

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE**

MARCO POLO BARBOSA DEL NERO

**A EFETIVIDADE PROCESSUAL E A ANTECIPAÇÃO DE
TUTELA**

**São Paulo
2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE**

MARCO POLO BARBOSA DEL NERO

**A EFETIVIDADE PROCESSUAL E A ANTECIPAÇÃO DE
TUTELA**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Izabelle Albuquerque Costa Maia.

**São Paulo
2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE**

MARCO POLO BARBOSA DEL NERO

**A EFETIVIDADE PROCESSUAL E A ANTECIPAÇÃO DE
TUTELA**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Izabelle Albuquerque Costa Maia.

Banca Examinadora

__/__/__

Dedico o presente trabalho aos meus familiares e amigos, sempre presentes em todos os momentos da minha vida, inclusive naqueles mais árduos.

Em especial à minha mãe, Eliane, e ao meu pai, Antônio Carlos, os quais sempre me incentivaram ao aprimoramento do estudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me dar forças quando parecia que já não havia mais. À minha mãe, Eliane, pelo grande auxílio nas correções ortográficas. À minha cunhada Marilia, por ter me ajudado muito com as referências bibliográficas. À minha orientadora, Profa. Izabelle Albuquerque Costa Maia, por me auxiliar na longa tarefa de elaborar esta monografia.

RESUMO

A efetividade do processo civil no Brasil é tema de suma importância, uma vez que afeta grande parcela da população brasileira, isto é, todos aqueles que necessitam recorrer ao Poder Judiciário para resolver qualquer pretensão resistida. Vários são os esforços por parte dos juristas, dos aplicadores do direito e também dos legisladores, a fim de sanar o problema da demora na prestação jurisdicional. No presente trabalho, buscou-se a análise sintética do sistema jurídico brasileiro, a evolução histórica do processo, as técnicas de cognição e a classificação da tutela jurisdicional a fim de compor uma base para o estudo da efetividade do processo e a duração razoável do mesmo. Neste ponto, indicou-se uma importante inovação no sistema jurídico pátrio com intuito de imprimir maior celeridade na prestação jurisdicional, qual seja, a antecipação da tutela. Dessa forma, a segunda parte do trabalho destinou-se ao estudo do instituto da tutela antecipada, indicando-lhe a natureza jurídica, seus pressupostos e o seu procedimento. Assim, foi possível chegar à conclusão de que a antecipação de tutela constitui imprescindível instrumento de efetividade do processo.

Palavras-chave: Efetividade. Processo civil. Prestação jurisdicional. Antecipação de tutela.

ABSTRACT

La eficacia del proceso civil en Brasil es un tema de suma importancia, ya que afecta a una gran parte de la población, es decir, aquellos que tienen que recurrir a los tribunales para resolver cualquier reclamación resistida. Varios son los esfuerzos por parte de los abogados, encargados de hacer cumplir la ley y también de los legisladores con el fin de remediar el problema de la demora en la adjudicación. En este estudio, hemos tratado un análisis sintético del sistema jurídico brasileño, la evolución histórica del proceso, las técnicas de la cognición y la clasificación de la revisión judicial, a fin de componer una base para el estudio de la eficacia del proceso y la duración razonable de la misma. En este punto, indicó una importante innovación en el ordenamiento jurídico con el fin de paternal para agilizar la adjudicación, es decir, la anticipación de la tutela. Por lo tanto, la segunda parte del trabajo se pretende estudiar el mandato del Instituto, indicando su naturaleza jurídica, sus supuestos y su procedimiento. Así, fue posible concluir que anticipación de la tutela es el instrumento indispensable de la eficacia del proceso.

Parole chiave: Eficacia. Proceso civil. Prestación jurisdiccional. Anticipación de la tutela.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	11
1.1 Breve análise da evolução histórica do processo civil	11
1.2. Técnicas de cognição.....	13
1.2.1. <i>Cognição exauriente</i>	14
1.2.2. <i>Cognição sumária</i>	15
1.3. Classificação da tutela jurisdicional	16
1.3.1 <i>Tutela declaratória</i>	17
1.3.2. <i>Tutela constitutiva</i>	18
1.3.3. <i>Tutela condenatória.....</i>	19
1.3.4. <i>Tutela mandamental.....</i>	20
1.3.5. <i>Tutela executiva lato sensu.....</i>	20
1.4. A efetividade do processo	21
1.4.1. <i>Efetividade e tempo no processo</i>	24
1.4.2. <i>Efetividade e segurança.....</i>	24
1.4.3. <i>Duração razoável do processo.....</i>	25
CAPÍTULO 2 – A TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO PROCESSO	27
2.1 Noções gerais	27
2.1.1. <i>Antecedentes históricos</i>	28
2.1.2. <i>As reformas processuais e a antecipação de tutela</i>	30
2.2. Conceito de tutela antecipada	31
2.2.1. <i>Natureza do instituto</i>	31
2.2.2. <i>Verossimilhança da alegação e prova inequívoca</i>	32
2.2.3. <i>Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação</i>	33
2.2.4. <i>Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu</i>	35
2.2.5. <i>Perigo da irreversibilidade.....</i>	37
2.2.6. <i>Antecipação dos pedidos incontroversos</i>	39

2.3. Procedimentos na antecipação de tutela	41
2.3.1. <i>Da necessidade de requerimento da providência</i>	41
2.3.2. <i>Legitimidade para requerer</i>	42
2.4. O princípio do contraditório e os momentos para a concessão da tutela	43
2.5. Da decisão.....	47
2.5.1. <i>Necessidade de motivação</i>	47
2.5.2. <i>Da revogação ou modificação.....</i>	48
2.5.3. <i>Natureza do provimento jurisdicional que antecipa os efeitos da tutela....</i>	50
2.6. Recurso cabível à antecipação de tutela	51
2.7. A antecipação de tutela no Juizado Especial (Lei nº. 9.099/95).....	51
2.8. Breve diferenciação entre tutela cautelar e tutela antecipatória	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
ANEXOS	62
ANEXO A – Jurisprudência.....	62
ANEXO B – Jurisprudência.....	64
ANEXO C – Jurisprudência.....	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa ao estudo da efetividade do processo civil, com ênfase à antecipação de tutela, que constitui valioso instituto de efetivação do processo.

A finalidade da sociedade civil é que o direito seja um mecanismo de justiça social, cuja realização esteja proporcionalmente atrelada à remoção das situações-obstáculo, função esta conferida ao agente público, que visa resguardar interesses específicos da Administração Pública ou interesses privados.

Hodiernamente um dos problemas enfrentados é o clamor pela agilidade na prestação jurisdicional sem, contudo ignorar a segurança jurídica.

Assim, o nosso grande desafio será imprimir celeridade ao processo, propiciando-se mais efetividade, porém respeitando-se o devido processo legal, a ampla defesa e a segurança jurídica.

O texto desenvolve-se em dois capítulos, anotando o primeiro sobre o sistema jurídico brasileiro, em que se aborda um breve estudo da evolução histórica do processo civil, passando-se às técnicas de cognição, às diferentes formas de tutelas presentes no ordenamento, e à efetividade do processo, este último tópico englobando os conceitos de segurança jurídica, duração razoável do processo e a divisão do tempo no processo, isto é, a análise do processo de acordo com o período que cada parte deve arcar com o ônus da demora na prestação jurisdicional.

No segundo capítulo, procede-se ao estudo do instituto da antecipação da tutela, inaugurado no sistema jurídico pátrio em 1994, com a edição da Lei nº. 8.952, que representa importantíssimo instrumento na busca pela efetividade. Neste ponto, pretende-se conceituar a tutela antecipada, anotando-lhe a natureza jurídica, bem como descrevendo seus requisitos, o seu procedimento e diferenciando-a da tutela cautelar.

Ao elaborarmos esta monografia a escolha ocorreu pelo método indutivo pesquisando-se não apenas trabalhos científicos, como livros e artigos de doutrina sobre o direito processual.

Optamos ainda pela pesquisa de textos em que se debatem a natureza e eficácia da tutela antecipada, para a avaliação dos impactos deste instituto

processual na comunidade jurídica. Procedemos também à pesquisa de jurisprudências em alguns tribunais brasileiros, dentre os quais o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, e outros Tribunais Estaduais.

CAPÍTULO 1. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. Breve análise da evolução histórica do processo civil

A ciência jurídica, em sua função de assegurar a todos o direito de postular em juízo, ser ouvido e receber resposta por parte do Estado-juiz, criou o processo, instrumento indispensável à sua realização, e cujos atos pretendem atualizar a tutela jurisdicional perante o Poder Judiciário, de maneira ordenada, respeitando as regras e, em especial, os direitos fundamentais constitucionalizados desde o fim da Segunda Guerra Mundial, quando a humanidade passou a exigir direitos mais jurídicos, concretos, positivos e eficazes.

Conforme entendimento de Conrado¹, o direito processual civil pode assim ser conceituado:

Sob o prisma do direito positivo, podemos dizer que se trata de conjunto de normas em sentido amplo, as quais, válidas no sistema brasileiro, disciplinam o comportamento humano, em suas relações intersubjetivas, desde que havidas no âmago de um *processo*.

O processo, para garantir os direitos fundamentais integralmente, deve contemplar os seguintes critérios:

- a) solidariedade, fraternidade, meio ambiente equilibrado, saudável qualidade de vida, progresso, paz, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos;
- b) direitos políticos clássicos e garantias individuais;
- c) democracia, informação e pluralismo;
- d) direitos sociais, econômicos e culturais².

Segundo a moderna concepção dos direitos fundamentais, o processo não é mais concebido como mera asseveração e defesa do cidadão em face ao Estado, mas representa o cumprimento dos direitos constitutivos amplos e potentes, cujos aspectos indispensáveis são: a) a normatividade, norteadora da regulação legislativa do processo, do regramento da conduta das partes e do órgão judicial e, ainda, do

¹CONRADO, Paulo César. Introdução à teoria geral do processo civil. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 34.

²Segundo CAVALCANTE, “entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados ao trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice, etc.”, (1999, p. 202).

reconhecimento da decisão; b) a determinação suprema que obriga as leis a respeitarem os direitos fundamentais, os quais nunca devem ser adaptados ao regime legal; e, c) o caráter principiológico, que tanto influencia as normas já existentes, quanto permite a formulação de novas regras para questões processuais específicas.

A evolução do processo civil aconteceu em três diferentes fases.

A primeira fase denominada Sincretista, é marcada pela confusão do direito processual com o direito material, isto é, a ação era vista como o próprio direito subjetivo.

Na segunda fase denominada Autonomista, foram utilizados métodos científicos para estabelecer conceitos de processo civil, sendo que o instrumento, não raro, era sobreposto ao direito material. Este não foi o melhor caminho a ser seguido pelo processo, uma vez que quando uma ação se encerra por questões processuais, sem que haja pronunciamento jurisdicional, em última análise, não há justiça.

Assim, na fase Autonomista segundo Grinover³ faltou uma postura crítica. Os institutos processuais e os conceitos fundamentais foram exaustivamente examinados, ficando em segundo plano o estudo da finalidade maior do processo, que é constituir instrumento apto à obtenção de um direito.

Hodiernamente, temos a terceira fase processual, denominada Instrumentalista, marcada pela preocupação com o acesso à justiça, conforme se depreende da lição de Watanabe⁴:

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumento mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao *instrumentalismo* que se denominaria *substancial* em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal. (grifo do autor).

³CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3ª. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 22/23.

Os institutos processuais já se encontram profundamente estudados, em decorrência da fase autonomista, podendo agora o operador do direito se voltar para as técnicas que propiciam mais efetividade ao processo.

1.2. Técnicas de cognição

Como regra geral, as decisões judiciais necessitam de fundamentação, conforme previsto no Princípio da Motivação, disposto na Constituição Federal, artigo 93, inciso IX:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifo nosso).

Assim, também prevê no mesmo sentido, o Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 165: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no Art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

Em face disso, observamos que a motivação das decisões é elemento de grande importância no sistema jurídico pátrio, sendo sua ausência passível de gerar nulidade.

O princípio em referência visa estabelecer congruência do conteúdo da decisão jurídica com a lei e os elementos fáticos. No entanto, não podemos confundir a fundamentação com a cognição, que poderá ser sumária ou exauriente, conforme apresente menos ou mais intensidade cognitiva⁵. Vale ressaltar que diante da necessidade da motivação, existam vários casos em que se faz necessária uma decisão com menor carga cognitiva, diante de uma urgência, e isto não quer significar desrespeito à fundamentação, mas apenas atende-se a uma necessidade premente, para posteriormente passar-se à cognição plena.

A cognição se dá em dois planos, quais sejam:

⁵GAMA, Ricardo Rodrigues. Efetividade do processo civil. Bookseller, 2002.

1. horizontal, em que a cognição pode ser plena ou parcial e
2. vertical, pelo qual a cognição subdivide-se em exauriente e sumária.

Com relação ao plano horizontal, ensina Marinoni⁶:

Pois bem, no que concerne à cognição no sentido horizontal, há cognição plena e cognição parcial. Com efeito, a cognição plena diz respeito à amplitude do conhecimento do juiz no sentido horizontal. Não importa, aqui, a possibilidade de cognição exauriente do objeto cognoscível. A contraposição entre cognição plena e parcial deve ser compreendida a partir do plano do direito material, pois, em determinadas hipóteses, a cognição do magistrado pode não atingir toda a extensão fática do conflito de interesses (em sentido pré-processual, obviamente). Nada impede, por isso, que o procedimento ordinário ou o procedimento formalmente sumário sejam de cognição plena ou de cognição parcial.

No plano horizontal, que diz respeito à amplitude da cognição, esta é pautada nos elementos objetivos do processo, isto é, questões processuais, condições da ação e mérito, podendo ser plena ou limitada, conforme a extensão permitida.

Já no plano vertical, referente ao grau de profundidade, a cognição será completa, isto é, exauriente, ou sumária, em que é incompleta⁷.

Passamos agora ao estudo da cognição no plano vertical.

1.2.1. Cognição exauriente

Será exauriente a cognição quando esta ocorre por completo, de forma plena. A cognição exauriente é apta a produzir solução definitiva do litígio, uma vez que permite ao juiz emitir decisão pautada num juízo de segurança maior, no que diz respeito à certeza do direito controvertido, e por consequência, o Estado confere o poder de coisa julgada à decisão proferida com base na cognição exauriente.

O processo de conhecimento no procedimento comum apresenta cognição exauriente, no plano vertical, e plena, quanto ao plano horizontal, seja no rito ordinário ou no sumário. Da mesma forma, o procedimento previsto na Lei nº. 9.099/95, apto a julgar as causas cíveis de menor complexidade, também apresenta cognição exauriente e plena, apesar de apresentar rito simplificado.

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. Malheiros, 2004.

⁷WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3ª. ed. São Paulo: Perfil, 2005,.

A cognição, portanto, prescinde de um rito demorado e extenuante para que possa produzir um juízo pautado em certeza, isto é, cognição plena e exauriente. Isso porque o que se altera é o rito processual, que é diminuído, e não a cognição.

Tal observação faz-se de extrema importância no presente trabalho, em que se busca o estudo da efetividade do processo na entrega da tutela pretendida, uma vez que se verifica ser possível emitir uma decisão dotada de força de coisa julgada, ou seja, que percorreu todo o caminho da cognição plena e exauriente, e que ainda assim é de rito sumário ou sumaríssimo.

1.2.2. Cognição sumária

De acordo com os ensinamentos de Watanabe⁸, a cognição sumária ou superficial apresenta-se:

Em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para a antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei, ou ainda em virtude da particular disciplina da lei material, faz-se suficiente a cognição superficial para a concessão da tutela reclamada.

Conclui-se destarte, que a cognição sumária opera-se em casos específicos, pautada no perigo de dano em razão da demora no provimento final, devendo ser utilizada de forma criteriosa.

A modalidade da cognição sumária ou superficial encontra-se presente nas ações cautelares e também na emissão de medidas liminares, como a tutela antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil.

A cognição sumária não é apta a produzir coisa julgada material, apenas destinando-se a evitar dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda assegurando o efeito prático do provimento final, e por isso mesmo é realizada em caráter de urgência, sem grande aprofundamento das questões de fato e de direito, o que será feito no decorrer do processo.

Dessa forma, somente as decisões proferidas após exauriente cognição são aptas a produzir coisa julgada material. Nesse sentido é o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁹:

⁸WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3ª. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 131.

RECURSO - Embargos de declaração - Aresto que em recurso de apelação reconhece nulidade de intimação da sentença — Precedente aresto em sentido contrário proferido em agravo de instrumento — Coisa julgada não violada — Inteligência do art. 469, III, do CPC - **Decisão com cognição não exauriente - Inexistência de coisa julgada material** - Nulidade incorrente – Embargos declaratórios rejeitados. (TJSP. Embargos de Declaração nº. 7280336001. 19ª Câmara de Direito Privado. Rel. Ricardo Negrão, j. 03/08/2009).

Importante observar por derradeiro, que se não restasse protegido pela cognição sumária o aproveitamento prático da decisão final, o processo como um todo estaria prejudicado, ante o perecimento do interesse de se obter um provimento final, que não mais seria útil.

1.3. Classificação da tutela jurisdicional

A doutrina não é pacífica com relação à classificação da tutela jurisdicional quanto à eficácia do provimento jurisdicional, dividindo-se entre os que defendem a existência de cinco espécies de tutela, e aqueles que entendem que bastam três espécies de tutela para explicar a atuação jurisdicional.

De acordo com Lima¹⁰, tutela jurisdicional compreende:

[...] o amparo, a proteção, concedida pelo estado através de seus magistrados, à pretensão fundamentada no direito material. Em outras palavras, a tutela jurisdicional é a atividade estatal de cunho essencial e indeclinável, que visa resguardar, através da atuação do poder conferido aos juízes como órgãos integrantes do Poder Judiciário, todo e qualquer bem da vida protegido, direta ou indiretamente, pelo direito material.

Imperava no Processo Civil clássico a preocupação primordial de proteger o patrimônio, em detrimento dos demais bens da vida. E como uma perda patrimonial se resolve com indenização em pecúnia, bastava a classificação trinária das tutelas

⁹ Inteiro teor do acórdão disponível no ANEXO A.

¹⁰ LIMA, Vanderlei Ferreira de. A tutela jurisdicional específica no mandado de segurança (artigo 461 do Código de Processo Civil). 214 f. Dissertação (Mestrado)-Centro de Pós-Graduação, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2002, p. 13.

jurisdicionais para resolver as questões que se apresentavam, compreendida pelas sentenças declaratória, constitutiva e condenatória¹¹.

No entanto, a referida classificação não permite a prevenção do ilícito, como bem explica Marinoni¹²: “As sentenças da classificação trinária são completamente inidôneas para a prevenção, uma vez que são impotentes para impedir a violação de um direito, ou mesmo para impedir a reiteração ou a continuação de um ilícito”.

Diante dessa insuficiência, surge a classificação quinária da tutela jurisdicional, preconizada por Pontes de Miranda¹³ (1970, p. 32), que ao classificar em cinco as tutelas possíveis, ensina que:

A ação declarativa é ação a respeito de ser ou não-ser a relação jurídica; de regra, a ação constitutiva prende-se à pretensão constitutiva, *res deducta*, quando se exerce a pretensão à tutela jurídica. Quando a ação constitutiva é ligada ao direito, imediatamente, não há, no plano da *res in iudicium deducta*, pretensão constitutiva (há-a, no plano do direito subjetivo à tutela jurídica, que é a especialização, pelo exercício da pretensão à tutela jurídica em pretensão constitutiva); a ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado contra o direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*condamnare*); a ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propõe ação mandamental; a ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está.

Observa-se, portanto, a inclusão da tutela executiva *lato sensu* e a tutela mandamental dentre as tutelas possíveis, permitindo-se assim uma melhor compreensão da eficácia dos provimentos jurisdicionais.

1.3.1 Tutela declaratória

A tutela declaratória caracteriza-se pelo pronunciamento judicial em que se confere uma certeza jurídica, isto é, o juiz, ao se pronunciar na sentença, declara a existência ou inexistência da relação jurídica e confere certeza jurídica a esse pronunciamento, daí o caráter meramente declaratório.

¹¹ Humberto Theodoro Junior adota a classificação trinária da sentença em seu Curso de direito processual civil, volume I, 47ª.ed. Forense, 2007.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. Malheiros, 2004, p. 23.

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. t.1. São Paulo: RT, 1970, p. 32.

Discute-se a possibilidade de sentença declaratória reconhecer a ocorrência ou não de um fato. Nesse sentido, ensina Facchini¹⁴:

Em geral, sustenta-se não ser possível pedido declaratório que recaia sobre fatos, uma vez que esses não estariam cobertos pelo teor do referido inc. I do art. 4º do diploma processual civil. Todavia, como bem assentado pelo Prof. Araken de Assis, há situações em que regras especiais acabam por determinar alcance diverso à força declaratória uma vez que a sentença recai também sobre a existência do fato. É o que ocorre, por exemplo, com a hipótese do art. 935 do Código Civil, de que se extrai a impossibilidade de questionamento no âmbito cível sobre a existência do fato quando esta questão já se achar decidida no juízo criminal.

Por fim, a tutela declaratória opera efeitos *ex tunc*, isto é, retroage à época em que ocorreram os fatos que deram origem à relação jurídica ora discutida. E não poderia ser diferente. Numa ação de investigação de paternidade procedente, por exemplo, o autor é considerado filho e os efeitos daí decorrente operam-se desde seu nascimento, e não somente após a prolação da sentença.

1.3.2. Tutela constitutiva

Com a tutela constitutiva, tem-se a criação, modificação ou a extinção de relações jurídicas. Os efeitos ocorrem dentro do próprio processo de cognição, sendo desnecessário prosseguir com uma posterior execução da sentença, ou seja, o magistrado, ao cumprir seu ofício jurisdicional (emitir a sentença), já atende à pretensão da parte, que se vê aí satisfeita.

Na tutela constitutiva, opera-se efeito *ex nunc*, no mais das vezes. Pode ocorrer porém, a hipótese de uma sentença desconstitutiva de um contrato (em razão do inadimplemento de uma das partes) restabelecer o *status quo ante*, retroagindo os efeitos à época da formação do negócio jurídico. Neste caso, tem-se efeito *ex tunc*.

¹⁴ FACCHINI, Nicole Mazzoleni. Técnicas de efetivação e classificação das tutelas jurisdicionais. In: Páginas de Direito. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070618tecnicas_nicole.php#ref39>. Acesso em: 07.11.2012.

1.3.3. Tutela condenatória

Chama a atenção na tutela condenatória o fato de que ela não satisfaz por si só a pretensão deduzida em juízo, ou seja, caso o requerido não cumpra voluntariamente a sentença condenatória, o requerente deverá utilizar-se do expediente do cumprimento da sentença, introduzido no sistema pátrio com a Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, em substituição ao antigo processo de execução.

Por força do artigo 475-N, do Código de Processo Civil, a sentença prolatada em ação condenatória constitui título executivo judicial e, portanto não satisfaz a pretensão do requerente desde já, devendo ser executada. A alteração inserida pela Lei n.º 11.232 apenas inseriu o cumprimento de sentença como uma fase do mesmo processo, mas não resolveu efetivamente o problema da parte vencedora atravessar todo o extenuante caminho do processo e ainda assim não ver sua pretensão atendida quando da prolação da sentença.

Com relação aos efeitos da tutela condenatória, temos que estes se operam *ex tunc*, a exemplo da tutela de conhecimento. Dessa forma, a sentença condenatória pretende restabelecer o patrimônio do demandante da forma que se encontrava antes de ter sua pretensão resistida, isto é, antes da violação do direito.

Até o ingresso no sistema jurídico dos artigos 461 e 461-A na forma como atualmente se encontram no Código de Processo Civil, tratando-se de obrigação de fazer, o credor só poderia se valer de tutela condenatória para ver satisfeito o seu direito. Se o requerido não cumprisse a obrigação, só restava a solução de resolver em perdas e danos, ante a impossibilidade de se obrigar alguém a fazer alguma coisa.

Nesse sentido, observa-se que o método de se resolver em perdas e danos (o equivalente em pecúnia) remonta ao período do liberalismo clássico, pautado nos valores da segurança jurídica e da liberdade formal, em detrimento da efetividade: o Estado não possuía o poder de obrigar o réu a realizar determinada prestação. Assim, se o devedor simplesmente não adimplisse o contrato, a consequência seria tão somente a resolução pelo equivalente monetário em posterior execução.

Atualmente, temos novas formas de tutelar as obrigações de fazer, não fazer e de entregar de coisas previstas nos artigos 461 e 461-A do CPC, restando tão somente a obrigação de pagar pecúnia ou de entregar o equivalente para ser tratado em tutela condenatória.

1.3.4. Tutela mandamental

Na tutela mandamental, o juiz emite uma ordem a uma pessoa, que deverá cumpri-la imediatamente, sob pena de ter contra si imposto crime de desobediência ou ainda a aplicação de multa diária (*astreintes*).

O exemplo mais premente da tutela mandamental é o mandado de segurança, atualmente tratado pela Lei nº. 12.016, de 07 de agosto de 2009, que revogou a Lei nº. 1.533/51.

Constituem ainda exemplos de tutela mandamental o cumprimento de ordem, pelo oficial de Registro de Imóveis, de retificação de registro, ou pelo oficial de Registro de Pessoa Civil, de alteração de registro de nascimento, dentre outros.

Por fim, a tutela mandamental opera efeito *ex nunc*, uma vez que é efetivada com o cumprimento da ordem, e não em momento anterior.

1.3.5. Tutela executiva lato sensu

As ações executivas *lato sensu* apresentam desde logo, eficácia imediata, isto é, força executiva, e havendo descumprimento, a sanção recairá sobre o bem que integra o patrimônio do vencedor.

Diferentemente, nas ações condenatórias, dotadas tão somente de efeito executivo (eficácia mediata ou diferida), o ato executivo recairá sobre bem integrante do patrimônio do vencido.

Em síntese, Amaral¹⁵ leciona que:

A tutela executiva *lato sensu* é aquela que possui forte carga de executividade, dispensando, após a sentença, a instauração do processo de execução, já que essa execução dar-se-á no mesmo processo. Ao contrário do que ocorre com as demais tutelas de conhecimento, exceto a mandamental, a tutela executiva *lato sensu* não tem como objeto fundamental a formação de título executivo, mas a própria efetivação da sanção estabelecida.

Observa-se a presença da tutela executiva *lato sensu* quando se está diante, por exemplo, de uma ação de despejo, uma vez que o requerente além de pretender que se declare a rescisão do contrato de locação, requer também a reintegração da posse no bojo da mesma ação. Verifica-se ainda a tutela executiva com eficácia imediata nas ações possessórias, na ação de depósito, dentre outras.

1.4. A efetividade do processo

No Estado Democrático de Direito, proíbe-se a autotutela, uma vez que o Estado detém o poder de dizer o direito. Assim, confere-se ao indivíduo o direito de ação, para que ele obtenha, por meio desta, uma prestação jurisdicional efetiva.

A obtenção de uma tutela efetiva constitui portanto, um direito fundamental, e nesse sentido, ensina Marinoni¹⁶:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

A busca da efetividade do processo ensejou e ainda enseja diversas alterações legislativas e ainda da organização judiciária, a fim de diminuir a extenuante demora na prestação jurisdicional.

Não se pode perder de vista porém, é que não bastam apenas tais reformas processuais, sendo necessário também o melhor aparelhamento do Judiciário, bem

¹⁵ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Tutela antecipatória. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. Malheiros, 2004, p. 1.

como os profissionais do direito devem estar preparados e conscientes para utilizar o instrumento processual de forma mais efetiva.

Aliás, não apenas nas reformas processuais encontramos mecanismos para a efetividade do processo. Já na redação original do Código de Processo de Civil, de 1973, deparamo-nos com o seguinte artigo: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, **indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias**” (grifo nosso). Ora, fica claro neste dispositivo de lei que o magistrado tem em suas mãos ferramentas capazes de imprimir maior celeridade ao processo sem, no entanto atentar contra o devido processo legal. Muito pelo contrário: ao indeferir procedimentos inúteis ou protelatórios, o juiz estará colaborando para o cumprimento do devido processo legal.

Não são raros os casos em que nos deparamos com o receio do magistrado em aplicar medidas previstas em lei, prorrogando desnecessariamente a obtenção da tutela pela parte interessada, ou ainda advogados que usam todos os meios possíveis e imaginários de protelar o fim prático do processo, conduta essa que entendemos que deve ser fortemente coibida.

Surge então nesse cenário a necessidade de se estudar o princípio da efetividade do processo, pelo qual o processo constitui instrumento apto a efetivar o direito material pretendido, dirimir conflitos e distribuir justiça.

Acerca do princípio da efetividade, também conhecido como princípio da economia, ensina Conrado¹⁷:

Além de estar expressamente fixado no seio da Constituição Federal (por força da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998), o vocábulo *eficiência* parece-nos hoje, muito mais capacitado a retratar o valor que se quer ver consagrado no específico quadrante do direito processual, ou seja, o máximo de proveito com o mínimo de atividade dos sujeitos envolvidos.

[...]

A medida certa da eficiência processual não é fator que se afira objetivamente, devendo, antes disso, ser objeto de avaliação casuística, considerando as particularidades de cada situação concreta. E não será por outra razão, senão por essa, que referida regra há de ser tomada como um princípio em sentido estrito.

Mais do que isso, importa sublinhar que o aspecto temporal não é, de ordinário, determinante do grau de eficiência, de tal sorte que, no âmbito estritamente processual, a maior ou menor duração de uma certa demanda não implicará maior ou menor observância do princípio em questão. Antes disso, estamos que a correta avaliação da dimensão do princípio da eficiência haverá de passar pela questão da utilidade dos atos que

¹⁷ CONRADO, Paulo César. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 59.

compõem o processo, de modo que todos os atos processuais tidos (fundamentadamente) como atos úteis, como atos necessários à formulação da convicção judicial, devem ser praticados, independentemente do tempo que demandem, não importando, com isso, ineficiência; *contrario sensu*, tudo que é manifestamente inútil, desnecessário, deve ser rechaçado, pena se implicar, aí sim, o referido desvalor.

A busca da efetividade do processo encontrou-se, por um longo período em nossa história, sobrestada aos conceitos de segurança jurídica e devido processo legal. Melhor explicando, preferiu-se prestigiar em demasia os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal a enfrentar o desafio de assegurar efetividade ao processo, com respeito aos referidos princípios.

Privilegiava-se o devedor, uma vez que a constrição de seus bens era postergada o máximo possível, ao passo que o credor, a quem assistia o direito de ver sua pretensão realizada, era obrigado a aguardar o fim do extenuante processo, e não raro ficar a míngua da satisfação de seu direito, ante a dilapidação do patrimônio do devedor, ou ainda a desvalorização do bem constrito.

Em outras palavras, o credor era obrigado a enfrentar não apenas as defesas do direito do devedor, mas também tinha de batalhar contra a sistemática burocracia em que se baseava o processo e muitas vezes assistir de mãos atadas o seu direito esvair através das linhas do tempo.

Nos últimos anos, várias reformas foram lançadas com o intuito de modificar essa situação. Mais recentemente, podemos destacar a Lei n. 11.232, de 2005, que modificou o processo de execução, trazendo o cumprimento de sentença para o processo de conhecimento, como nova fase após prolação de sentença, ao invés de obrigar que se ingresse com uma ação de execução, findo o processo de conhecimento, o que passou a ser conhecido como processo sincrético.

O direito pátrio caminha no sentido de buscar conferir maior efetividade ao processo, permitindo ao jurisdicionado ver satisfeita a sua pretensão. Mas a batalha continua, sobretudo para adaptar a mentalidade dos operadores do direito em relação à nova sistemática processual, a fim de se evitar que por receio e excessivo prestígio aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, se prejudique a parte que tem razão em obter a tutela do seu direito.

1.4.1. Efetividade e tempo no processo

Encontra-se premente em nosso entendimento que o ônus da prova divide-se entre autor e réu, cabendo ao primeiro a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao segundo, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nesse sentido Marinoni¹⁸ alerta que, em que pese ser bastante incontroverso o fato de que autor e réu repartem o ônus probatório, pouco ou nada se discute acerca da divisão do tempo no processo:

Melhor explicando: se cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, porque incumbe ao autor suportar o tempo necessário à produção da prova tendente à demonstração de um fato que não foi por ele alegado? Esta questão ainda não mereceu a devida atenção da doutrina brasileira, embora seja muito importante para a realização do princípio da efetividade, ou mesmo do princípio – de origem chiovendiana – de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

Para driblar tal problemática, uma das soluções que se apresenta é a antecipação da tutela, a qual deve ser concedida observados os requisitos para a sua concessão, pois dessa forma, o réu passa a suportar o tempo necessário para a apreciação do fato impeditivo, modificativo ou extintivo que alegou, e não mais o autor, que já demonstrou elementos suficientes de seu direito, faltando apenas um exame do mérito mais específico (cognição exauriente).

1.4.2. Efetividade e segurança

Um dos grandes obstáculos à efetividade do processo encontra-se na dificuldade de se conciliar os princípios do devido processo legal e da ampla defesa ao princípio da prestação jurisdicional efetiva.

Isto porque conceder a alguém uma tutela implica, no mais das vezes, fazê-lo em detrimento de outrem. Para se privar uma pessoa de um bem, é necessário percorrer todo o procedimento legal, a fim de não desrespeitar os princípios processuais e assegurar a segurança jurídica.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e julgamento antecipado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

Ocorre que a efetividade também há de ser observada, pois se a tutela for intempestiva, não há aí efetividade, bem como inexistente segurança.

Resolver esse problema, num primeiro momento, parece impossível. Em termos de solução de conflitos, tanto o devido processo legal e a ampla defesa, quanto a efetividade são princípios amparados na Constituição Federal e portanto, situados no mesmo nível legal.

Deve-se partir, portanto à aplicação do princípio da razoabilidade, a ser analisado no caso concreto, e sempre pautado no respeito à segurança jurídica.

Outra forma de se buscar efetividade e segurança é possibilitar que o processo se desenvolva por completo, respeitando-se todas as suas fases, em um menor período, o que poderia ser alcançado com um melhor aparelhamento do Poder Judiciário. No entanto, esta não tem sido uma prioridade do Estado já há bastante tempo.

1.4.3. Duração razoável do processo

Verificava-se a preocupação com a duração da lide já na década de 50, quando a Convenção Européia dos Direitos do Homem, assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950, sob a égide do Conselho da Europa, instituiu um sistema original de proteção internacional dos Direitos do Homem:

Artigo 6º. Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, **num prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.[...] (grifo nosso)¹⁹.

Posteriormente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969 e ratificada no Brasil em 25 de setembro de 1992, estabelece, em seu artigo 8º, em semelhança ao que fora disposto na Convenção Européia:

Artigo 8º - Garantias judiciais

¹⁹ Íntegra do texto da **Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais** disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>>, acesso em 15.11.2012.

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso)²⁰.

Mais recentemente, temos no Brasil, com a edição da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, a previsão expressa em nosso ordenamento jurídico do princípio da duração razoável do processo, conforme se observa da leitura do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados **a razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (grifo nosso).

A duração razoável do processo pretende permitir que se resolva uma demanda judicial num período de tempo razoável. Como se pode verificar, tal conceito é vago, admitindo diversas interpretações.

Importante observar que a garantia constitucional à razoável duração do processo constitui norma de aplicação imediata, uma vez que inserida no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, previsto no Título II da Constituição Federal. Não obstante, estabelece o artigo 5º, em seu parágrafo 1º, da Carta Magna, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Dessa forma, a duração razoável do processo não compreende uma norma meramente programática, embora pareça que assim tem sido tratada, junto a tantas outras normas que não resolveram o problema da morosidade processual, tais como a previsão do artigo 93, inciso XIII, da Constituição Federal, de que o número de magistrados será compatível com o número de processos da circunscrição, bem como o inciso XV do referido artigo, que prevê a distribuição imediata dos processos, o que não assegura o efetivo andamento dos mesmos.

Diante do exposto, observa-se que o princípio da duração razoável do processo encontra-se em nosso ordenamento jurídico tão somente como reprodução da norma prevista em documentos internacionais de direitos humanos, sem que isso signifique o seu cumprimento efetivo.

²⁰ Íntegra do texto do **Pacto de San José da Costa Rica** disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/texto065.shtml>>, acesso em 15.11.2012.

CAPÍTULO 2 – A TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO PROCESSO

2.1 Noções gerais

Há várias décadas buscam-se no país meios de fomentar a efetividade do processo. Tratando do tema, Machado (1999) elenca diversos instrumentos inaugurados em nosso ordenamento jurídico na busca pela efetividade. São eles:

- a) a medida liminar no procedimento da ação popular (Lei nº. 6.513/77);
- b) a previsão de concessão de mandado liminar na ação civil pública (Lei nº. 7.347/85);
- c) o mandado de segurança coletivo, inaugurado no ordenamento pátrio pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, LXX);
- d) a tutela *in limine*, com conteúdo cominatório, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.079/90);
- e) a inserção da liminar de desocupação na ação de despejo (Lei nº. 8.245/91).

Em meio a esse conjunto de medidas de fomento à efetividade do processo, bem como à proliferação das medidas cautelares inominadas, que no mais das vezes apresentavam caráter de satisfatividade, e não de assegurar o processo, surge a Reforma do Código de Processo Civil, em dezembro de 1994, que trouxe o instituto da antecipação de tutela.

Machado²¹, ao analisar o instituto da tutela antecipada sob o ponto de vista da efetividade, estabelece que:

Por meio desse instituto – situado no art. 273, dentro do Capítulo I, ‘Das Disposições Gerais’, do título VII, ‘Do Processo e do Procedimento’, do Livro I, ‘Do Processo de Conhecimento’, - o CPC dá ao procedimento ordinário ou sumário um ‘modo de ser’ completamente distinto, potencializando-se com a permissão de outorga antecipada dos ‘efeitos da tutela pretendida’. A inclusão da medida liminar antecipatória do art. 273, inciso I, para as obrigações em geral, e a do art. 461, §3º, para as obrigações de fazer ou não fazer, representa indubitável e concretamente a perspectiva de efetividade para o processo de rito comum. Em primeiro lugar, pela eliminação do fator tempo como obstáculo à realização de justiça. Em segundo, pela extensão da tutela jurisdicional rápida a todos os

²¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 40.

direitos, o que também significa acessibilidade conferida a quaisquer supostos titulares de direito à via antecipatória, tudo isso sem prejuízo da ampla atividade de provar que é assegurada pelo procedimento cognitivo comum.

Mas não apenas pelo prisma do 'modo de ser do processo', vale dizer, por sua configuração procedimental agora aperfeiçoada pela introdução da tutela antecipatória, se revela a perspectiva de efetividade. Também pelo ângulo da 'utilidade do provimento', evidencia-se a esperança de que entre nós finalmente se alcance um 'processo de resultados'.[...].

O sistema judicial brasileiro carece de maior efetividade. A busca da celeridade processual não pode significar tão somente maior rapidez no provimento jurisdicional. É necessário, ainda assegurar a tutela do adequado provimento jurisdicional. Para tanto, é imprescindível o estudo da cognição, conforme se procedeu no capítulo anterior deste trabalho. Isso porque a adequada prestação jurisdicional depende de adequado trabalho cognitivo do magistrado.

Neste contexto, passamos ao estudo da antecipação de tutela.

2.1.1. Antecedentes históricos

Diante de um cenário de aumento populacional de grande proporção, bem como a defasagem do Poder Judiciário ante a evolução social, visualizou-se uma demora patológica na prestação jurisdicional.

A fim de contornar essa situação, passou-se a adotar as tutelas de urgência como alternativa para a entrega do bem da vida.

Inicialmente, utilizou-se o poder geral de cautela, disposto no artigo 798 do Código de Processo Civil, o qual deveria ser utilizado tão somente para assegurar o resultado útil do processo, mas que, no entanto, teve seu papel usurpado para a entrega antecipada da tutela, conferindo caráter satisfativo à medida²².

Surge, dessa forma, a necessidade de disciplinar a antecipação da tutela, o que foi feito por meio da nova redação conferida ao artigo 273 do Código de Processo civil, pela Lei nº. 8.952, de 1994.

Cumprе informar ainda, que a antecipação de tutela não foi inaugurada no ordenamento jurídico pátrio somente em 1994, mas disciplinada com maior ênfase,

²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: Tentativa de sistematização. Malheiros, 2001.

eis que já presentes no sistema algumas medidas aptas à prestação jurisdicional antecipada como, por exemplo:

- os alimentos provisórios (art. 4º da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968);
- o embargo de obra nova (Código de Processo Civil, art. 936);
- as liminares nas ações possessórias (art. 928 do Código de Processo Civil);
- o mandado de segurança (art. 7º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, hoje substituída pela Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei nº 12.016/2009);
- a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, "p", com o nome de "cautelar");
- o embargo liminar na ação de nunciação de obra nova (art. 937 do Código de Processo Civil), entre outros.

Também se satisfazia a pretensão à tutela antecipada através do processo cautelar nos casos de:

- busca e apreensão (art. 841);
- interdição ou demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público (art. 888, VIII);
- medidas genéricas, cujas pretensões de tutela antecipada eram lançadas no estuário comum do procedimento cautelar (comum) permitido pelo art. 798 do Código Processual.

A adequação dessa lei foi um dos resultados da grande reforma processual pela qual o país passou, cujos propósitos eram: atender aos apelos sociais que clamavam pela efetividade do processo, cessar a generalização do processo cautelar em tutelas satisfativas e evitar duplo processamento para a produção de um resultado único.

O legislador não se limitou a dotar o sistema processual de meios para promover a satisfação específica do titular do direito. Preocupou-se, também em fazer com que tal pretensão seja entregue em tempo adequado, mesmo que antes da sentença, caso isso se mostre necessário para manter a integridade do direito reclamado.

2.1.2. As reformas processuais e a antecipação de tutela

Dentre as colaborações legislativas para o instituto da tutela antecipada, duas apresentaram importantes inovações. A primeira, já mencionada acima, foi a Lei nº. 8.952, de 13.12.1994, que inaugurou dispositivo próprio da antecipação de tutela no estatuto processual. A segunda, mais recente, foi a Lei nº. 10.444, de 07.05.2004, que inseriu o artigo 461-A, do Código de Processo civil, dispondo acerca da tutela específica nas obrigações de entregar coisa, prevendo meios de assegurar o cumprimento da obrigação (nas obrigações de fazer ou não-fazer, semelhantes providências já haviam sido tomadas quando a Lei nº. 8.952 alterou a redação do artigo 461, CPC).

Além dessas, várias outras alterações foram feitas, visando uma maior efetividade do processo. Porém, Alvim²³ faz importante alerta:

Essas alterações, no entanto, só terão êxito assegurado, se houver, de um lado, postulações responsáveis e, de outro, o exercício de uma jurisdição igualmente responsável. Sim, porque as modernas conquistas processuais, ante a ausência de informação sobre a fisionomia dos novos institutos, são muitas vezes deturpadas pela sua má utilização prática, pelos advogados das partes, isso quando não permanecem no papel, por não encontrarem juízes dispostos a aplicá-las. O Processo Cautelar constitui disso um flagrante exemplo.

Chega-se, portanto à conclusão de que não basta a letra da lei, mas também todos os envolvidos no sistema judiciário devem buscar os melhores meios para se chegar a um processo efetivo quanto ao alcance do bem maior da vida.

²³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela antecipada**. Juruá, 2003, p. 25/26.

2.2. Conceito de tutela antecipada

2.2.1. Natureza do instituto

A doutrina não é pacífica quanto à natureza jurídica da tutela antecipada, dividindo-se basicamente entre os que defendem a natureza cautelar do instituto, e os que entendem se tratar de instituto próprio, totalmente apartado das cautelares.

Tratando do controverso tema, Bedaque²⁴ questiona se é possível considerar a antecipatória como tutela cautelar, quando aquela se destina a antecipar o resultado útil do processo, ou seja, o bem da vida, ao passo que a cautelar visa assegurar a utilidade do instrumento, isto é, do processo. Na sua conclusão, o autor estabelece que não há razão para distinguir tutela cautelar da tutela antecipada, eis que ambas são instrumentais e provisórias, visando assegurar o resultado prático do processo: “São técnicas processuais com idêntica finalidade e estrutura. Não há porque distingui-las”.

Já no entendimento de Alvim²⁵, a antecipação da tutela e cautelar são espécies do gênero provimento antecipado, uma vez que apresentam como característica comum a concessão de um direito fora do momento que normalmente é o adequado, qual seja, a sentença.

Como a tutela antecipada constitui a antecipação da própria pretensão material deduzida no pedido, apresenta conteúdo substancial podendo, no todo ou em parte, haver coincidência entre o provimento liminar e o provimento definitivo, o que não ocorre nas cautelares, exceto se considerar a possibilidade de cautelar satisfativa, hipótese em que poderá haver congruência do provimento liminar com o provimento de mérito.

A antecipação da tutela constitui instituto diverso das cautelares, mesmo porque apresenta requisitos específicos, mais exigentes que os da cautelar, como veremos a seguir. Inegável, porém que constituem espécies de um mesmo gênero,

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: Tentativa de sistematização. Malheiros, 2001, p. 301.

²⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela antecipada**. Juruá, 2003, p. 29.

eis que aptas a conceder liminarmente um provimento que só seria alcançável com a sentença de mérito.

2.2.2. Verossimilhança da alegação e prova inequívoca

A verossimilhança da alegação compreende um dos requisitos para a concessão da antecipação da tutela. Trata-se de um juízo de probabilidade, isto é, diante de uma afirmação, deve o juiz mesurar os fatos favoráveis e os desfavoráveis à possibilidade de que a alegação seja verdadeira. Isto feito emite seu juízo, considerando ou não a alegação verossímil.

Alvim²⁶ estabelece um critério lógico para a verificação da verossimilhança:

Ao examinar um pedido de liminar, deve o julgador trabalhar à luz da lógica maior, material ou crítica. Deve o juiz considerar as diferentes atitudes que a inteligência pode assumir em face da verdade: a ignorância, a dúvida, a opinião e a certeza. A *ignorância* é a situação de pleno desconhecimento, de absoluta falta de motivos, a favor ou contra, do objeto *cognoscendi*. Nesse caso, a mente está *in albis*; simplesmente, inexistente representação mental em qualquer sentido. A dúvida é a situação em que a mente oscila entre o “sim” e o “não”, frente a razões favoráveis a cada uma das hipóteses contraditórias. Essa situação, que pode ser traduzida como possibilidade, é um tormento para o juiz, quando se vê diante dela e precisa resolvê-la. Como o juiz precisa quebrar a dúvida em pro do “sim” ou do “não”, forma-se a opinião. Na opinião, o assentimento pende para uma das alternativas consideradas, em que pese a “inquietação” que possa restar nessa tomada de decisão. Essa situação pode ser traduzida como *probabilidade*. Por fim, a *certeza*, que representa uma firme convicção, fundada na evidência do objeto.

Outro requisito da antecipação da tutela, presente na redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, é a prova inequívoca, que nos ensinamentos de Alvim²⁷, pode ser definida como: “[...] aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável; ou, em outros termos, aquela prova cuja autenticidade ou veracidade seja provável”.

Na lição de Machado²⁸, a prova inequívoca “relaciona-se intimamente com a figura do ‘direito líquido e certo’ do mandado de segurança e com a ideia de prova

²⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela antecipada**. Juruá, 2003, p. 45/46.

²⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela antecipada**. Juruá, 2003, p. 61.

²⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 628.

de fato inequívoco, significando, portanto, prova de grande potencial de convencimento, identificável com a preconstituída”.

Faz-se necessário, porém, observar que a prova inequívoca não compreende um requisito intransponível à concessão da tutela. Isto porque, quando se está diante de uma questão exclusivamente de direito, ou ainda quando os fatos alegados restarem incontroversos, e a discussão residir somente no direito, não haverá aí necessidade de prova inequívoca, e tal fato não pode impedir que se defira a antecipação da tutela.

2.2.3. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Uma das situações em que se faz necessária a antecipação de tutela é quando há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, I, do Código de Processo Civil).

Trata-se da antecipação assecuratória, na lição de Zavascki²⁹, uma vez que se antecipa por segurança:

Antecipa-se provisoriamente a tutela pretendida pelo autor como meio de evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou a danificação do direito afirmado. Em outras palavras, antecipa-se em caráter provisório para preservar a possibilidade de concessão definitiva, se for o caso.

Considera-se, portanto a necessidade da parte que, provavelmente tem direito, e permite-lhe desde já a sua satisfação, uma vez que não basta assegurar a eficácia para posterior exercício do direito, ante o fundado receio de dano.

Por receio entende-se a apreensão de um dano ainda não perpetrado, mas em vias de ocorrer. O receio deve ser plausível e descrito por meio de circunstâncias fáticas objetivas, demonstrando-se que a falta da tutela causará dano irreparável ou de difícil reparação. Não se confunde com mera preocupação subjetiva, daí a necessidade de se demonstrar de forma fática o temor de dano.

Interessante também demonstrar a relação de causa e efeito entre a demora no provimento e os prejuízos que podem daí decorrer.

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. Saraiva, 2005, p. 151.

Para exemplificar a necessidade da concessão da tutela antecipada diante do fundado receio de dano, sobretudo quando relacionado com o direito à vida, apresenta-se o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MEDIDA CAUTELAR PARA DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL RETIDO. REQUISITOS. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. DIREITO À VIDA.

1. O destrancamento do recurso especial retido por força do disposto no art. 542, § 3º, do CPC é admitido quando há a possibilidade de ocorrer dano de difícil ou incerta reparação. Precedentes: MC 7.240/RJ, DJ 25.10.2004; MC 7195, DJ de 19/04/2004; MC 6725, DJ de 01/04/2004.

2. O *periculum in mora* sobressai evidente, porquanto a falta dos remédios, *in casu*, pode acarretar a morte prematura do requerente, sendo certo que a saúde é dever do Estado e direito de todos.

3. A presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* afastam o art. 542, § 3º, do CPC, por meio de medida cautelar, consoante Precedentes da Corte (AgRg na MC 12.379/SP, DJ 30.04.2008; MC 10.811/RJ, DJ 16.11.2006; MC 7.240/RJ, DJ 25.10.2004; MC 7195, DJ de 19/04/2004; MC 6725, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, DJ de 01/04/2004).

4. Afere-se da sentença proferida pelo juízo *a quo, verbis*: Nos autos há provas de que o autor é portador de câncer de rim metastático CID C64 e que, para seu tratamento, é necessário o medicamento SUNITINIBE 50 mg, na quantidade de uma caixa com 28 comprimidos a cada 28 dias, com intervalo de 14 dias, o qual não é disponibilizado pelo SUS, em razão de não constar de seus protocolos de tratamento (fls. 13/14 e 16/17).

5. O Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, tem conferido efeito suspensivo a recurso que não o tem, com vistas a **evitar dano irreparável ou de difícil reparação à parte, mesmo que ainda não tenha lançado Juízo de sua admissibilidade, em homenagem aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo**, desde que presentes os pressupostos do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. (grifo nosso)

6. A União é parte legítima para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente.

7. Agravo Regimental desprovido.
[STJ. AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 14.274 - PR (2008/0118866-3) Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. j. 02/10/2008].

O conceito de dano irreparável encontra-se associado à ideia de impossibilidade de reversão dos danos, ou seja, de restabelecimento do *status quo ante*. Como exemplo, pode-se citar um pedido de antecipação de tutela em ação de alimentos, em que a demora no julgamento pode resultar em até mesmo a morte do alimentante.

Por fim, faz-se importante observar que o simples inconveniente de demora na prestação jurisdicional não é apto, por si só, para justificar a tutela antecipada.

2.2.4. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Outra causa apta a ensejar a antecipação de tutela é o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Trata-se de hipótese prevista no inciso II do artigo 273, do Código de Processo Civil, e que visa antecipar a tutela em decorrência do comportamento indevido da parte requerida na demanda, e não por perigo concreto de dano. Por esse motivo, costuma ser denominada pela doutrina de “antecipação punitiva”.

Como bem salienta Machado³⁰ o referido instituto processual constitui importante instrumento na busca pela efetividade:

Por fim, resta salientar que também a antecipação da tutela fundada no inciso II do art. 273 (‘abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu’), que jamais assumirá, por razões óbvias, a feição de providência liminar, representa instrumento de enorme potencialidade para tornar efetivo o processo de conhecimento. De um lado, porque tanto quanto a previsão do inciso I, antecipação neste caso é arma contra os efeitos deletérios do tempo, mas, de outro – este sim o mais importante -, porque moraliza o embate processual mediante o sancionamento severo da conduta do réu. Em outros termos, o processo ganha em efetividade, pela antecipação da tutela, toda vez que o demandado, por sua atitude antiética e reprovável, tornar claro que o direito parece amparar a pretensão do autor.

Importante observar que o referido inciso apresenta duas situações diversas, que são “abuso do direito de defesa” e o “manifesto propósito protelatório do réu”, que serão analisadas a seguir.

Com relação ao abuso do direito de defesa, trata-se da prática, no curso do processo, de atos indevidos, que acarretam prejuízo ao normal desenvolvimento da lide, desviando a finalidade do processo, o que por si só, constitui abuso.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no seguinte sentido:

PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. REAJUSTE DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS. 28,86%.

³⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 41.

RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO. MEDIDA
PROVISÓRIA Nº 1.704-3/97. RECURSO ESPECIAL.
PREQUESTIONAMENTO.

O direito ao reajuste de vencimentos dos servidores públicos em 28,86%, está pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O reconhecimento administrativo desse direito, através da Medida Provisória 1.704-3/97, conjugado com a intenção de efetuar o pagamento dos valores correspondentes a todos os servidores públicos, mesmo que não tenham ingressado em juízo, torna inequívoco o direito dos recorridos à concessão de antecipação de tutela.

Na hipótese, **a insistência da União em recorrer caracteriza abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório**, (art. 273, II, do CPC). (grifo nosso)

A ausência de manifestação do acórdão quanto ao tema versado no recurso especial, impede seu conhecimento, por faltar-lhe o requisito do prequestionamento.

Precedente da Corte Especial.
Recurso especial não conhecido.
(STJ. Recurso Especial 1998/0082191-0. REsp 194193 / CE. T5 – Quinta Turma. Rel. Min. Gilson Dipp, j. 25/03/1999).

Diferentemente, o propósito protelatório do réu quer se referir a todas as demais situações, que não os atos de defesa, em que a parte requerida manifestamente pretende retardar o normal prosseguimento do processo, procrastinando a entrega do provimento final.

Nesse sentido, explica Zavascki³¹:

A referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está referindo-se a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa não se entendem os atos protelatórios praticados no processo (v.g., os do art. 14, III e IV). Já o manifesto propósito há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação da prova, não atendimento de diligência; simulação de doença.

Dessa forma, no entendimento de Zavascki, o abuso do direito de defesa ocorre dentro do processo, isto é, nos atos processuais pertinentes à parte demandada, ao passo que o propósito manifestamente protelatório do réu decorre de atos externos ao processo, mas que acabam por alcançar este.

Por fim, observa-se que só haverá abuso do direito de defesa a partir do momento em que se abrir oportunidade para o réu se defender, o que hodiernamente ocorre com a abertura de prazo para a contestação. Antes disso,

³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. Saraiva, 2005, p. 154.

qualquer meio ilícito usado pelo réu com intuito de tumultuar o andamento do processo será classificado como manifesto propósito protelatório.

2.2.5. Perigo da irreversibilidade

Ao disciplinar a antecipação da tutela, o legislador considerou por bem dispor que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (artigo 273, §2º, do Código de Processo Civil), em respeito ao princípio constitucional do devido processo legal.

Ao se antecipar a satisfação do autor, deve restar preservado o direito do réu à reversão do provimento, na hipótese deste vir a ser vitorioso ao final do processo.

Com relação ao *periculum in mora*, este deve ser evitado para o demandante, mas não a ponto de repassá-lo para o demandado (*periculum in mora inversum*). Em sendo este o caso, deverá o magistrado salvaguardar o provimento final.

Ao se antecipar a tutela, prestigia-se o princípio da efetividade em detrimento ao da segurança jurídica. No entanto, como tais princípios devem coexistir harmonicamente, condiciona-se a antecipação à possibilidade de reversão da medida, respeitando-se assim as técnicas mais adequadas à solução de conflitos aparentes entre princípios.

Diante desse contexto, questiona-se acerca da possibilidade de se conceder uma antecipação que importe em satisfação irreversível. Enfrentado o tema, Bedaque³² expõe que, havendo situações extremas, deve-se permitir a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, se for esta a única forma de evitar o perecimento do direito. É o caso, por exemplo, das ações que discutam valores como proteção da vida e da saúde.

Em todo caso, o que não se pode admitir é que o Estado, detentor da função jurisdicional, sujeite o titular de um direito a percorrer o árduo caminho de um processo para, ao final, reconhecer a existência de seu direito, que se encontra totalmente destruído pela ação do tempo. Não há aí justiça nem segurança jurídica.

³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: Tentativa de sistematização. Malheiros, 2001.

Analisando o tema da irreversibilidade da tutela antecipada, assim decidiu, em acórdão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³³:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA.

TRATANDO-SE DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, COM PEDIDO DE RETOMADA DOS BENS MÓVEIS LOCADOS, O CASO É DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA GENÉRICA PREVISTA NO ART. 273 DO CPC, OU SEJA, NÃO É CASO DAS TUTELAS DE URGÊNCIAS PREVISTAS EM OUTROS REGRAMENTOS PROCESSUAIS OU LEGAIS. NO CASO, ESTÃO PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC, POIS A INADIMPLÊNCIA É FATO INCONTROVERSO, IMPLICANDO EM VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. A TESE DE NECESSIDADE DE USO DOS EQUIPAMENTOS NÃO JUSTIFICA A INADIMPLÊNCIA. POR FIM, A “IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA” NÃO É REQUISITO OBRIGATÓRIO PARA CONCESSÃO DE TODA TUTELA ANTECIPADA.

NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. UNÂNIME.

[...]

Por fim, é importante salientar que **o requisito “irreversibilidade da medida” não tem sido exigido irrestritamente**, pois, se assim o fosse, poucas tutelas antecipadas seriam concedidas diante da inevitável “irreversão” para uma das partes.

É justamente nesse sentido que leciona a doutrina: “Mas essa exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas conseqüências, pode conduzir à inutilização da antecipação de tutela. Deve ser abrandada de forma a que se preserve o instituto. Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a medida antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, dentre outros - , o seu deferimento é essencial, para que se evite um ‘mal maior’ para a parte requerente” (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Podivm, 2ª ed., 2008, p. 629). (grifo nosso). (TJRS. Agravo Interno nº. 70031385677. 16ª Câmara Cível. Rel. Ergio Roque Menine, j. 17/09/2009).

Em algumas situações extremas, os direitos contrapostos são tão conflitantes que a proteção de um deles importará o completo desaparecimento do outro. A esse respeito, Zavascki³⁴ cita o exemplo de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega por estar pendente a realização de exame sanitário. Se por algum motivo, como a greve dos funcionários, por exemplo, não se realiza o exame, o dono da mercadoria ingressará com pedido de liberação da mesma. Nesse caso, o juiz se deparará diante da seguinte problemática: se conceder a liminar, liberando a mercadoria para comercialização, a posterior realização de exame sanitário já não mais fará sentido, e a segurança jurídica a que faz jus o demandado restará prejudicada. Já se

³³ Inteiro teor do acórdão disponível no ANEXO B.

³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. Saraiva, 2005.

indeferir a antecipação de tutela, compromete-se a efetividade, uma vez que a mercadoria se deteriorará até a formação da cognição plena, não mais sendo útil a liberação do produto.

Em situações como essa, um dos direitos fundamentais (a segurança jurídica ou a efetividade), por serem incompatíveis um com o outro na essência, terá que ser sacrificado.

Acerca da possibilidade de reversão do provimento, ensina Amaral³⁵:

A figura da irreversibilidade não pode ser analisada solitariamente; deve ser interpretada sistemática e teleologicamente no contexto geral da tutela antecipatória. Em interpretação teleológica, conclui-se que se a irreversibilidade for encarada de forma absoluta, pouquíssimos seriam os casos de antecipação de tutela.

Em sua conclusão, Amaral³⁶ estabelece:

Por todo o exposto, é possível afirmar que a irreversibilidade não pode ser tida de forma absoluta e concebida como barreira intransponível para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela. É certo que existirão situações em que haverá o confronto entre direitos fundamentais dos litigantes; provavelmente, de um lado, estará o direito à efetividade da tutela jurisdicional e, de outro, o direito à certeza e segurança jurídica. Nessas ocasiões, devidamente analisadas e sopesadas pelo julgador, com a finalidade de restaurar ou manter a ordem jurídica justa, poder-se-ão tornar maleáveis as regras e princípios atinentes ao processo, aplicando-se a lei ao caso concreto. Porém, somente isso não basta; deverá o julgador buscar pela solução mais justa, sendo que, para isso, será perfeitamente possível o sacrifício de um direito menos provável em benefício de um direito que se apresente dotado de maior probabilidade. .

Por derradeiro, importante observar que casos como o exposto acima são raros, prevalecendo a regra da reversibilidade das tutelas antecipadas.

2.2.6. Antecipação dos pedidos incontroversos

Outra hipótese de concessão da tutela antecipada encontra-se prevista no parágrafo 6º do artigo 273, do Código de Processo civil. Trata-se da antecipação de um ou mais pedidos, ou ainda de parcela de um pedido, quando esses restarem incontroversos.

³⁵ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 122.

³⁶ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 127.

Nessa modalidade de antecipação, ao contrário do que ocorre nas hipóteses previstas nos incisos I e II do *caput* do artigo 273, a cognição é exauriente, uma vez que pautada no juízo de certeza, em decorrência de se tratar de questão incontroversa.

Não se trata, pois de tutela de urgência, mas sim hipótese de entrega definitiva do bem jurídico pretendido pelo autor, sendo desnecessária a presença dos requisitos para a concessão da antecipação de tutela, tais como verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável, ante a ausência de dúvida acerca de determinado pedido, que restou incontroverso, isto é, assegura-se ao requerente a tutela de um direito seu que o próprio réu não contestou.

São pressupostos para a antecipação dos pedidos incontroversos:

Como pressuposto, tem-se a necessidade de os pedidos cumulados encontrarem-se em estágios distintos, de modo que um ou alguns deles estejam aptos ao pronto julgamento e os demais necessitem de dilação probatória.

Em outros termos, faz-se mister que um ou alguns dos pedidos envolvam apenas questões de direito material, vez, nesse caso, ser desnecessária dilação probatória, pois os pedidos estarão incontroversos.

Assim, para que um pedido torne-se incontroverso, faz-se necessário que o réu não conteste um ou alguns fatos alegados pelo autor, pois, deste modo, incidirá sobre os mesmos os efeitos da revelia, tendo como consequência a presunção de veracidade de tais fatos³⁷.

Desta feita, nesta hipótese, o que temos é um pedido ou parte dele que direta ou indiretamente o réu reconhece o direito do autor. Portanto, não há que se falar em reversibilidade da tutela antecipada, uma vez que o juiz baseia-se no juízo de certeza, isto é cognição exauriente, ao antecipar os pedidos que restaram incontroversos.

³⁷ ROCHA, Nâncy Di Cárly de Almeida. **Tutela antecipada em decorrência de pedidos incontroversos.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 12 de março de 2009. Acesso em: 10.01.2013.

2.3. Procedimentos na antecipação de tutela

2.3.1. Da necessidade de requerimento da providência

Conforme preceitua o *caput* do artigo 273, do Código de Processo Civil, a concessão da tutela antecipada é adstrita ao requerimento da parte, não se admitindo a antecipação *ex officio*.

Corroboram com tal entendimento alguns princípios processuais, dentre eles o da demanda, da iniciativa da parte, o da adstrição do juiz ao pedido e o princípio dispositivo, previstos inclusive, no Código de Processo Civil:

Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais;

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

Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte [...].

Dessa forma, a atividade jurisdicional é limitada pelos parâmetros definidos pelas partes. Nesse sentido é o entendimento de Wambier³⁸, pelo qual o requerimento é pressuposto intransponível para a concessão da tutela antecipada.

Mesmo assim, há uma parte minoritária da doutrina que defende a possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença sem que haja o requerimento da parte, e assim o fazem com base nos princípios constitucionais da tutela efetiva e/ou da dignidade da pessoa humana³⁹.

Entendemos, porém que tal posicionamento não deve prosperar, uma vez que a parte interessada é a melhor pessoa para avaliar sobre a conveniência e oportunidade da antecipação da tutela, mesmo porque será ela responsável por eventuais prejuízos, sobretudo se constatado ao final da lide que não era o autor o titular da pretensão resistida.

³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. RT, 2007.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 1144.

2.3.2. Legitimidade para requerer

Numa primeira análise, a conclusão a que se chega é de que tão somente o autor pode requerer a antecipação da tutela, uma vez que a mesma refere-se à antecipação dos “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial” (artigo, 273, *caput*, do Código de Processo Civil). No entanto, a interpretação literal não é a mais adequada para a máxima efetividade do processo.

Há situações em que o réu, além de se defender, também faz pedidos e, neste caso, estando presentes os requisitos, admitir-se-á a antecipação a pedido do réu.

É o que ocorre, por exemplo, na reconvenção, em que o réu, no momento da resposta, propõe contra o autor ação a ser instaurada no mesmo processo, sempre que em conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

Outra hipótese de antecipação dos efeitos da sentença requerida pelo réu é nas ações dúplices, em que se admite a formulação de pedidos na própria contestação, sem necessidade de reconvenção, isto porque nesta hipótese singular de ação o pedido de improcedência do pedido do autor já é o suficiente para o bem da vida disputado, assim ao contestar, o réu passa automaticamente a assumir também uma postura ativa no processo. A ação é considerada dúplice porque o autor e réu, a partir da contestação, passam a ter posições ativas e passivas no processo.

Para a doutrina majoritária também são aptos a pedir a tutela antecipada: o denunciante em relação ao denunciado, na denunciação à lide; o oponente, na oposição; o assistente; o Ministério Público, quando atuar como *custus legis*; e ainda, no chamamento ao processo, pode o autor requerer a antecipação em face do réu originário ou dos chamados à lide.

Em síntese, Machado⁴⁰ (1999, p. 630), preleciona que:

Detêm legitimidade para requerer a antecipação de efeitos o autor da ação de conhecimento, o Ministério Público, autor da ação civil pública, como também o réu quando promove reconvenção, declaratória incidental, denunciação da lide ou deduz contestação em ação dúplice (inclusive no procedimento sumário, quando deduz pedido contraposto).

⁴⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 630.

Contudo, para o referido autor, o Ministério Público não é parte legítima para requerer a tutela antecipada nos casos em que atua como substituto processual do réu, assistente da parte ou fiscal da lei. Concordamos com o autor e ainda vamos além. Como o art. 273, *caput* do Código de Processo Civil expressa que a tutela antecipada depende da parte interessada, o Ministério Público, na função de *custus legis*, ao fiscalizar o bom funcionamento do referido artigo deve deixar à parte interessada o ônus do pedido de concessão da tutela antecipada, pois se assim não fosse estaria atuando em benefício de uma das partes.

Contudo, como corretamente aponta Neves⁴¹, a função de fiscal da lei não impede que o Ministério Público peticione para recordar que a parte tem direito à tutela antecipada expondo os requisitos para a concessão. Nesta hipótese o promotor estaria deixando a decisão de requerer tal concessão para a parte interessada, mas recordando-o da existência de direito à antecipação da tutela.

2.4. O princípio do contraditório e os momentos para a concessão da tutela

Por força do princípio do contraditório, o juiz tem a obrigação de ouvir o demandado antes de decidir o pedido da tutela. A concessão da tutela antecipada antes da ouvida do réu só será permitida quando o caso concreto o exigir, visto que nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo.

Assim sendo, quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera parte*, o que não constitui ofensa, mas limitação imanente do contraditório, deferido para o momento posterior do procedimento.

Neste sentido, vejamos:

Somente se justifica conceder uma tutela de urgência de natureza satisfativa antes da oitiva do réu em situações de extrema urgência, nas quais a mera espera da citação e resposta do réu já seja suficiente para o

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 1175.

periclitamento do direito do autor. Também a hipótese de a ciência motivar o réu a adotar alguma conduta que venha a frustrar a eficácia de uma futura antecipação de tutela pode justificar no caso concreto sua concessão liminarmente. Resumidamente, só se justifica a tutela antecipada antes da citação se a convocação do réu prejudicar a eficácia da medida.⁴²

Portanto, se já presentes os pressupostos legais no momento da propositura da ação (a verossimilhança e a situação de perigo), nada impede que a antecipação seja concedida antes mesmo do ingresso do réu no processo.

Em se tratando da concessão após o término da fase de instrução, a doutrina ainda apresenta muitas divergências. Mesmo assim, permite-se que a parte autora requeira a antecipação e que o juiz a conceda, através de decisão interlocutória.

Esse é o entendimento de Marinoni⁴³:

No mesmo momento em que é proferida a sentença, o juiz, poderá, antes da sentença, e através de decisão interlocutória, conceder a tutela antecipatória. Não pode concedê-la na própria sentença, porque o recurso adequado para o réu impugnar a antecipação de tutela é o agravo, sem efeito suspensivo, e o recurso da sentença é a apelação, que tem esse efeito.

Diferentemente, Bedaque⁴⁴ estabelece que, se em uma mesma peça, proferida a sentença e deferida a tutela antecipada, há aí independência entre as duas esferas de decisão. Melhor dizendo: o fato de os provimentos constarem de uma mesma peça, não iguala suas respectivas naturezas, nem os sujeita aos mesmos efeitos. Dessa forma, da interlocutória de antecipação de tutela, cabe agravo de instrumento, sem efeito suspensivo, o qual poderá ser concedido pelo relator, se for o caso; da sentença, o recurso cabível será o de apelação, com duplo efeito, conforme o caso.

Contudo, este entendimento não nos parece o mais correto. Se observarmos o processo por sua ótica eficaz e célere, apresentar dois recursos distintos para a mesma decisão, na prática seria como 'andar na contramão'. Ora, se por óbvio o maior problema para a atual crise do Poder Judiciário é a quantidade de recursos pendentes para julgamento, de que forma apresentar um Agravo e uma Apelação contra a mesma decisão seria a solução de um problema? Simplesmente não seria.

⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 1177.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**. São Paulo: RT, 2002, p. 134.

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: Tentativa de sistematização. Malheiros, 2001.

Entendemos que da sentença que conceder a tutela antecipada caberá apenas o recurso de Apelação, sem efeito suspensivo. Este é o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁵.

A questão da possibilidade de antecipação no momento da sentença, como se pode perceber, é bastante controvertida na doutrina. Ainda assim, entendemos que é possível que se antecipe a tutela na própria sentença, uma vez que desta cabe apelação, normalmente recebida no seu duplo efeito, e dessa forma, a antecipação tem como consequência justamente retirar o efeito suspensivo da apelação, permitindo a execução provisória.

Se assim não fosse, não se cumpriria o mandamento constitucional da efetividade do processo nos casos em que aguardar o julgamento do recurso implicaria em grande prejuízo, senão intransponível.

Há ainda grande discussão a respeito da possibilidade de antecipação de tutela quando a fase processual já se encontra em grau recursal. Nesta esfera devemos analisar duas vertentes. A primeira quando o juízo *a quo* indefere o pedido de tutela antecipada, nesta hipótese não resta dúvida sobre a possibilidade de antecipação de tutela através da esfera recursal. A decisão que rejeita a concessão da tutela tem natureza jurídica de decisão interlocutória, e assim sendo a parte interessada poderá impugná-la por meio de Agravo de Instrumento e requerer a tutela perante o juízo *ad quem*⁴⁶.

Contudo, a discussão sobre a tutela antecipada recursal encontra-se mais complexa quando analisada perante a possibilidade de impugnação através de Apelação.

A forma procedimental do Agravo de Instrumento em muito se difere da Apelação. Naquela, o recurso é distribuído diretamente perante o tribunal e não passa a sofrer o juízo de admissibilidade no órgão *a quo*, ademais este recurso objetiva exatamente a revisão da decisão interlocutória que indeferiu a tutela antecipada. Contudo, no recurso de Apelação é obrigatória a interposição perante o juízo *a quo*, ou seja, deve-se aguardar o trâmite processual entre a primeira instância e o tribunal. Eis um grande problema. É notório que o interessado no

⁴⁵ STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 723.547/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29.11.2007, DJ 06.12.2007, p. 312; AgRg no Ag 517.887/SP, 6ª Turma, rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, j. 27.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 315. *Informativo* 305/STJ, 3ª Turma, REsp 267.540/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 2.11.2006.

⁴⁶ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Tutelas de urgência em grau recursal**. In Doutrinas Essenciais – Processo Civil, vol. 5, São Paulo: RT, 2012, p. 269.

deferimento da tutela antecipada tem urgência, e esta urgência não se pode aguardar o longo período entre o juízo de admissibilidade *a quo* e *ad quem*. Para solucionar esta situação impar, a doutrina divide-se principalmente em duas correntes.

Para Zavascki⁴⁷, “a questão é de ordem prática, ou seja, de como levar o pedido ao tribunal se os autos lá não chegaram. Para superar tal dificuldade a solução possível é admitir, em caráter excepcional, a via autônoma do mandado de segurança contra ato judicial”.

Já para Carneiro⁴⁸, a via correta seria por medida cautelar inominada:

Parece-nos que, durante o lapso da interposição do recurso e a entrada do processo no protocolo do tribunal ‘*ad quem*’, cumprirá aplicar à AT, *analogicamente*, o procedimento incidental previsto no art. 800, parágrafo único, para as medidas cautelares.

Parece-nos que ambas as correntes estariam corretas. Nas duas hipóteses há um caminho processual adequado que direciona a discussão referente à tutela antecipada antes que os autos cheguem ao tribunal. Porém há uma terceira corrente com uma solução mais célere, contudo ainda pouco eficaz. Nesta corrente defendida por Neves⁴⁹, a solução seria apresentar uma simples petição ao tribunal enquanto os autos do processo não chegassem a este. Contudo esta solução nos parece ainda pouco madura. A primeira dificuldade seria convencer o cartório distribuidor do tribunal a aceitar uma petição simples antes dos autos serem recebidos e distribuídos, já a segunda seria obter um deferimento pelo Relator do recurso ou pelo Presidente do tribunal em uma petição que sequer foi autuada.

⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 82.

⁴⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 96.

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 1183.

2.5. Da decisão

2.5.1. Necessidade de motivação

Para deferir ou indeferir um pedido de antecipação de tutela, além de serem apresentadas todas as exigências, cabe ao juiz, consoante o § 1º do artigo 273 do Código de Processo Civil, indicar clara, precisa e obrigatoriamente, as razões do seu convencimento, ainda que de forma concisa.

Isso porque além de toda decisão ser um ato declaratório, de vontade (assentado num juízo lógico) e de justiça (convence as partes e a opinião pública), a concessão da tutela antecipada tem caráter discricionário e, portanto o juiz não pode limitar-se a declarar: ‘Defiro o pedido, nos termos da lei’; ‘Presentes os requisitos do art. 273, defiro a tutela antecipada’; ou ainda ‘Indefiro por falta de amparo legal’, pois esta seria uma decisão lacônica, e decidir não é apenas julgar; é optar volitivamente entre duas ou mais alternativas igualmente possíveis e legítimas.

Por fim, importante se faz observar que toda decisão deve ser acompanhada de motivação, por força do artigo 165 do Código de Processo Civil: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

Na Constituição Federal de 1988 também há disposição relativa à necessidade de fundamentação das decisões judiciais:

Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (g. n.).

Assim, ainda que o artigo 273 do Código de Processo Civil não dispusesse expressamente acerca da necessidade de motivar a decisão que antecipa a tutela, a motivação seria indispensável, vez que é exigida pela Lei Maior.

2.5.2. Da revogação ou modificação

Como se viu, as medidas antecipatórias podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo (artigo 273, § 4º) já que a precariedade é elemento de toda a decisão sobre tutela provisória, assim como nas medidas cautelares (art. 807 do Código de Processo Civil Brasileiro).

De acordo com expressão “a qualquer tempo”, entende-se que o próprio órgão jurisdicionado que concedeu a antecipação da tutela poderá revogá-la ou modificá-la, enquanto não cessar o seu ofício jurisdicional, a partir de quando não mais poderá modificar a sentença senão nas hipóteses do artigo 463 do Código de Processo Civil:

Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
II - por meio de embargos de declaração.

A modificação ou revogação da tutela já antecipada poderá ocorrer, parcial ou integralmente: em função da mudança do estado da prova ou então com a demonstração de que o direito que aparentava ser verossímil é, na verdade inverossímil (ou vice-versa).

Acerca do tema, ensina Amaral⁵⁰:

Genericamente, é possível admitir duas hipóteses que podem acarretar a revogação ou a modificação da tutela antecipatória. A primeira diz respeito ao desaparecimento ou, até mesmo, à verificação da inexistência do *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*, provados por meio de documentos ou testemunhas; a segunda diz respeito ao conhecimento do juiz acerca dos fatos narrados, propiciado pelo contraditório, em que tem a oportunidade de conhecer as razões do réu, o que poderá gerar uma revisão da decisão (fundada em juízo de probabilidade ou verossimilhança), acarretando a revogação ou modificação da tutela antecipatória (grifo do autor).

Por fim, faz-se importante observar que a revogação ou modificação da tutela antecipada depende de requerimento da parte interessada. Ora, se para a concessão da antecipatória é imprescindível o requerimento, consoante expressa disposição de lei, à sua modificação ou revogação também será imprescindível a

⁵⁰ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Tutela antecipatória. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 81.

manifestação da parte demandada. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestou nesse sentido⁵¹:

RECURSO - Agravo de Instrumento - Ação de consignação em pagamento - Insurgência contra r. decisão que reconsiderou pronunciamento anterior e indeferiu a concessão de tutela antecipada para o depósito dos valores incontroversos - Admissibilidade - Inteligência do art. 471 do CPC - Aplicabilidade do parágrafo 4º do art. 273, do CPC, observada a necessidade de pedido expresso da parte contrária, o que não houve no caso ora em julgamento - Recurso provido.

[...]

Quando o parágrafo 4º do artigo 273 do CPC autoriza a revogação ou modificação da tutela antecipada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, evidentemente sua exegese deve levar em conta o comando estabelecido no dispositivo legal anteriormente explicitado, vale dizer, há que ocorrer pedido expresso da parte contrária nesse sentido, o que não houve no caso ora em julgamento (grifo nosso). (TJSP. Agravo de Instrumento nº. 7.295.564-7. 18ª Câmara de Direito Privado. Rel. Roque Mesquita, j. 19/01/2009).

Diferentemente, Machado⁵² considera que a revogação da tutela antecipada pode sim se dar por meio de pronunciamento *ex officio* do magistrado:

Outra questão que não podemos deixar de abordar ao tratarmos da revogação da tutela antecipada é a relativa à possibilidade, ou não, de pronunciamento de ofício do órgão jurisdicional. Quanto à dúvida, posicionamo-nos no sentido de que tanto a revogação, como a modificação, da tutela antecipada, seja ela acautelatória, seja ela sancionatória, sempre pode ser decretada *ex officio* pelo juiz ou relator. Afinal de contas, a antecipação da tutela corresponde a modalidades excepcionais de prestação jurisdicional que são estabelecidas pela lei não apenas como benefício a favor do demandante, mas também como benefício a favor do próprio processo, enquanto forma institucional de solução de litígios [...].

Ousamos discordar do entendimento acima exposto. Como já dito, se para o mais (concessão da tutela antecipada) é necessário o requerimento fundamentado da parte, para o menos (a revogação ou modificação) não poderá ser diferente, sendo, pois imprescindível a manifestação da parte interessada. Esta é a vertente do princípio constitucional da isonomia.

⁵¹ Inteiro teor do acórdão disponível no ANEXO C.

⁵² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 581.

2.5.3. Natureza do provimento jurisdicional que antecipa os efeitos da tutela

Uma vez verificada que a concessão da tutela antecipatória constitui, como regra, uma decisão interlocutória, insta analisar qual a eficácia do referido ato.

Para Zavascki⁵³, eficácia compreende a aptidão que emana de determinado ato no sentido de produzir seus efeitos no âmbito jurídico. No caso específico da eficácia de um ato jurídico, os efeitos não se operam apenas no mundo jurídico, mas também no mundo fático.

De acordo com a classificação de Pontes de Miranda⁵⁴ acerca das espécies de ação, temos que cada tipo de sentença apresenta determinada carga de eficácia preponderante (uma vez que as sentenças não são puras, apresentando diversas cargas de eficácia; porém sempre há uma carga preponderante). Dessa forma, quando se está diante de uma sentença constitutiva, por exemplo, tem-se também, uma certa carga de declaração, ou ainda de condenação.

No caso da decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela é preponderante a carga de eficácia mandamental, admitindo-se ainda casos em que coexistem a eficácia mandamental e a executiva *lato sensu*, como bem explica Amaral⁵⁵:

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.

Apenas para concluir, a decisão que defere a tutela antecipada poderá prever aplicação de multa diária, a fim de evitar o descumprimento da medida, o que constitui característica da tutela mandamental.

⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. Saraiva, 2005.

⁵⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. t.1. São Paulo: RT, 1970.

⁵⁵ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 139.

2.6. Recurso cabível à antecipação de tutela

Para que se possa identificar qual o recurso cabível à decisão que antecipa os efeitos da tutela, necessário faz-se, antes de tudo, identificar qual a natureza jurídica do ato judicial que antecipa a tutela.

Consoante o artigo 162 do Código de Processo Civil, são atos do juiz a sentença, a decisão interlocutória e os despachos. A antecipação de tutela se dá por meio de decisão judicial, que não põe fim ao processo. Logo, não se trata de sentença, cuja característica primordial é colocar fim ao litígio. Também não se trata de despacho, que se limita a dar andamento ao processo, desprovido de caráter decisório.

Conclui-se, portanto, que a decisão que antecipa os efeitos da tutela constitui decisão interlocutória, passível de ser agravada na forma de instrumento ou retida nos autos.

O mais comum é que ocorra o agravo de instrumento, eis que a antecipação de tutela está relacionada a situações de urgência, tanto na hipótese do réu ter contra si decretada a antecipação, ávido por retornar ao *status quo ante*, quanto em relação ao autor, que buscará a antecipação no caso em que esta lhe foi negada inicialmente.

Contudo, conforme já posicionado anteriormente, quando a tutela antecipada é concedida na própria sentença entendemos que a natureza em si da decisão permanece como interlocutória, mas para melhor atender a eficácia processual, defendemos que nesta hipótese deve-se interpor apenas o recurso de Apelação. Trata-se de exceção à regra.

2.7. A antecipação de tutela no Juizado Especial (Lei nº. 9.099/95)

Discutia-se acerca da possibilidade de se aplicar o instituto da antecipação da tutela no Juizado Especial Civil.

A fim de sanar quaisquer dúvidas, o Fórum Nacional de Juizados Especiais⁵⁶ dispôs em seu Enunciado 26: “São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis”.

Aliás, a redação do referido enunciado foi alterada, no XXIV Fórum Nacional de Juizados Especiais, realizado em novembro de 2008, na cidade de Florianópolis, em Santa Catarina. Com a nova redação, foi suprimida a expressão “em caráter excepcional”, que constava da redação inicial do Enunciado 26.

Dessa forma, verifica-se que é cabível a tutela antecipatória no juizado especial tal qual ocorre nos procedimentos do Código de Processo Civil.

2.8. Breve diferenciação entre tutela cautelar e tutela antecipatória

Inicialmente, cumpre informar que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada constituem institutos de um mesmo gênero, qual seja, as tutelas de urgência, uma vez que visam evitar o perecimento de um direito em decorrência da demora na prestação jurisdicional.

A tutela cautelar é um processo acessório, podendo ser preparatória ou incidental, e tem por objetivo máximo impedir que o perigo de dano ou lesão comprometa a obtenção da prestação jurisdicional efetiva, ou seja, visa assegurar que o objeto pretendido na ação principal não se torne inútil pela ação do tempo.

O processo cautelar está previsto no Código de Processo Civil, Livro III, e suas disposições gerais compreendidas nos artigos 796 e seguintes.

Os pressupostos do processo cautelar são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O primeiro diz respeito à tutela de um direito restar “comprometida, irremediavelmente, pela demora processual”, e o segundo relaciona-se com a “probabilidade de êxito da pretensão”⁵⁷

⁵⁶ O Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE – foi criado em 1997 e tem a função precípua de uniformizar entendimentos e padronizar procedimentos relativos à Lei nº. 9.099/95, por meio da edição de enunciados e recomendações. Mais informações disponíveis em: <http://www.fonaje.org.br>.

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. V. Campinas: Millennium, 1999, p. 434.

Já na tutela antecipada, são necessários os seguintes requisitos: prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda a caracterização de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Ao discorrer acerca das diferenças entre a tutela cautelar e a antecipatória, Marques⁵⁸, ensina que:

Há importantes distinções entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. A primeira delas está no fato de que a tutela cautelar exige processo à parte e específico, enquanto a tutela antecipatória é requerida e concedida, diretamente, na ação principal. A segunda importante distinção está no fato de que a tutela cautelar é sempre provisória e garante uma pretensão, enquanto a outra antecipa e realiza, de imediato, a pretensão contida no pedido feito na ação principal.

Outro importante aspecto de divergência reside no fato de que a tutela cautelar tem por finalidade assegurar o resultado útil do processo, ao passo que a antecipatória, uma vez concedida, antecipa o bem da vida pretendido no processo. Daí dizer-se que a tutela cautelar não é satisfativa, ao contrário da tutela antecipada, que é essencialmente satisfativa.

Não obstante, a jurisprudência também distingue os referidos institutos processuais:

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO — TUTELA ANTECIPATÓRIA E TUTELA CAUTELAR: INSTITUTOS DE NATUREZAS DIVERSAS — DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA — AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL — RECURSO PROVIDO.

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

A tutela antecipatória do art. 273 do CPC, deferida em ação de conhecimento, tem como característica a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado. Se a liminar contiver tutela que apenas garante o resultado final da lide, de tutela antecipada não se trata, mas sim de tutela cautelar.

A decisão concessiva de antecipação de tutela deve ser fundamentada, a teor do disposto nos arts. 273, § 1º, do Estatuto Processual e 93, IX, da Constituição Federal, referindo, inclusive, os pressupostos relacionados à prova inequívoca e à verossimilhança e apontando os elementos de prova suficientes.

(TJSC. Agravo de Instrumento n. 1997.001037-0. 2ª Câmara de direito Cível. Rel. Des. Anselmo Cerello. j. 13.11.1997).

⁵⁸ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. V. Campinas: Millennium, 1999, p. 425.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

EMENTA: Agravo de instrumento - Tutela antecipada não se confunde com medida liminar, eis que nesta a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido da ação. Provimento do recurso, para cassar a decisão recorrida que, rotulada de tutela antecipada, concedeu medida cautelar, incabível em ação ordinária - Provimento do agravo. (TJRJ. Agravo de Instrumento n. 1996.002.04266. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Miguel Pacha. j. 10/12/1996).

Além disso, a tutela antecipada tem caráter eminentemente satisfativo, na medida em que satisfaz o bem pretendido na lide antes mesmo da conclusão desta. Diferentemente, a cautelar não é satisfativa, visando tão somente assegurar o resultado prático do processo.

Observa-se, assim, que apesar de a tutela cautelar e de a tutela antecipatória apresentarem pontos de congruência, tratam-se de institutos processuais diversos, aptos a alcançarem diferentes objetivos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou explicar acerca do tema da efetividade do processo, com especial enfoque ao instituto da antecipação da tutela.

Para tanto, iniciou-se com uma breve análise da evolução histórica do processo civil, o que permitiu observar que, em linhas gerais, o processo civil passou por três fases distintas, a saber:

- Sincretista, marcada pela confusão do direito material com o direito processual;
- Autonomista, em que os institutos processuais eram analisados cientificamente, e não raro sobrepunham-se ao próprio direito material;
- Instrumentalista, em que os institutos processuais já se encontram profundamente estudados, em decorrência da fase anterior, passando-se assim à preocupação com o acesso à justiça e a efetividade do processo.

A seguir, passou-se ao estudo da cognição, que se dá em dois planos: horizontal, em que a cognição pode ser plena ou parcial; e vertical, pelo qual a cognição subdivide-se em exauriente e sumária. A análise das técnicas de cognição é importante na medida em que os diferentes tipos de pronunciamentos jurisdicionais são dotados de diversas cargas cognitivas. Assim, a decisão que antecipa os efeitos da tutela apresenta grau de cognição diverso da decisão que, por exemplo, põe fim ao processo, isto é, a sentença.

Na seqüência, procedeu-se à classificação da tutela jurisdicional. Neste ponto, preferiu-se adotar a classificação quinária, que compreende as:

- tutela declaratória;
- tutela constitutiva;
- tutela condenatória;
- tutela executiva *lato sensu*;
- tutela mandamental.

Assim pensamos ainda que em detrimento da classificação trinária, que aceita tão somente as tutelas declaratória, constitutiva e condenatória. A adoção da classificação quinária decorreu do fato de que a previsão de cinco espécies de

tutelas serve melhor ao propósito de classificar os possíveis pronunciamentos jurisdicionais, sendo, pois mais adequada.

Passando-se à questão da efetividade do processo, observou-se inicialmente que o Estado monopoliza o poder de dizer o direito, proibindo-se assim a autotutela. Em contrapartida, o Estado confere ao cidadão o direito de ação, o que, aliás constitui um direito fundamental. Surge, neste ponto, a preocupação com a efetividade do processo: uma vez que é defeso ao indivíduo resolver por conta própria uma pretensão resistida, devendo recorrer ao Poder Judiciário, o que se espera é um processo efetivo, ou seja, que o indivíduo que teve um direito lesado, veja satisfeita sua pretensão em tempo hábil.

No entanto, a entrega rápida de uma tutela colide frontalmente com os conceitos da segurança jurídica e do devido processo legal.

Na busca de solução para tal celeuma, a legislação processual civil passou e vem passando por diversas reformas, o que não resolveu efetivamente o problema, mas já constitui um passo na busca por um processo eficaz.

Dentre as reformas ocorridas, chama a atenção à inclusão do instituto da tutela antecipada no direito pátrio, objeto de estudo da segunda parte do presente trabalho.

Com a antecipação da tutela, o demandante pode obter a antecipação da própria pretensão material deduzida na inicial. Para tanto, há uma série de requisitos a serem observados, sendo eles, em linhas gerais:

- a) Verossimilhança da alegação;
- b) Prova inequívoca;
- c) Ocorrência de:
 - fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
 - abuso do direito de defesa; ou
 - manifesto propósito protelatório do réu.

Não obstante, a antecipação de tutela não terá lugar quando importar irreversibilidade do provimento antecipado, uma vez que se deve preservar o direito de o réu reverter a medida caso venha a ser considerado vitorioso ao final do processo, ressalvadas as hipóteses em que se antecipa a tutela, ainda que de forma irreversível, diante da natureza do direito pleiteado em juízo (direito à vida, por exemplo).

Com relação ao procedimento da antecipação de tutela, é imprescindível que haja o requerimento da parte interessada, sendo defeso ao magistrado concedê-la de ofício.

A tutela antecipatória será deferida via de regra, após a ouvida do requerido, em respeito ao princípio do contraditório. No entanto, tratando-se de hipótese em que a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela admitir-se-á a concessão *inaudita altera parte*.

Ao decidir pela antecipação do provimento pleiteado, o juiz deverá anotar os motivos que o levaram àquela decisão, em respeito ao que estabelece o §1º do artigo 273, do Código de Processo Civil. Além disso, admite-se a revogação ou a modificação da medida antecipatória, o que também deverá ser precedido de requerimento da parte interessada.

A decisão que concede ou denega a antecipação de tutela, por se tratar de uma decisão interlocutória, é atacável por meio de recurso de agravo, no mais das vezes na forma de instrumento.

Observa-se, ainda, que é admissível no âmbito dos Juizados Especiais a concessão da tutela antecipada, nos moldes do procedimento do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Por fim, verifica-se que a tutela antecipada, tal qual a cautelar, constitui espécie do gênero das tutelas de urgência, mas enquanto a primeira é satisfativa, a segunda limita-se a assegurar o resultado útil do processo, sendo acessória deste.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALVIM, Arruda. Direito processual civil. V. 1. Coleção estudos e pareceres – II. São Paulo: Editora RT, 2001.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela antecipada**. Juruá, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: Tentativa de sistematização**. Malheiros, 2001.

BRASIL. **Código de processo civil**. Organização de textos, notas remissivas e índices por NELSON NERY ÚNIOR; ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. 9ª. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

BRASIL. **Lei n. 10.444**, de 07 de maio de 2002. Dispõe sobre a antecipação da tutela.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

CAVALCANTE JÚNIOR, Francisco Silva. **Ensaio em psicologia social**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONRADO, Paulo César. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; TADIM, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: Editora RT, 2006.

D' ANGELO, Suzi; D' ANGELO, Elcio. **Tutela antecipada**. Campinas: LZN, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tutela antecipada**. Campinas: LZN, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Leituras complementares de processo civil**. 3ª. ed. São Paulo: Juspodivm, 2005.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. Técnicas de efetivação e classificação das tutelas jurisdicionais. In: **Páginas de Direito**. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070618tecnicas_nicole.php#ref39. Acesso em: 07.jan.2013.

FRANZE, Luis Henrique Barbante. **Tutela antecipada recursal**. Juruá, 2008.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil**. Bookseller, 2002.

LIMA, Vanderlei Ferreira de. **A tutela jurisdicional específica no mandado de segurança** (artigo 461 do Código de Processo Civil). 214 f. Dissertação (Mestrado)-Centro de Pós-Graduação, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2002.

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

_____. **Ação declaratória**. 5ª. ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. As ideologias do processo e a ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2005. p. 204-214.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**. São Paulo: Editora RT, 2002.

_____. **Antecipação de tutela**. Malheiros, 2004.

_____. **Processo cautelar**. Editora RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. V. Campinas: Millennium, 1999.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Tutelas de urgência em grau recursal**. *In* Doutrinas Essenciais – Processo Civil, vol. 5, São Paulo: Editora RT, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. t.1. São Paulo: Editora RT, 1970.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora RT, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2011.

ROCHA, Nâncy Di Cárilly de Almeida. **Tutela antecipada em decorrência de pedidos incontroversos**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 12 de março de 2009. Acesso em: 10.01.2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 1. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43. n. 172, p. 23-35, out./dez. 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume I, 47ª. ed. Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). **Curso avançado de processo civil**. Editora RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3ª. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. Saraiva, 2005.

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

ANEXOS

ANEXO A – Jurisprudência

TJSP. Embargos de Declaração nº. 7280336001. 19ª Câmara de Direito Privado. Rel. Ricardo Negrão, j. 03/08/2009.

VOTO Nº : 12.561

EDEC.Nº : 7.280.336-0/01

COMARCA: SÃO PAULO

EBTE. : HSBC BANK BRASIL S/A

EBDO. : EIKI SATO E OUTROS

RECURSO - Embargos de declaração - Aresto que em recurso de apelação reconhece nulidade de intimação da sentença — Precedente aresto em sentido contrário proferido em agravo de instrumento — Coisa julgada não violada — Inteligência do art. 469, III, do CPC - **Decisão com cognição não exauriente - Inexistência de coisa julgada material** - Nulidade incorrente – Embargos declaratórios rejeitados

Trata-se de embargos declaratórios opostos por HSBC Bank Brasil S/A ao v. aresto de fl. 552-555 que, por maioria de votos, conheceu o recurso de apelação interposto pelos ora embargados e lhe deu provimento para anular a sentença de primeiro grau.

Afirma que o aresto viola coisa julgada, pois precedente aresto desta Corte declarara válida a intimação em nome de Cláudio Baum" (fl.561-562). Ao final, pede o acolhimento dos aclaratórios com efeito modificativo (fl. 558-560).

É o relatório.

Inexiste o vício indicado pela instituição financeira.

Embora haja divergência entre os julgamentos do agravo de instrumento precedente - do qual o Relator sorteado participou como 2º Juiz – e a presente apelação, a decisão colegiada proferida naqueles autos não faz coisa julgada, nos termos do art. 469, III, do Código de Processo Civil.

Sobre o mencionado dispositivo, Cássio Scarpinella Bueno explica que todas as questões - que não o dispositivo da sentença - "ainda que influenciadoras em maior ou menor grau do quanto decidido e, mais, as 'questões' que necessariamente precisaram ser enfrentadas e *decididas* para que a 'parte dispositiva' fosse alcançada, não são cobertas por esta qualidade de imutabilidade" (p. 388).

Ainda quanto ao limite objetivo da coisa julgada, cumpre observar que **somente as decisões interlocutórias que veiculem tutela jurisdicional com cognição exauriente produzem coisa julgada material** (Grifo nosso).

"A ocorrência da coisa julgada pressupõe o exercício de cognição jurisdicional *exauriente* porque é ela, e não as demais classes da cognição no que diz respeito à sua profundidade, a única que representa o vetor subjacente ao instituto, o da *segurança jurídica*. Sem uma tal cognição, o que pode haver é uma maior ou menor estabilidade na decisão jurisdicional, até mesmo a ocorrência de coisa julgada *formal*, não, contudo, a coisa julgada *material*" (Cássio Scarpinella Bueno, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 2, Tomo I, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 394).

Inocorrente, portanto, a nulidade ora argüida, mas sequer suscitada em contra-razões de apelação.

Em razão do exposto, rejeitam-se os embargos de declaração.

(TJSP. Embargos de Declaração nº. 7280336001. 19ª Câmara de Direito Privado. Rel. Ricardo Negrão, j. 03/08/2009).

ANEXO B – Jurisprudência

TJRS. Agravo Nº 70031385677, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Ergio Roque Menine, Julgado em 17/09/2009

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA.

TRATANDO-SE DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, COM PEDIDO DE RETOMADA DOS BENS MÓVEIS LOCADOS, O CASO É DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA GENÉRICA PREVISTA NO ART. 273 DO CPC, OU SEJA, NÃO É CASO DAS TUTELAS DE URGÊNCIAS PREVISTAS EM OUTROS REGRAMENTOS PROCESSUAIS OU LEGAIS. NO CASO, ESTÃO PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC, POIS A INADIMPLÊNCIA É FATO INCONTROVERSO, IMPLICANDO EM VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. A TESE DE NECESSIDADE DE USO DOS EQUIPAMENTOS NÃO JUSTIFICA A INADIMPLÊNCIA. POR FIM, A “IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA” NÃO É REQUISITO OBRIGATÓRIO PARA CONCESSÃO DE TODA TUTELA ANTECIPADA.

NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. UNÂNIME.

AGRAVO	DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL
Nº 70031385677	COMARCA DE PORTO ALEGRE
SER - SERVIÇO DE DOENÇAS RENAIS LTDA	AGRAVANTE
FRESENIUS MEDICAL CARE LTDA	AGRAVADO
LIDIA BEATRIZ SA	INTERESSADA
LUIZ MARIO MAGALHAES SA	INTERESSADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao agravo interno.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES.^a ANA MARIA NEDEL SCALZILLI (PRESIDENTE) E DES. PAULO SERGIO SCARPARO.**

Porto Alegre, 17 de setembro de 2009.

DES. ERGIO ROQUE MENINE,
Relator.

RELATÓRIO

DES. ERGIO ROQUE MENINE (RELATOR)

SER – SERVIÇOS DE DOENÇAS RENAIIS LTDA, interpôs agravo interno em face da decisão (fls.95/96), que negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento nº 70031157415, por manifestamente improcedente.

Em razões, sustentou a recorrente que não foi constituída em mora. Assim não há como subsistir a decisão proferida pelo juízo singular, eis que a Jurisprudência pátria só admite a concessão de liminar em ação de reintegração de posse mediante prévia e regular notificação do devedor para fins de comprovação da mora, aliado ao fato de que para a concessão da antecipação de tutela é necessário o preenchimento dos requisitos essenciais, quais sejam, o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. Afirma que a resolução contratual indiscutivelmente passará pelo crivo do Poder Judiciário, em que pese haja cláusula avençada entre as partes no Instrumento Particular de Contrato que preveja a rescisão em caso de inadimplemento.

Tempestivo o agravo interno.

É o relatório.

VOTOS

DES. ERGIO ROQUE MENINE (RELATOR)

Assim foi proferida a decisão no agravo de instrumento nº 70031157415 (fls. 95/96):

Vistos.

SER - SERVIÇO DE DOENÇAS RENAIIS LTDA. interpôs agravo de instrumento contra decisão “a quo” que, nos autos da ação de rescisão contratual ajuizada por **FRESENIUS MEDICAL CARE LTDA.**, indeferiu o pedido de suspensão da medida de reintegração de posse.

Em suas razões, sustentou a agravante que mantém com a agravada, desde junho de 2006, contrato de locação de equipamento de hemodiálise, sendo que não estão presentes os requisitos para deferimento de liminar de reintegração de posse de tais bens, mesmo porque se trata de posse velha e ausente notificação regular da constituição em mora. Argumentou que devem estar presentes os requisitos do art. 273 do CPC, especialmente a prova da irreversibilidade da medida, que, no caso, não se faz presente, em face dos prejuízos às pessoas que dependem do tratamento de hemodiálise. Ao final, postulou o provimento do recurso.

Tempestivo o agravo.

É o relatório.

Não procede a inconformidade.

Inicialmente, esclareço que o caso não é de liminar de procedimento especial das ações possessórias e/ou da ação de despejo prevista na Lei de Locações (Lei 8.245/91).

Tratando-se de ação de rescisão contratual, com pedido de retomada dos bens móveis locados, o caso é de antecipação de tutela genérica prevista no art. 273 do CPC, ou seja, não é caso das tutelas de urgências previstas em outros regramentos processuais ou legais.

Relativamente ao caso em apreço, estão presentes os requisitos autorizados da tutela antecipada pleiteada pela autora/agravada.

De acordo com o contrato de locação firmado entre as partes, na cláusula segunda, item 2.1.2: “Se o locatário não efetuar o pagamento do aluguel até o prazo máximo ora concedido, a locação será rescindida de pleno direito, independente de notificação ou interpelação, obrigando-se o locatário a devolver os equipamentos em perfeito estado de uso e conservação e demais obrigações previstas neste instrumento” 9fl. 44).

Como se percebe, havia cláusula expressa determinando a resolução contratual no caso de inadimplência, e isso independente de notificação e/ou interpelação.

A narrativa da autora/agravada dá conta da inadimplência de 06 meses de aluguéis, totalizando o débito de R\$ 36.855,80 (fl. 52), conforme cálculo elaborado até o dia 31.10.2008.

De outra banda, a parte ré/agravante não negou a inadimplência, tendo apenas alegado que a devolução dos equipamentos de hemodiálise trará prejuízos aos seus pacientes. Tal tese realmente implica em maior reflexão do juízo, principalmente por envolver situação de saúde, que, todos sabem, é precária em nosso país. Entretanto, juridicamente falando, a tese defensiva não é convincente, uma vez que a inadimplência é fato incontroverso, o que implica na presença dos requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações, de modo que deve ser mantido o deferimento da tutela antecipada requerida na inicial da presente demanda.

Além do mais, não trouxe a agravante qualquer outro fundamento relevante, afora o argumento de necessidade de uso dos equipamentos de hemodiálise.

Por fim, é importante salientar que o requisito “irreversibilidade da medida” não tem sido exigido irrestritamente, pois, se assim o fosse, poucas tutelas

antecipadas seriam concedidas diante da inevitável “irreversão” para uma das partes.

É justamente nesse sentido que leciona a doutrina: “Mas essa exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas conseqüências, pode conduzir à inutilização da antecipação de tutela. Deve ser abrandada de forma a que se preserve o instituto. Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a medida antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, dentre outros - , o seu deferimento é essencial, para que se evite um ‘mal maior’ para a parte requerente” (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Podivm, 2ª ed., 2008, p. 629).

*Ante o exposto, com fundamento no art. 557, caput, do CPC, **nego seguimento ao agravo de instrumento por ser manifestamente improcedente.***

Intimem-se.

Os argumentos trazidos pela agravante, a rigor, não constituem elementos novos, que porventura pudessem mudar os rumos da decisão ora hostilizada. Assim, e quanto ao mais, reitero os fundamentos da decisão do agravo de instrumento e os utilizo como razões de decidir.

Isso posto, voto no sentido de **negar provimento ao agravo interno**, mantendo integralmente a decisão anteriormente prolatada.

DES. PAULO SERGIO SCARPARO - De acordo com o Relator.

DES.^a ANA MARIA NEDEL SCALZILLI (PRESIDENTE) - De acordo com o Relator.

DES.^a ANA MARIA NEDEL SCALZILLI - Presidente - Agravo nº 70031385677, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. UNÂNIME ."

Julgador(a) de 1º Grau: MARIO ROBERTO FERNANDES CORREA

ANEXO C – Jurisprudência

TJSP. Agravo de Instrumento nº. 7.295.564-7. 18ª Câmara de Direito Privado. Rel. Roque Mesquita, j. 19/01/2009

VOTO Nº 14375

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 7.295.564-7

RELATOR: DESEMBARGADOR ROQUE MESQUITA

AGRAVANTE: GERALDO DIMAS DE PASCOLI MINCHIO

AGRAVADO: BANCO ABN AM RO REAL S/A

COMARCA: RIBEIRÃO PRETO

RECURSO - Agravo de Instrumento - Ação de consignação em pagamento - Insurgência contra r. decisão que reconsiderou pronunciamento anterior e indeferiu a concessão de tutela antecipada para o depósito dos valores incontroversos - Admissibilidade - Inteligência do art. 471 do CPC .

Aplicabilidade do parágrafo 4º do art. 273, do CPC, observada a necessidade de pedido expresso da parte contrária, o que não houve no caso ora em julgamento - Recurso provido.

1) Cuida-se de agravo de instrumento tirado de ação de consignação em pagamento e voltado à reforma de decisão que reconsiderou pronunciamento anterior e indeferiu a concessão de tutela antecipada para o depósito dos valores incontroversos.

Sustenta o agravante, em síntese, que embora o parágrafo 4º do art. 273 do CPC autorize a revogação ou modificação da decisão que concedeu a antecipação da tutela, a qualquer tempo, é de rigor que a parte contrária assim peticione, sendo vedado ao juiz decidir novamente matéria já decidida, ocorrendo no caso a preclusão *pro judicato*, viabilizando o princípio da segurança jurídica. Pré-questiona os artigos 690, 891, 892, 893, 896, IV todos do CPC bem como o art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Prossegue o agravante afirmando que "a admissão do depósito das prestações contratuais para evitar os efeitos da mora é viável, não causa gravames

ao credor tal providência das prestações contratuais e não "*pro rata temporis*", objetivando tão somente afastar os efeitos da mora" (sic).

Quer apenas depositar os valores incontroversos, ficando a discussão do valor efetivamente devido para a ação ordinária, com a qual a ação consignatória não tem nenhuma incompatibilidade.

Pede, bem por isso, que seja reformada a r. decisão agravada para que revigorada fique aquela que deferiu a antecipação da tutela.

O efeito suspensivo foi deferido pelo relator então sorteado (folhas 178).

A E. 28ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso, determinando redistribuição, conforme acórdão de folhas 182/186.

Ordenei então a intimação da parte contrária para a apresentação da resposta, sem atendimento (folhas 190/193).

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

2) Consta em folhas 41/62 que o agravante é autor de v. ação de consignação em pagamento aforada na expectativa de obter o depósito judicial dos valores devidos, segundo o seu entendimento, a fim de inviabilizar a extinção das obrigações contraídas com a parte contrária, com fundamento nos artigos 890, 897 e 972, todos do CPC.

Conforme decisão copiada em folhas 91, o MM. Juiz de Direito deferiu os depósitos dos valores mencionados pelo agravante. Porém, posteriormente, Sua Excelência, de ofício, entendeu de reformar aquela deliberação para obstar os depósitos supervenientes nos termos do que se lê em folhas 106/108.

Daí o presente agravo de instrumento, que prospera, respeitada a convicção do ilustre magistrado.

É que o art. 471 do CPC estabelece como regra geral o princípio segundo o qual "**Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas**" (grifo do autor).

Desse modo, temos que a lei proíbe que o juiz altere aquilo que já havia decidido anteriormente, a não ser que configuradas as exceções discriminadas nos incisos I e II do mesmo dispositivo.

No caso concreto verifico que não houve modificação no estado de fato ou de direito ou mesmo existe alguma prescrição legal que autorize a reforma de ofício.

Quando o parágrafo 4º do artigo 273 do CPC autoriza a revogação ou modificação da tutela antecipada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, evidentemente sua exegese deve levar em conta o comando estabelecido no dispositivo legal anteriormente explicitado, vale dizer, há que ocorrer pedido expresso da parte contrária nesse sentido, o que não houve no caso ora em julgamento (grifo nosso).

A se admitir a reforma de ofício, como aconteceu, haverá afronta ao princípio da segurança jurídica, que sustenta o Estado democrático de direito.

Portanto, o meu voto propõe a reforma da r. decisão agravada para cassar a sua eficácia, a fim de restaurar a decisão que havia concedido permissão para os depósitos, nos termos de folhas 91.

3) Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

(TJSP. Agravo de Instrumento nº. 7.295.564-7. 18ª Câmara de Direito Privado. Rel. Roque Mesquita, j. 19/01/2009).