

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PAULO HENRIQUE ARRUDA

O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.

PERSPECTIVA HISTÓRICA E SUA ATUAL FUNÇÃO JURÍDICA

São Paulo

2010

PAULO HENRIQUE ARRUDA

O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.
PERSPECTIVA HISTÓRIA E SUA ATUAL FUNÇÃO JURÍDICA

Trabalho de conclusão de curso apresentando a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

ORIENTADORA: Profa. Luciana Nini Manente

São Paulo

2010

À minha mãe Silvana Mendes de Arruda Negri, pelo incentivo e apoio, e a meu pai *in memoriam* Mario Negri, minha eterna fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos sinceros ao corpo docente desta instituição de ensino, por meio da qual chego aqui com capacidade suficiente para desenvolver o presente.

À minha admirada e digna professora Luciana Nini Manente, que durante o transcorrer do curso sempre contribuiu com suas singulares ponderações a respeito dos temas trazidos, incentivando os debates em sala de aula, guiando-me pelo caminho dos estudos e fazendo-me concluir esta obra com a marca de sua competência.

Ao Dr. Cláudio Antonio Mesquita Pereira, grande amigo, há quem muito admirei homem culto e de sabedoria singular, que me honrou compartilhando seus conhecimentos, quando ainda era um acadêmico de direito.

A minha noiva Luciana Diniz de Holanda Martin, que acompanhou de perto a elaboração deste trabalho, sempre demonstrando apoio e interesse, confortando-me nos momentos difíceis, e compreendendo minha ausência em momentos tormentosos para realização de nosso casamento.

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO.....	6
II - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	7
III – O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.....	10
IV – CONCEITO DA TUTELA ANTECIPADA.....	15
V – EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	21
VI – A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL DE AÇÃO.....	24
VII – REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	29
VII.1 – REQUERIMENTO DA PARTE.....	32
VII.2 – PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DO ALEGADO.....	35
VII.3 – DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.....	39
VII. 4 – ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E INTUITO PROTTELATÓRIO.....	42
VIII – POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO, MODIFICAÇÃO E OS RECURSOS CABÍVEIS.....	45
IX – FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS CAUTELARES E TUTELA ANTECIPADA.....	49
X – RECURSOS CABÍVEIS.....	55
XI – TUTELA ANTECIPADA E PEDIDO INCONTROVERSO.....	58
XII – TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	63
XIII – TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER.....	68
XIV – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
XV – BIBLIOGRAFIA.....	74

I – INTRODUÇÃO

Sabe-se que hoje, talvez o maior problema do Poder Judiciário seja a sua morosidade em resolver os litígios, e isso se dá em virtude de uma pluralidade de fatores, que vão da defasagem no número de funcionários, ao abuso do direito de litigar pelas partes.

Por outro lado, sabe-se que diante da evolução natural da sociedade, as relações jurídicas se tornaram cada vez mais complexas, o que culminou com diversas alterações no cenário do Direito Processual Civil.

Dentro dessa nova perspectiva normativa, abordaremos um dos institutos mais importantes do direito processual moderno, a tutela antecipada genérica, introduzida no Brasil pela Lei n.º 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273, do CPC.

Sem pretensão de esgotar a matéria, o presente trabalho é desenvolvido em quinze capítulos, onde será abordado o instituto da tutela antecipada, seu conceito doutrinário, sua evolução histórica, a tutela antecipada como direito constitucional de ação, seus requisitos, como requerimento da parte, prova inequívoca e verossimilhança do alegado, dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa ou intuito protelatório do réu, a possibilidade de sua revogação, modificação.

Traremos ainda, a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipadas, e seus desdobramentos, como recursos cabíveis, a tutela antecipada e o pedido incontroverso, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, e nas obrigações de fazer e não fazer.

Enfrentando estas questões ao longo do estudo, pondera-se contribuir para as discussões já existentes em âmbito acadêmico, fortalecendo o debate e auxiliando àqueles estudiosos que se interessam pelo tema.

II – CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Não se desconhece que o poder estatal é uno. Contudo, no Brasil, há uma subdivisão clássica, o poder é concentrado em três funções específicas, a chamada tripartição formal, entre a função legislativa, administrativa e judiciária.

A função executiva ou administrativa consiste na própria gerência do Estado, onde os procedimentos são realizados por ele, e o controle é centralizado, ou seja, do próprio órgão que emana a ordem, surge à decisão, não havendo o caráter substitutivo, como nos demais.

A legislativa, por sua vez, se baseia, essencialmente, na elaboração de normas, de caráter abstrato, de cunho geral, sem qualquer individualização, e que por tais características antecede ao conflito de interesse e ditam as regras de convívio em sociedade.

Quando se fala em Poder Judiciário, quer se indicar a função jurisdicional do Estado, aquela em que ele se imiscui como intermediador, encontrando guarida, principalmente, em sua qualidade de substituir o interesse das partes, para solução do conflito de interesse existente.

E partindo da premissa de ser ele dotado de tal propriedade, para garantir uma solução imparcial ao conflito, valendo-se para tanto de norma que o antecede, ele assegura a manutenção do denominado império da ordem pública e da paz social nela fundada¹

Nada obstante, o que se apercebeu, por evidente, é que somente o monopólio da jurisdição em Poder do Estado, não garantiria, por si só, os preceitos colimados da ordem pública e da paz social.

¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 61 p.

À necessidade, por vezes, de uma prestação jurisdicional célere e eficaz, sobretudo, porque determinados direitos, se não prontamente atendidos, podem vir a fenecer.

A despeito disso, diversos fenômenos foram observados, estudos no âmbito acadêmico e doutrinário e a experiência empírica externada pela jurisprudência, levaram a conclusão incontestável de descompasso entre o anseio da sociedade e o aparato estatal.

A preocupação pululante após a promulgação da Constituição da República de 1988 se dava com relação aos direitos fundamentais e as liberdades públicas. Considerando ser tais direitos essências para a própria existência do Estado.

A vida forense demonstrou que, enquanto alguns aplicadores do direito admitiam a existência de direito fora ou diverso do Estado, alguns só aceitavam como direito aquele inserido na ordem jurídica, fora da qual não se poderia cogitar de direito algum, o que gerava conflito de decisões e, por vezes, distribuição não equânime da prestação jurisdicional.

A prevalência, na doutrina, se contrapunha aquelas considerações, onde não se cogitava nenhum direito fora da lei, e agregou muitos adeptos do denominado direito natural, onde se estabelecia que a pessoa humana encontrava-se no epicentro dos valores, antecedendo o próprio direito, mas imbricado à realidade do direito positivado.

A digressão que se fez, portanto, levou a conclusão de que esculpido as garantias fundamentais na Lei Maior do Estado, alicerçados principalmente na dignidade da pessoa humana, ao cidadão deveria ser garantido o direito de obter a prestação jurisdicional, e tal débito deveria preservar a efetividade e a qualidade da sua atuação.

Note-se que a efetividade que se almeja, estreita-se essencialmente, naquela idéia relativa ao tempo da entrega do direito pleiteado e a sua sobrevivência; enquanto a qualidade cinge-se na celeridade processual sob o ângulo do maior ou menor

interregno entre a lesão ao patrimônio e sua recomposição, ou entre a ameaça ao direito e sua proteção.

E aqui se verificou, acentuadamente, uma forte mobilização pelos Órgãos estatais, a princípio pelo legislativo, que ao visar tal efetividade e celeridade, o fez através da expedição de diversas normas abstratas e de caráter geral, a fim de antecipar a prestação jurisdicional.

Sem dúvida que tais alterações, afiguraram-se como benéfica, porquanto, abrangeram não só os adeptos do direito natural, como aqueles que pregavam não existir direito fora do ordenamento jurídico.

Modernamente, em âmbito administrativo, pode notar um movimento relevante criado Conselho Nacional de Justiça, onde se estabelecem metas e prioridades ao Poder Judiciário, a fim de atender aos anseios da sociedade.

Logo, o que se denota, portanto, é um crescente intuito de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, visando melhorar a idéia incutida nas pessoas com relação à justiça, e racionalizando a máquina estatal.

Assim, ao abordarmos o instituto da tutela antecipada, pincelaremos apenas uma das espécies existentes de precipitação da prestação jurisdicional, como forma de adimplemento do débito assumido pelo Estado, sendo certo que, em algumas passagens traremos entendimentos com relação às demais formas.

Importante frisar, por oportuno, que tramita perante o Congresso Nacional um anteprojeto, para se instituir um Novo Código de Processo Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, onde se privilegia a simplicidade de linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado.

III - O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

Com a evolução das instituições e o monopólio jurisdicional do Estado, os litigantes passaram a ter garantido uma solução imparcial para seus conflitos, depois um regular procedimento, onde se assegura a ampla defesa e o contraditório.

Nada obstante a jurisdição ser exercida exclusivamente pelo órgão estatal, tal fato não significa obrigatoriedade.

Em alguns casos, ou seja, em determinadas situações, o detentor do direito subjetivo lesionado tem a faculdade de levar a conhecimento do Estado-Juiz a problemática, em especiais nas relações de direito eminentemente privado.

Contudo, caso opte por levar a lesão ou ameaça a seu direito à apreciação ao Poder Judiciário, deverá se sujeitar a um procedimento formal, estabelecido em lei, de modo a garantir a imparcialidade e uma decisão justa.

Durante a prestação jurisdicional, que é presidida por um Juiz de direito, diversos atos são realizados por ele e por seus servidores, a fim de melhor conduzir o processo, e atingir a justiça almejada.

Dentre eles, podemos destacar – porque pertinente ao presente estudo – as manifestações estatais denominadas de decisões, aqui em sentido *lato sensu*, que se subdividem, em despacho, decisão interlocutória e sentença.

O despacho, em regra, não possui conteúdo decisório, e por isso se afasta do conceito *stricto sensu* de “decisão”, cingindo esse conceito tão somente com relação à decisão interlocutória e sentença. Cabe advertir, contudo, que excepcionalmente pode o despacho adotar algum conteúdo decisório, mas nesse caso, estreita seu regime ao da decisão interlocutória.

O modelo de cognição exercida pelo Juiz, no qual se apresenta de forma plena e exauriente, depois de transcorrido de procedimento formal, ao final da lide, é denominado de sentença.

A respeito da sentença pondera o professor Humberto Theodoro Junior que:

“A classificação realmente importante das sentenças (considerando tanto a decisão do juiz singular como o acórdão dos tribunais) é aquela que leva em conta a natureza do bem jurídico visado pelo julgamento, ou seja, a espécie de tutela jurisdicional concedida à parte.

Nessa ordem de idéias, ensina Chiovenda que “se a vontade da lei impõe ao réu uma prestação passível de execução, a sentença que acolhe o pedido é de *condenação* e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e de preparar a execução; se a sentença realiza um dos direitos potestativos que, para serem atuados, requerem o concurso do juiz, é *constitutiva*; se, enfim, se adscrive a declarar pura e simplesmente a vontade da lei, é de *mera declaração*”.²

É a sentença que, após adquirir a característica da imutabilidade, que garantirá aos litigantes a segurança jurídica almejada. Tal decisão, emanada pelo órgão competente, certifica o adimplemento da obrigação assumida pelo Estado, quando garantidor da paz social, e assume contorno de substitutividade da vontade dos litigantes.

Por outro lado, e finalmente, existe a decisão interlocutória, que é aquela realizada no curso do processo, que tem por finalidade resolver uma questão incidente, que não se traduz em exaurimento da prestação jurisdicional. A cognição realizada toma feição de superficial e não exaustiva, o que a diferencia da sentença.

Dispõe o Código de Processo Civil que: “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.

² JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 582 p.

A doutrina antigamente apontava como diferença o fato de uma das decisões por fim a lide, extinguindo a relação jurídica processual, enquanto a outra não produzia o mesmo efeito, o que não mais se verifica, diante da nova roupagem do processo, hoje tido como sincrético ou em fases.

O Código de Processo Civil, para classificar o pronunciamento judicial, como se extraí não procurou analisar seu conteúdo, mas tão somente a sua finalidade, de modo que, pode-se verificar a decisão interlocutória, em toda e qualquer decisão proferida no curso do processo, que não seja sobre o mérito da causa.

Uma característica importante das decisões interlocutórias, da qual faz parte a tutela antecipada, diz respeito à cognição realizada, conforme dito. Nesses casos, o que exige é tão somente uma cognição superficial, de forma objetiva, visando à análise do preenchimento dos requisitos autorizadores da medida, se há possibilidade de perecimento do direito se concedido ao final, é uma medida de urgência.

A tutela antecipada em sua essência estriba-se na impossibilidade de se aguardar o lapso temporal entre a propositura de demanda e a entrega da prestação jurisdicional, pelo Poder Judiciário.

Por ser decisão interlocutória, tem sua duração condiciona a prestação jurisdicional exauriente, logo a tutela antecipada inafastavelmente será temporária e nunca fará coisa julgada.

A tutela antecipada esculpida no artigo 273, do Código de Processo Civil, com sua redação atual, trouxe a baila, a possibilidade de concessão de forma generalizada da tutela, o que não se verificava antes, quando as tutelas eram previstas em lei e dependiam do preenchimento de requisitos específicos.

Outrora, restava somente no ordenamento jurídico, as denominadas medidas cautelares, nominadas e as inominadas, que atendido certos pressupostos específicos, tinham o condão de suspender determinados atos, mas jamais antecipar os efeitos da sentença.

É certo que tal inovação visou preservar os bens envolvidos no processo lento e moroso, evitando uma denegação de justiça e visando atender as contemporâneas garantias previstas no Estado Social de Direito.

A despeito de tal apontamento, leciona Humberto Theodoro Júnior:

“A propósito, convém ressaltar que se registra, nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, o reconhecimento de que, além da tutela cautelar destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal. São reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável demora da sentença final”.³

Em feliz análise, sintetizou Marcus Vinicius Rios Gonçalves, traz que:

“O que a nova redação do art. 273 trouxe de novidade foi à possibilidade de concessão de tutelas antecipadas em todos os processos de conhecimento. Se antes as situações em que havia tal possibilidade dependiam de expressa previsão legal (*numerus clausus*) e do preenchimento de requisitos específicos (v.g. nas possessórias, esbulho, turbação ou ameaça há menos de ano e dia; nos alimentos provisórios, prova pré-constitutiva do dever alimentar), hoje a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer processo de conhecimento (*numerus apertus*), desde que preenchidos os requisitos gerais enumerados no CPC, art. 273”.⁴

Logo, as tutelas antecipadas, visam dar concreção ao postulado da efetividade do processo, como uma das vertentes do Estado Democrático de Direito, prestigiando o litigante aparentemente lesionado.

³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 417 p.

⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva, 2005, 290 p.

Isto diante da tendência de se dar concreção ao postulado da celeridade processual, devido ao acordo realizado no Pacto de San José da Costa Rica, em que o Brasil é signatário.

Hoje não se pode ignorar que tal postulado alcançou *status* de princípio constitucional, devido as alterações realizadas pela emenda constitucional n.º 45.

lesionado.

IV - CONCEITO DE TUTELA ANTECIPADA

O Código de Processo Civil, em seu art. 273, *caput*, traz que: “O Juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que existindo prova inequívoca se convença da verossimilhança da alegação”.

O texto legal não se preocupou em conceituar tutela antecipada, limitando-se a consignar que postura poderá o magistrado adotar se diante de determinado fenômeno causal, e atendido determinados quesitos.

Contudo, extrai-se da norma, que a tutela antecipada consiste na possibilidade de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da própria sentença. Pretendendo-se, com isso, satisfazer provisoriamente a pretensão visada.

Deve-se ponderar que não significa simples faculdade ou mero poder discricionário do Juiz, mas sim, de um direito subjetivo processual que a parte detém em face ao Estado, como parcela de tutela jurisdicional.

Trata-se da possibilidade de alcançar a decisão de mérito provisoriamente exeqüível, mesmo sem o processo restar findo. O que o artigo 273 permite é a possibilidade de o Magistrado conceder ao autor um provimento liminar que, provisoriamente, lhe resguarde o bem jurídico concernente à prestação de direito material reclamado como objeto da relação jurídica envolvida na lide.

Traz Marcus Vinicius Rios Gonçalves, que a tutela antecipada:

Consiste na possibilidade de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da própria sentença. Com isso, satisfaz-se provisoriamente a pretensão posta em juízo. Por seu intermédio, o juiz concede, antecipadamente, aquilo que está sendo pedido, embora ainda em caráter provisório. Ao antecipar os efeitos da sentença, ela permite que o favorecido obtenha os mesmos benefícios que só adviriam com a sua prolação. Se o pedido era condenatório, a concessão da

tutela antecipada permitirá ao autor dar início, desde logo, ao processo de execução, para exigir a quantia ou o bem que lhe foram provisoriamente atribuídos; se o pedido era declaratório ou constitutivo, ela permitirá ao autor beneficiar-se, desde logo, das conseqüências que da declaração, constituição ou desconstituição da relação jurídica resultariam⁵.

Ao tratar da matéria, o Ministro Luiz Fux, traz em sua obra que:

A tutela antecipatória foi concebida apenas como provimento antecipado interinal adotável em casos de evidência e de segurança, sempre dependente da sentença final. A tese enfrenta a antecipação como um provimento per se, capaz de produzir coisa julgada e fazer desaparecer o interesse de agir, que deve existir do início ao fim do processo, para justificar o acesso e a utilização de mecanismo judiciário. Ademais, as situações de urgência e de segurança reclamam regimes diversos, não obstante a base comum que as habilita a tutela antecipada. A urgência requerida, por si só, impõe a postergação de valores menores, como v.g., a incompetência relativa do juízo, a sanção de um defeito de forma etc. Essas questões consectárias foram enfrentadas na tese, sinalizando-se com sugestões acerca desses provimentos cujos resultados na vida prática podem surpreender a previsão do legislador.⁶

Obtempera-se que, a tutela antecipada diferentemente do que um julgamento antecipado da lide opera seus efeitos em momento diverso, tendo seus efeitos mais extensos, podendo adentrar no plano da atividade executiva.

Contudo há que se observar que a aviventada extensão só incide em determinadas situações, onde normalmente só se poderia atingir depois de atingido o fim colimado da demanda.

Sergio Sahione Fadel traz a respeito do provimento provisório que:

Representa a antecipação de tutela um mecanismo de agilização da justiça, prestada, ainda que em termos provisórios e, portanto,

⁵GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. 2ª Ed. 291 p.

⁶ FUX, Luiz. Tutela Antecipada e Tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996. 338 p.

reversíveis, pelo juiz, em etapa processual de conhecimento ainda sumária da causa, completamente distinto da cognição exauriente, que, por meio da sentença, põe fim definitivamente ao processo, extinguindo-o com ou sem julgamento do mérito. Essa espécie de tutela, portanto, pode e deve ser, como muitas vezes acontece, plenamente satisfativa, no sentido de que, deferindo-a, o juiz entrega à parte o bem da vida por ela perseguido, reconhecendo o próprio direito material invocado e pedido⁷.

E prossegue:

Dito de outro modo, a decisão antecipatória transforma o fato em direito, o que é a função e a finalidade do processo de conhecimento, possibilitando, desde logo, e como consequência, à parte favorecida, promover a transformação em fato, do direito reconhecido, através do processo de execução⁸.

Ainda cabe-nos destacar, precioso ensinamento de Ovídio Baptista da Silva:

A doutrina processual, ao conservar-se fiel ao modelo procedimental da actio do direito privado romano – com supressão dos interditos -, universalizado as sentenças condenatórias, com execução diferida. Mais propriamente: com execução sempre posterior à cognição, a ter lugar em novo processo autônomo, formador de uma nova relação processual. O princípio segundo o qual *nulla executio sine titulo* exerce um fascínio tirânico sobre o pensamento dos juristas contemporâneos, como tenho procurado mostrar em outras oportunidades (cf. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, Ajuris, Vol. 51)⁹

Para Humberto Theodoro Júnior tutela antecipada, não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mais de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.

⁷ FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 13 p.

⁸ FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 14 p.

⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. Tutela antecipatória e juízo de verossimilhança, in O processo civil contemporâneo, Juruá Ed. P. 126., Apud, FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 15 p.

Com o novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao *pedido*, no todo ou em parte.

E prossegue trazendo que, mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do CPC, alcança horizontes mais longínquos, entrando, antes da sentença, de mérito, no plano da atividade executiva.

Com efeito, o que a lei permite é, desde logo, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha ser o efeito de uma sentença ainda por proferir. E nesse âmbito, a providência antecipatória tanto pode corresponder a medidas positivas como negativas (“Diante da verossimilhança da prática de concorrência desleal, é permitido ao Estado Juiz emitir tutela antecipada de cunho inibitório afastando preventivamente o risco de dano decorrente de ilícito mercadológico (art. 209, §1º, da Lei 9.279/96 e arts 461, § 3º e 273 do CPC)” (TJSP, AI 181.711-4/01, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, Revista Síntese, v. 12, p. 112)¹⁰.

Conclui José Roberto dos Santos Bedaque que:

A medida antecipatória adianta efeitos previstos para a tutela definitiva, mas não são os mesmos, especialmente porque a atuação e efetivação da regra material ao caso concreto constituem eficácia apenas desta última. A tutela antecipada tem eficácia distinta, pois, daquela inerente à tutela final.

E prossegue o autor:

Eficácia é qualidade daquilo que é eficaz; força de uma causa para produzir seu efeito. Eficaz é aquilo que tem força para produzir resultado, que tem efeito (Cfr. Caldas Aulete e Cândido de Figueiredo). Tanto a tutela antecipada quanto a final tem eficácia, pois ambas produzem efeito, resultado. Esses efeitos são, todavia, diversos, pois está última opera no plano jurídico, enquanto a primeira apenas acelera o resultado fático. Uma define a regra de direito material, a outra apenas antecipa os efeitos dessa definição,

¹⁰ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 646 p.

antes mesmo que ela ocorra. Nessa medida, a eficácia é diferente em cada uma delas. A tutela antecipada não tem eficácia condenatória, pois a condenação é própria da tutela final. Ela apenas antecipa os efeitos práticos da tutela condenatória. Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira eficácia diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem. Entende ele, todavia, que a tutela antecipada, tem eficácia condenatória, ainda que mitigada. (cfr. Perfil dogmático, PP. 17-18). Mas não parece que seja assim, pois eficácia condenatória implica declarar a existência do direito e possibilitar a execução. A tutela antecipada, na verdade, permite a satisfação sem a declaração de existência do direito violado¹¹.

E assim o traz, defendendo que a eficácia inerente ao provimento final, pode prever efeitos diversos daqueles antecipados, desde que adequados a realidade jurídico-substancial revelada pela cognição plena.

Obtempera Sérgio Ferraz, ao analisar a tutela antecipada que ela não é:

Um provimento jurisdicional meramente instrumental, ou seja, funcional, com vistas à eficácia da futura decisão final. Por certo, tem ela também esse escopo; porém, para além disso, a tutela antecipada constitui adiantamento efetivo e satisfativo, da decisão final, balizada sua concessão por pressupostos não só estritos e restritos, mas também rigorosos (incisos I e II, art. 273, CPC, *caput*)¹²

Mercê dos conceitos trazidos pelos estudiosos, pode-se concluir sem sombra de dúvidas que o instituto da tutela antecipada, municiou o Estado com instrumento rápido de obtenção da tutela jurisdicional.

Luciana Nini Manente, comungando do conceito trazido por José Carlos Barbosa Moreira, consigna:

Sendo, portanto, o provimento ou “a proteção dispensada ao litigante, é intuitivo que ela não pode constituir o sujeito, mas apenas

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 2006. 316-317 p.

¹² FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública, in Ação civil Pública, COord. Edis Milaré, RF, p. 458, apud, Fadel, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 11 p.

o objeto da antecipação. A tutela não antecipa seja o que for: pode isso sim, ser antecipada pelo juiz, ou por decisão que este profira. Falar-se-á com propriedade, portanto, em “decisão antecipatória”, ou em “providência antecipatória”, no sentido de decisão ou de providência que antecipa a tutela. Quanto a esta última, ou será antecipada ou não o será: antecipatória é que jamais se concebe que seja¹³.

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. Oitava Série, São Paulo, Saraiva, 2004 78 p. *apud*, MANENTE, Luciana Nini. A Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário. São Paulo: Quatier latin, 2006, p 67

V - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O instituto da tutela antecipada, de maneira genérica como se tem hoje, se inseriu em nosso sistema por meio do Código de Processo Civil, em seu art. 273. Nada obstante, muito antes de sua introdução, já se apercebia a inquietação existente no mundo jurídico, que premia a necessidade de um processo mais eficaz.

Buscava-se, a preservação dos direitos em litígio, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los, afinal, à sentença, de forma inútil para os litigantes.

Diante de tal preocupação, aviventou-se o instituto das medidas cautelares. Ocorre que, a despeito de seu objeto, ele restringia-se a campo demarcado para a tutela preventiva, o que se tornou outro problema, consistente na demora da prestação jurisdicional satisfativa, que dependia de um processo principal.

Pulularam argumentos para defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do possível a efetiva tutela jurisdicional, ou seja, aquela providência de mérito exercida no processo garantido, sem as quais a tardia solução acabaria por configurar indesejável quadro da inadequação da justiça.

Não se concebia a inexistência de uma tutela provisória genérica, restringindo a certas possibilidades específicas ou restringi-la a certos litigantes, como outra se via.

Países europeus como a França, a Bélgica, a Alemanha e a Itália, fizeram incluir em seus ordenamentos a possibilidade de tutelas genéricas.

No Brasil, a introdução da tutela antecipada no Código de Processo Civil, de forma genérica, como hoje é conhecida, foi realizada em 1994.

Dentre as reformas ocorridas no Código de Processo Civil, os doutrinadores, apontando como sendo aquela instituída pela Lei n.º 8.952 de 13 de dezembro de 1994, mais importante.

Afirmam, que dentro do quadro, a inovação instituída, que autoriza do magistrado, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos legais estampado, afigurou-se em grande evolução legislativa.¹⁴

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, em seu art. 84, § 3º, já previa a possibilidade de antecipação, em especial naquelas hipóteses de obrigação de fazer ou não fazer, relegadas as relações de consumo:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

Contudo, antes das introduções do Código de Defesa do Consumidor, e posteriormente do art. 273, do Código de Processo Civil, as leis esparsas, previam, em situações específicas, a possibilidade de concessão de tutelas de urgência.

Isso se observada, por exemplo, naquelas hipóteses de ações de caráter alimentar, onde o legislador, diante da natureza demanda presumiu a urgência, nas hipóteses de ações movidas com intuito de defesa da posse, quando se verificada aquela posse nova.

E tais medidas já eram consideradas tutelas antecipadas, pois o juiz concedia, antes do momento oportuno, por meio de liminares, aquilo que era postulado pelo autor. Concedia, pois, uma tutela de urgência de cunho satisfativo, e não cautelar. Mas eram hipóteses específicas.

¹⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 417 p.

Em verdade o que se verifica da nova redação do art. 273, foi à possibilidade generalizada de concessão de tutelas antecipadas em todos os processos de conhecimento.

Se antes as situações em que tal possibilidade dependia de expressa previsão de lei (*numerus clausus*) e do preenchimento de requisitos específicos (v.g., nas possessórias, esbulho, turbação ou ameaça a menos de ano e dia; nos alimentos provisórios, prova pré-constituída do dever alimentar), hoje a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer processo de conhecimento (*numerus apertus*), desde que preenchidos os requisitos gerais enumerados no CPC, art. 273¹⁵.

¹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva, 2005, 289 p.

VI - A ANTECIPAÇÃO OS EFEITOS DA TUTELA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL

Ao direcionarmos nosso estudo para a Constituição Federal, colimando alcançar as fontes do processo, temos que nos ater a determinados grupos de análise, para então, a partir desse ponto, realizar as reflexões devidas.

A denominada teoria geral do processo constitucional, forte na proteção dos direitos individuais, demonstra que a tutela do processo se dá pelo reconhecimento da supremacia da carta magna com relação às demais leis.

E partindo de tal premissa, pode-se vislumbrar a existência de um processo formal, como garantia do jurisdicionado, a vedação à falsa perspectiva do processo àquelas leis instituidoras de procedimentos, entre outros, como garantia da Soberania do Estado.

José Alfredo de Oliveira Baracho, traz que as garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo. O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exeqüíveis.¹⁶

Não há como deixar de aceitar que a eficácia de qualquer sistema processual, e, bem assim, a utilidade das decisões por ele emitidas, dependem estritamente de sua capacidade de satisfazer as pretensões que lhe forem submetidas, e que só terá lugar se funcionar em tempo adequado.

Nesse entendimento, torna-se incontestável que o direito de ação passa a compreender também o direito a uma decisão tomada e cumprida em tempo

¹⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2008. 12 p.

razoável. Por isso mesmo que o pedido de tutela jurisdicional e também pedido de tutela tempestiva.

A excessiva duração do processo vulnera o princípio da efetiva tutela jurisdicional, princípio esse assimilado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois a demora na solução do litígio ou a inadequação do procedimento previsto em lei obstariam, de fato, a tutela do direito, esvaziando o significado prático da garantia de acesso ao judiciário.

Esse princípio, ainda, foi reforçado pelo inciso LXXVIII artigo 5º da Constituição Federal, acrescentado em nossa Carta Magna pela Emenda Constitucional de número 45, de 8 de dezembro de 2004, que garante a *“todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Não se pode deslembrar que *“Antes mesmo de tal emenda constitucional, deve ser lembrado que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, celebrado em 22 de novembro de 1969), o qual, apesar de ter adquirido eficácia internacional desde 18 de julho de 1978, somente foi aprovado por nosso Congresso Nacional mediante o Decreto n.º 26 de maio de 1992, tendo sido promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com a publicação do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992¹⁷”*.

Só se garante mesmo o direito de ação quando se assegura além do acesso formal ao judiciário, também a utilidade do provimento a ser ao final emitido. Portanto, a previsão da antecipação, para tutela de direitos ameaçados de dano irreparável ou de difícil reparação, não é mera faculdade do legislador, mas decorrência necessária da garantia constitucional de ação especialmente quando considerada essa garantia a luz da doutrina instrumentalista do processo.

¹⁷ MANENTE, Luciana Nini. A Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário. São Paulo: Quatier latin, 2006, p 29

Tudo isso pelo fato de que certos direitos, notadamente aqueles de conteúdo não patrimonial, relacionado com liberdades fundamentais, só são tutelados adequadamente se deferida em curto espaço de tempo a providência reclamada.

Do contrário, tornam-se irreparáveis os danos sofridos, e muitas vezes, inúteis se mostra a tutela tardiamente prestada. Submeter tais direitos ao procedimento previsto para as demais ações seria, portanto, obstar sua efetiva defesa em juízo.

Observando a questão sob o prisma da atividade jurisdicional, percebe-se que, havendo o Estado proibido o exercício da autotutela, não pode, em situações em que a demora acarrete dano irreparável ou de difícil reparação a algum direito, deixar de prever mecanismos para a rápida prestação da tutela necessária, sob pena de negar, em verdade, proteção processual a esse direito. E negada à proteção ao direito, nega-se, em termos práticos, o próprio direito.

Humberto Theodoro Júnior¹⁸, discorrendo sobre a compatibilização da tutela antecipada com os direitos fundamentais, traz que a primeira vista, tem-se a noção de ser a tutela antecipada uma providência inconciliável com a garantia do devido processo legal e, especificamente, com a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Aduz, todavia, que as múltiplas garantias fundamentais nem sempre são absolutas e, muito frequentemente, entram em atrito uma com as outras, reclamando do aplicador um trabalho de harmonização ou compatibilização, para definir, na área de aparente conflito, a qual princípio a prevalecer.

Traz que o ideal sem dúvida seria que todos os princípios constitucionais prevalecessem plenamente, sem restrições, mas como tal não se revela possível, dentro do mesmo complexo das normas da Carta Magna, resta lançar mãos de princípios exegéticos como o da necessidade e o da proporcionalidade.

¹⁸ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Processo Cautelar. 38ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 647 p.

Neste ponto, cita o mestre Canotilho e Paulo Bonavides:

Pelo princípio da necessidade, somente se admite uma solução limitadora do direito fundamental quando é real o conflito entre diversos princípios, todos de natureza constitucional. Pelo princípio da proporcionalidade, o que se busca é uma operação que se limite apenas ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios, harmonizando-os, na medida do possível. Não cabe, porém, ao intérprete, a simples anulação de um princípio, para total observância de outro. É preciso preservar, quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar. (Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª Ed. Ed. Almedina, 1992, os. 628 e 630; Paulo Banavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4º Ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 1993, os. 344 e segs.)¹⁹

A presença tardia do Estado na aplicação da sanção, decorrente da demora na prestação jurisdicional, se afigura como defendido por alguns como verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma.

Obtempera-se ainda, que poderá haver conflito aparente de princípio, quando cotejado o princípio do contraditório e da ampla defesa – aqui no sentido de segurança jurídica – e a necessidade de efetivação da tutela ao titular do direito subjetivo violado.

Para compatibilizar tal situação, em feliz explicação, transcrevemos as lições do Professor Humberto Theodoro Júnior:

Urge, então, harmonizar os dois princípios – o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica – e não fazer com que um simplesmente anule o outro. É claro que o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem merece. Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano. Assim, para evitar que o autor se veja completamente desassistido pelo devido

¹⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2008. 12 p.

processo legal, procede-se a medidas como as cautelares e as de antecipação de tutela. Isto se faz logo, porque não há outro caminho para assegurar a tutela de mérito ao litigante que aparenta ser o merecedor da garantia jurisdicional. No entanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação, que se dá em moldes de provisoriedade, abre-se pleno contraditório e a ampla defesa, para só afinal dar-se uma solução definitiva à lide. “Aqui” – lembra Calmon de Passos – “dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a citação do réu importe certeza de ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro” (Da antecipação da Tutela”, in Sálvio de Figueiredo, Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 189). Assim, o que se faz, para harmonizar os dois princípios fundamentais, é apenas uma inversão da sequência cronológica de aplicação de seus mandamentos²⁰.

Dessarte se extrai dos argumentos manejados que excluir a tutela antecipada daquelas hipóteses onde deve haver sua aplicabilidade equivaleria, em termos práticos, a privar o possuir de um direito subjetivo violado, de atendimento dos princípios constitucionalmente consagrados.

²⁰JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Processo Cautelar. 38ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 648 p.

VII – REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Nos termos do art. 273, incisos I e II, do CPC: *“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”*.

O Ilustre Min. Luiz Fux, ao enfrentar a questão ponderou que:

A tutela antecipada reclama pressupostos substanciais e pressupostos processuais. Genericamente, poder-se-ia assentar que são pressupostos substanciais a ‘evidencia’ e a ‘periclitación potencial do direito objeto da ação’, e processuais a ‘prova inequívoca conducente à comparação da verossimilhança da alegação’ e o ‘requerimento da parte’²¹

Marcus Vinicius Rios Gonçalves aponta que:

As do art. 273 podem ser divididas em três grandes grupos, com requisitos próprios: as que são concedidas como tutelas de urgência, para afastar uma situação de perigo; as deferidas quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu; e as que tenham por objeto a parte incontroversa do pedido ou pedido incontroverso.

Em todas elas há requisitos comuns indispensáveis: a existência de requerimento do autor e aprova inequívoca da verossimilhança do direito alegado.²²

A propósito, sustenta Luciana Nini Manente:

São duas as hipóteses previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil que autorizam a concessão de antecipação dos

²¹ Fux, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência. São Paulo: Saraiva, 1996. 344 p.

²² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva, 2005, 294 p.

efeitos da tutela, quais sejam, a existência de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I) ou “fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

Qualquer dessas hipóteses independentemente contempladas nos incisos acima mencionados enseja a concessão de antecipação dos efeitos da tutela, desde que haja a prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, expressamente prevista no caput do artigo 273 do CPC, além do que a medida seja requerida pela parte e não seja irreversível, conforme melhor será abordado oportunamente.

O Inciso I do referido dispositivo legal visa especificamente autorizar o autor de um direito evidente a exercitá-lo desde já ou ao menos usufruir alguns de seus efeitos, afastando, portanto, o perigo que a demora poderia acarretar-lhe injustamente.

Por outro lado, o inciso II do artigo 273 do CPC não exige a existência de uma situação emergencial, sendo suficiente para a antecipação da tutela que o abuso do direito de defesa esteja acarretando injustiça ao direito subjetivo do autor, impedido de exercitá-lo em face de injustificada resistência por parte do réu²³.

Nítido se afigura que a lei processual exige a observância dos seguintes requisitos:

a) existência do requerimento da parte; b) prova inequívoca nos autos do direito invocado e c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Pela leitura do *caput* do artigo 273, do CPC, exsurge evidente a impossibilidade de concessão de tutela antecipada de ofício, já que o texto da norma é expresso quanto ao dever de requerimento pela parte.

Quando nos atemos aos incisos I e II do mencionado artigo, ressuma evidente valorar, diante da situação fática, se haverá de suportar a parte algum dano em virtude da demora em aguardar uma sentença de mérito. Deve haver, na hipótese, a presença de situação de urgência *aguda*, conforme preleciona o professor Arruda Alvim.

²³ MANENTE, Luciana Nini. A Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário. São Paulo: Quatier latin, 2006, p 218

Nada obstante, caso não haja a incidência de situação fática ou jurídica, que demonstre a possibilidade de dano evidente, deve-se observar então, a situação a que se refere o inciso II, do art. 273 do CPC.

Pondera-se, diante dos elementos coligidos na defesa apresentada, se ela afigura-se abusiva, se há um abuso no direito de se defender, diante a álea ordinária, e dos limites da boa-fé.

Há que se perquirir se a atitude da parte adversa demonstra-se em flagrante comportamento procrastinatório, a fim de prolongar o feito, adiando o julgamento da litigiosidade.

Por fim, cabe observar que cabe ao magistrado um exame não dá certeza do direito, mas a plausibilidade do quanto alegado diante dos elementos emergidos dos autos.

VII.1 – REQUERIMENTO DA PARTE

Diante do texto constante no artigo de regência, a princípio o pedido de antecipação dos efeitos da tutela deverá ser realizado pelo autor em sua petição inicial se ao momento de distribuição da ação já estiverem presentes todos os requisitos necessários ao deferimento da medida.

Nada obstante, se por alguma circunstancia, tais requisitos, se mostrarem ausentes quando da propositura da ação, mas surgirem no decorrer da ação, nada impede que o requerimento de tutela antecipada seja realizado em momento posterior, é o caso do inciso II, do art. 273, que será analisado posteriormente.

Com a adoção deste instituto, não faria sentido se assim não o fosse, já que o próprio texto legal faz expressa menção a fato que só se pode verificar já no curso da ação, não preexistindo a ela.

Contudo, pleito de antecipação deverá respeitar os limites dado a lide, nos termos do art. 264, em especial se já houver sido realizada a citação, por ser imutável o objeto da ação.

Como dito a tutela antecipada pode ser concedida tanto no início do processo, como ela pode ser concedida em momento posterior, inclusive com a sua concessão após a prolação da sentença, desde que atendido certos requisitos, como, por exemplo, a ocorrência de algum fato relevante, enquanto se processa o recurso de apelação.

Ocorre que, com a imutabilidade do pedido, ou seja, a delimitação do objeto da lide, a tutela antecipada somente poderá ser concedida dentro de seus limites, não podendo suplantar suas balizes.

Sergio Sahione Fadel aborda com precisão o tema:

Em qualquer caso, o objeto da antecipação será sempre igual a ou menor que, quantitativa ou qualitativamente, o pedido formulado

pelo autor na inicial, seja da ação principal, seja de qualquer outra, incidentalmente proposta.

Não poderá, jamais, ser maior, mais amplo ou mais extenso, sob pena de caracterizar decisão *ultra petitum*.

Em se tratando, todavia, de denunciação da lide, promovida pelo autor ou pelo réu, que, uma vez admitida, constitui verdadeira ação incidental conforme decorre dos arts. 70 e seguintes do CPC, totalmente dependente do resultado da ação principal, nos autos de cujo processo teve lugar, é intuitivo que pode o juiz deferir a antecipação de tutela pretendida pelo denunciante.

É preciso, porém, que, contra este, naqueles mesmos autos, haja sido concedida, em favor da parte contrária, idêntica antecipação, a respeito do bem ou direito que haja motivado o pleito de denunciação.²⁴

Não se discute na doutrina ser impossível ao juiz conceder a tutela antecipada de ofício, pois o texto do art. 273 é claro ao estabelecer a necessidade de requerimento.

Como exemplarmente ensinou João Batista Lopes:

A *ratio* da proibição da tutela antecipada de ofício está em que o instituto não foi criado propriamente para resolver o problema da morosidade da justiça, mas para dividir o ônus da demora processual, beneficiando o autor que demonstrar a probabilidade da existência do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (ou abuso no exercício do direito de defesa).

Não se cuida, portanto, de simples expediente destinado a acelerar o julgamento das causas, que justificaria iniciativa oficial, mas de providencia voltada à satisfação provisória do autor.²⁵

A propósito, eis o comentário de Luciana Nini Manente:

Dentre os requisitos específicos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela que teremos a oportunidade de analisar, deve ser destacada a necessidade de requerimento da parte, sendo vedada a sua concessão de ofício pelo juiz.

Diferentemente do que ocorre com as cautelares, que podem ser concedidas *ex officio* pelo juiz, em hipótese excepcionais, por força

²⁴ FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 25 p.

²⁵ LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2009. 4ª Ed. 94 p.

do poder geral de cautela, para evitar a ocorrência de dano ou perecimento do direito a ser assegurado na lide meritória.

Tal exigência posta pelo artigo 273 do CPC coaduna-se com a própria natureza da medida, que, por ser meritória e satisfativa, não poderia afastar-se do preceito normativo previsto no artigo 2º do CPC, razão pela qual somente poderá ser concedida se houver pedido expresso da parte no sentido de antecipar total ou parcialmente os efeitos do seu pedido inicial²⁶.

E ainda, oportuno destacar o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco, citado por Luciana Nini Manente onde *“O artigo 273, condiciona a concessão da tutela antecipada à iniciativa de parte, o que é inerente ao sistema de tutela jurisdicional (arts. 2ª, 262) e corresponde à idéia de que o titular da pretensão insatisfeita é o melhor juiz da conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação (princípio da demanda)”*²⁷.

Ademais, ele encontra-se em perfeita harmonia com o que estabelece o art. 2º, do CPC: *“Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais”*.

E nosso entendimento comunga com o da literatura trazida, na medida em que diante de uma interpretação literal do texto de regência, e teleológica da norma, não se concebe a concessão de tutela antecipada de ofício.

²⁶ MANENTE, Luciana Nini. A Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário. São Paulo: Quatier latin, 2006, p 241-243

²⁷ MANENTE, Luciana Nini. A Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário. São Paulo: Quatier latin, 2006, p 243

VII.2 – PROVA INEQUÍVOCA

Alude o caput do art. 273, do CPC, sobre a prova inequívoca, mas o faz de maneira vaga, e indeterminada, deixando ao alvitre dos Juízes, diante da casuística, a avaliação segundo seu entendimento.

A prova inequívoca é aquela capaz de, em determinado momento processual, demonstrar que determinadas alegações são plausíveis de existência à luz do direito.

A parte final da redação foi objeto de numerosas críticas dos processualistas, que viam uma certa contradição no uso das expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança”, a primeira trazendo uma impressão de certeza, e a segunda, de mera probabilidade.

Contudo, a lei estabelece que o juiz faça um exame não da certeza do direito, mas da plausibilidade de sua existência, trazida pelos elementos que constam dos autos. A prova inequívoca não é do direito, pois, se tal já existisse, o caso seria de julgamento antecipado da lide. Esse requisito assemelha-se ao *fumus boni juris*, necessário para a concessão das tutelas cautelares, em que também a cognição do juiz é feita com base em mera probabilidade.²⁸

Em alentado estudo acerca do novel instituto da tutela antecipada, Sergio Sahione Fadel conclui que:

A antecipação da tutela, tal como foi delineada no art. 273 do CPC do ordenamento processual, só exige cognição sumária, não exauriente e se baseia na existência de prova que o texto denomina, imperfeitamente, de “inequívoca”.

Em verdade, não há como se conceber a prova, até então, como revestida desse atributo.

O magistrado só tem condições de considerá-la assim, ao proferir a sentença, após a regular e completa (quando necessário) instrução

²⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva, 2005, 295 p.

do feito, ao emitir juízo definitivo e exauriente de seu ofício jurisdicional.

Houve impropriedade da lei em se utilizar da expressão “prova inequívoca”, para qualificar a espécie de comprovação exigida dos fatos afirmados pelo autor na inicial.

Se, na verdade, se fosse exigir do proponente da ação prova dotada de tal qualidade e de tal poder de persuasão, seria de total inviabilidade o próprio procedimento, entendido como a sucessão de atos processuais, uma vez que o juiz, com base nela, não seria jamais suscetível de errar.

Prova inequívoca, na sua expressão literal, não admite contestação e não enseja a ocorrência de erro.

É, pois, a apresentação de prova convincente um dos requisitos genéricos da tutela antecipada, aos quais se haverão de aliar dois outros:

a) o fundado receio de ser ocasionada lesão grave, irreparável ou de difícil reparação ao direito do autor, o que significa tutela de urgência;

b) a efetiva probabilidade do direito do autor, assim também caracterizado quando decorrente do abuso de direito de defesa do réu, especialmente do seu manifesto propósito protelatório, transparecendo a tutela da evidência.

O conceito de prova inequívoca como qualificativo daquela exigida para o deferimento da tutela antecipada, poderá ser melhor compreendido se analisar o significado do adjetivo “inequívoca”, como sendo antônimo de “equivoca”.²⁹

Como anota Humberto Theodoro Júnior, por prova inequívoca deve entender-se a que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não se elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerecê-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador.³⁰

Importante registrar que, o legislador, ciente do conceito vago da prova inequívoca, tratou de abrandá-la, logo a seguir, ao aludir a expressão verossimilhança das alegações.

²⁹ FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 27-28 p.

³⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 420 p.

Como anota João Batista Lopes, “o cotejo entre prova inequívoca e verossimilhança da alegação leva à conclusão de que, para obtenção da tutela antecipada, é suficiente a prova segura dos fatos, de que exsurja a probabilidade do direito pretendido”³¹.

Sergio Sahione Fadel, citando Carreira Alvim:

“A esta altura, pode-se concluir que, diante de uma alegação, a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes), e dos que lhe são contrários (divergentes). Se os motivos convergentes são superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui. Um exemplo elucidará melhor a hipótese. Se coloco cinco bolas brancas e cinco vermelhas numa caixa, é difícil prever se vou tirar bola branca ou vermelha, porque o seu número é equivalente (são idênticos os motivos convergentes e divergentes). É possível que eu tire uma bola branca, mas é possível também que eu tire uma vermelha. A situação é de dúvida. Estaria no âmbito de uma mera possibilidade. Se aumento as bolas brancas e diminuo as vermelhas, começa a “adentrar-me” no campo da probabilidade. Se coloco seis bolas brancas e quatro vermelhas, é provável que eu tire bola branca, mas é possível que eu tire vermelha. Na medida e quem vou colocando mais bolas brancas e diminuindo as vermelhas (sete brancas e três vermelhas, oito brancas e duas vermelhas etc.), irei elevando o grau de probabilidade, chegando até a uma situação do probabilíssimo, já adentrando nos domínios da certeza. Dessarte, se coloco nove bolas brancas e uma vermelha, é possível que eu tire uma bola vermelha, porque ela está ali (há um motivo convergindo para isso), mas é provável (99,99%) que eu tire uma bola branca (há nove motivos convergindo para tanto). A probabilidade é o que fatalmente ocorrerá, se não sobrevier algum motivo divergente; a possibilidade é o que não ocorrerá, salvo se intervier algum motivo convergente. No exame do pedido de antecipação da tutela, o juiz não foge a esse juízo crítico dos fatos e do direito, do qual resultará, ou não, o seu convencimento da verossimilhança, para fins de concessão ou denegação do provimento antecipado. É claro que formar opinião ou ter com provável determinada alegação não é tão simples quanto tirar bolas brancas ou vermelhas de uma caixa, o que é perfeitamente compreensível. Mas, *modus in rebus*, vale a comparação. Não se perca de vista que a “opinião”, uma vez externada no processo, converte-se em “decisão”.³²

³¹ LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2009. 4ª Ed. 95 p.

³² CARREIRA ALVIM, J. E.. Código de Processo Civil Reformado, Ed. Del. Rey, 19995, 104 p, *apud*, FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 28-29 p.

Ademais, não se pode esquecer que há necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade, ou seja, quando o magistrado concede a medida, ele o faz em caráter provisório, ciente de que a decisão poderá ser alterada ao final.

Assim, necessário sopesar, antes de qualquer coisa, as conseqüências negativas que resultarão do deferimento da antecipação, e as que decorrerão do indeferimento.

Se considerar que as conseqüências da concessão serão muito mais gravosas que as decorrentes do indeferimento, o juiz negará a medida, caso contrario, ele a concederá.

VII. 3 – DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Inicialmente temos que o *dano irreparável* ou de *difícil reparação*, consubstancia-se no conhecido *periculum in mora*, já verificado nos procedimentos cautelares.

Tais requisitos a muito vinham sendo utilizadas no direito processual brasileiro. Na tutela antecipada, elas servem como requisitos alternativos para a sua concessão.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery trazem que:

Para a concessão da tutela antecipada exige a lei uma das duas situações alternativas: a) ou a existência de *periculum in mora*; b) ou a existência do abuso de direito de defesa do réu, independentemente da existência de *periculum in mora*.

E prosseguem

Duas situações, distintas e não cumulativas entre si, ensejam a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. A primeira hipótese autorizadora dessa antecipação é o *periculum in mora*, segundo expressa disposição do CPC 273 I. Essa urgência, como já afirmado acima, não tem o condão de transmudar sua natureza satisfativa-executiva em medida cautelar. Esse perigo, como requisito para a concessão da tutela antecipada, é o mesmo perigo exigido para a concessão de qualquer medida cautelar.³³

O professor Sérgio Sahione Fadel, explica que:

A fórmula caracterizadora do *periculum in mora*, através da utilização das expressões “dano irreparável ou de difícil reparação”, pelo item I, do art. 273 do CPC, como designativa do dano causado pelo réu ao direito do autor é, praticamente, a mesma que o art. 798 do mesmo Código usa, no trato das medidas cautelares.

A expressão não é nova no direito processual brasileiro, sendo o dano *irreparável* mais intenso que o *grave* ou de *difícil reparação*.

Para se encontrar o sentido de dano grave, deixou o legislador ao juiz conceituar, caso a caso, o que possa constituí-lo, devendo o magistrado valer-se da experiência, do bom senso e dos critérios

³³ NERY Júnior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante. São Paulo. RT, 2003. 7ª Ed. 650 p.

ministrados pelo que normalmente ocorre, pois que se trata de um conceito jurídico indeterminado.

Mais a exata e objetiva expressão “dano irreparável” porque este não pode ser, de nenhum modo, e no sentido literal, remediado.

Quando se diz dano irreparável, deve-se excluir a possibilidade de exercer, em si mesmo, o direito ou manifestar sua capacidade jurídica, será inevitavelmente lesado, provocando que, mais tarde, não possa o juiz prover em seu favor, porque o direito se extinguiu pelo decurso do tempo ou pela perda da oportunidade de fazê-lo valer.

Em outras palavras, o dano será irreparável para os efeitos do item I do art. 273 do CPC, mesmo quando, privado o autor do bem da vida objetivado no pedido inicial, puder o juiz, em substituição, conceder-lhe recomposição patrimonial equivalente.³⁴

João Batista Lopes aborda com precisão o tema:

As expressões “dano irreparável” e “difícil reparação” são exemplos do que, em doutrina, se chamam “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”.

Os conceitos indeterminados, como o próprio nome está a indicar, são os que não possuem conteúdo perfeitamente definido ou delimitado e, por isso, ficam na dependência de interpretação flexível do juiz, ajustada à natureza das coisas, segundo as circunstâncias do caso concreto.

Em princípio, todo dano material é reparável por meio de indenização; cabe distinguir, porém, entre irreparabilidade absoluta e irreparabilidade relativa.

A primeira dá-se quando a indenização se mostra inidônea para satisfazer plenamente a vítima; por exemplo, a destruição de uma obra de arte não pode ser reparada por indenização. A segunda ocorre quando a indenização, embora logrando retorno aos *status quo ante*, é capaz de recompor o patrimônio da vítima: por exemplo, indenização por danos causados em plantações.

De qualquer modo, afigura-se-nos dispensável aprofundar o exame desse ponto porque o legislador se contenta com o dano de difícil reparação, como se vê do art. 273 do CPC.

O que se entende por dano de difícil reparação?

Não há critérios rígidos para determinação do conteúdo dessa expressão, devendo o juiz guiar-se pelas máximas de experiência, pelo bom senso e pela equidade.

Alguns exemplos ilustrarão esse ponto.

É de difícil reparação o dano sofrido por inquilino despejado indevidamente, porque o retorno ao *status quo ante* é, em regra, inviável e a indenização não é capaz de compensar o transtorno, o constrangimento e a humilhação sofridos em razão da desocupação indevida.

Mas não se pode ser considerado de difícil reparação o dano pela simples morosidade na prestação jurisdicional, fenômeno complexo e

³⁴ FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 30 p.

aleatório se considerarmos as circunstancias das várias comarcas do pais.³⁵

Corroborando o entendimento esposado, temos Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Ministro José Delgado, assim declinou:

Processual Civil. Tributário. Antecipação da Tutela. Compensação. 1. O instituto da antecipação da tutela (art. 273, do CPC) deve ser homenageado pelo juiz quando os pressupostos essenciais exigidos para a sua concessão se tornarem presentes, mesmo que a parte requerida seja a fazenda publica. 2. A prova inequívoca e aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. 3. Simples alegação feita por contribuinte de que recolheu contribuições previdenciárias, conforme darfs apresentadas, não se constitui prova inequívoca enquanto não existir pronunciamento administrativo fiscal reconhecendo a liquidez e a certeza dos valores lançados ou pronunciamento judicial. 4. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerado como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas. 5. A execução da tutela antecipada ha de se fazer com base nos mesmos princípios legais reguladores para a execução provisória: não se transfere o domínio do bem. 6. Tutela antecipada concedida para compensar contribuições previdenciárias que se revoga, face a ausência dos pressupostos fundamentais para que possa prosperar. 7. recurso provido³⁶.

Diante do acima proposto, o dano irreparável é aquele prejuízo tido como irreversível, onde o postulante, visa o provimento jurisdicional para evitar sofrer danos graves e de conseqüências irreparáveis.

Deve-se conceder a tutela antecipada, colimando evitar mencionado dano, ou ainda, que se já ocorreu que ele não persista ou seja agrave.

³⁵ LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2009. 4ª Ed. 98-99 p.

³⁶ STJ, REsp 113368/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJE 19/05/1997 p. 20593)

VII. 4 – ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E INTUITO PROTTELATÓRIO

Com relação ao abuso do direito de defesa ou intuito prottelatório do réu, resta evidente que ele não precisar ser cumulado com o dano irreparável ou de difícil reparação, sendo uma situação jurídica independente.

A concessão de tutela antecipada, neste caso, constitui uma sanção, ou punição ao abuso do direito de defesa, interferindo no próprio deslinde da causa.

A respeito do tema Figueira Júnior, assim se posiciona:

Conforme assinalado anteriormente, o inc. II do art. 273 traz em seu bojo o segundo requisito (alternativo) para a obtenção da tutela antecipatória denominado defesa temerária que, por sua vez, subdivide-se em duas espécies: abusiva ou prottelatória, as quais, por óbvio, somam-se ao requisito genérico insculpido no *caput* do mesmo dispositivo. Nesses casos, a concessão da tutela antecipada apresenta caráter essencialmente punitivo, pois o fundamento da providência haverá de residir no abuso caracterizado do direito de defesa ou no manifesto propósito prottelatório do réu, em homenagem ao princípio da lealdade processual orientador da presunção de boa-fé.³⁷

Contudo, o ilustre professor Baptista da Silva, traz que em sua visão “não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza”³⁸.

Aliás, em reforço, Pedro Baptista Martins, mostra haver duas vertentes que adotam critérios finalistas para identificar o abuso de direito: (a) a subjetivista ou psicológica, que se preocupa com a investigação do elemento intencional; (b) a objetivista, que

³⁷ FIGUEIRA JR., J. D. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2001, v. 4, t.1, 213 p.

³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil. 4. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000, 142 p, *apud*, Stoco, Rui. Abuso do direito e má-fé processual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.137. 137 p.

se escora no caráter anti-social do ato danoso, sem analisar os motivos determinantes do ato. E ressalta: “o juiz não precisa mergulhar no pélago danos produzidos pelo seu exercício irregular, antifuncional ou imoderado. Só as circunstancias que envolvem o ato caem sob o controle da inspeção judiciária que deve deter-se no fenômeno, na realidade tangível, no fato material e objetivo³⁹.

Rui Stoco, citando Athos Gusmão Carneiro, lembra que, com freqüência, a parte é que se vale de postulações impertinentes, de expedientes temerários, quando não de má-fé, como *improbis litigator*, na tentativa de fazer alongar no tempo o *status quo* que a favorece. A antecipação ostenta, portanto, aqui, segundo o autor, também um caráter ético, muito mais eficiente que as medidas punitivas referidas nos artigos 16 a 18 do CPC⁴⁰.

Há que se ponderar que a verossimilhança decorre de uma atitude negativa da parte, que se espelha em uma situação fática contida no processo, que autoriza a antecipação de tutela como meio de punição.

Nada obstante, discorrendo sobre o tema, traz a professora Luciana Nini Manente *“disposição contida no inciso II do artigo 273 do CPC assim como ocorre também no inciso I do mesmo dispositivo legal reveste-se como instrumento apto a neutralizar os efeitos do tempo em relação às partes, porque muito mais do que punir o mau comportamento do réu, está possibilitando o equilíbrio de força entre as partes, como meio de evitar que o tempo de duração do processo não seja um benefício a favor do réu, que, em regra, permanece com sua situação jurídica inalterada até o final do mesmo”*⁴¹.

³⁹ MARTINS, Pedro Baptista. O abuso do direito e o ato ilícito. 5 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 170 p.

⁴⁰ Stoco, Rui. Abuso do direito e má-fé processual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.137. 136 p.

⁴¹ MANENTE, Luciana Nini. A Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário. São Paulo: Quatier latin, 2006, p 240

Ao nosso sentir, devem-se voltar os olhos a análise do comportamento do réu, discernindo a respeito de ele está utilizando seu direito de defesa ou se está abusando de tal prerrogativa.

Ressalte-se ainda, que mesmo que não configurado o litígio de má-fé pela parte, e as conseqüências que dele pode incorrer a defesa abusiva ou que visa prolongar o feito, tal atitude pode render ensejo a constituição dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada.

E assim se dá porque, conforme trazido alhures aumenta-se o índice de verossimilhança do direito da parte, erigindo-a quase a singularidade da certeza.

VIII – POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO

O parágrafo 4º do artigo 273 do CPC, estabelece que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. Para a revogação ou modificação há a necessidade de provar nos autos elementos novos, que alterem as circunstâncias originárias de concessão ou a convicção do magistrado, pois não basta a simples assertiva do magistrado para alteração e revogação da tutela concedida.

Como escreve o professor Sérgio Sahione Fadel traz que:

Revogação significa volta à situação anterior com a cessação dos efeitos ou dos atos que provocaram alteração na situação de fato, devendo ela retornar ao estado em que se encontrava antes da decisão antecipatória.

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

E prossegue:

Dito de outro modo: quando o juiz excepcionalmente, antecipa a tutela, inaudita altera parte, ante a presença dos seus requisitos genéricos (prova convincente e verossimilhança da alegação) e do específico, concernente ao risco de lesão grave e de difícil reparação ao direito do autor, fá-lo fundado exclusivamente na versão unilateral do autor e na prova, que supôs inequívoca, dos fatos alegados, constitutivos do direito respectivo.

Tudo, pois, que o réu alegar em sentido contrário ou contrapuser àquela versão ou à prova apresentada pelo adversário, será novidade para o juiz, autorizando-o a rever a decisão⁴².

Conjugando de tal entendimento, a respeito da revogação da medida, Marcus Vinicius Rios Gonçalves traz que embora a lei traga expressamente, há uma

⁴² FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 58-59 p.

ressalva quanto ao poder do juiz para fazê-lo: a revogação ou modificação fundamentada, com a indicação dos elementos novos que a justificaram⁴³.

Cabe ressaltar, que a necessidade da revogação ou modificação ser fundamentada, com a indicação dos elementos novos que a justificam, sob pena de violação do princípio da motivação do magistrado.

Luiz Guilherme Marinoni, em sua célebre obra A Tutela Inibitória, quando trata da possibilidade de modificação e de revogação da tutela inibitória antecipada, preleciona que:

O § 3º, do art. 461, diz claramente que “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

O que importa, neste momento, não é saber se a tutela inibitória antecipada pode ser modificada ou revogada em razão da interposição de agravo de instrumento. Nesse caso, mesmo depois da Lei 11.187/05 (novo art. 522), não há dúvida alguma sobre a possibilidade de modificação ou de revogação da tutela.

O que interessa, como é óbvio, é definir quando a tutela inibitória antecipada pode ser modificada ou revogada sem a interposição de recurso.

A temática da revogação e da modificação da tutela urgente de cognição sumária também aparece no direito italiano, em vista do art. 669-*decies* do CPC, que afirma, em sua primeira parte, que “*nel corso dell’istruzione il giudice istruttore della causa di mérito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare anche se emesso anteriormente alla causa se si verificano mutamenti nelle circostanze*”.

A doutrina italiana ao tratar do assunto, dirige sua atenção à expressão “*mutamenti nelle circostanze*”, aceitando, com tranquilidade, que estão presentes na referida expressão “*i mutamenti extraprocessuali delle circostanze di fatto*”. A dúvida surge quando se indaga se uma nova circunstância probatória pode constituir fundamento para a modificação ou para a revogação da tutela.

Considerada a natureza da tutela urgente de cognição sumária, não há como se impedir a modificação ou a revogação da tutela que, segundo a própria evolução da instrução probatória e da cognição do magistrado, perdeu sua justificativa. A própria provisoriedade da tutela antecipada autoriza a pensar que a alteração da cognição do juiz a respeito do fundamento que o levou a conceder a tutela pode conduzir, conforme o caso, a sua revogação ou modificação.

⁴³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva, 2005, 302 p.

Poranto, Giovanni Arieta tem toda a razão quando afirma que a interpretação do art. 669-*decies* seria ilógica, enquanto impediria de ter em conta os desenvolvidos, sobretudo instrutórios, do mérito, que são aqueles, em relação aos quais, mais evidentes podem ser as exigências de revogação ou modificação da medida.

Assim, por exemplo, se o juiz verifica, em virtude de prova trazida aos autos com a contestação, que a tutela inibitória antecipada não deveria ter sido concedida, não há que pensar em preclusão, já que é da própria essência da tutela urgente de cognição sumária a modificabilidade e a revogabilidade, por ser inerente a ela a provisoriedade⁴⁴.

Aponto ao professor João Batista Lopes que tal como a tutela cautelar, a tutela antecipada é revogável, enfatizando que:

A revogabilidade da medida está em perfeita harmonia com sua provisoriedade e reversibilidade, e pode ocorrer sempre que se modificar a situação fática que justificou a providência.

Do mesmo modo que a medida cautelar, a tutela antecipada é concedida *rebus sic stantibus*, isto é, pode ser alterada ou revogada se ocorrer alteração no quadro fático vigente ao tempo da concessão.

(...)

Como dito anteriormente, a revogabilidade está em harmonia com a reversibilidade da tutela, mas há situações em que se torna difícil, senão inviável, o restabelecimento pleno da situação anterior.

Suponha-se, por exemplo, que, em ação de indenização decorrente de acidente de trânsito, seja concedida verba para atendimento imediato a despesas da vítima. OU, em ação de investigação de paternidade, sejam concedidos alimentos ao autor. Nesses casos, salvo prova de dolo ou má-fé (v.g., oferecimento de documentos forjados para provar despesas) não se entrevê possibilidade de anular os efeitos consumados até a data da revogação.

Em outras hipóteses, porém, a revogação da medida é perfeitamente possível como, por exemplo: revogação da sustação de protesto concedida incidentalmente à ação declaratória em razão de novos documentos apresentados pelo credor; suspensão de proibição ou autorização da prática de ato etc⁴⁵.

Arruda Alvim afirma que: *“A tutela antecipatória é uma antecipação dos possíveis (muito possíveis) efeitos que virá a ter a sentença favorável ao autor. Consequentemente, ainda que seja uma decisão eficaz, poderá ela ser revogada ou*

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. São Paulo. RT, 2006, 4ª Ed. 201-202 p.

⁴⁵ LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2009. 4ª Ed. 129 p.

modificada, para o que, de resto, sequer há necessidade de recurso, porque não ocorrente a preclusão (art. 273, § 4º)⁴⁶.

João Batista Lopes propõe: *“A revogação produz efeitos ex tunc, isto é, é agravável de instrumento, podendo o recorrente pleitear a suspensão da revogação ao relator na forma do art. 527, II, do CPC e a restauração da decisão que concedera a providência, esta de competência do colegiado”⁴⁷.*

⁴⁶ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos tribunais. 11ed. 390 p.

⁴⁷ LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2009. 4ª Ed. 129 p.

IX - FUNGIBILIDADE DA TUTELA CAUTELAR E ANTECIPADA

Traz o parágrafo 7º, do artigo 273 do Código de Processo Civil que: “A *tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso*”.

Há de se reconhecer que a Lei n.º 10.444/02 que introduziu o § 7º, ao art. 273, trouxe importante renovação, ao prever a fungibilidade da tutela cautelar com a tutela antecipada.

Afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

Fungibilidade. Generalidades. O autor não será prejudicado por haver feito pedido fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que haja interposto cautelar incidental ou haja pedido antecipação de tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos legais para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la.

Fungibilidade. Cautelar incidental. Quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza de cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Nesse caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo de pedido de tutela antecipada em pedido de cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar. Anote-se que os requisitos para a obtenção de tutela antecipada são mais rígidos que os necessários para a obtenção de tutela cautelar. Assim, só poderá ser deferida a medida cautelar se estiverem presentes os requisitos exigidos para tanto (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

Fungibilidade. Tutela Antecipada. A recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze Ação Cautelar Incidental, mas o Juiz verifique ser o caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipação de tutela o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência de requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada ou se o autor se negar a proceder à adaptação⁴⁸.

⁴⁸ Código de Processo Civil Comentado. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003 nota 42 ao art. 273, p. 652).

Não se confunde tutela cautelar e antecipada, mas há casos em que é difícil distingui-las. Profundas discussões surgiram a respeito da natureza de determinadas tutelas de urgências, bastando lembrar, por exemplo, as sustações de protesto, em relação as quais as opiniões eram divididas.

A nova regra de fungibilidade entre os dois tipos de tutela, veio em boa hora reduzir a necessidade de separá-las com precisão, tal princípio permite que o magistrado conceda uma tutela cautelar, se lhe parecer mais apropriada, apesar de o autor ter pedido uma tutela antecipada.

Discorrendo sobre as benesses da fungibilidade entre tutela antecipada e a liminar concedida nas medias cautelares, Luciana Nini Manente, ensina que:

A possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela no processo de conhecimento evita a utilização distorcida da medida cautelar, que, por vezes, era utilizada de forma satisfativa, esvaziando o conteúdo da ação principal, todavia, sem reunir condições de propiciar uma sentença apta a pôr fim ao litígio acobertada pelos efeitos da coisa julgada material, porquanto seu objetivo precípuo, por sua própria natureza, é apenas e tão-somente acautelar o direito invocado para resguardar o resultado útil do processo principal, onde, aí sim, será exaustivamente discutido o mérito da causa⁴⁹.

A lei concede ao juiz a possibilidade de examinar qual a tutela antecipada de urgência que lhe pareça mais apropriada sem ficar adstrito a que tenha sido requerida, todavia para conceder uma tutela em lugar de outra, é preciso que os requisitos estejam preenchidos.

Tratando a respeito das tutelas inibitórias coletivas, Sérgio Cruz Arenhart, debruça-se sobre o tema da fungibilidade, consignando que:

Característica típica da tutela antecipatória, que desempenha papel fundamental em termos da ação inibitória (em que também a tutela final guarda essa peculiaridade), é a plasticidade da medida

⁴⁹ MANENTE, Luciana Nini. A Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário. São Paulo: Quatier latin, 2006, p 67

concedida pelo magistrado. Deveras, a medida liminar de cunho antecipatório inibitório possui ampla fungibilidade, de modo a permitir-lhe adaptar-se a todas as situações que possam surgir na sequência da outorga provisória. Porque constitui uma forma de proteção em que é essencial sua aderência à realidade substancial, e quem fundamental interagir com a realidade concreta para que a proteção judicial possa ser a mais efetiva possível⁵⁰.

O legislador ao instituir a fungibilidade, quis atribuir ao juiz a possibilidade de decidir, entre duas ou mais pretensões, aquela cuja concessão será mais apropriada.

Sérgio Sahione Fadel traz lições singulares extraídas da obra do professor Humberto Theodoro Jr.:

Daí lembrar Pajardi que as medidas de tutela provisória, no campo processual, devem ser encaradas da mesma forma com que se cuida, em medicina, das cirurgias de urgência, que não permitem ao médico observar todas as cautelares e precauções de ordinário prescritas para o tratamento de rotina.

Explica que o paciente em condições normais é colocado em observação por tempo técnico, sob acurada análise e cuidadosa avaliação, inclusive com opção de experiência de eventual alternativa clínica farmacológica. Mas aquele que se apresenta em condições críticas, configuradoras de uma estado de emergência, reclama uma intervenção cirúrgica imediata, sob pena de a futura cirurgia tornar-se inútil, diante do risco iminente do advento da morte do paciente. Há técnicas e cirurgias para pacientes normais e técnicas e cirurgias de urgência, tal a especificidade desse último tipo de cirurgia.

E conclui:

Assim como não se recusa o bisturi ao cirurgião de urgência, por simples temor de vir a ser mal utilizado, também não se pode negar ao juiz um amplo poder de antecipar providências e de tomar medidas preventivas. De resto, destaca o atualizadíssimo doutrinador italiano, “a linha de tendência do movimento de reforma do processo civil é acima de tudo favorável à idéia do processo urgente” (Pajardi, *ob.cit.*, 9 298). E como é intuitivo, ‘não se pode refrear o movimento de progresso, que perpassa o processo civil pela ótica paralisante do medo’ (*idem ibidem*)”⁵¹.

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, 317 p.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, RT, 203 p., *apud*, Fadel, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 81p.

Salienta-se ainda, que a lei permite que, solicitada a tutela antecipada no curso do processo, o Juiz conceda a tutela cautelar, incidentemente, no próprio bojo do feito.

No processo de conhecimento, a concessão de tutelas cautelares dependia, ao menos em princípios, do ajuizamento de ações cautelares incidentais, nas quais era possível solicitar a concessão de liminares.

As novas regras trazem, contudo, a possibilidade da tutela cautelar ser concedida no processo de conhecimento, sem a necessidade do ajuizamento de ação cautelar incidente autônoma, o que certamente reduzirá a utilidade desta.

Traçando as diferenças entre as a tutela cautelar e a tutela antecipada, sintetiza o professor João Batista Lopes:

(a) a tutela cautelar se caracteriza pela não-satisfatividade; (b) para obtenção da tutela cautelar, é suficiente a plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*); para a tutela antecipada, exige-se mais: a forte probabilidade do direito; (c) a tutela cautelar não traduz adiantamento de efeitos do mérito da causa e, por isso, não implica envolvimento da relação jurídica material o subjacente; a tutela antecipada está incidivelmente vinculada ao próprio mérito da causa; (d) a ação cautelar pode ser ajuizada com preparatória da principal, ou incidentalmente; a tutela antecipada pressupõe a pendência de um processo; (e) a ação cautelar caracteriza-se pela autonomia (elementos, condições da ação e mérito próprios), enquanto a tutela antecipada constitui mero incidente processual⁵².

Por outro lado, pondera Arruda Alvim que:

O que expressamente veio a objetivar o legislador, com o referido § 7º, ao art. 273, é manifestamente que, por defeito de postulação, requerendo *antecipação de tutela*, mas em realidade a providência que haveria de ter sido requerida teria sido de *natureza cautelar*, o juiz deverá deferir a medida cautelar, “em caráter incidental ao processo ajuizado”.

É claro, todavia, que esse § 7º, do Art. 273 coloca como inequívoco o dever do juiz de “aproveitar” o requerimento de tutela antecipada e dar-lhe um *tratamento substancial* de medida cautelar; e,

⁵² LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2009. 4ª Ed. 214 p.

processualmente, resolverá o assunto tal como resolveria um pedido de antecipação, ou seja, nos próprios autos, no que difere do procedimento das medidas cautelares; vale dizer, *flexibilizou* a solução do problema, determinando o *aproveitamento substancial* dessa postulação, e, como se disse, esse aproveitamento dar-se-á por meio de procedimento existente para a tutela antecipada. Em realidade, o que se contém nesse § 7º, do art. 273 é uma modalidade de fungibilidade, ainda que na decisão, ao aplicar esse texto, terá por equivocada a solicitação de tutela antecipada. Isto ocorrendo, deve-se remarcar que a medida cautelar deverá observar o procedimento da antecipação de tutela, nos próprios autos e não separadamente.

Já quando o autor tenha pedido, por equívoco, uma providência cautelar – sendo que a situação de urgência demonstra a necessidade de uma medida satisfativa – deverá o magistrado receber tal requerimento como tutela antecipada, desde que atendidos os pressupostos de maior calibre do caput do art. 273, I, do Código de processo civil.

A fungibilidade, portanto, ocorre da *antecipação de tutela* para a *medida cautelar* e da *cautelar para a antecipação*⁵³.

Não poderia deixar de ser mencionada a opinião de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, onde traz o processualista:

A noção de fungibilidade veio emprestada do direito material, que se refere a bens fungíveis como aqueles que podem ser substituídos por outros, do mesmo gênero e qualidade. É da essência do seu conceito a possibilidade de substituir uma coisa por outra ou de aceitar uma coisa no lugar da outra.

A lei processual faz uso do conceito de fungibilidade em alguns institutos. Para melhor compreendê-los, é preciso lembrar que há uma regra de ouro do processo civil que deve ser sempre observada: a de que o juiz fica adstrito ao que foi pedido na petição inicial. Qualquer decisão que refoge a esses limites é qualificada como *extra* ou *ultra petita*, com as consequências negativas daí decorrentes.

A fungibilidade no processo civil refere-se sempre a duas ou mais coisas que constituam uma pretensão. Em tese, por força do princípio da adstrição ao pedido, postulada uma, o juiz não poderia conceder a outra, sob pena de sua decisão ser *extra petita*. Mas, quando elas são fungíveis entre si, a lei permite que, postulada uma, o juiz conceda a outra, sem risco de nulidade ou vício de decisão.

Os três exemplos mais importantes de utilização do princípio da fungibilidade pela lei processual – o das ações possessórias, dos recursos e das cautelares – revelam algo que é comum a todos eles: uma dificuldade na distinção ou nas hipóteses de utilização dos institutos. Para afastá-la é que se recorre a fungibilidade⁵⁴.

⁵³ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos tribunais. 11ed. 397 p.

⁵⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. 2ª Ed. 305 p.

Porquanto, os princípios da tutela antecipada e das medidas cautelares guardam entre si certa autonomia acadêmica, o importante, diante da alteração legislativa, é a concessão da tutela de urgência, para amparar o direito material postulado, sem fazer maiores digressões ao nome do instituto ou peculiaridades de menor importância quanto a forma.

X – RECURSOS CABÍVEIS

Como não se desconhece a tutela antecipada, prevista no art. 273, do CPC, trata-se em verdade, de medida na qual se emprega à decisão eficácia executiva e provisória.

No entender de Sérgio Bermudes, *“não se trata de medida cautelar, concedida diante das regras e princípios que disciplinam essa espécie de processo civil contencioso. Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos de lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no caput do artigo, nos seus dois incisos e no § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos”*⁵⁵.

Diante da própria natureza da decisão que concede ou não a tutela antecipada, o recurso cabível é o agravo, que se admitirá na forma instrumental, pois não há interesse do recorrente, em fazê-lo de forma retida, já que somente poderá ser apreciado, se reiterado em sede, e quando, do julgamento da apelação.

Por isso Sérgio Sahione Fadel traz que:

Se a parte interpuser o agravo de forma retida, apenas possibilitará ao magistrado, prolator da decisão originária, no juízo de retratação, reconsiderá-la ou não.

Nesse caso, estar-se-ia impossibilitando o próprio tribunal recursal de, antes do momento processual em que se tornaria útil ou proveitosa a decisão antecipatória, examinar o pedido, já que isso só viria a ocorrer ao ensejo do julgamento da apelação, vale dizer, imediatamente antes na mesma sessão.

⁵⁵ BERMUDES, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Freitas Bastos 35 p, *apud*, MANENTE, Luciana Nini. A Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário. São Paulo: Quatier latin, 2006, p 65.

A interposição de agravo retido, por certo, impedirá a preclusão da medida decidida, ficando porém, a parte interessada obrigada a retirar-lhe o exame, por parte do tribunal, ao interpor ou ao responder a apelação da sentença de primeiro grau.

A interposição do agravo retido por certo, impedirá a preclusão da medida decidida, ficando, porém, a parte interessada obrigada a retirar-lhe o exame, por parte do tribunal, ao interpor ou a responder a apelação da sentença de primeiro grau.

(...)

Por outro ângulo, se o agravo retido for interposto pelo réu, contra a decisão deferitória da tutela antecipada, o provimento respectivo, preliminarmente ao julgamento da apelação, terá como consequência a reversão ao status quo ante (quando isso for possível, fática e juridicamente) ou, pelo menos, a suspensão ao cumprimento da tutela até então deferida, isso independentemente da lavratura e publicação do próprio acórdão, ainda que este lhe seja, no mérito, desfavorável.

É que os pressupostos da tutela antecipada – que repousam no juízo de mera probabilidade e no *periculum in mora* – são diversos dos do provimento jurisdicional final, que se baseiam sempre na certeza mas nem sempre na urgência⁵⁶.

Quando houver recurso, o Juiz poderá reconsiderar a sua decisão, sendo aí desnecessário que haja elementos novos. O agravo de instrumento interposto permite que o Juiz retrate-se sem necessidade de novos elementos nos autos, sendo, portanto, uma exceção.

Desta forma, caso a medida seja concedida em favor do autor, o réu poderá requerer ao relator do agravo que lhe seja atribuído efeito suspensivo, demonstrando a necessidade de sua concessão. Se a tutela for negada, o autor, ao agravar, poderá requerer a concessão de efeito ativo ao recurso, solicitando que o tribunal conceda a liminar que fora negada pelo juízo “a quo”.

Para concessão do efeito suspensivo, que se presta a suspender a eficácia da decisão agravada, há necessidade do preenchimento dos requisitos do art. 558, do

⁵⁶ , Fadel, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 55-56 p.

CPC, quais sejam, que haja requerimento expresso da parte, bem como que se esteja diante de um caso de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação.

Por outro lado, observa-se da redação do inc. III, do art. 527, do CPC, que é permitido ao relator a concessão do efeito ativo ao recurso de Agravo de Instrumento. Com isso, confere-se ao julgador *ad quem* a possibilidade de conceder aquilo que foi negado pela instância superior.

Como não se desconhece, havendo controvérsia sobre o assunto, prevalece o entendimento de que contra a decisão do relator que atribuir ou negar o efeito suspensivo e ativo não cabe outro recurso, nem mesmo agravo interno, sendo, portanto, tal decisão irrecorrível.

Marcus Vinícius Rios Gonçalves, citando entendimento de Candido Rangel Dinamarco, assevera *“Há no entanto fortíssima tendência jurisprudencial a negar cabimento de recurso contra decisões com que o relator concede ao nega efeito suspensivo ou efeito ativo pedido pelo agravante. Essa solução é de duvidosa constitucionalidade, notadamente no tocante às decisões que concedem uma dessas medidas – porque o poder de atalhar o curso do agravo, antecipando uma decisão que ordinariamente só o órgão colegiado poderia emitir, é extraordinário no sistema da diversidade dos graus de jurisdição. Vai contra a garantia constitucional do devido processo legal a imposição de medidas da competência desse órgão, sem possibilidade de revisão por ele, mesmo diante do silêncio da lei”*.⁵⁷

Desta forma, mesmo diante da controvérsia sobre o assunto, entendemos ainda ser possível a interposição de Mandado de Segurança, em face da decisão que concede ou nega os efeitos acima do recurso de agravo de instrumento.

⁵⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processo Civil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2005. 2ª Ed. 113 p.

XI – TUTELA ANTECIPADA E PEDIDO INCONTROVERSO

A Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002, incluiu no art. 273, do Código de Processo Civil o § 6º, que possibilita a antecipação dos efeitos da tutela, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, afigurar-se incontroverso. E o fez nos seguintes termos:

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

Por incontroverso deve-se entender a ausência de impugnação: o autor afirma um fato, e o réu não o nega. Se este não apresenta contestação e deixa incontroverso todos os fatos alegados na inicial, será caso de julgamento antecipado (Art. 330, II), salvo se a demanda for daquelas em que não se aplicam os efeitos da revelia. Mas, se apenas parte do pedido, ou um dos pedidos, em caso de cumulação, ficar incontroversos, e dos demais forem controvertidos, o juiz não poderá desde logo proferir sentença. Poderá, entretanto, havendo requerimento, antecipar a tutela em favor do autor⁵⁸.

O professor Arruda Alvim, traz que os fatos que estejam à base de um pedido, ou de parte deste, poderão ser incontroversos pelo seguinte:

1) desde logo, havendo revelia, e desde que, efetivamente, o juiz venha a entender que essa circunstância (revelia) não é afastada pelo exame dos fatos do processo não contestados, em si mesmos (fatos impossíveis, ou, se possíveis, não verossímeis); ou, então, e ainda, conquanto não contestado determinado pedido (e, pois, seria incontroverso), na medida em que dúvida possa surgir da contestação a outro (s) pedido (s), é certo que não cabe a antecipação de tutela; ou, ainda, mesmo que a dúvida surja, pura e simplesmente, no espírito do juiz, como, por exemplo, na hipótese de os fatos, ou parte deles, ser inverossímil; essa sempre foi a interpretação correta do art. 319, que pode, nessa medida, auxiliar no caso; 2) o mesmo critério deve presidir a consideração para o caso da hipótese do art. 302, e desde que os fatos que possam vir a ser presumidos como verdadeiros estejam à base de um pedido ou de parcela de um dos pedidos, ensejando a possibilidade da antecipação da tutela; 3) os fatos confessados, v.g., com numa confissão extrajudicial (art. 334, II), desde que ensejem o fato ou fatos suficientemente, à base de pedido, a antecipação (fatos

⁵⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. 2ª Ed. 297 p.

confessados suficientes para embasar a antecipação do pedido, ou de parcela deste); ou, ainda, porque admitidos n processo, v.g., quando contestados alguns fatos e expressamente admitidos outros (art. 334, III); 4) no caso, todavia a exigência legal não é – somente – a de que os fatos sejam incontroversos, senão que é o pedido que deverá não ter sido objeto de controvérsia, distinção importante, dado que é possível não se converter sobre o fato, concordando com ele mas o pedido pode ter sido objeto de controvérsia. Dir-se-ia, aqui, que possível a tutela antecipada, dado que, por não ter havido controvérsia sobre o fato ou fatos que embasam o pedido ou parte dele (ainda que o pedido tenha sido contestado) o juiz poderia decidir, dado que só lhe incumbiria decidir matéria de direito, o que é verdade; 5) ainda que assim pudesse ter sido, não foi essa a opção do legislador, tendo este escolhido que em face e nos casos de pedido não objeto de controvérsia é que poderá ocorrer a antecipação de tutela; 5.1) possivelmente foi eleito este caminho, uma vez que, em tal hipótese, tornar-se-ia sem sentido recurso que dessa decisão viesse a ser interposto; 5.2) isto porque essa decisão se lastreia em pressuposto – ausência de controvérsia sobre o pedido ou parte dele – e, sendo assim, se interposto recurso, isto importaria em vir a ser negado esse pressuposto por aquele que não criou ou não estabeleceu a controvérsia, i.e., o réu; 5.3) já se tratasse de fato incontroverso, mas pedido controverso, é certo que, decidindo-se contrariamente ao que postulou o réu, seria manifesto o interesse recursal deste; 6) há um ponto em que a lei não é explícita, mas nela está presente, e a isso já nos referimos. É o seguinte. O que parece ser legítimo concluir é que o pedido não deverá ter sido objeto de controvérsia, e, mais ainda, a essa circunstancia deve-se agregar a ausência de dúvida, por parte do juiz, dado que, mesmo quando especificamente controvertido um dado pedido, ou parte dele, é possível que o juiz tenha dúvida, hipótese em que não caberá a antecipação de tutela. Este entendimento escora-se – além do próprio princípio do livre convencimento – no texto da lei, quando dela consta a expressão poderá⁵⁹.

Os estudiosos discutem, no entanto, se a hipótese é de antecipação da tutela ou de julgamento antecipado da lide, de forma parcial, na medida em que, na essência, trata-se de um reconhecimento parcial do pedido.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Não obstante a decisão que adianta os efeitos da parte não contestada da pretensão tenha alguns dos atributos de decisão acobertada pela coisa julgada material parcial e, conseqüentemente,

⁵⁹ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos tribunais. 11ed. 370-371 p.

⁵⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. 2ª Ed. 291 p.

de título executivo judicial, reveste-se do caráter da provisoriedade. Não há óbice no seu enquadramento dentro da sistemática do processo civil brasileiro, ainda que o meio processual para alcançá-lo seja o do instituto da tutela antecipada do CPC 273. Falamos em meio processual porque, na essência, ontologicamente, essa situação seria equiparável ao reconhecimento jurídico parcial do pedido, que entre nós enseja a extinção do processo com julgamento do mérito, em favor do autor (CPC 269 II), ou seja, o nosso direito já contem guarida para a pretensão do autor quando ocorre a admissão parcial do pedido condenatório. Há, portanto, duas soluções possíveis para a hipótese: a) caso o autor pretenda a antecipação parcial da tutela, haverá decisão interlocutória sobre o tema, provisória, segundo o regime jurídico da tutela antecipada; b) caso o autor alegue que o réu reconheceu parcialmente o pedido (CPC 269 II), o juiz, acolhendo a alegação, proferirá decisão interlocutória definitiva de mérito: o processo (conjunto de todas as pretensões deduzidas pelo autor e pelo réu, quando, por exemplo, reconvém) não será extinto. V. Leonardo José Carneiro da Cunha – O § 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide? (RDDP 1/209)⁶⁰

A respeito do tema, sustentando sua posição de forma lapidar, o professor Arruda Alvim traz que:

O que não se deve perder de vista é que, se tiver havido reconhecimento jurídico de um dos pedidos cumulados, ou de parte de um desses pedidos cumulados, caberá decisão, e não será mais, então antecipação de tutela. Se o juiz pode o mais – antecipar o pedido sobre o qual não há controvérsia (e desde não tenha dúvida quanto a isso) -, é certo que, tendo havido reconhecimento, e, pois não mais sendo mera ausência de controvérsia, senão que concordância com o pedido, deverá decidir favoravelmente, resolvendo o mérito, nessa parte (art. 269, II). Como dissemos, a possibilidade de cisão do ato decisório está *ex lege* reconhecida, e não se deverá entender esse reconhecimento como confinado à mera possibilidade de antecipação de tutela. De outra parte, se não existir cumulatividade, se não que somente um pedido, não contestado, o juiz deverá decidir. Nesta última hipótese incidirá o art. 319, sem que o recurso suscetível de ser interposto tenha efeito suspensivo. *Mutatis mutandis*, aplicar-se-á a regra do art. 520, VII (tal como acrescentado pela Lei 10.352/2001). Poder-se-ão formar, portanto, dois segmentos recursais⁶¹.

⁶⁰ Código de Processo Civil Comentado. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003 nota 42 ao art. 273, p. 652).

⁶¹ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos tribunais. 11ed. 371 p.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves, tratando do tema, afirma que a redação do § 6º, do art. 273, do CPC não é das mais felizes, por trazer falsa impressão de que a antecipação só cabe na hipótese de pedidos cumulados, em que um ou mais deles tenham ficado incontroverso, sustentando que há a possibilidade de antecipação, ainda que haja somente um pedido, se parte dele restar incontroversa⁶².

Outros sustentam que como os pedidos estavam relacionados ao mérito, a decisão que os deferiu também estará, sendo, portanto, uma decisão interlocutória de mérito, podendo ser atacada pelo agravo de instrumento.

No caso em comento, diferentemente do que abordado acima a respeito dos requisitos para a tutela de urgência, aqui se antecipa os efeitos da sentença com relação ao pedido que tornou-se incontroverso nos autos.

Ao meu sentir, ao conceder a tutela antecipada de pedido incontroverso, há necessidade de se confirmar em sentença, pois como não se desconhece o que se antecipa são somente os efeitos do provimento jurisdicional concedido ao final, e não o próprio pedido, em que pese posicionamento respeitado ao contrário.

Nesta senda, com relação à antecipação dos efeitos, deverá a parte interpor o recurso competente, caso em que se não o fizer haverá preclusão. Tal preclusão contudo, é *sui generis*, ou seja, a parte não poderá volver a matéria, somente em determinado espaço temporal, em outras palavras, a matéria não poderá ser objeto de discussão até a prolação da sentença, onde o juiz deverá confirmar a tutela.

Isto porque quando da prolação da sentença, em que se esgota o provimento jurisdicional, e se concede em definitivo o bem da vida pleiteado, há possibilidade de interpor recurso de apelação devolvendo toda a matéria, pois aqui, não se está falando somente dos efeitos, mas sim do próprio objeto do pedido, sendo a apreciação dos seus efeitos antecipatórios secundários.

⁶² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. 2ª Ed. 297 p.

Isto porque, em que pese a decisão antecipatória, deter alguns dos atributos da coisa julgada material, diante de sua provisoriedade, não tem eficácia de título executivo, não fazendo às vezes do julgamento exauriente.

XII - TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Confirme visto no presente trabalho, a grande preocupação dos operadores do direito, está indiscutivelmente, na diminuição do tempo do processo, a fim de se garantir a efetividade processual.

A construção de procedimentos diferenciados, com diversas formas de cognição, permitindo a adoção de meios adaptados a especificação do direito material em discussão, afigura-se em inquestionável avanço.

Leonardo José Carneiro da Cunha, citando Luis Guilherme Marinoni, traz em sua obra:

Nesse sentido, põe em relevo a evolução de estudos doutrinários destinados ao aperfeiçoamento do conceito e da identificação do *procedimento*. Tais estudos decorrem das notórias noções postas por Picardi e Fazzalari que cuidaram de dar mais ênfase ao processo como procedimento em contraditório. Abstraído o extremo a que chegam aqueles autores, a doutrina vem empreendendo estudos relativos ao procedimento com vistas a reforçar a feição instrumental do processo como meio de se aplicar ou de se fazer valer o direito material, surgindo a construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas mediante o uso da técnica de cognição igualmente diferenciada, a depender dos detalhes, variações e necessidades de cada direito material específico. A propósito, cumpre reportar-se ao ensinamento de Kazuo Watanabe que assim esclarece: “É através do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do devido processo legal.”⁶³

⁶³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 7ª Ed. São Paulo. Dialética. 2009; 240-241 p.

Conforme entendimento, os provimentos antecipatórios decorrem do exercício de uma cognição superficial, sumária, que pressupõe uma situação de imediatidade, uma urgência, que incute no magistrado, o dever de conferir efetividade ao processo.

No entanto, grande discussão surgiu quanto a possibilidade e admissibilidade da antecipação de tutela em ações propostas contra a Fazenda Pública, havendo inclusive quem se posiciona contra o seu cabimento.

Diziam alguns que, diante das prerrogativas concedidas a Fazenda Pública, em razão da própria atividade conferida de tutelar o interesse público, quando ela está em Juízo, em verdade, não está defendendo direito próprio, mas sim o erário público. Isso na consideração de que o complexo de bens, não é de responsabilidade do titular do mandato eletivo, mas sim de toda a sociedade.

Assim, a antecipação dos efeitos da tutela, seria incompatível com a regra esculpida no art. 475, do CPC, que dispõe sobre o reexame necessário, e também constituiria violação a sistemática do precatório (art. 100, da CF/88).

Nada obstante, ponderaram os estudiosos que as decisões interlocutórias proferidas liminarmente, não se sujeitavam ao reexame necessário, que se cingia as sentenças.

E tal entendimento se coadunava com a Lei do Mandado de Segurança, onde havia a possibilidade de concessão de liminar, mesmo havendo reexame necessário.

Contudo, nos tempos atuais não mais se suscitam tal questão, com efeito:

“muito se discutiu sobre a submissão da decisão concessiva da tutela antecipada ao reexame necessário, quando contrária à Fazenda Pública, eis que satisfativa e antecipatória do mérito. A melhor solução é a que aponta para a não sujeição de tal decisão ao duplo grau obrigatório, porquanto não se trata de sentença. Haverá, isto sim, proibição de concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses elencadas na Lei n.º 9.494/97, de que é exemplo a concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidor público. Nesse caso, não se admite a antecipação de tutela,

em razão de vedação legal que toma como premissa regras financeiras e orçamentárias. Em se tratando, no entanto, de caso e quem seja permitida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não há razão legal para submeter a correspondente decisão ao reexame necessário.⁶⁴

A Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, veio disciplinar a aplicação do instituto da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, já prevista pela Medida Provisória n.º 1.570-5.

Dessarte previu a lei expressamente a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, seja aquela genérica prevista no art. 273, do Código de Processo Civil, seja aquela específica de obrigações de fazer do art. 461, do mesmo dispositivo legal.

Todavia, a utilização de tal instituto deve ser realizada com vista ao sistema processual vigente, em especial, e principalmente, com observância das regras e normas que regem as ações em que figuram com parte a Fazenda Pública.

Neste sentido, trouxe o ilustre professor Leonardo José Carneiro da Cunha:

“Ora, se é vedada a antecipação da tutela antecipada contra o Poder Público nos casos previstos na Lei n.º 9.494/97, significa que, nas hipóteses não alcançadas pela vedação, resulta plenamente possível deferir a tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Cabível, portanto, com as ressalvas da Lei n.º 9.494/1997, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública”.⁶⁵

Assim, podemos definir que as tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública podem ser concedidas, desde que respeitadas as restrições legais, atendendo ao princípio da legalidade.

⁶⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Inovações no processo civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001). São Paulo. Dialética, 2002, 60 p.

⁶⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Inovações no processo civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001). São Paulo. Dialética, 2002, 60 p.

Mas outra problemática se impõe, que não aquela atinente ao objeto da concessão da tutela antecipada, mas sim de cunho processual, imposta pela Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002, que inseriu o parágrafo sexto, ao artigo 273, do CPC.

Diz tal parágrafo que: *“tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”*.

Denota-se de tal dispositivo, que a incontrovérsia, com a roupagem de certeza, admite a antecipação dos efeitos da tutela, não como uma cognição sumária, provisória, diante de um estado de urgência, mas sim, como verdadeira entrega da prestação jurisdicional exauriente.

Não há perquirição para a aplicação do mencionado parágrafo, dos requisitos ordinários da verossimilhança e da prova inequívoca, não se imiscuindo também acerca da presença de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Em outras palavras, se faz necessário para a antecipação dos efeitos da tutela, nesse caso, tão somente a incontrovérsia, pois calcada na certeza, pode inclusive conter caráter irreversível.

Contudo, como a incontrovérsia pode ser por inércia do réu, em não contestar a ação, como também, pela falta de impugnação contra determinado pedido, há que se perquirir se é possível, em tal caso, utilizar-se de tal fato para aplicação do § 6º, do art. 273, do CPC.

Isto porque, a Fazenda Pública, gozando de suas prerrogativas, não se sujeita aos efeitos da revelia, nem se submete ao ônus da impugnação específica, nestes termos:

a incontrovérsia sobre os fatos constitutivos do direito do autor, oriunda da ausência da impugnação específica (art. 302), não alcança a Fazenda Pública, quando figurar como ré, diante da regra do inciso I do art. 302, a qual afasta a presunção de veracidade do fato não contestado se sobre ele for inadmissível a confissão, por

versar sobre direito indisponível. Nesse caso, portanto, a antecipação com base no art. 273, § 6º será inadmissível.⁶⁶

Logo, inadmissível que eventual constatação de incontrovérsia em face da Fazenda Pública, possa conferir o direito de aplicação do § 6º, do art. 273, do CPC, com o julgamento parcial da lide, ou como alguns preferem, julgamento fracionado da lide.

Cabe ponderar, contudo, que determinados autores entende, que será possível a antecipação de tutela em face da Fazenda, com base no dispositivo acima, se verificado que a pretensão vem calcada em declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou em súmulas dos Tribunais Superiores.

Tal entendimento pode ser aplicado, mas não em sua plenitude, pois diante de uma obrigação de fazer, como exemplo de emissão de uma certidão de dívida ativa, nos casos de serviços hospitalares, o instituto é perfeitamente aplicável contra a Fazenda Pública.

No entanto, nos casos em que a sentença tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos, há impossibilidade de antecipação dos efeitos da sentença.

Isto porque, o art. 2-B, da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, estabelece que: “Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”.

Cabe ressaltar que o artigo em comento foi incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, pondo cobro à discussão.

⁶⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyro. “Antecipação dos Efeitos da Tutela: Inovação da Lei 10.444/02”. Revista Dialética de Direito Processual 160-170. São Paulo: Dialética, abril de 2003, p 165.

XIII – TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

O Artigo 461 e seus parágrafos, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, tem o seguinte teor:

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

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

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

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

O professor Cândido Rangel Dinamarco, traz que a tutela antecipada específica aqui pleiteada, teve origem no Código de Defesa do Consumidor:

Oriundo do Código de Defesa do Consumidor, deve o art. 461 do Código de Processo Civil ser interpretado em sistema com o art. 83 daquele, segundo o qual (*mutatis mutandis*) *todas as espécies de ações são admissíveis, para a tutela jurisdicional nas obrigações de fazer ou de não fazer*. Esse preceito não está escrito no Código de Processo Civil, mas resulta claramente do seu sistema e da regra de

adequação entre os provimentos jurisdicionais existentes e as situações de direito material a serem providas. Falar em todas as espécies de ações significa incluir as espécies de tutela que se obtêm no processo de conhecimento (constitutiva, condenatória ou meramente declaratória) e também a tutela executiva e cautelar. O art. 461 situa-se no Livro do processo de conhecimento e precisamente no capítulo da sentença e da coisa julgada relacionada às obrigações de fazer ou de não fazer.⁶⁷

Como não se desconhece a sentença que concede tutela específica não só é condenatória, como também mandamental, de acordo com o modelo sincrético do processo.

Aliás, assentou Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Ney, que a ação prevista no art. 461, do CPC, é condenatória com caráter inibitório, e, portanto, de conhecimento.

Aduzem os autores que ela tem eficácia executivo-mandamental, pois abre ensejo à antecipação de tutela, em outras palavras, autoriza a emissão de mandado para execução específica e provisória da tutela de mérito ou de seus efeitos⁶⁸.

Nada obstante, pela leitura do art. 14, inciso V, verifica-se que o Código de Processo Civil reconhece a existência de sentença com caráter mandamental:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

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

⁶⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil, 4ª Ed., Malheiros 154. p, *apud*, FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da tutela no processo civil. São Paulo: Dialética, 1998. 141 p.

⁶⁸ NERY Júnior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante. São Paulo. RT, 2003. 7ª Ed. 781 p.

Por outro lado, pode-se perceber que a redação do § 3º, do art. 461, se avizinha àquela tratada no art. 273, demonstrando que as hipóteses de concessão coincidem, diferenciando ligeiramente os requisitos exigidos.

No dizer do professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves, os requisitos são ligeiramente diferentes, a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final, que se aproximam dos requisitos comum às demais hipóteses, isto é, verossimilhança e perigo de prejuízo irreparável.

O professor Arruda Alvim, traz os traços fundamentais dos arts. 461 e 461-A, nos seguintes termos:

O que se verifica dos arts. 461 e 461-A é a vontade do legislador de: a) obter, primordialmente, a tutela específica, ou seja, “o juiz concederá a tutela específica da obrigação”, de fazer ou de não fazer (art. 461) e da entrega de coisa (art. 461-A); b) se isto se mostrar inviável, deverá, então, assegurar “resultado prático equivalente ao do adimplemento”; c) somente se impossível uma das duas soluções, com preferência para a primeira, é que, então, passar-se-á à conversão dessa obrigação (= do inadimplemento dessa obrigação) em perdas e danos, ou, então e, sempre; d) quando o devedor, desde logo, pedir perdas e danos (§ 1º, do art. 461, aplicável às hipóteses do art. 461-A por expressa determinação legal, conforme está exposto no § 3º do art. 461).

Percebe-se que a tutela específica, no tocante ao § 3º, do art. 461, do Código de Processo Civil, pode ser considerada similar àquela tutela antecipada, só que aqui a sua concessão depende de apresentação de prova convincente das alegações e argumentação jurídica consistente.

XIV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho colimou trazer um panorama de evolução da tutela antecipada dentro do nosso instituto processual civil, com suas necessidades, discussões e inovações.

Não poderíamos aqui, de maneira pretensiosa querer esgotar todas as possibilidades e hipótese de incidência da tutela antecipada, pois diante da casuística isto se tornaria impossível.

O que se pretendeu, foi trazer argumentos que possam de alguma maneira contribuir com os debates e discussões sobre o tema, isto porque, como não se desconhece, tal instituto ainda causa questionamento e dúvida nos estudiosos e operadores do direito.

Trouxemos quanto ao instituto da tutela antecipada, sua evolução histórica, sua aplicabilidade colimando dar concreção ao postulado da efetividade e celeridade processual, seu conceito e sua abrangência.

Discorreremos também, a respeito de como ela, direcionada a atender os fins constitucionais, e mesmo antes já que o Brasil é signatário da convenção de Direitos humanos, vem de encontro aos anseios da sociedade, harmonizando-se com os princípios fundamentais.

Abordamos seus requisitos, a possibilidade de sua revogação, a fungibilidade entre ela e a tutela cautelar, com a introdução do § 7º, do art. 273, do CPC, a possibilidade de se antecipar os efeitos do pedido incontroverso e seus recursos.

Nos dias atuais, não se pode mais conceber o Poder Judiciário como um lugar onde os processos nunca chegam a termo, e onde por vezes, como acontecia outrora, o final da demanda se afigurava inútil para os litigantes.

Traz em seu bojo a tutela antecipada, a necessidade de um processo célere e eficaz, acolhendo a parte favorecida e garantindo à outra, de forma legal o equilíbrio da relação jurídico-processual, com todas as normas previstas em nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, inegável que a tutela antecipada trouxe um grande avanço para nosso ordenamento, em especial ao consignar a possibilidade de concessão das tutelas antecipadas de forma genérica,

De tal sorte, que as garantias constitucionais estão plenamente garantidas, e o equilíbrio entre as partes, conforme dito, restabelecido, não arcando o autor com ônus que ultrapassasse suas possibilidades, nem tem que esperar anos para ver garantido um direito.

Por fim, diante do pugnado acima, se pode afirmar que a tutela antecipada é um dos institutos mais importantes do ordenamento jurídico, e colimando despertar o debate jurídico, apresenta-se o presente trabalho.

XV – BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, vol. 2: Processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. 11ed.

ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil. 4. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 7ª Ed. São Paulo. Dialética. 2009.

FADEL, Sergio Sahione. Antecipação da Tutela no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 1998.

FIGUEIRA JR., J. D. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 4. T. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2001.

FUX, Luiz. Tutela Antecipada e Tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2009. 4ª Ed.

MANENTE, Luciana Nini. A Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário. São Paulo: Quatier latin, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. São Paulo. RT, 2006

NERY Júnior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante. São Paulo. RT, 2003. 7ª Ed.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyro. "Antecipação dos Efeitos da Tutela: Inovação da Lei 10.444/02". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. Tutela Antecipatória e Juízo de Verossimilhança, in O Processo Civil Contemporâneo, Juruá

STOCO, Rui. Abuso do direito e má-fé processual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.