos seus efeitos, mas desde que haja risco de dano para o beneficiário.

Bem de se ver, pois, que a efetivação de uma tutela concedida em sede de cognição sumária é mais fácil de ser alcançada do que aquela concedida após cognição plena e exauriente.

Mas não é só. Outro problema do sistema é o grande número de recursos que, como se não bastasse, são utilizados indiscriminadamente, no mais das vezes apenas para procrastinar o feito, estando ausente o inconformismo que deveria ser pressuposto de todo e qualquer recurso.

A par das propostas de alteração do sistema recursal, cremos que a possibilidade de efetivação das sentenças de primeiro grau, independentemente de eventual revisão, em muito contribuiria para a diminuição dos recursos meramente protelatórios. Afinal, se a execução imediata da sentença passar a ser regra, o interesse recursal protelatório diminuirá, principalmente diante das novas regras da execução provisória.

Portanto, o que se pretende, com a alteração proposta, é sugerir uma inversão na regra dos efeitos da apelação, conforme previsto atualmente no art. 520 do Código de Processo Civil, ou seja, o recurso deve ser recebido apenas no efeito devolutivo, salvo nos casos de dano irreparável ou de difícil reparação.

Deputado Colbert Martins
PPS/BA