

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

DA IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA



Orientador: Samuel Bauduíno

Orientanda: Náira Teixeira da Silva

RUBIATABA – GO

2010

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

DA IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA

NÁIRA TEIXEIRA DA SILVA



Monografia apresentado à disciplina de Monografia II do curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER -sob a orientação do SAMUEL BALDUINO PIRES DA SILVA, graduado em Direito e especializado em: Direito Civil e Processual Civil.

De acordo

S. 32831

| | |
|-----------|----------|
| Tombo nº | 17726 |
| Classif.: | 34 |
| Ex.: | 1 |
| Origem: | d |
| Data: | 23.02.11 |

Professor (a) Orientador (a)

RUBIATABA

2010

NÁIRA TEIXEIRA DA SILVA

DA IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO _____

SAMUEL BALDUINO PIRES DA SILVA

Especialista em Direito Civil e Processo Civil

Orientador

IDELCI FERREIRA DE LIMA

Especialista em Direito Civil e Processo Civil

DENISE HELENA MONTEIRO DE BARROS CAROLLO

Pós doutorada em Historia Moderna, Historia do Direito e Direito Comercial

RUBIATABA/GOIÁS

2010

Ao meu Deus, que se não fosse pela bondade e misericórdia, eu não poderia estar concluindo mais esta etapa da minha vida. Ao meu pai João Geraldo da Silva, que não mediu esforços para me ajudar em tudo. Aos meus avós, principalmente minha querida avó, Maria (in memória), que perdia noites orando para mim, para que Deus me desse oportunidade de poder cursar o ensino superior, aos meus irmãos: Paulo e Alessandro, meu namorado e companheiro, aos meus amigos, em especial a Ana Paula. Enfim, a todos que tanto nas horas boas como nas ruins sempre estiveram comigo, e que são pessoas muito importantes, sem as quais minha vida não teria sentido. A todos os professores da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, que foram importantes na contribuição e no desenvolver da minha vida acadêmica. A vocês, os meus inenarráveis votos de gratidão.

Todo trabalho acadêmico tem um preço: horas a fio dedicadas à pesquisa e madrugadas adentro escrevendo, corrigindo, reescrevendo. E, sem sombra de dúvidas, quem passa por esse sacrifício juntamente com o estudante é a família.

Talvez mais difícil que escrever esta monografia, seja agradecer a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para que esse objetivo fosse alcançado.

Primeiramente agradeço a Deus e a meu pai, pelo incentivo e a dedicação para comigo sempre, sem nunca fraquejar. Agradeço também a minha família, pois sem eles nada seria possível, nada interessaria nesta vida.

Agradeço a Faculdade e todo seu corpo docente, agradeço também ao Rômulo, (nosso motorista), que mesmo diante de tantas dificuldades no percurso, tantos atoleiros na estrada, nunca se negou a transportar-nos até a faculdade.

Aos meus colegas, que durante esses cinco anos estiveram e viveram juntamente comigo esta parte da minha vida.

Enfim, obrigada! Obrigada! Obrigada a todos.

“Convém que a justiça seja pronta, porém, mais do que isso, convém que seja justa. O problema fundamental da política processual consiste exatamente em saber encontrar o equilíbrio razoável entre as duas exigências: a celeridade e a justiça.”

José Alberto dos Reis

RESUMO: Trabalho de pesquisa realizada tendo por finalidade discorrer sobre o instituto da tutela antecipada, bem como suas peculiaridades. Especialmente o requisito negativo à tutela antecipada, constante no § 2º do artigo 273, do Código de Processo Civil, a irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela, características, e ligações entre os princípios constitucionais e contraditório, devido processo legal, razoabilidade, e demais alterações introduzidas.

Palavras chave: Tutela Antecipada, Processo. Irreversibilidade. Efetividade. Razoabilidade. Prestação Jurisdicional.

ABSTRACT: I work of accomplished research tends for purpose to discourse on the institute of the premature protection, as well as their peculiarities. Especially, the negative requirement to the premature protection, constant in § 2nd of the article 273, of the Code of Civil Process, the irreversibilidade of the effects factions of the protection, characteristics, and connection among the beginnings constitutional, contradictory, due legal process, razoabilidade, and other introduced alterations .

Word-key: Premature protection, Process. Irreversibilidade. Effectiveness. Razoabilidade. Installment Jurisdicional.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1. HISTÓRICO | 16 |
| 1.1. Evolução Histórica | 16 |
| 1.1.1 No mundo | 17 |
| 1.1.2 A Introdução da Tutela Antecipada no Brasil | 18 |
| 1.2 Tutela Antecipada como Forma de Agilização da Justiça | 22 |
| 2. CONCEITO | 25 |
| 2.1 Características | 26 |
| 2.2. Dos Requisitos Da Tutela Antecipada | 28 |
| 2.2.1 Verossimilhança das Alegações e Prova Inequívoca | 31 |
| 2.2.2 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação | 36 |
| 2.2.3 Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório | 37 |
| 2.2.4 Fundamentação da Decisão | 37 |
| 2.2.5 Perigo de Irreversibilidade | 38 |
| 2.3 Tutela Antecipada X Processo Cautelar | 38 |
| 3. DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA DISCIPLINA DA TUTELA ANTECIPADA | 45 |
| 3.1. Lei 10. 444 | 45 |
| 3.2 Estabilização da Tutela Antecipada | 48 |
| 4. PRESSUPOSTO NEGATIVO À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA | 51 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 58 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 60 |

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-------|---------------------------|
| Art. | - Artigo |
| CPC | -Código de Processo Civil |
| Pág. | - Página |
| Págs. | - Páginas |

LISTA DE SÍMBOLOS/SIGLAS

§

- Parágrafo

nº

- Número

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso visa estudar o instituto jurídico conhecido como Tutela Antecipada. Através deste estudo, pretende-se demonstrar a importância do mesmo, como forma de agilização processual, ou seja, como este instituto pode ser utilizado, sobretudo, os efeitos de sua concessão. A presente monografia versará sobre o perigo de irreversibilidade, do provimento dado em sede de antecipação de tutela, com base legal parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil. A finalidade do trabalho é evidenciar a importância do assunto, e o cuidado necessário a ser observado no momento de concessão da antecipação em determinadas situações. Busca-se realçar o risco que pode haver na tomada de uma decisão precipitada

A abordagem deste tema é de elevada importância, pois, atualmente a maioria das pessoas necessitam de uma resposta rápida e eficaz. E o que acontece na maioria das vezes é a lentidão, que às vezes faz tornar sem efeito a sentença, haja vista que, o direito já fora lesado, e o direito material também já se tornou inútil. Nota-se que a busca incessante do Judiciário e Legislativo como uma alternativa para o problema, é percebida dentro deste instituto, pois, com a propositura da ação e a alegação de prova inequívoca das alegações, por si só, poderá causar o convencimento do Juiz, mesmo que tal direito não esteja totalmente comprovado.

Acontece que, tal decisão deve ser tomada de forma muito cuidadosa, tal afirmação se faz necessária, pois a concessão de tal provimento sem atentar-se a tal requisito de não concessão, poderá acarretar situações e efeitos irreversíveis contra o demandado.

Neste sentido, considerando o advento das Leis nº 8.952, de 13.12.1994, e Lei 10.044 de 07.05.2002, das quais instituíram e aprimorou a legislação brasileira, o instituto da tutela antecipada, permitindo assim, o juiz antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida, desde que preenchidos os requisitos necessários para sua antecipação, evitando assim, a violação de direitos. E, no que se refere aos requisitos: são necessários a parte requerida, bem com a busca de não violar outros

princípios constitucionais, tais como: o devido processo legal, e o contraditório, e a ampla defesa.

Para a abordagem deste tema, é indispensável o estudo de obras de inenarrável importância de autores jurídicos do direito processual civil, tais como: Humberto Theodoro Júnior (2009); Luiz Guilherme Marinoni (2008), dentre outros; e legislações pertinentes ao tema, como Código de Processo Civil (CPC) e a Constituição Federal Brasileira, pois, seus ensinamentos possibilitarão de forma grandiosa a absolvição satisfatória do conhecimento para a elaboração do tema exposto.

A problemática que norteou o presente trabalho está relacionada a demonstrar o perigo de irreversibilidade constante no § 2º do artigo 273, do CPC, tendo em vista que tal decisão em seu efeito fático não poderá retornar em seu estado anterior à decisão.

A abordagem deste tema se justifica quando se estuda o histórico de tal instituto e principalmente na proposta de estabilização da tutela antecipada, trazida pela Reforma do Código Processual Civil da qual é sabida, que, tal proposta de reforma do CPC faz-se necessária, tendo em vista a morosidade processual hodierna.

O Problema analisado diz respeito à irreversibilidade dos efeitos da tutela. O presente estudo objetivou-se em conhecer a possibilidade de concessão, mesmo quando há perigo de não poder ser revertida a situação fática, com a sentença, ou seja, o direito material não ter a possibilidade de retornar ao estado anterior à decisão interlocutória, que neste caso toma caráter de sentença em que se decidiu o mérito.

No que diz respeito à metodologia adotada, utilizaremos a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo para a construção da presente monografia de compilação, onde se analisa diferentes argumentos de diversos autores estudados e aparelhando de forma didática e clara para a melhor compreensão do tema proposto.

Assim, no intento de adquirir conhecimento necessário para escrever a presente monografia será utilizada como tipo de pesquisa, a chamada pesquisa bibliográfica, a qual se baseia na leitura de doutrinas, artigos jurídicos, e leis, tudo relacionado com o tema analisado.

O método analisado será aquele conhecido como método dedutivo, através do qual serão colhidas informações gerais acerca do instituto da tutela antecipada, com o objetivo de analisar uma questão específica, ou seja: o perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela. Para alcançar o objetivo proposto, acerca dos objetivos específicos, tais como: abordagem geral do instituto da antecipação de tutela, seus requisitos de concessão ou não e, em especial o requisito do §2º do artigo 273, que imputa ao juiz o dever de não conceder tal decisão quanto houver perigo de irreversibilidade da decisão; alterações introduzidas e também projetos de alteração, visando a estabilização de tal instituto e a necessidade de sua aplicabilidade, mesmo à vista de tal situação negativa à concessão da tutela antecipada. Pretendendo assim fazer o leitor entender o que é tutela antecipada, e também fazer saber a importância deste instituto para o direito.

O referencial teórico utilizado para a construção do presente trabalho será principalmente as Leis nº 8.952, de 13.12.1994, e 10.044 de 07.05.2002, dentre outras como, doutrinas e jurisprudências sobre o assunto.

A monografia está estruturada em (4) quatro capítulos. O primeiro capítulo trata do histórico da tutela antecipada.

O segundo capítulo tratou de abordar o conceito, características, requisitos e diferença entre tutela antecipada e tutela cautelar.

O terceiro capítulo; trata das alterações introduzidas na disciplina da tutela antecipada, e também a discussão a luz da possível alteração de tal instituto, com o projeto de Lei do qual irá reformar o Código de Processo Civil, se tal reforma adotada for.

O quarto e último capítulo analisa, o pressuposto negativo à tutela antecipada, quais sejam, o perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela, correntes

doutrinárias adeptas e contrárias a aplicação do instituto, quando da presença de tal regra, na eminência de não se aplicar tal instituto.

Pelo exposto, iniciar-se-á a seguir, um estudo abrangente sobre o histórico da tutela antecipada bem como, sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro.

1. HISTÓRICO

1.1. Evolução Histórica

Desde o início, a sociedade já possuía uma preocupação em relação à resolução de seus conflitos de interesses, haja vista que, tais conflitos transformavam-se em elos de desarmonia entre os indivíduos do grupo. Antes de a figura do Estado existir, as lides eram solucionadas entre seus próprios litigantes, através da auto composição, auto tutela. Com o decorrer do tempo o Estado surgiu da vontade da maioria, e com isso assumiu o exercício da jurisdição, conferindo a este o dever e a obrigação de solucionar os conflitos de interesses que surgissem, e então a Justiça pelas próprias mãos ou (auto tutela) passou a ser proibida.

Deste modo, todo direito lesado ou ameaçado deveria usar a força do meio processual, para protegê-lo e a jurisdição dizer a quem possui tal direito. Contudo, de acordo com Alvim (2009) do mesmo modo que a sociedade crescia juntamente com ela também se multiplicavam os conflitos, tornando-se conseqüentemente a prestação jurisdicional morosa e ineficaz. Atualmente, a sociedade está ciente da dificuldade de resolução dos conflitos por meio unicamente do Estado, com isso, a sociedade vem buscando outros meios para chegar à resolução da lide, como exemplos temos: conciliação, a arbitragem, e também o julgamento antecipado da lide, bem como, a execução da sentença.

O objeto do direito processual, se assim podemos dizer, busca a efetividade do processo, e amenizar os efeitos que o tempo possa trazer como resultado dessa demora, como exemplos desse objetivo processual podemos citar o rito sumário, os títulos executivos extrajudiciais, e o foco de nossos estudos: o julgamento antecipado da lide.

O instituto da Tutela Antecipada surgiu da necessidade de uma resposta rápida a situação em questão, que não podia suportar a demora do decorrer do

processo sem que isso trouxesse danos a uma das partes. Para (THEODORO, 2009, pag. 649) “o simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante o tempo reclamado pelo desenvolvimento do processo, já se configura um novo dano, quase sempre inevitável.”

Por ainda dizer que além destes eventos, ainda poderá surgir outros mais, o que acaba agravando mais ainda tal situação.

Ela evoluiu historicamente no mundo, para só depois chegar ao Brasil. Sobre essa evolução no mundo e Brasil faremos um breve relato.

1.1.1 No mundo

Ao analisarmos o transcorrer do aprimoramento desse instituto, podemos perceber que a figura da Tutela Antecipada, já se mostrava necessária com a preocupação de que o perigo e também a demora pela resposta jurisdicional, tornasse o processo e a sentença frustrados e sem nenhuma serventia.

Nesse mesmo raciocínio, é de grande valia saber que no início do exercício da tutela Antecipada busca-se, tão somente a preservação do bem que estava sob litígio, ou seja, envolvido na demanda processual, haja vista a lentidão processual. Com isso objetivava-se o afastamento da possibilidade de perigo, no que refere a sua conservação anterior a sentença.

Todavia, a tutela preventiva não era articulada e a demora na prestação Jurisdicional por parte do Estado, muitas vezes configurava uma injustiça e também violação dos direitos e garantias fundamentais.

Posterior a isso, buscou-se a efetivação da medida cautelar, antecipando na medida em que fosse necessária a tutela jurisdicional, evitando assim que a solução tardia configurasse denegar a justiça.

Mas, tais mudanças, bem como a preocupação de adequar o direito processual as necessidades, passaram a exigir ampliação, e aplicação aos demais. Não só no que se refere aos conteúdos das medidas cautelares provisórias e urgentes, mas também o seu acesso, dando a todo e qualquer litigante a possibilidade de assim exigir sua aplicação ao caso quando coubesse esse provimento, tanto assim, situações em que pensassem o privilégio, ou a discriminação.

Em vários países a tutela antecipada se expandiu, no direito Europeu, Francês, Alemão e Suíça. Enfim, cada um passou a adequá-la de acordo com sua necessidade.

1.1.2 A Introdução da Tutela Antecipada no Brasil

Ao analisarmos o decorrer da história referente ao nosso Código Processual Civil, podemos perceber a constata e incessante evolução da doutrina processualística. De acordo com (LOPES, 2009) é perceptível que no período imperial o processo civil não possuía um perfil próprio, vez que, se embasava e limitava-se em seguir as leis portuguesas, continuando assim até mesmo após a Independência, houve reforma no que tange a administração da justiça dentre as quais não objetivaram êxito. Mais tarde, o Regulamento 737 de 25.11.1850, intentou a agilização do processo, disciplinando de forma mais objetiva as causas de cunho comercial, e também a redução dos prazos processuais, isso tudo com o intuito de acelerar a prestação jurisdicional.

O código de 1939, por si representou um avanço, pois trazia os princípios da publicidade e da oralidade, além de ampliar os poderes do magistrado na instrução probatória, contudo ele por si só não conseguiu alcançar o objetivo maior, ou seja, a celeridade processual. Todavia a inenarrável evolução doutrinária nesse período, muito trouxe melhoras para o processo em si. "Notável, foi a evolução histórica, nessa fase sob influência da doutrina alemã e italiana" (LOPES, 2009 pag. 19). Tais avanços somados as reclamações por parte da comunidade jurídica, todas levadas contra a morosidade processual, trouxe para o legislador a tarefa de elaborar uma tentativa para remediar tal situação, baseando-se nas atualidades doutrinárias, com a Lei 5.869, de 11.01.1973, sobreveio o Código de Processo Civil. Com a entrada em vigência do mesmo, sobrevieram também situações de fato que convalesciam críticas ao mesmo.

Discussão sobre a interpretação de tal código, posteriormente no ano de 1985, tentou nova modificação no (CPC), dando lugar aqui para os novos artigos 272/273, 460/461, 478/479, do CPC, contudo, não alterando a formação do código, mas sim buscando um consenso, resultado dessa propositura de trabalhos, dando lugar ao CPC, diversas alterações, tais como: modificação da prova testemunhal, introdução da tutela antecipada e também específica, da ação monitória, entre outros.

Inicialmente a introdução do instituto da tutela antecipada no Brasil, os advogados, dificilmente aceitavam a idéia de uma demora imprevisível, e que como conseqüência a longe obtenção de resultados que a sentença há de produzir.

Então, passou-se a utilizar com freqüência o falso procedimento, como caminho para alcançar a execução da lei, um provimento sobre matéria que deveria ser de conhecimento, e antes da lei 8.952/94, só poderia estar contido no julgamento final. A tutela antecipada no CPC, não foi novidade extraordinária, haja vista a existência de procedimentos similares, mas não com essa denominação já vigente na legislação processual, tais como as liminares. Todavia, podemos considerar como um avanço, pois, passou-se admitir a execução de títulos executivos extrajudiciais e relativos a relações jurídicas entre as partes. Percebe-se que a morosidade e o desgaste da imagem jurisdicional estatal acabaram por alavancar a reforma do CPC, bem como instalar novidades, tais qual a tutela antecipada, como

medida de caráter provisório e também satisfativo. Podemos dizer assim, que o art. 273 do CPC, não deu origem ao instituto da Tutela Antecipada, mas sim deu a ela caráter de regra àquilo que era uma situação de exceção.

Todavia, hodiernamente a tendência universal, também verificado no Brasil, no sentido de engendrar institutos com o fim de precipitar, no tempo a satisfação da pretensão. Assim a decisão proferida dentro de um conjunto, mais célere, em que se prescindia de audiência, corresponda a ambição geral de uma justiça mais rápida.

O professor (MARINONI, 2008, pág.26) demonstra de forma mais objetiva tal situação.

A pouca sensibilidade para necessidade de adequação do processo ao direito material, fascínio que o procedimento comum sempre despertou, processualistas permitiram o surgimento de lacunas no sistema processual de tutela de direito. É oportuno lembrar que, em determinada época, a instrumentalidade do processo foi confundida com sua nulidade em relação ao direito material, seria necessária apenas uma espécie de procedimento, e esse, acreditou-se, que teria aptidão para propicia tutela adequada as divisas situações de direito material.

Então, o legislador, com a reforma do Código de Processo Civil, deu origem em que permite a concessão dos efeitos da tutela, desde que presentes os requisitos.

Ao adentrar no histórico da Tutela antecipada no Brasil, percebe-se que, apesar de esse instituto criado em 1994, com o novo art. 273 do CPC, muitas vezes essa antecipação dos efeitos, da sentença devido à urgência, já existia em nosso ordenamento jurídico, possuía natureza diversa como exemplo de instrumentos que, se destinavam a antecipar a tutela, temos a liminar, busca e apreensão, bem como, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que no bojo de seu art.84, trás figura semelhante à Tutela Antecipada e outros mais.

A primeira iniciativa de introduzir-se a Tutela antecipada no Brasil deu-se em Julho de 1983, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, organizado pelo Instituto dos Advogados.

Do Rio Grande do Sul, coordenado pelo professor Ovídio Araújo Baptista da Silva, que propunha a criação de um parágrafo único do art. 285 do CPC, com a seguinte redação: tal parágrafo possibilitaria a concessão de liminar antecipatória. *In verbis*:

ART. 285. OMISSIS

PARÁGRAFO ÚNICO: Sempre que o juiz, pelo exame preliminar do fundamento da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar, antecipando os efeitos da sentença do mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência.

Outra importante proposta foi a apresentada pela Comissão Revisora do CPC, nomeada pelo Governo da República em 1985 e integrada por Luís Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Sérgio Bermudes, Joaquim Corrêa de Carvalho e Kazuo Watanabe. Na revisão do Livro III, que ficou a cargo de J.J. Camon de Passos, a Comissão optou pela alteração do Título do Livro para "Processo de Cognição Sumária, em vez de Processo Cautelar, e criou um título especial para a antecipação de tutela no processo de cognição de procedimento comum ou especial.

Em 1991, a Comissão da Escola Nacional da Magistratura, fez novas mudanças introduzindo a tutela antecipada no Livro do Processo de Conhecimento.

Em 1992, Luiz Guilherme Marinoni publicou a 1ª obra em que o tema se reportava a Tutela Antecipada e Cautelar.

No entanto, somente em 1994, pela Lei. 8.952/94 a tutela antecipada foi introduzida em nosso ordenamento jurídico, e a alteração no bojo do art. 273, fortaleceu ainda mais a busca pela rápida efetividade dos direitos das pessoas. Mas

claramente a tutela antecipada credencia o Juiz o poder de executar de forma provisória uma sentença que ainda não foi prolatada, mas, em que pese às circunstâncias da causa autorizam a provê-la.

Nesse mesmo sentido, a Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, com vigência a partir de 08 de agosto do mesmo ano, introduziu mudanças das mais diversas no Estatuto Processual Adjetivo brasileiro, todas procurando dar efetividade ao processo, tentando evitar o indesejável hábito de fazer das demandas intermináveis litígios.

A demora dos processos é um mal universal. Essa tendência continuada dos legisladores de tentar agilizar a Justiça, tem sido a resposta correspondente ao grande aumento do acesso à Justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, tendo em vista o seu tamanho e a sua eficácia, não tem logrado com a rapidez desejável, postulada pela Sociedade.

1.2 Tutela Antecipada como Forma de Agilização da Justiça

A notável inquietação que se traduz em angústia, que aflige os jurisdicionados, em particular os brasileiros, é a demora da prestação jurisdicional, se não vejamos (THEODORO, 2009, pag. 663):

Historicamente, o processo plasmático, sobre as raízes romanísticas somente concebia a execução posterior à sentença definitiva, de maneira a resguardar o suposto devedor de qualquer intromissão em seu patrimônio, enquanto não se julgasse exaustivamente a controvérsia instalada entre ele e o pretense credor.

O tempo constitui grande inimigo, daquele que, não podendo fazer justiça com as próprias mãos, espera solução por parte do Estado, como resposta a um direito violado, ameaçado ou lesionado. Não há o que contestar a clareza, que fica bem demonstrada, de que os demandados, sob o crivo da morosidade processual, utilizam essa falha, ou seja, a lentidão do caminhar do processo para postergar o cumprimento da obrigação. O que ocasiona muitas vezes, o não exercício do direito de acesso a Justiça e também a solução de conflito de interesses subtendido.

Com isso, a tutela antecipada surgiu com o propósito de agilizar a prestação jurisdicional. Com a Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994, passou-se a ter uma maior satisfação no que tange a agilidade processual, é claro para aqueles que realmente demonstravam os requisitos de conferir a tutela. Requisitos que serão estudados mais adiante.

Pode-se dizer que, o fenômeno da antecipação de tutela possibilita ao juiz, o julgamento antecipado da lide, logo após a fase postulatória, sepultando, burlando as provas procrastinatórias, levando assim a aplicação imediata das decisões.

O ritmo de vida acelerado no meio socioeconômico e o descrédito da prestação jurisdicional à Lei nº 8.952, veio com o intuito de estruturar o instituto da antecipação de provisória, garantindo assim o pleno acesso à prestação da justiça.

Todavia, essa agilização, e prestação imediata, pode trazer decisões perigosas, vez que postulações infundadas, podem trazer consequências injustas e de grande monta. As situações cotidianas, traduzidas na lei, na busca de obter praticidade ao processo, entretanto seu uso deve ser na medida, ou seja, o uso da cautela para aplicação da Lei, para assim evitar injustiças ao aplicar a medida sem prender-se aos requisitos de concessão, de modo que essa tutela converta-se em meio fácil e rápido para praticas fraudulentas, viabilizada oportunamente pelo meio judicial.

Hoje, à luz das necessidades e dos valores contemporâneos, se entende que o direito à prestação jurisdicional é o direito a uma prestação efetiva e eficaz. Na verdade, pouco importa se tenha sido concedida por meio de sentença transitada em julgado, ou por outro meio mais célere legalmente permitido.

Entende-se, hodiernamente que garantir às pessoas a tutela jurisdicional e prestar-lhes tutela inefetiva e ineficaz, é quase o mesmo que não prestar a tutela.

Nesta mesma linha de raciocínio é o comentário de (ZAVASCKI, *apud* Teixeira 1996,p. 147):

O direito fundamental à efetividade do processo, – que se denomina também genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, – compreende em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas principalmente o de obter, em prazo adequado uma decisão justa, e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”.

A tendência vem sendo ao longo do tempo, e principalmente nos últimos 30 anos, a de criar meios para que o processo possa gerar resultados mais rapidamente.

Assim, a com a introdução da Lei 10.444/02 o legislador procurou de todas as formas dar efetividade ao processo e tentou evitar os processos intermináveis. E esse instituto será estudado no próximo capítulo, conceito bem como seus requisitos.

No próximo capítulo iremos analisar a fundo o Instituto da Tutela Antecipada, bem como seus requisitos previstos no artigo 273, do CPC, tais como, suas diferenças com os demais institutos afins, seu alcance, oportunidade, em suma as propriedades da Tutela Antecipada.

2. CONCEITO

Sabe-se que a tutela antecipada já existia mesmo antes de ser definitivamente criada por lei específica, tendo em vista que demonstravam-se por outros meios, contudo a exceção se tornou uma regra regulamentada, a vista de lesão a um direito aparente em consequência da morosidade processual. Então visando uma celeridade processual, e também levando em conta a desigualdade entre as partes, e principalmente a busca pela efetividade da tutela jurisdicional, surgiu com a Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o novo texto do art. 273, no nosso Código Processual Civil e também regulamentado pela Lei 10.044/2002. *In verbis:*

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

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

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

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002)

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

incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002)

No entendimento de Lopes (2009), a tutela antecipada trata-se de uma decisão interlocutória, pela qual o juiz adianta para o autor os efeitos da sentença de mérito, levando-se em conta o caráter satisfativo, todavia essa cognição é sumária não se revestindo, portanto de caráter definitivo e muito menos de coisa julgada “a tutela antecipada, porém, caracteriza-se fundamentalmente pela provisoriedade aliada à satisfatividade” Lopes (2009, pág. 73).

Para Amaral (2008) a tutela antecipada se funda em cognição sumária, objetivando a realização provisória do direito material ora pautado, antecipando seja de forma total ou parcial os seus efeitos pretendidos na inicial.

2.1 Características

Ao analisar a tutela antecipada é possível notar que a mesma possui algumas características que não é sua exclusivamente, mas que estão estampadas em seu bojo. Tais como a urgência a sumariedade material e formal, revogabilidade e modificabilidade, satisfatividade, provisoriedade e preventividade.

Assim, é plausível a análise específica de cada uma das características desse provimento jurisdicional.

A Urgência, a tutela antecipada é uma espécie de tutela de urgência. Para Amaral (2001, pág. 68) “a urgência é característica daquilo que deve ser realizado imediatamente, por imperiosa necessidade, e para que se evitem males, ou perdas, consequentes de maiores delongas, ou protelações.”

A tutela antecipada surge da situação em que exista receio de dano que possa ser irreparável ou que seja muito dificultosa a sua reparação, tal característica encontra-se arraigada no inciso I do art. 273, do CPC, ou seja, para caracterizá-la é necessário justificar o risco para adoção de tal medida.

A sumariedade advindo do latim (*summarium*): que significa resumo ou compêndio para o processo significa o rito a ser tomado, bem como medidas e atos. A sumariedade está ligada ao requisito urgência do provimento, para AMARAL (2008) a tutela jurisdicional dever ser usada quando houver ocasiões em que pese à finalidade de se preservar integridade. Significa dizer que o Estado tem o dever de tutelar o direito material pretendido, evitando dessa forma o perigo de um dano irreversível. É importante salientar que essa sumariedade pode ser formal ou material. Sumariedade formal está relacionada ao procedimento a ser adotado para se obter a antecipação dos efeitos da tutela.

Observando que a tutela antecipatória tem o cunho de evitar a morosidade e a inefetividade, em decorrência do procedimento ordinário, há dessa forma uma abreviação da providencia jurisdicional, alcançando assim a urgência pretendida. Já a sumariedade material trata sobre a cognição suscitando assim apreciações mesmo que de forma superficial, almejando assim um juízo de verossimilhança e de probabilidade, buscando desta forma chegar mais próximo possível da certeza das alegações. Vale dizer que tanto a sumariedade formal quanto a material são características da tutela antecipada, em decorrência da urgência na busca de tal provimento.

A Revogabilidade e modificabilidade também são requisitos desse provimento jurisdicional, tanto que estão previstas no art. 273,§4º, do CPC, a lei dispõe que tais requisitos podem acontecer a qualquer tempo e por decisão fundamentada. Segundo o artigo 273, tal providência pode ser modificada e/ou revogada a qualquer tempo, significa dizer que se pretende voltar a situação anterior, alterando assim a situação de fato, buscando assim retornar a situação anterior à decisão que antecipou os efeitos da tutela. Contudo essa modificação deve ser fundamentada, ou seja, deve haver um motivo que leve a modificação de tal decisão. Dependendo assim tal mudança de fatos novos que estejam intimamente ligados a incentivar e proporcionar a mudança de convencimento do

juiz acerca do fato. Contudo para que haja tal alteração é necessário que a parte requeira tal mudança.

A satisfatividade fática as doutrinas divergem em relação a esta característica, vez que, tal provimento não tem caráter de modalidade de tutela jurisdicional satisfativa, e sim de solução provisória

2.2. Dos Requisitos Da Tutela Antecipada

O artigo 273 do CPC estabelece 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 e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Na ótica de (TEIXEIRA, *apud* Watanabe, 2006, pág. 35):

O caput do art. 273 alude à antecipação total ou parcial dos “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”. A expressão “pedido inicial” é abrangente, também, da reconvenção e do pedido formulado em ação dúplice, uma vez que também o demandado, nas situações referidas, é autor, e por isso poderá postular a antecipação da tutela.

O artigo 461, § 3º do CPC/73, dispõe que, 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 esse respeito explicita,(TEIXEIRA, 2006, p. 35.)

A tutela de urgência (n. I) poderá ser concedida liminarmente, antes mesmo da citação do réu. A interpretação que negue essa possibilidade estará tornando inútil a tutela antecipatória em situações de perigo, o que fará voltar a prática, até então existente, de utilização da ação cautelar inominada para esse fim.

Não é diferente para . (TEIXEIRA, apud Zavaschi, et al. Op. cit. 2006 p. 155.)

Também para definir o momento de antecipação da tutela, deverá o juiz ter presente o princípio de menor restrição possível: o momento não pode ser antecipado mais que o necessário. O perigo de dano, com efeito, pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da demanda, e nesse caso a antecipação assecuratória será concedida liminarmente

Por outro lado, a segunda parte do próprio § 3º, do art. 461, do CPC/73, dispõe que, a medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Então, a prestação jurisdicional passou a ser vista de modo necessário a devida prestação jurisdicional, não mais se estaria no campo do Direito Processual e sim do Direito Econômico do Consumidor e, como tal, ao Estado caberia responder pelo ressarcimento aos danos causados pela deficiência crônica qualitativa e quantitativa do aparato judicial, desligando-se, por consequência, esse tema, das cogitações do processo, cuja efetividade não se anuncia pela boa ou má qualidade dos serviços jurisdicionais, mas pelos condicionamentos de garantias de direitos fundamentais na construção dos procedimentos.

A jurisdição não tutela ou cria, apenas reconhece, define direitos vigentes, processuais ou materiais, pelo provimento. Não há técnicas, a não ser nas autocracias, para manejo da cognição, antecipação e atuação de direitos, que escapem à principiologia constitucional do processo e do procedimento, e que

privilegiadamente pertençam à órbita de uma lucidez especialíssima do juiz, vez que, se assim o fosse, retornar-se-ia ao romantismo clássico-liberal por aceitar-se a ingênua fatalidade da lacuna da lei como fato não pretendido pelas classes determinantes que, louvando-se numa jurisdição supletiva, privam o povo da liberdade direta e permanente de rever, fiscalizar, construir, destruir, reconstruir ou modificar o ordenamento jurídico nacional.

A diferença sugerida por muitos entre tutela de cognição exauriente, tutela sumária e tutela antecipada e outros tipos de tutela, não esclarece o que é tutela para efeito de sua caracterização teórica. A exemplificação poderá, com múltiplas denominações, aumentar a dúvida conceitual do que seja tutela, porque não esclarece se é ato da jurisdição ou conteúdo da lei. Resta saber se o instituto da tutela, tal qual se encontra no art. 273 do CPC brasileiro, significa mera proteção ou amparo por antecipação dos efeitos parciais ou totais de uma sentença final ainda inexistente, ou se é decisão interlocutória de antecipação dos efeitos da tutela da lei já vigente e criadora de um direito pretendido em juízo.

A distinção entre tutela legal e o que é impropriamente chamado tutela jurisdicional é que vem dificultar a dilucidação da espécie excêntrica da antecipação da tutela do art. 273 do CPC, porque em nenhum trecho de todo o contexto do referido artigo, se afirma que o juiz antecipará os efeitos de futura sentença (provimento vulgarmente denominado tutela jurisdicional).

O CPC/73 utiliza as expressões "decisão que antecipou a tutela" (§ 1.º do art. 273), "a tutela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada" (§ 4.º do art. 273) e no § 5.º "concedida ou não a antecipação da tutela" no sentido de que se admite decisão interlocutória de declaração da tutela legal, como antecipatória dos efeitos legais dos conteúdos, tutela do direito material deduzido em juízo e não de uma sentença futura e final de julgamento do pedido. Tanto é que no § 5.º do art. 273, *in verbis*, dispõe que, "concedida ou não a antecipação de tutela, prosseguirá o processo até o final julgamento". Logo, infere-se que não se trata de antecipação dos efeitos do julgamento final ato sentencial finalizador do procedimento que ainda será proferido, mas de antecipação, aplicação da tutela da lei por via de uma decisão interlocutória.

2.2.1 Verossimilhança das Alegações e Prova Inequívoca

Desponta como nuclear condicionador do deferimento da antecipação dos efeitos da tutela a questão da verossimilhança do direito alegado.

A verossimilhança exigida no texto da Lei – por aludir a existência prévia de prova inequívoca da alegação – não se confunde com o simples *fumus boni iuris*¹ específico (inerente a tutela cautelar) devendo ser analisada com maior rigor quanto a sua plena caracterização.

O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação.

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança, chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que mera verossimilhança.

O grau de probabilidade será apreciado pelo juiz prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida, é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.

Deve-se buscar o equilíbrio entre os interesses dos litigantes, não sendo legítima a antecipação de tutela ao autor quando dela possam resultar danos ao réu, sem relação de proporcionalidade com a situação lamentada.

Sobre o tema o art. 273, § 2.º afirma que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

¹ **Fumus boni iuris** (lê-se: fúmus bôni iúris) é a expressão latina que significa *aparência de bom direito*. É representada pelo entendimento que um julgador tem diante de uma alegação que lhe foi submetida. Sendo assim, o juiz decide pelo que lhe parece mais plausível. (Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Fumus_boni_iuris, acessado em 19-11-2010)

O sentido da expressão verossimilhança formará sobre ela um juízo equivalente ao de aparência de verdade, e não deixará de estar certo, porque, no vernáculo, verossimilhança é o mesmo que verossímil, que significa semelhante à verdade; que tem a aparência de verdade; que não repugna à verdade; provável

A demarcação temática do que se possa entender por verossimilhança e inequívocidade na reflexão processual implica elaboração de conceitos, pela Teoria da Prova e não pela reflexão jurisdicional supostamente comprometida com a preocupação de evitar a "crise da Justiça", porque a devastação do Judiciário ou as aflições do julgador são fatores conjunturais da decrepitude ou omissão do Estado e não estruturais de racionalização do direito que modernamente se baliza pelos conteúdos de legalidade.

Não seria mesmo racional que o processo se prestasse, como um condão mágico, a ser algo capaz de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa, pelas mãos do Judiciário. Justo é uma palavra de múltiplas e capciosas conotações, mesmo quando vantajosa aos seus usuários.

Atualmente o processo é a instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa, anterioridade da lei, dever da jurisdição, direito ao advogado, liberdade incondicionada de requerer, seu direito, e ter acesso a jurisdição. Assim, o ser e o proceder do direito processual assumem significados unívocos pelo conceito de lei fundamental nos Estados Democráticos de Direito, não mais se concebendo a existência de procedimento sem processo, quando se coloca em debate a efetividade de direitos concernentes à vida, liberdade, dignidade.

Em sendo os elementos de verossimilhança e inequívocidade aspectos colhíveis da estrutura procedimental processualística, não se podendo imaginar antecipação de tutela que ocorra em critérios sentenciais antagônicos aos princípios de legalidade ou inexauribilidade da efetividade do processo. Aliás, a efetividade do processo é fenômeno transparência lógica da legalidade prévia, porque a tutela tem fonte na lei preexistente e não na atividade jurisdicional. Portanto, o processo só cumpre o atributo de efetividade se a jurisdição atuar segundo o princípio da reserva

legal, não sendo cogitável, nas democracias plenas, a interdependência processo-jurisdição, mas direito-processo.

Assim, entendemos por efetividade a aptidão do processo de melhor servir ao direito material, ou seja, a aptidão de expressar o direito-garantia constitucional do. Assim, seriam envelhecidas até mesmo as afirmações de que o processo tem objetivo de atuação da vontade da lei ou de fazer atuar a lei, porque o processo é hoje a própria lei atuando, pelos seus critérios, a jurisdição a serviço dos procedimentos. Não é o processo instrumento da jurisdição à margem da lei material ou apesar da lei material.

Respeitados os fundamentos legais do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB/88), pela consideração aqui sustentada de que a Tutela Jurisdicional é o conteúdo da Lei tutela geral aplicado pelo provimento sentença segundo o princípio da reserva legal, a tutela que se antecipa em seus efeitos pela decisão do juiz (art. 273 CPC) só poderá ser legitimamente reconhecida a favor do postulante se ocorrentes na estruturação procedimental os aspectos de verossimilhança das alegações produzidas. Deste modo, na rede teórica das "alegações" (§ 1.º, art. 273) é que se devem situar esses aspectos.

Cumpra indagar em que hipóteses essas alegações apresentam verossimilhança. A existência de prova inequívoca (§ 1.º, art. 273) é fundamento legal e antecedente lógico-jurídico da verossimilhança, de vez que, inexistente prova inequívoca, estaria impossibilitado o convencimento pela verossimilhança: assim está na lei brasileira. Teoriza-se, por conseguinte, que a inequívocidade da prova é pressuposto procedimental da caracterização da verossimilhança da alegação. Fique claro que prova é instituto jurídico de demonstração e não a evidência em si mesma.

Observa-se que a verossimilhança só é aferível pela estrutura procedimental em que elemento, meio e instrumento de prova integram a alegação, não se admitindo a ausência de qualquer desses tópicos, porque tal acarretaria o absurdo de prova inequívoca sem seus próprios fundamentos constitutivos. Inequivocidade seria a presença lógico-jurídica do elemento de prova (fato, ato, coisa, pessoa) articulada pelo meio legal de prova (alegações ensejadas em lei) e expresso no

instrumento documento formal de prova. Se tal ocorresse, pelos conteúdos técnico-estruturais da prova, esta seria inequívoca, não porque insuscetível de induzir o julgador a erro quanto à realidade extraprocessual, mas pela univocidade presença indubitosa das bases morfológicas da teorização do instituto da prova.

Assim a inequívocidade não seria mera impressão de certeza jurisdicional sobre a prova exibida, mas demonstração, em decisão do juiz, de univocidade dos aspectos que compõem a base empírica do instituto legal da prova. Só seria verossímil a alegação que se construísse pela univocidade similitude, coexistência das bases da prova elemento, meio, instrumento e não porque parecesse eloquente, relevante ou verdadeira a alegação ou compatíveis os fatos e a relação de direito material alegado.

Na elucidação do termo jurídico verossimilhança, há de se afastar a semântica aristotélica que situa o vocábulo como atributo de representação do que "poderia acontecer", sem ter pretensão de ser verdadeiro, ou com o que é semelhante à verdade.

Do exposto, a quebra do hermetismo das expressões verossimilhança e inequívocidade, no texto do art. 273 do CPC/73, passa pela explicação do que sejam, em processo, alegações. Percebe-se que a lei fala em verossimilhança da alegação e não exclusivamente em verossimilhança. O termo alegação assume, a nosso ver, conotações de meio legal de prova, em critérios lógico-jurídicos não vedados, como apto a explicitar o elemento de prova calcado em instrumento formalizado.

A verossimilhança da alegação configura-se pela articulação jurídica sobre o instrumento pré-existente documento judicial ou extrajudicial: gráfico, técnico, testemunhal, fotográfico, sonoro ou, enfim, censurável, à instauração do procedimento litigioso e trazido a juízo, não cabendo puras alegações de probabilidade, não vinculadas a instrumentos, ainda que sintaticamente bem elaboradas. No instituto processual da antecipação de tutela, a lógica autorizada em lei alegações é de natureza indutiva. A hipótese de verossimilhança só pode ser levantada com prévia base empírica instrumento da prova exibida em juízo.

Portanto, verossimilhança, em processo, há de ser conteúdo instantâneo da alegação meio lógico-jurídico pelo nexó material do elemento e do instrumento de prova já existentes nos autos e perpassados pelo contraditório (art. 301, CPC/73), não sendo a verossimilhança mera cogitação de possibilidade ou probabilidade pela qual o julgador compatibilizasse alegações de fatos e a lei, porque, como se discorreu a sua caracterização, é induzida da base empírica precógnita, ou seja, pela já existência nos autos do processo, do instrumento pré-constituído da prova. Pretensão de antecipação de tutela sem prova instrumentária descaracteriza a necessária verossimilhança da alegação exigida em lei.

Seria lógica, a asserção de conteúdo zero à verossimilhança se sua aferição estivesse adstrita ao senso absolutista de verdade ou probabilidade do juízo e não na verossimilitude que traduz, com efetividade, os conteúdos da teoria da prova articulável pelas alegações autorizadas na lei. De conseguinte, as razões de convencimento § 1º, art. 273, do julgador, ao antecipar a tutela da Lei, não são motivações dedutivas ou de clareza e precisão linguísticas, mas de integral fundamentação na inequivocidade; existência demonstrada das bases empírico-morfológicas da prova em sua inteireza jurídica: elemento, meio, instrumento.

Para Alvim, *apud* Teixeira (2006, pág.67):

Essa trinômia – alegação, fato e prova – está indissoluvelmente ligado, para fins de antecipação de tutela, porquanto, quando se fala em verossimilhança da alegação de tutela, tem-se por verossímil também o fato a que se refere, e, igualmente, a prova em que se apóia, ainda quando não haja necessidade de ser provado, em face de alguma circunstância externa ao próprio fato (fato incontroverso, notório, coberto por presunção legal absoluta etc.)

Constata-se que o conceito de verossimilhança depende do subjetivismo de cada autor, e continuará a depender do de cada juiz, no momento de decidir sobre o pedido de antecipação de tutela.

A prova inequívoca mal interpretada poderá importar em injustificável restrição do alcance da tutela antecipada.

À primeira vista, pode parecer que é imprescindível a prova documental, entretanto, há possibilidade de deferimento da tutela antecipada quando os fatos são incontroversos ou se trate de questão apenas de direito.

A expressão inequívoca deve ser entendida como o que é claro, o que é evidente.

Conclui-se que prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser levantada qualquer dúvida razoável, ou em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável.

2.2.2 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

Trata-se de fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da autora lesão grave e de difícil reparação.

A iminência do prejuízo que guarda equivalência com o nosso receio de dano, é noção caráter relativo, enquanto a irreparabilidade pode ser entendida em vários sentidos, isto é, no sentido de ineficácia de direito ou de fato da decisão de mérito, ou mesmo da impossibilidade de reintegração da situação lesada pelo seu equivalente.

Enquanto na cautelar encontra-se o *periculum in mora*², na tutela antecipada vê-se a presença do receio do dano.

Da mesma forma que o *fumus boni iuris* (processo cautelar) equivale à verossimilhança das alegações (antecipação da tutela)

² **Periculum in mora** (lê-se: periculum in móra), significa *Perigo da demora*. É o risco de decisão tardia, perigo em razão da demora. Expressa que o pedido deve ser julgado procedente com urgência ou imediatamente suspenso o efeito de determinado ato ou decisão, para evitar dano grave e de difícil reparação. É pressuposto essencial para a procedência de ações cautelares ou medidas cautelares, juntamente com o fumus boni iuris. Liminar é toda e qualquer decisão tomada in limine litis (no início da lide). A liminar pode ter natureza de tutela cautelar ou tutela antecipada, conforme o caso, portanto. – Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Periculum_in_mora. Acesso em: 01 de novembro de 2010.

2.2.3 Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório

Constitui-se inovação no ordenamento jurídico e sua adoção pelo Código, ratifica o princípio de que a boa fé deve presidir sempre a prática dos atos processuais e as relações entre as partes no processo.

Cumpra-se assim o princípio diretivo, segundo o qual a duração do processo não deve resultar em prejuízo do autor que tem razão, haverá abuso no exercício da defesa, sempre que faltar uma séria contestação.

No entender de (ALVIM *apud* Teixeira 2006, op. cit. 73):

Haverá abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu sempre que a jurisprudência se firmar em determinado sentido, nas Cortes Superiores de Justiça, mormente através de orientação sumulada, e o demandado insistam em negar, através de contestações estereotipadas (mimeografadas, micro grafadas, xerocopiadas etc.), o direito do autor, com o único propósito de retardar a prolação da sentença de mérito.

Por outro lado, requerida a antecipação com base em abuso de direito ou intuito protelatório e deferida a antecipação, implica no reconhecimento da litigância de má-fé (art. 18, CPC/73).

2.2.4 Fundamentação da Decisão

A fundamentação só é atendível como clara e precisa quando ela é explícita e completa, quanto ao suporte que o juiz oferece para suas decisões sobre questões de fato e de direito postas para seu julgamento.

Decisão sem fundamentação, ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula, que não obriga e deve ser reformada, inclusive via mandado de segurança, com punição do culpado por essa violência desnecessária a uma garantia constitucional.

O jurista (NERY, 1996 Op. cit. p. 99.), ao comentar o art. 93, IX, da CF/88 preleciona que:

Fundamentação. As decisões do Poder Judiciário querem sejam administrativas (CF 93 X), quer jurisdicionais, têm de ser necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade, cominada no próprio texto constitucional. A exigência de fundamentação das decisões judiciais é manifestação do princípio do devido processo legal (CF 5.º LIV

2.2.5 Perigo de Irreversibilidade

O grau de convencimento que autoriza em termos de prova, a antecipação é o mesmo que a desautoriza em caso de irreversibilidade.

Este aspecto de concessão da antecipação de tutela será o assunto do quarto capítulo, dado a sua relevância e consequências farão um estudo aprofundado sobre tal requisito.

2.3 Tutela Antecipada X Processo Cautelar

A antecipação de tutela prevista no art. 273, do CPC, tem natureza cognitiva. O provimento antecipatório, por isso, é de ordem satisfativa, e por meio dele, o que se obtém é a antecipação da tutela jurisdicional de mérito. Ou seja, o ordenamento

jurídico permite ao juiz que, entregue ao autor aquilo que o mesmo objetiva alcançar por intermédio do processo, antes do momento normal de entrega da prestação da jurisdição — a sentença.

Por isso, e por não ostentar natureza cautelar, a antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC, não se presta a assegurar a eficácia do resultado útil de um processo principal. O provimento antecipatório, assim, exercido em processo de conhecimento não substitui a tutela cautelar e nem se confunde com ela, que deve ser buscada por meio de processo cautelar, por óbvio.

Uma e outra providência liminar são por isso diferentes. Tutela cautelar liminar, como se viu é diferente de tutela antecipada no processo de conhecimento.

A tutela cautelar liminar pode ser deferida sem citação do réu. É o que se lê expressamente no (art. 804, do CPC, *in verbis*): “é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz”.

Essa possibilidade é da própria índole da tutela cautelar de urgência, já que, dependendo do direito discutido, o réu, caso venha saber da propositura da ação e da pretensão do autor, pode efetivamente antecipar a prática do ato temido, em detrimento dos interesses em risco. Então o chamado fator surpresa é da própria essência da tutela cautelar que, como se afirmou, objetiva assegurar o resultado de outro processo; tenciona impedir que aconteça um gravame qualquer ao direito que a parte autora afirma ter.

Mas, indaga-se: como conciliar essa possibilidade de se admitir a existência de providências determinadas pelo juiz sem ciência da parte contrária, se a Constituição da República garante às partes o direito ao contraditório (art. 5.º, inciso LV)? O princípio do contraditório - um dos pilares que sustenta a atividade processual - significa, em termos práticos, que em processo não pode haver surpresas, circunstância que impõe sempre seja ouvida a parte contrária.

É sabido que qualquer interpretação de texto infraconstitucional ordinário aí incluído, portanto, o de natureza processual deve sempre buscar harmonização com o texto constitucional, até para que se realize a “pretensão de eficácia” da

Constituição, garantindo a sua força normativa. Do contrário, se a interpretação se afasta das bases traçadas pelo Texto Maior, daí haverá de decorrer evidente desarmonia com o querer constitucional, o oposto, do pretendido pelo preceito da interpretação conforme a Constituição.

À luz desses princípios, tem-se que a única alternativa plausível capaz de justificar a possibilidade de deferimento liminar de tutela jurisdicional sem a audiência do réu e, por isso, em aparente desrespeito ao princípio constitucional do contraditório é buscar apoio em outro princípio processual constitucional: o princípio do devido processo legal, constante do art. 5.º, inciso LIV, da Constituição da República. Ou seja, se a providência consta expressamente de texto de lei processual; se o juiz observou a lei para atingir os objetivos do processo; se há, em resumo, previsão legal para aquela providência; enfim, se foi observado o rigor processual previsto em lei, então é possível admitir a possibilidade de eventual quebra dos rigores do princípio do contraditório.

É como se um princípio compensasse o outro, com um e outro se equilibrando reciprocamente. Assim, e desde que há expressa previsão legal para a concessão de tutela cautelar liminar sem prévia citação do réu — constante do art. 804, do CPC, é possível ao juiz aparentemente “violar”, “desobedecer” o princípio do contraditório, ao amparo do princípio do devido processo legal, e deferir a medida pretendida pelo autor sem audiência da parte contrária.

Essa argumentação vale para todas as hipóteses em que há possibilidade de antecipação de provimento jurisdicional sem citação do réu. Basta conferir, além do artigo 804, do CPC/73, os artigos 461, § 3.º, 797, 928, 1.050 e 1.051, todos do mesmo Código.

A liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar, é dado no momento em que o processo se instaura. Rigorosamente, liminar é só e sempre o provimento que se emite, antes de qualquer manifestação do demandado.

Não na hipótese de antecipação da tutela: aí, a probabilidade de sucesso da postulação principal e única, se faz para outorgar desde logo ao postulante o bem da vida que, a não ser assim, só lhe poderia ser atribuído pela sentença final.

Na tutela antecipada, outorga-se o desfrute imediato do bem ou direito. Na cautelar, existe apenas a expectativa favorável da efetiva fruição do direito no futuro; a antecipação coloca desde logo as condições de se fruir do bem ou do direito.

A tutela antecipada implica num processo próprio, inconfundível e em alguns aspectos mais rigoroso do que as medidas cautelares.

Assim, não seria possível deferir a tutela antecipada liminarmente?

A cautelar é garantia, antecipação é satisfação. Apesar das suas características comuns e da sua identidade quanto à função constitucional que exercem as medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas; sendo que a identificação de seus traços distintivos, ganha relevância em face da autonomia de regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador.

Sintetizando: as medidas cautelares e as antecipatórias: a) identifica-se por desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para a convivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição; b) sujeitam-se, contudo, a regimes processuais e procedimentais diferentes: a cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipatória é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do art. 273 do CPC; c) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, for urgente, no entanto, garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado; d) na cautelar há medida de segurança para a certificação ou segurança para futura execução do direito; na antecipatória há o adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução para segurança); e) na antecipação há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva; f) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo

autor; na cautelar, o resultado prático não tem relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com a sua garantia; g) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (ou seja, por outra medida de garantia), razão pela qual, a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação

Sobre o caráter satisfativo da tutela antecipada Kazuo *apud* Teixeira (1996 pag. 38), ensina que “a tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado”.

Não se pode deixar de ressaltar no elenco das distinções, que a tutela objeto do art. 273 do CPC não pode ser antecipada pelo juiz *ex officio* ao passo que, no processo cautelar, além dos procedimentos cautelares específicos, o CPC, no art. 798, o autoriza a determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, e que, por outro lado, a antecipação da tutela também se opera em casos sem a finalidade acautelatória, qual seja, conforme o art. 273, II, do CPC tutela sancionatória.

A verdade é que, para formulação dos traços distintivos entre os dois institutos, deve ser considerada a natureza jurídica de ambos.

Para quem adota a idéia de que a tutela antecipada constitui uma forma de tutela cautelar as diferenças são atenuadas, e, conseqüentemente, eventuais confusões são vistas com menos rigor, tolerando-se inclusive que se aproveite o pedido formulado equivocadamente, amoldando-o ao fundamento legal (art. 273, § 7º, CPC).

De outro flanco, para quem estabelece natureza jurídica absolutamente dissociada uma da outra, a exemplo de Marinoni (2008), as diferenças logicamente

ganham vulto. Ressalta o ilustrado mestre que a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. Há casos, porém, que a realização do direito, pela via cautelar é possível e se realiza como finalidade própria da medida, a exemplo a busca e apreensão (arts. 839 e seguintes, do CPC/73). Ele nega, igualmente, para demarcar as distinções referenciadas, que a tutela cautelar tenha conteúdo satisfativo, embora na prática por necessidade de atendimento a situações de perigo, tal regra venha sendo quebrada. Mas, agasalhando a observação de Galeno Lacerda, na qual ressalta as inúmeras cautelares que se esgotam logo na obtenção da liminar, não há como se recusar essa feição também satisfativa das cautelares.

A medida cautelar em razão de sua provisoriedade, não pode em princípio ter conteúdo idêntico à própria satisfação, e se houver tal satisfação, estar-se-á na seara da tutela antecipada e não da tutela cautelar. Assim, em que pese à autoridade do pensamento de Marinoni (2008), há que se reconhecer na tutela antecipada mais uma cautelar, colocada pelo legislador brasileiro à disposição dos jurisdicionados, observados os requisitos próprios.

Retomando a discussão acerca dos traços distintivos, arremata-se com a idéia geralmente aceita, bem condensada por LOPES (2009): a antecipação da tutela adianta os efeitos da tutela de mérito do processo principal, a cautelar, não, visto que não pode ser satisfativa, embora se admita nesse acaso, a antecipação da eficácia da sentença do processo cautelar; a antecipação da tutela refere ao mesmo processo em que será dirimido o mérito, ao passo que a cautelar tem apenas a finalidade instrumental de assegurar o resultado útil de outro processo dito principal; para deferimento da liminar cautelar exige-se apenas o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, somado à urgência, enquanto a antecipação da tutela necessita, além disso, da prova inequívoca que leve à verossimilhança da alegação, quer dizer, a probabilidade de existência do direito.

Seus pressupostos alinhados no art. 273 do CPC/73 nada têm a ver com o poder geral de cautela do juiz (art. 804 do CPC/73).

Verifica-se que tal fundamentação se ombréia à corrente que nega cautelaridade à antecipação da tutela, tão bem defendida por Marinoni (2008), distinguindo-a, com cores fortes da medida cautelar.

O poder geral de cautela traduz um vastíssimo poder legal discricionário.

Se é assim, e se a função cautelar também se realiza por meio da emissão de provimentos antecipatórios, revela-se equivocada a recusa desse poder geral também como elemento capaz de fundamentar a tutela antecipada.

No próximo capítulo iremos analisar as alterações, no instituto da tutela antecipada, tendo em vista a lei 10.444/2002, e também o projeto de lei no qual traz em seu bojo significativas alterações que poderão futuramente dar novos caminhos à tutela antecipada.

3. DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA DISCIPLINA DA TUTELA ANTECIPADA

3.1. Lei 10. 444

A Lei 10.444, de 07.05.2002, introduziu alterações na disciplina da tutela antecipada, no qual o objetivo principal desta se limitou no intuito de aprimorar o instituto, e harmonizar as tutelas diferenciadas. Significando desta forma um melhoramento na simplificação do instituto e também na agilidade do processo do qual suscitam várias dúvidas que vão sendo superadas com o decorrer do tempo.

A primeira mudança trazida pela, supra mencionada lei surge na alteração do § 3º do artigo 273, que trata da execução antecipada do pleito material buscado no processo. Na redação anterior havia referência exclusiva ao artigo 588, incisos II e III, que cuidam da execução provisória e suas condições. Agora, além do uso das regras do art. 588, a nova redação se reporta também ao artigo 461, § 4.º e 5.º, bem como ao novo artigo 461-A, criado por esta mesma Lei.

Aqui é preciso lembrar que a referida Lei 10.444/02, fez alterações substanciais no artigo 588. No *caput* trocou à referência final que fazia a 'princípios' para 'normas'. Óbvio que a questão não era de princípio, mas de regra, norma casuística mesmo, portanto melhor a nova linguagem.

No inciso I, do art. 588 há também uma correção redacional, que troca a palavra 'credor' por 'exequente', acertando mais no processo, as figuras do credor e do devedor que são nomenclaturas do direito material, se convertem em exequente e executado.

O mesmo inciso I que fixava a obrigação do 'credor' hoje exequente exigia caução para a hipótese de prejuízo ao 'devedor'/executado, perdeu esse casuismo, ficando apenas como regulador do dever geral de reparação de dano. A caução ficou tratada no inciso II, com necessárias mudanças.

O inciso II do Artigo 588, na prática não permitia atos que importassem na alienação de domínio. Para o levantamento de depósito em dinheiro, exigia 'caução idônea'.

A nova redação que deve ser analisada em conjunto com o inciso I do mesmo artigo garante, genericamente, ressarcimento ao 'executado' em caso de prejuízo por reforma da sentença, libera, desde que haja 'caução idônea' a prática dos atos de alienação de domínio e de levantamento de dinheiro, bem como de quaisquer outros, mesmo que importem em risco de grave dano ao executado.

É preciso, todavia, que esse conceito valorativo de caução idônea, aplicável no cumprimento da execução provisória e na antecipação de tutela, que não deixa de ser uma 'execução provisória', seja tratado com muito respeito pelos juízes, incluindo sério rigor quanto à efetividade da caução.

A liberdade na aplicação desse conceito de caução deverá ser entendida como abuso de poder, por ele respondendo o Estado, e pessoalmente o Juiz, em direito de regresso ou em solidariedade, segundo o § 6.º do artigo 37 da CRFB/88.

Buscando a efetividade também em relação à parte requerida quando tenha contra si uma execução provisória ou tutela antecipada cumprida, e ao depois não confirmada, o legislador criou o inciso IV no artigo 588, definindo que 'eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo'. Trata-se de uma ampliação do princípio da brevidade já previsto no parágrafo único do artigo 811 que cuida da reparação de danos pelo cumprimento de cautelares, cuja sentença final de mérito não confirme a necessidade, a oportunidade, ou a adequação da cautela antes concedida.

O § 3.º do novo Artigo 273 também se reporta aos § 4.º e 5.º do artigo 461, que tratam da execução específica da obrigação de fazer ou não fazer, tornando clara a aplicação dos mesmos no caso da antecipação de tutela daquela especificidade obrigacional.

O § 4.º não sofreu qualquer mudança redacional. O § 5.º, por sua vez, recebeu a inclusão da hipótese de aplicação de multa diária por descumprimento, além das outras formas de execução e apenações já previstas.

Ao artigo 461 foi acrescentado o § 6.º, conferindo ao juiz a possibilidade de alterar o valor e ou a periodicidade da multa que tenha fixado para o inadimplemento das obrigações de fazer ou não fazer, quando verificar que aquela se tornou insuficiente ou excessiva.

Como antes dito, a Lei 10.444/02 criou o artigo 461-A que, no *caput* ordenou que o juiz, fixe o prazo para atendimento da obrigação de entrega de coisa. Incorporados ao 461-A vieram os § 1.º, 2.º e 3.º. O primeiro deles traz para o mundo do processo, com adaptações próprias, a regra já prevista no art. 875 do CC/1916 (art. 244 do CC/02), explicitando a solução para a execução de coisa incerta (art. 629 do CPC/73), dispondo sobre a faculdade de escolha da coisa entre o exequente e o executado, ali referidos como credor e devedor.

O § 2.º, por sua vez, estabelece que não havendo satisfação obrigacional dentro do prazo assinado, será expedido mandado de busca e apreensão, ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. A previsão em princípio, não traz dúvida interpretativa.

Por fim, o § 3.º do mesmo art. 461-A traz para o seu campo as situações previstas nos § 1.º a 6.º do artigo 461. Também não nos parece necessário qualquer esforço interpretativo, todavia, há repetição de tratamento de matérias similares, o que permitirá leituras díspares para situações congêneres, segundo a conveniência do interessado.

O artigo 273 recebeu a adição do § 6.º que consolida um entendimento já praticado, ou seja, a possibilidade de concessão parcial da tutela antecipadamente buscada, quando apenas uma parcela se mostrar incontroversa.



3.2 Estabilização da Tutela Antecipada

A respeito disso Lopes (2009, pág. 231) recentemente, foi elaborado por uma comissão formada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, um ante projeto de Lei que tem como proposta a estabilização da tutela antecipada, objetivando assim tornar definitivo e suficiente a decisão ora estabelecida de forma antecipada.

O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico - é deixar que as partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito.

Vemos que a principal característica desse projeto de estabilização é a busca pela efetividade do processo, tendo em vista as atuais tendências do direito processual civil brasileiro, pois o que atualmente se busca é a agilização e simplicidade do processo. Todavia, em contrapartida temos uma organização judiciária que ainda carece de vários recursos, e quando também nos deparamos com a falta de vontade de se resolver tais problemas, somando à morosidade. Então a busca por soluções é alvo de busca constante. Pois estamos diante de um grave problema, ferindo princípios como o da razoabilidade, da celeridade, e outros.

E no que concerne ao instituto da tutela antecipada, nos deparamos em diversos casos em que o autor não proporciona mais as diligências a ele competidas, tendo em vista que já ter obtido por meio de decisão interlocutória seu direito satisfeito. Também é comum nos depararmos com a situação de que muitas vezes a parte requerida permanece inerte, receando que na sentença de mérito tal situação tratada em sede de decisão interlocutória, possa ser agravada. E assim a decisão que antes era interlocutória, passa a ser revestida de coisa julgada.

Temos que tal proposta é bastante polemica, haja vista a proposta de se tornar definitivo aquilo que no regime atual é provisório. Pois é de se indagar até que ponto a omissão do requerido significa a aceitação do que foi decidido.

Senão, vejamos a parte relacionada à Tutela antecipada, (LOPES 2009, pág. 233/234):

ANTEPROJETO DE LEI

Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, acrescenta os art. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei 5.869, de 11.01.1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada.

Art. 1.º Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

“Art. 273 [...]”

“§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentalmente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§ 1º. Do art. 273-B e art. 273-C).

§ 5.º Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

“[...] (NR)”

Art. 2.º (A lei 5. 869, de 11.01.1973 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

“Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

“Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

- a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;
- b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§ 2.º “Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.”

“Art. 273-C. Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

“Parágrafo único - Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.”

“Art.273-D. Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art.273-C), sua eventual extinção sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

Tal proposta apresentada por estes ilustres processualistas, busca a efetividade do processo e também leva a refletir sobre as atualidades do processo civil brasileiro.

Entretanto, a proposta de estabilização da tutela antecipada é polêmica, haja vista que há pretensão de tornar definitivo aquilo que atualmente é provisório.

Contudo, tais mudanças estampadas nesses artigos referentes à tutela antecipada ainda não estão em vigor, é bem verdade que o projeto que busca alteração do nosso Código Processual Civil, ainda é motivo de diversas críticas e possíveis alterações em seu texto original, daí sugestão, para outros trabalhos monográficos.

No quarto e último capítulo, iremos abordar o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, que está contido no § 2º do artigo 273, do CPC. Trataremos deste pressuposto negativo, do qual é o objetivo específico do nosso trabalho.

4. PRESSUPOSTO NEGATIVO À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Está inserido no artigo 273 do CPC em seu § 2º (*in verbis*): “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. É adequado ao momento conceituar irreversibilidade, segundo o Dicionário Aurélio irreversibilidade e qualidade de irreversível, ou seja, que não pode voltar ao estado anterior; não reversível.

Quando analisamos tutela antecipada, sabemos que tal provimento, via de regra, possui caráter de decisão interlocutória, que conseqüentemente é sempre reversível, ‘por sua natureza a tutela antecipada é provisória e revogável (LOPES, pág. 111). No intuito de evitar que a tutela antecipada crie coisa julgada, o legislador acrescentou ao artigo 273 com a Lei 8. 952 de 1994, a situação que vede a não concessão de tal provimento se houver perigo de não ser possível voltar a situação anterior à decisão, contudo cabe dizer que o entendimento de reversibilidade para esse provimento é vago, dando assim a possibilidade de extensão, leva-se em conta então a situação e circunstâncias competindo ao juiz analisar o caso.

A doutrina é praticamente unânime em entender que o perigo de irreversibilidade acima diz respeito aos efeitos do provimento e não ao provimento em si que, enquanto decisão provisória, é revogável. O correto, portanto, para os doutrinadores em geral é interpretar o termo irreversibilidade, não do ponto de vista jurídico, nem quanto à irreparabilidade econômica, e sim como irreversibilidade factual, isto é, uma impossibilidade real de se voltar ao estado anterior ao deferimento da medida. A idéia é que não se pode confundir irreversibilidade com satisfatividade pois todas as medidas antecipatórias são, de natureza, satisfativas, pois possibilitam a fruição, ainda que em parte do bem jurídico pretendido, todavia, a satisfatividade pode ter conseqüência reversível ou irreversível no plano dos fatos

Tal parágrafo cria margem de diversos entendimentos, dando assim origens a grandes discussões e correntes doutrinárias que apóiam ou que critiquem tal estipulação. Se não vejamos alguns pareceres doutrinários:

Theodoro Jr. (2009, pág. 673) defende:

a necessidade de valorização do princípio da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso final seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide. Ademais é importante que a reversibilidade seja aferida dentro dos limites do processo em que a antecipação ocorre. Como é obvio, não pode justificar a medida excepcional do art. 273 a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem se beneficiou com a medida antecipatória. Só é realmente reversível, para os fins do § 2º do art. 273, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio curso do processo. (...)

Amaral (2001, pág. 127), afirma que:

(...) é impossível afirmar que a irreversibilidade não pode ser tida de forma absoluta e concebida, como barreira intransponível para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela. É certo que existirão situações em que haverá o confronto entre direitos fundamentais dos litigantes; provavelmente, de um lado estará o direito à efetividade da tutela jurisdicional e, de outro, à certeza e segurança jurídica. Nessas ocasiões, devidamente analisadas e sopesadas pelo julgador, com a finalidade de restaurar ou manter a ordem jurídica justa. (...)

A corrente majoritária entende que a reversibilidade que está estampada no corpo do artigo 273, não se refere ao provimento mas sim ao seus efeitos fáticos, uma reversibilidade fática, esta relacionado a situação gerada por tal provimento e qual o efeito que ele produz para as partes. Para AIVIM (2009), irreversibilidade é uma medida que toda decisão comporta em sentido oposto ao almejado, não sendo assim uma qualidade, mas sim uma consequência, que posteriormente poderá dar origem a riscos, estes que não poderão retornar ao seu estado anterior. A doutrina majoritária, entende que a irreversibilidade a que se refere o artigo 273 do CPC faz

referência aos efeitos fáticos e não aos efeitos jurídicos, no entendimento de (AMARAL, *apud* Ovídio, 2001, pag. 113) , o parágrafo segundo deveria constar “onde se encontra a expressão irreversibilidade do provimento final antecipado, deveria constar irreversibilidade dos efeitos do provimento final antecipado”.

Acerca de tal requisito de admissibilidade há vários posicionamentos, favorável a idéia de que a irreversibilidade do artigo 273 se apregoa no sentido fático, senão vejamos:

(...) a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão, e não com a decisão em si mesma. Esta a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento. À reversibilidade jurídica (revogabilidade da decisão) deve sempre corresponder o retorno fático ao “status quo ante”. Não foi feliz, como se percebe, a redação do dispositivo citado, ao falar em irreversibilidade do provimento (AMARAL, *apud* Zavaschi *op. cit.* 2001, pág. 114)

Para entendermos melhor como se dá os efeitos irreversíveis da antecipação de tutela vamos agora analisar alguns exemplos em que fica nítida a irreversibilidade como exemplifica LOPES(2009), em uma ação em que se decreta a nulidade de uma assembléia condominial, o juiz não poder antecipar o pedido inicial, por que uma vez desconstituído tal ato poderá gerar insegurança jurídica e ir totalmente contra a finalidade processual.

Outro exemplo se dá nas ações de despejo, pois não há como reparar o mal causado nem retornar ao estado anterior, pois uma vez cumprido a ordem de despejo, o inquilino terá que procurar outro local para se acomodar, gerando assim danos e transtornos que são evidentes.

Nesta mesma linha de pensamento é possível citar também o exemplo daquele que loca um imóvel comercial, estando ele uma vez desalojado o comerciante; profissional liberal, dificilmente logrará êxito em recuperar sua clientela e muito menos o ritmo de vendas da qual possuía anteriormente.

Contudo, em situação complicada fica o legislador ao se deparar com ação em que se almeja discutir cláusula de contrato, pede antecipação dos efeitos da tutela a fim de que se determine a realização de cirurgia inadiável, ou de internamento de urgência.

Entretanto, posto tudo isso, acaba ele admitindo também que em casos excepcionais, como exemplo, como se sucede em apreensões de jornais, onde conceder a liminar corresponde a satisfazer o direito, pois não satisfatoriamente como recolher a edição, e não conceder danifica irreparavelmente o direito, porque de nada vale o jornal circular vários dias depois, o juiz, com prudência, ponderando bens e valores, possa tomar decisão em favor do considerado prevalente a luz do Direito.

Uma corrente menos liberal aduz que sempre deverá ser exigidas do juiz providências voltadas para salvaguardar o direito fundamental à segurança do requerido. E ainda que o perigo de irreversibilidade e vedação não somente para a concessão da tutela antecipada, como também para a execução dessa medida, e mesmo tratando-se de provimento cujos efeitos sejam reversíveis, o dever de proteger a segurança do réu impõe que o juiz afirme meios, que possibilite a reversão efetiva à situação anterior.

Senão vejamos alguns julgados, demonstrando tal situação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA. I - A presença de risco de dano irreparável ou de difícil reparação é condição sine qua non para a concessão da tutela antecipada, especialmente a de caráter satisfativo, não se admitindo, ainda, o seu deferimento quando for qualificada pela irreversibilidade. II - Não se pode falar em dano irreparável ou de difícil reparação no curso da ação quando o ato atacado (decreto de cassação de aposentadoria) produz efeitos há mais de dez anos. Ausente, ademais, a verossimilhança das alegações quando se compõem de teses que exigem amplo debate. III - Ausentes os requisitos do art. 273, do CPC, o indeferimento do provimento antecipatório é medida que se impõe. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Existem ainda os fiéis ao texto da lei, que defendem que, não sendo possível a reversão facta, impossível será a antecipação. E mesmo que se proporcione essa com efeitos reversíveis, haveria que se exigir caução. Como é o caso dos alimentos provisionais, pois o art. 273, do CPC, que trata de tutela antecipatória, ao incluir § 2º, negou-lhe caráter exauriente., admitir-se que a tutela antecipada produza efeitos irreversíveis significa estar ferindo o princípio constitucional do devido processo legal e o direito à tutela jurisdicional apropriada, posto que, o réu seria privado do seu direito sem ter exercido o contraditório e da ampla defesa.

Como visto, a parágrafo 2º, do artigo 273, do CPC, aborda o risco de irreversibilidade dos efeitos práticos que podem existir com a concessão da tutela antecipada

Com isso, se põe-se à baila a necessidade de flexibilização do comando da norma para atender situações, que na ocorrem rotineiramente, nas quais, a aplicação rígida desse dispositivo, estampado no §2 provocaria em vedação ao acesso da prestação jurisdicional.

A fundamentação jurídica que impõe a essa flexibilização é o princípio da proporcionalidade. Por este princípio, o juiz deverá proceder a uma avaliação de interesses em cada caso. Ele deverá dar ênfase e preferência ao interesse que, de acordo a ordem jurídica, seria o de maior relevância e expressão. Então, temos que, quando houver conflito entre direito absolutos e patrimoniais, este deverá ser resolvido em favor dos direitos absolutos.

Vejamos então entendimento do Tribunal de Justiça de Goiás:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. REQUISITOS PREENCHIDOS. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. 1. O magistrado da instância singular possui liberdade e autonomia para aferir o cabimento e conveniência da concessão da tutela antecipada, e sobretudo o preenchimento dos requisitos autorizadores da medida - "fumus boni juris" e "periculum in mora". A lei confere ao julgador para o exercício do livre convencimento motivado, pois se estiver plenamente convicto da verossimilhança do direito alegado pelo autor e do risco iminente de dano, é livre para conceder a antecipação de tutela. 2. A suspensão do auxílio doença acidentário sem a prévia e indispensável constatação de que o

segurado efetivamente se encontra apto ao trabalho, ou tenha sido submetido a processo de reabilitação, representa um risco concreto, atual e iminente, em razão de dano de difícil reparação para o segurado, sobretudo ao se considerar o caráter alimentar do benefício. 3. Atento ao fato de que a parte poderá vir a sofrer lesão grave e de difícil reparação caso não seja restabelecido o benefício previdenciário cancelado sem o devido processo legal, devem os efeitos da tutela de mérito ser antecipados até o provimento definitivo. 4. O direito pleiteado pela parte autora deve prevalecer sobre eventual prejuízo decorrente da irreversibilidade da medida antecipatória. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

É claro que compete ao juiz adotar as medidas capazes de resguardar adequadamente a esfera de direito do réu, como exigir caução real ou fidejussória do autor, ficando por conta deste a responsabilidade dos prejuízos causados àquele (art. 588, I, CPC), na tentativa de conciliar, conquanto difícil, o caráter satisfativo com os possíveis efeitos irreversíveis da decisão antecipatória, sob pena de ser ele também igualmente responsabilizado (art. 5º, LXXV, CF). Mas mesmo que, pelas condições do beneficiário, não lhe seja possível assumir qualquer indenização, consideramos, a luz do exposto, que legítima é conduta do juiz ao escolher tutelar interesse provável e digno de preferência, pois também fere o devido processo legal uma tutela jurisdicional inútil ao demandante.

A admissibilidade do requisito negativo da irreversibilidade, não regulada pelo legislador ordinário, deve ser analisada em face da garantia constitucional do acesso a justiça, da efetividade da tutela e da dignidade humana. Ninguém poderá ser privado da tutela jurisdicional adequada e eficaz se a providência representar o único meio de evitar o perecimento do direito

Assim sendo, valendo-se do critério da ponderação, o juiz deverá realizar o balanceamento dos valores e interesses em jogo (direito à segurança jurídica x efetividade do processo; devido processo legal x dignidade humana), avaliar a existência de garantias e de sua eventual coexistência, como também, avaliar a adequação e a necessidade, de forma a permitir o sacrifício do direito improvável em benefício do direito provável.

Dentro de tais argumentos expostos, inquestionável que a tutela antecipatória traz um grau de risco e por isso clama por sensatez, mas não pode ser

sinônimo de temor e insegurança. Fica, portanto, a presente reflexão para aqueles que ainda entendem ser proibido ao Judiciário antecipar efeitos do provimento final quando houver perigo de irreversibilidade. Vedado mesmo aos magistrados é proferir sentença definitiva deferindo direito que não pode ser mais exercido pelo seu titular

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil brasileiro atualmente vem sofrendo frequentes modificações, principalmente à parte especial do mesmo que trata da tutela de urgência. Com a introdução do instituto da tutela antecipada no ano de 1994, e também mudanças já acrescidas da qual introduziu o princípio da fungibilidade, não só nas medidas cautelares como também nas medidas antecipatórias. Todas essas transformações com o cunho de tentar resolver o problema da morosidade processual e a lesão de direitos pelo fato da demora de uma resposta jurisdicional.

Neste estudo foi possível perceber o clamor por mais mudanças como vimos no decorrer do quarto capítulo, sobre o projeto de lei visando a estabilização dos efeitos da decisão que concede os efeitos da tutela antecipada.

Pela exatidão do dispositivo, quando existir o simples perigo de irreversibilidade, a tutela antecipada não poderá ser concedida. Entretanto, interpretar tal requisito de forma tão exata, seria o mesmo que violar frontalmente a efetividade processual e dificultar ainda mais o acesso à justiça.

De maneira ponderada e inequívoca, cada caso concreto deve ser analisado de forma cuidadosa e não simplesmente denegado, de início. Daí a importância da presente monografia, pois, a mesma buscou uma reflexão sobre a apreciação que deve ser feita pelo magistrado de forma a evitar-se injustiças, lesões irremediáveis e vedação a promoção e ao acesso à prestação jurisdicional.

Contudo, o objetivo do nosso estudo redundou-se em demonstrar a necessidade de se dar atenção ao requisito de não concessão da tutela antecipada, que chamamos de irreversibilidade, pois se tal requisito não fosse de extrema relevância para o magistrado fazer uso, o legislador não se preocuparia em colocar tal requisito negativo à concessão de tal instituto. Pois temos que ter em mente que há duas partes no processo e que não levando este requisito em consideração poder-se-ia lesar o direito de outrem, bem como, ferir princípios como o devido processo legal, e também o direito à ampla defesa.

E não mesmo importante, percebe-se que o direito processual civil está buscando cada vez, mais a solução para as mazelas processuais, entretanto tais modificações deverão ser extremamente analisadas, estudadas, a fim de se evitar maiores problemas e situações ainda mais alarmantes dentro do processo.

Concluimos que o requisito negativo à tutela antecipada deve ser levado em apreço e influenciar sim, na decisão do magistrado, contudo é bem verdade que para toda regra existem exceções, e não seria diferente no caso deste instituto, se em situações específicas, o juiz se deparar com o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela *versus* o risco de morte como exemplo, é sem dúvidas justo que, ao juiz cabe zelar pelo bem maior que seja a vida, pois diferente do processo cautelar é necessário aqui muito mais que a fumaça do bom direito e o perigo da demora pela resposta jurisdicional, para concessão da tutela antecipada. Existe também o fundado receio de dano irreparável; prova inequívoca e o convencimento da verossimilhança das alegações, entre outros. Então fica a cargo do juiz que tem a difícil tarefa de dar o direito a quem o tem verdadeiramente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

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

ASSIS, Carlos Augusto. **A antecipação de Tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)**: Carlos Augusto de Assis – São Paulo : Malheiros editores. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil** / Alexandre Freitas Câmara. – 20. ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

CARREIRA, Alvim, J. E. **Tutela antecipada**. / J.E.Carreira Alvim. / 5ª Ed. (ano 2006), 4ª tir. / Curitiba: Juruá, 2009.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro** / João Batista Lopes. – 4 ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela** / Luiz Guilherme Marinoni. – 10. Ed. Ver, atual. E ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo et al. **Reforma do Código de Processo Civil**. Coordenação: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO, Júnior Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**: Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5ª ed. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Endereços eletrônicos

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2010.

_____. Presidência da República. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8952.htm>. Acesso em 03 de abril de 2010.

_____. Presidência da República. Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10444.htm>. acesso em 03 de abril de 2010.

TJ – GO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 5A CAMARA CIVEL. DJ 638 de 11/08/2010. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão pelos integrantes da Primeira Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/imprimir.php?tipo=Juris&recursos=973752920108090000%2020100701>

TJ – GO. 6A CAMARA CIVEL . DJ 711 de 03/12/2010. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Rel.: DES. NORIVAL SANTOME. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/imprimir.php?tipo=Juris&recursos=2065660920108090000%2020101123>

Endereços eletrônicos sem autoria

<http://pt.wikipedia.org/wiki/> (Enciclopédia Livre

<http://www.tjgo.jus.br/>