

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E PRÁTICA FORENSE
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**TUTELA ANTECIPADA NA REFORMA DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Acadêmico: Eduardo Bastos Garofallis

Professora Orientadora: Mônica Elias de Lucca Entres

Florianópolis, novembro de 1996.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E PRÁTICA FORENSE

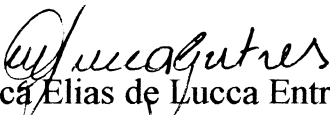
Monografia de final de curso sobre Tutela antecipada na reforma do
Código de Processo Civil elaborada em conformidade
com o artigo 9º da Portaria nº 1.886/94.

Acadêmico: Eduardo Bastos Garofallis
Professora orientadora: Mônica Elias de Lucca Entres

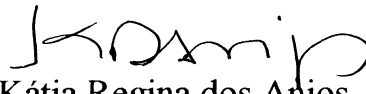
Florianópolis, novembro de 1996.

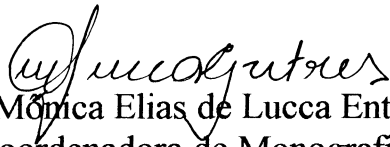
A monografia “Tutela Antecipada na Reforma do Código de Processo Civil”, elaborada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, sendo-lhe atribuída nota 10,0

Banca Examinadora:


Mônica Elias de Lucca Entres
Presidente

Fernando José Caldeira Bastos
Membro


Kátia Regina dos Anjos
Membro


Professora Mônica Elias de Lucca Entres
Orientadora e Coordenadora de Monografia - DPP

“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”

Rui Barbosa

Agradeço

aos meus pais, Leonardo e Irene

minha irmã Andrea

meu avô Fernando

minhas avós Marita e Zica

à minha orientadora Mônica

e ao meu amigo Duda Rocha (*in memoriam*)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I - EFETIVIDADE DO PROCESSO, ORIGEM DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA E NATUREZA JURÍDICA.....	9
1.1. Considerações iniciais	9
1.2. Origem da Medida Antecipatória.....	12
1.3. Efetividade do Processo	15
1.4. Natureza Jurídica.....	17
CAPÍTULO II - DIFERENÇA ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR	19
2.1. Preliminarmente	19
2.2. Diferença básica.....	21
2.3. Tutela antecipatória e cognição sumária.....	23
2.4. Caráter satisfativo e cautelaridade	25
CAPÍTULO III - TUTELA ANTECIPADA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	29
3.1. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	30
3.2. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu ...	34
3.3. Prova inequívoca e verossimilhança da alegação	37
3.4. A importância e a necessidade de fundamentação por parte do juiz	40
3.5. Perigo de irreversibilidade do provimento antecipado	42

3.6. Revogação e modificação da tutela antecipada	47
3.7. Prosseguimento do processo.....	50
3.8. Tutela antecipada e julgamento antecipado da lide.....	51
CAPÍTULO IV - PROCEDIMENTO, EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E NATUREZA JURÍDICA DO PRONUNCIAMENTO QUE DEFERE OU INDEFERE A TUTELA	53
4.1. Procedimento	53
4.2. Execução da tutela antecipada	56
4.3. Natureza jurídica do pronunciamento que defere ou indefere a tutela	59
4.4. Tutela antecipada nas ações de despejo	60
JURISPRUDÊNCIA SOBRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

INTRODUÇÃO

Há muito que estudiosos e aplicadores do direito ansiavam por uma medida que atendesse à urgência e efetividade do processo, com caráter de satisfatividade.

A chamada tutela antecipatória surgiu com esse propósito. Introduzida no Código de Processo Civil, artigo 273, pela Lei nº 8.952/94, faz parte do conjunto de alterações que compõem o que tem sido denominado de reforma do Código.

A antecipação de tutela, em especial, é instituto que, de certa forma, já era utilizado em muitos casos, sem este nome, principalmente através de cautelares ou medidas específicas.

Como as demais medidas de caráter emergencial, a tutela antecipatória, para ser concedida, deve atender a inúmeros requisitos, e suas características muito específicas devem ser observadas. Trata-se de uma faculdade do autor, e não de uma obrigação.

Sua prestação encaixa-se perfeitamente no princípio da economia processual, que tanto se procura atender nos últimos tempos, face ao acúmulo de processos no Poder Judiciário.

Muito ainda se discute acerca de sua eficácia e seu procedimento, mas somente a prática reiterada e decisões dos Tribunais poderão dar a forma exata da medida e sua aplicabilidade nos casos concretos.

Inicialmente, não há critérios objetivos que devam ser obedecidos para a concessão de antecipação total ou parcial, ficando a cargo do juiz. Além

disto, não há época para concessão e revogação, não podendo o juiz conceder a medida de ofício, entretanto, poderá revogá-la ou modificá-la sem provocação.

De fato, o que se sabe ao certo é que a medida visa a antecipar os efeitos da tutela pretendida. Assim, está posicionada no livro que trata do Processo de Conhecimento do Código de Processo Civil, demonstrando seu caráter de garantia do direito buscado, e não de garantia do processo, embora caracterize-se pela provisoriedade, visto que aguarda, de qualquer forma, a sentença final que a confirme ou modifique, motivo pelo qual não pode ser irreversível.

Quanto às características, expostas nos incisos do artigo 273, as mesmas se confundem com os próprios requisitos para a concessão da medida, e serão exaustivamente explicitadas ao longo do trabalho. Será também feita a diferenciação entre as medidas antecipatória e cautelar, mas sem aprofundamento neste aspecto, e não será tratada a diferença entre a tutela antecipatória e as tutelas específicas, também introduzidas no Código de Processo Civil recentemente.

A natureza jurídica da decisão que concede a medida e sua execução serão também abordadas ao longo do trabalho, bem como as possibilidades de recurso desta decisão, sempre observando os princípios de processo civil que guiam o procedimento desta tutela, não importando o quanto particular ela possa parecer.

CAPÍTULO I

EFETIVIDADE DO PROCESSO, ORIGEM DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA E NATUREZA JURÍDICA

1.1. Considerações iniciais

A Tutela Antecipada é um novo instituto processual que surgiu, através da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, com o objetivo precípuo de proporcionar maior agilidade e rapidez na prestação jurisdicional (principalmente, da antecipação dos efeitos da tutela pretendida). Isto porque a sociedade atual anseia por ver seus direitos atendidos no menor tempo possível.

Carreira Alvim assim preceitua:

“houve época em que os conflitos de interesses eram resolvidos pelos próprios litigantes ou pelo grupo social a que pertenciam, sem qualquer interferência estatal, seja porque inexistia o Estado como poder político, seja porque, apesar de existente, era incipiente e incapaz de impor a sua decisão aos contendores. Posteriormente, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição, com a resolução das lides através do processo, deixando às partes, porém, a faculdade de decidir suas pendências através da arbitragem, se disponível o interesse em dispu-

ta. Com o crescimento da sociedade, cresceu o Estado, e, conseqüentemente, multiplicaram-se os conflitos tornando morosa a prestação jurisdicional, porquanto o Poder Estatal, encarregado de resolvê-los, já não consegue, por inúmeras razões, desincumbir-se dela. Tal situação tem direcionado a sociedade moderna na busca de formas alternativas de resolução dos conflitos, consciente da impossibilidade de serem resolvidos exclusivamente pelo Estado...”¹

O maior problema enfrentado pelos civilistas até o momento foi o de encontrar soluções, ao mesmo tempo rápidas e justas, para os litígios. A morosidade dos processos é latente, e isto se deve, em grande parte, ao procedimento ordinário, que demora muito tempo para reconhecer a existência de um direito.

O procedimento ordinário é por demais lento e injusto, não mais atendendo ao angustiante perpassar do tempo. A lide é um fator de perturbação social, portanto, a demora na prestação jurisdicional pode fazer com que ocorra uma inquietação por parte da sociedade, pela excessiva espera para a concretização de seus direitos.

Reis Friede aduz que:

“se, por um lado, a própria segurança ampla do atendimento pleno ao princípio do devido processo legal (incluindo os princípios do contraditório, da ampla defesa, etc.) determina - associada à busca permanente da verdade real

¹CARREIRA ALVIM, J. E. A antecipação da tutela na reforma processual. *In*: **CPC - Modificações**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 95-96.

e do valor axiológico da justiça (como versão contemporânea da máxima e solene expressão da tradição presente na antigüidade clássica de “dar a cada um o que é seu”) - a necessidade de um considerável lapso temporal - e um conjunto complexo e intrigante de atos processuais, associado à delonga de um rito próprio - para a sua completa efetivação, por outro, resta em oposição, a imperiosa expectativa social de uma solução verdadeiramente célere para o conflito de interesses que atinge as partes em litígio e que, sob certa ótica, ousa desafiar a perene paz social almejada por toda a coletividade.

É exatamente a conciliação ideal (e possível) destes fatores antagônicos (de difícil solução), por efeito, que caracteriza o repto maior a orientar o próprio desenvolvimento da ciência processual (que, como ramo jurídico-científico autônomo, possui pouco mais de um século de existência) e que, em grande medida, tem orientado (e ocupado) os principais estudiosos do tema e, particularmente, os responsáveis pela reforma da legislação processual civil e penal.

A introdução do instituto da tutela antecipada em nossa legislação (a partir da experiência italiana), neste diapasão parece claramente orientar-se neste sentido, procurando viabilizar, em última análise, a conciliação ideal dos principais aspectos antagônicos da prestação jurisdicional, dinamizando-a, no mais amplo sentido”.²

² FRIEDE, Reis. In: *Tutela Antecipada, tutela específica e tutela cautelar* - Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 2ª edição, p. 27/28.

1.2. Origem da Medida Antecipatória

A tutela antecipatória foi introduzida no processo civil brasileiro tendo como influência a legislação de diversos países, dentre os quais se destaca a legislação civil italiana.

O Código de Processo Civil brasileiro tem por base o modelo romano, onde somente após a coisa julgada é que se executa a pretensão.

Kazuo Watanabe³ afirma que este sistema poderia ser adequado quando o ritmo de vida era mais calmo e a sociedade menos conflituosa, acrescentando que o modelo romano significou um grande avanço em comparação ao sistema existente quando não havia a interposição do Estado para dirimir os conflitos, época em que prevalecia a reação pela força entre os indivíduos. Segue dizendo que o modelo romano é superior ao sistema germânico antigo, de característica rude, impaciente e violenta, que tinha como pressuposto da execução a voluntária submissão do devedor, através de cláusulas executórias inseridas nos contratos, e não na sentença fundada em cognição prévia ou qualquer autorização de órgão estatal. Hoje, a vida transcorre num ritmo bem diferente e a sociedade contemporânea é baseada em economia de massa, que é geradora de intensa conflituosidade.

É de se notar a grande lacuna até então existente no que se refere a um remédio processual adequado à tutela jurisdicional, especialmente dos direitos não patrimoniais. Estes são relegados a segundo plano - para o proces-

³ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *In: Reforma do Código de Processo Civil* - São Paulo: Saraiva, 1996, vários autores, p.29.

so de procedimento comum, ordinário ou sumaríssimo - não obstante o fato de serem ordinariamente mais relevantes que os direitos patrimoniais.

A lentidão da Justiça, que é fruto de uma complexidade de fatores, aliado a inexistência de um instituto adequado para a proteção desses direitos fez com que os operadores do direito em geral começassem a utilizar incessantemente as ações cautelares como um meio para a obtenção da antecipação da tutela postulada.

Esse exagero na utilização das cautelares foi justamente uma revolta contra a falta de um instrumento processual adequado à satisfação dos interesses da sociedade em geral.

O professor emérito da Faculdade de Direito do Paraná Egas Moniz de Aragão assim discorre sobre o assunto:

“de uns tempos para cá acentuaram-se duas tendências dos processos judiciais: o aumento de seu número, natural consequência do progresso e do crescimento da população; a demora de sua tramitação, que retarda a atuação do direito em prol de quem tem razão.

Quanto maior a quantidade de processos, tanto menor a rapidez de seu andamento, o que não só aflige os litigantes, que anseiam por um desfecho breve, como prejudica sensivelmente aquele cujo direito a Justiça ao final reconhece. [...] o funcionamento dos órgãos judiciais não foi adequadamente aprimorado com a finalidade de acompanhar a evolução resultante do progresso e do crescimento da população. Por isso agravou-se a crise que lhes compromete a eficiência e os torna incapazes de reagir com presteza quando é solicitada sua intervenção. [...] Pressionados pela crescente demora na

tramitação dos processos, os interessados entraram a pleitear e os juizes a conceder medidas cautelares em extensão mais ampla do que à primeira vista se recomendaria. Instalou-se a prática das ‘medidas cautelares satisfativas’, capazes de antecipar provimentos que, em termos normais, somente seriam atingíveis com o julgamento final da causa. Em diversos países, incluído o Brasil, a jurisprudência inclinou-se nessa direção, a despeito de haver opositores ao aparente desvio da finalidade precípua do processo cautelar.”⁴

O grande acúmulo de cautelares e a falta de um critério linear e claro no julgamento das mesmas fez com que os Juizes passassem a atuar através de um caráter discricionário, pessoal e subjetivo no estabelecimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipatória; e isso começou a gerar injustiças, além de inexistir uma devida fundamentação legal por parte dos julgadores.

Com o intuito de proporcionar uma Justiça mais rápida, informal (respeitando o mínimo ético e as garantias processuais) e, principalmente, mais eficaz, uma grande gama de processualistas civis resolveram elaborar propostas, com idéias e projetos renovadores em relação ao processo civil, no sentido de uniformizar e estabelecer critérios objetivos de julgamento, que evitassem as inúmeras injustiças existentes até o momento.

Uma das primeiras propostas de tutela antecipatória foi formulada por Ovídio Batista da Silva por ocasião do Congresso Nacional de Direito Processual Civil realizado em 1983, em Porto Alegre. Sua proposta consistia em

⁴ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Alterações no Código de Processo Civil. *In*: Reforma do Código de Processo Civil - São Paulo: Saraiva, 1996, vários autores, p.234/235.

acrescentar ao artigo 285 um parágrafo único, onde já se referia à *plausibilidade do direito invocado* e medida liminar que *antecipa os efeitos da sentença de mérito*. Essa proposta foi intensamente discutida pelos juristas presentes que redigiram um substituto, que teve como ponto principal a inclusão do requisito do *periculum in mora* ao lado do juízo de plausibilidade fundado em provas existentes nos autos.

Uma outra importante proposta foi apresentada pela Comissão Revisora do Código de Processo Civil, nomeada pelo Governo da República em 1985 e integrada por Luís Antônio de Andrade, J.J. Calmon de Passos, Sérgio Bermudes, Joaquim Correia de Carvalho e Kazuo Watanabe. A proposta possibilitava a antecipação desde que ocorrendo revelia, haja prova documental convincente da pretensão do requerente, e, se a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litígio, evidenciando-se como injusto prejuízo para o autor a dilação, para final, da tutela pretendida.

Essas duas propostas foram muito importantes na formulação da solução contida no artigo 273 do Código de Processo Civil, que hoje se encontra em vigor.

1.3. Efetividade do Processo

A tutela antecipada tem por objetivo principal a ampliação das vias de acesso à justiça, buscando a tão propalada *ordem jurídica justa*, através de uma tutela jurisdicional justa e efetiva que atenda as reais necessidades da sociedade em geral.

Para se garantir o acesso à justiça na sua mais ampla concepção, é necessário um conjunto de fatores e inovações que, correlacionados, contribui-

rão para o aprimoramento da distribuição da justiça. A Tutela Antecipada é um instrumento essencial no tocante à efetividade do processo porque agiliza a concreta realização do direito nos casos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil.

O eminente processualista Luiz Guilherme Marinoni entende que o eixo central da problemática da tutela antecipatória é o fator temporal:

“se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo ele desempenha idêntico papel, pois processo também é vida. O tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da lide pode produzir. Por outro lado, a demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente é a parte, o que vem a agravar a quase que insuperável desigualdade substancial no procedimento. O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo.”⁵

O ideal de efetividade, entendido como o ideal de uma tutela que dê, o mais rápido possível, àquele que tem um direito exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, é que deve iluminar as novas definições dos doutrinadores do processo.

É claro que por detrás da idéia de ‘efetividade’ existe outro valor muito mais relevante, que é o da ‘igualdade real’. O processo não pode ser pensado à distância da premissa de que o poder tem por fim remover os obstáculos que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa huma-

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme *in*; A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil, São Paulo:Malheiros editores. 1995

na. O processualista, portanto, quando formula os seus conceitos, não está autorizado a desconsiderar as diferenças sociais daqueles que buscam a justiça.

É importante lembrar, ainda, que é fundamental para o encontro da real efetividade do processo a tomada de consciência de que são de natureza vária os bens envolvidos nos litígios. O novo processo não é mais um ‘processo neutro’, mas um processo que, da mesma forma que todos não são iguais, os bens que constituem os litígios não tem igual valor jurídico.⁶

1.4. Natureza Jurídica

No que tange à natureza jurídica do instituto, temos que o mesmo não se trata - e muito menos se confunde, apesar de guardar algumas semelhanças - de medida cautelar. Trata-se, ao contrário, de uma forma de tutela jurisdicional cognitiva de adiantamento da tutela buscada no processo de conhecimento, desde que respeitados os pressupostos e requisitos que serão estudados nos próximos capítulos.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco dispõe com muita propriedade:

“conquanto este trabalho se componha de ligeiras observações às leis de reforma do CPC, sem a preocupação com análises de profundidade, cabe uma palavra sobre a natureza do instituto. Não se trata de medida cautelar, con-

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 16.

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

Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal (art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente. A diferença é perceptível. A medida cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia.”⁷

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel in: A Reforma do Código de Processo Civil - São Paulo: Malheiros, 1995, 2ª edição.

CAPÍTULO II

DIFERENÇA ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

2.1. Preliminarmente

Como frisado anteriormente, pela lentidão e excessivo formalismo do procedimento ordinário, os operadores jurídicos passaram a utilizar a tutela cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da pretensão que só poderia ser veiculada através da chamada “ação principal”.

Com o intuito e a necessidade de se buscar uma tutela efetiva para se contrapor a dadas situações concretas de eminente perigo, o direito italiano admite e utiliza a tutela cautelar com satisfação antecipada de pretensão típica do processo de conhecimento.

No entanto, a tutela cautelar não pode antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal. Há, na realidade, uma impossibilidade absoluta da satisfação plena da pretensão cognitiva do processo cautelar. Luiz Guilherme Marinoni, em seu livro *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*⁸, cita Donaldo Armelin que concebe uma das formas de distorção do uso da tutela cautelar, “verifica-se sempre que se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter”.

⁸ São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição, 2ª tiragem, p. 77.

Entretanto, há uma grande confusão por parte dos processualistas brasileiros, no que se refere à natureza do processo cautelar, como bem frisa Reis Friede:

“mas, em um país cujos processualistas ainda não compreendem, na sua inteireza, os aspectos da dependência do processo cautelar associado a sua conseqüente autonomia, seria exagero esperar, por parte dos mesmos, um entendimento mais consentâneo sobre a natureza jurídica intrínseca da tutela cautelar vis-à-vis com a questão concernente a antecipação da tutela, de caráter cognitivo”.⁹

É o que se denota pelo entendimento do processualista Carreira Alvim sobre natureza jurídica do instituto, colocando lado a lado a tutela antecipatória e cautelar, inclusive afirmando existir “processo principal” na tutela jurisdicional antecipada:

“registre-se, por oportuno, que as inovações ora introduzidas pelo Código de Processo Civil não tiveram o propósito de neutralizar o processo cautelar, senão o de complementar o elenco do gênero ‘tutelas de urgência’ - de que são espécies o provimento antecipatório e o liminar - destinadas a atender a situações que não possam aguardar o término do processo principal, para obviar ou reparar lesão de direito.”¹⁰

⁹ FRIEDE, Reis. Op. cit., p. 29.

¹⁰ CARREIRA ALVIM, J. E. A antecipação da tutela na reforma processual in: A Reforma do Código de Processo Civil - São Paulo: Saraiva, 1996, vários autores, p. 55/56.

2.2. Diferença básica

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.

A tutela cautelar visa apenas assegurar a possibilidade de realização da pretensão, e não a realização imediata da pretensão. Nela há sempre referibilidade a um direito acautelado.

Como bem sustentado por Marinoni,

“a tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade”.¹¹

Portanto, a tutela antecipatória é satisfativa sumária, pois satisfaz um direito, ainda que fundado em juízo de aparência (por ter como pressuposto a verossimilhança do direito alegado).

Na tutela cautelar, há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit. p. 45/46.

assegurar a frutuosidade do provimento da “ação principal”. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo.¹²

Egas Moniz de Aragão cita Piero Calamandrei, que, por sua vez, entende que o processo cautelar pode ser visto através de um conceito mais amplo ou mais restrito - no que não concordamos - senão vejamos:

“pode-se considerar contudo que é sempre e apenas cautelar a medida cujo fim é tão-só conservar o estado de fato até que a sentença final julgue a lide. Ultrapassam, pois, esse limite decisões que antecipam o bem da vida, a providência enfim, que apenas a sentença final deveria conceder. Tais decisões não se limitam a conservar; sob esse aspecto não têm função de acautelar, pois inovam e às vezes o fazem em caráter irreversível. Aproximam, portanto, da ‘tutela antecipada’ hoje vigorante. Mas não perdem o caráter cautelar, se a este for atribuído conceito mais amplo. Com efeito, para os que vêm no processo cautelar apenas um conjunto de meios aptos a assegurar a eficácia do processo principal e do julgamento nele proferido, suas medidas não podem exceder o limite da mera conservação; para os que nele enxergam, outrossim, um meio de assegurar aos próprios litigantes a efetividade do direito nele declarado, as medidas cautelares podem ultrapassar o limite da mera conservação e entrar no terreno da inovação, antecipando, no todo ou em parte, a solução final”.¹³

¹² WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 38.

¹³ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Op. cit., p.236.

A tutela antecipada tem por escopo proporcionar a quem ingressa em juízo uma providência imediata, que, no todo, ou em parte, atenda de pronto o mérito de sua pretensão, sendo que não tem ela finalidade conservativa, nem toma o lugar, e muito menos se confunde, com as medidas cautelares que visam a esse objetivo.

Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor.¹⁴

2.3. Tutela antecipatória e cognição sumária

A característica da tutela cautelar não é concebido pela simples sumarização do procedimento e sim pelo seu objetivo de apenas e tão-somente assegurar a plena efetividade do pronunciamento judicial de caráter meritório a ser oportunamente proferido.

Quando a prestação jurisdicional é satisfativa, quer seja através de cognição sumária ou não, esvazia-se o objeto próprio e específico da tutela cautelar, uma vez que nada mais pode ser através da mesma assegurado, em virtual cumprimento ao mandamento original da função acautelatória, considerando a ausência objetiva de referibilidade processual a um direito efetivo a ser protegido.¹⁵

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 139.

¹⁵ FRIEDE, Reis. Op. cit., p. 31.

O juiz somente precisará fazer uma sumária cognição para haver a antecipação da tutela pretendida, não importando que a outorga do direito seja feita de forma parcial e provisória.

Antônio da Silva Santos faz uma breve análise sobre o entendimento de Kazuo Watanabe acerca da “cognição”:

Reveste-se a cognição de vital importância como técnica de adequação do processo na busca da sua efetivação e nas formas básicas de tutela. Sistematizando a cognição, Kazuo Watanabe destaca que ela pode ser vista sob dois prismas: o horizontal, que pertence à amplitude, extensão da matéria que o juiz deve ter para aplicar o direito e o vertical, tangente à profundidade (Da cognição no Processo Civil. São Paulo; RT, passim).

Interessa à tutela antecipada a verificação da cognição no plano vertical, no que diz respeito à outorga do direito depois de apresentada a petição inicial ou no decorrer da relação processual, e aí está a cognição sumária. Do contrário, deixa-se que haja ampla discussão da matéria posta em julgamento, com a reunião de toda a prova que as partes produzem, para advir a sentença; estar-se-á, nesta última hipótese, diante da cognição exauriente.

Toda apreciação feita quando houver pedido de tutela antecipada será de cognição sumária, isto porque a cognição será superficial, menos aprofundada no aspecto da verticalidade.¹⁶

¹⁶ SANTOS, Antônio Jeová da Silva, A tutela antecipada como prestação jurisdicional diferenciada. *In: Livros de Estudos Jurídicos* - Rio de Janeiro: IEJ, 1995, p.400.

2.4. Caráter satisfativo e cautelaridade

As medidas que se referem à tutela antecipada possuem o caráter da satisfatividade. Na tutela cautelar, onde não existe efetiva jurisdição e lide meritória, é de se observar que há sempre o aspecto da referibilidade processual a um direito efetivo que se deseja ver referendado no processo principal.

É esta característica de cautelar com uma referibilidade processual que é diametralmente oposta à satisfatividade pretendida no processo de conhecimento (e na tutela antecipatória).

Como bem frisado por Reis Friede,

“inexiste no Direito Brasileiro, de forma objetiva, o que se convencionou chamar de cautelar satisfativa ou, numa alusão ainda menos técnica, de medida liminar satisfativa, na exata medida em que os próprios parâmetros de referibilidade da tutela cautelar e da tutela de conhecimento (procedida ou não de maneira antecipada) são absolutamente diversos, orbitando o primeiro na exclusiva esfera processual, em contraposição crítica ao segundo que possui foco no âmbito específico do direito material”.¹⁷

Apesar de as medidas inerentes à tutela antecipada terem caráter satisfativo, não é fácil conciliar tal caráter à norma que condiciona a reversibilidade dos efeitos do ato que concede. Além disso, há a necessidade de preservar os efeitos da sentença a ser proferida, a qual ficará prejudicada se for impossível o restabelecimento da situação inicial. Cabe ao juiz, nestes casos, impor as medidas adequadas que sejam capazes de resguardar os direitos do réu.

¹⁷ FRIEDE, Reis. Op. cit., p. 35.

Entretanto, alguns processualistas insistem na defesa do uso de um instrumento processual inadequado, aceitando pacificamente a prática, que se tornou usual, da utilização das liminares para satisfazer uma pretensão.

“Há liminares que antecipam, satisfazendo provisoriamente, como nos casos de se evitar a despedida de um empregado, o licenciamento de um militar, a suspensão de uma autuação do Fisco; antecipa-se o provimento, mas, na verdade, não se satisfaz de modo definitivo a pretensão, o que só ocorrerá com a sentença de mérito. Por outro lado, há provimentos que antecipam, satisfazendo definitivamente a pretensão material, de que são exemplos as liminares para liberação de cruzados, levantamento de FGTS e autorização para transfusão de sangue contra a vontade do paciente, pelo que adquirem as feições de provimentos satisfativos strictu sensu. A jurisprudência é rica em exemplos, tendo servido de bússola ao legislador na busca de melhores instrumentos de acesso à justiça.

Essas modalidades de tutela jurisdicional envolviam-se, antes, na via do processo cautelar, através das medidas cautelares ‘satisfativas’, embora não tivessem, nessa modalidade de processo, residência confortável, pondo-se na situação de um inquilino que, podendo residir num espaçoso apartamento, via-se, para não ficar no relento, confinado a um diminuto flat.

Para fugir à morosidade do procedimento ordinário, sem condições de garantir efetivamente

o direito, *in limine litis*, buscavam sua satisfação no processo cautelar.”¹⁸

Impressionante são algumas conclusões proferidas por certos doutrinadores, que pregam a desnecessidade da tutela cautelar - pelo surgimento do artigo 273 do CPC - e até sua própria revogação parcial:

“Se o juiz pode antecipar a tutela no processo de conhecimento, não mais se justifica a ação cautelar *inominada incidental*, fundada no poder geral de cautela. Não haveria interesse de agir de o autor garantir a eficácia daquele processo, tal é a finalidade da ação cautelar”¹⁹

Como bem escreve Reis Friede,

“deve ser registrado, de forma contundente, procurando restabelecer o parâmetro do necessário rigor técnico, que a denominada tutela antecipada, em nenhuma hipótese, se coaduna com as características e os objetivos próprios e específicos (e, em certo aspecto, limitados) da tutela cautelar, restritos, em última análise, a uma forma jurisdicional extensiva que visa assegurar a plena efetividade da tutela jurisdicional de conhecimento (antecipada ou não)”.²⁰

Na verdade, todo esse confronto de idéias e afirmações ocorreu, principalmente, pela morosidade da justiça que, gerando inúmeras injustiças,

¹⁸ CARREIRA ALVIM, J. E. Código de Processo Civil reformado - Belo Horizonte: Del Rey, 1995, 1ª edição, p. 106/109.

¹⁹ REIS, Novely Vilanova da Silva. in: Breves anotações sobre as modificações do CPC - Brasília, 1995, p.52

²⁰ FRIEDE, Reis. Op. cit., p. 38.

fez com que a tutela cautelar se transformasse em um remédio contra a falta de efetividade do procedimento ordinário. A tutela cautelar ocupou, então, um espaço fundamental para a prestação de uma efetiva tutela jurisdicional.

É de se salientar que os operadores do direito utilizavam a tutela cautelar como solução para a falta de efetividade do procedimento ordinário, porém, de uma maneira totalmente equivocada e errônea, visto que empregando caráter satisfativo ao provimento cautelar, acabou por desvirtuar completamente a natureza jurídica deste provimento.

CAPÍTULO III
TUTELA ANTECIPADA NA REFORMA
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Estabelece o art. 273 do Código de Processo Civil, com a nova redação da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, 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:

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

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.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

A partir da exposição do artigo 273, referente ao tema objeto desta monografia, passaremos a analisar os requisitos, pressupostos, enfim as características inerentes à tutela antecipada.

3.1. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Um dos principais requisitos referentes à antecipação da tutela está contido no inciso I, do art. 273, que autoriza o juiz a conceder a tutela antecipada, desde que havendo prova inequívoca e se convencendo da verossimilhança da alegação, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

O “fundado receio” significa o temor justificado, que possa ser objetivamente demonstrado com fatos e circunstâncias e não apenas uma preocupação subjetiva.

O receio, aludido na lei, traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve, para ser fundado, vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar, que a falta de tutela dará ensejo à ocorrência do dano, e que este será irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, de acordo com Teori Albino Zavascki²¹, “é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo), e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais *in*: *Reforma do Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 153.

pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela.”

O Código de Processo Civil, ao disciplinar o processo cautelar, fala em fundado receio de que *uma parte*, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Porém, na cautelar, o juiz analisa o risco de ineficácia da futura tutela provável, e na antecipação, o juiz analisa a necessidade de antecipação da eficácia do julgado porque, se não deferida, haverá risco de ocorrerem, para o autor, danos que serão eliminados, se antecipação houver. A situação do autor é analisada e exclusivamente ela, para, em razão de fatores objetivos, se concluir pela necessidade ou não da antecipação, e essa necessidade só se verificará quando houver o fundado receio de que os danos ocorrerão.

O eminente processualista Cândido Dinamarco assim se pronuncia sobre o tema em questão:

“o novo artigo 273 do Código de Processo Civil, com a consciência de estar instituindo uma arma contra os males que o tempo pode causar aos direitos e aos seus titulares, figura duas situações indesejáveis a serem debeladas mediante a antecipação da tutela.

A primeira delas sugere o requisito do *periculum in mora*, ordinariamente posto em relação à tutela cautelar. Reside no “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (artigo 273, inciso I). As realidades angustiosas que o processo revela impõem que esse dano assim temido não se limite aos casos em que o direito possa perder a possibilidade de realizar-se, pois os riscos dessa ordem são satisfatoriamente neutralizados pelas medidas cautelares. É preciso levar em conta as necessidades do litigante, privado do bem a que provavelmente

tem direito e sendo impedido de obtê-lo desde logo. A necessidade de servir-se do processo para obter a satisfação de um direito não deve reverter a dano de quem não pode ter o seu direito satisfeito senão mediante o processo (Chiovenda). No juízo equilibrado a ser feito para evitar a transferência para o réu dos problemas do autor, o juiz levará em conta o modo como a medida poderá atingir a esfera de direitos daquele, porque não lhe é lícito despir um santo para vestir outro. O grau de probabilidade de existência do direito do autor há de influir nesse juízo, certamente.”²²

É possível a concessão da tutela antecipatória não só quando o dano é apenas temido, mas igualmente quando o dano está sendo ou já foi produzido.

No primeiro caso devem estar presentes elementos ou circunstâncias de fato que permitam ao juiz concluir, ainda que com base em probabilidade, que o dano é iminente e que, por isso, é justificável a concessão da tutela.

Nada impede, ainda, que o juiz possa conceder a tutela para evitar um agravamento de um dano já produzido.

Marinoni afirma:

“há ‘irreparabilidade’ quando os efeitos do dano não são reversíveis. Entram aí os casos de direito não patrimonial e de direito patrimonial com função não patrimonial. Há irreparabilidade, também, no caso de direito patrimonial que não pode ser reintegrado, caso lesado, na forma específica. É preciso notar que a irrepara-

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 145.

bilidade pode atingir direitos não patrimoniais, direitos patrimoniais com função não patrimonial e simplesmente direitos patrimoniais.

O dano é de “difícil reparação” se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de “difícil reparação” se dificilmente poderá ser precisamente individualizado ou quantificado.

Há, ainda, casos em que o dano irreparável ameaça direito conexo a um direito patrimonial. A vítima de acidente automobilístico que, em virtude de ato ilícito, fica impossibilitada de manter o seu próprio sustento, pode ter irreversivelmente prejudicados direitos fundamentais, como os direitos à saúde e à educação.

Segundo Proto Pisani (Appunti sulla Giustizia Civile, p.382), o direito patrimonial com função não patrimonial, enquanto destinado a garantir a satisfação de uma necessidade primária ou uma “situação de liberdade”, deve ser tutelável através da tutela sumária urgente. Na realidade, para que seja possível a tutela sumária, basta que o direito conexo ao direito patrimonial possa sofrer um prejuízo irreparável. Para a valoração da “irreparabilidade” é impossível a não consideração da pessoa que se diz titular do direito que pode ser irreparavelmente prejudicado. Isto não significa uma “personalização” do prejuízo, mas apenas a necessidade de a irreparabilidade do prejuízo ser considerada em relação à pessoa que se diz titular do direito”.²³

²³ MARINONI, Luiz Guilherme in: A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil. Op. cit., p. 57/59.

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

Outro importante requisito para a concessão da tutela antecipada é o abuso do direito de defesa, e o manifesto propósito protelatório do réu.

Este requisito, que é posto alternativamente em relação ao primeiro (inciso I, do art. 273), consiste basicamente na constatação, pelo julgador, através de correspondente provocação da parte autora, do *abuso do direito de defesa*, em sentido amplo, incluindo as eventuais manobras, por parte do réu, com o intuito manifestamente protelatório em relação à demanda.

“Ainda que não verificada a situação do inciso I, é preciso que, simultaneamente com os pressupostos do caput e do § 2º, haja ocorrido, ou o abuso de direito de defesa, como nos casos do art. 17, I e II, ou quando o réu se limita a alegações de todo inverossímeis, ou desgarradas de qualquer prova, ou, então, que o réu se comporte com manifesto propósito protelatório, buscando fazer arrastado o processo para aproveitar-se da tardança, tal como previsto no artigo 17, IV, V e VI, do CPC. Podem concorrer, a um só tempo, as situações dos incisos I e II, mas para a antecipação da tutela não é mister que elas se configurem conjuntamente. Basta a ocorrência da hipótese prevista no inciso I, ou no inciso II, como deixou claro o legislador, servindo-se da conjunção coordenativa alternativa ou, que une pensamentos que se excluem.”²⁴

²⁴ BERMUDEDES, Sérgio in: A reforma do Código de Processo Civil - Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, 1ª edição, p. 37.

O abuso do direito de defesa, em si mesmo, não autoriza a antecipação da tutela. A partir do momento em que fique caracterizado tal abuso, o juiz deverá estar convencido da verossimilhança do direito do autor. O simples abuso do direito de defesa caracterizará uma das hipóteses do art. 17 do Código de Processo Civil, compondo a figura do “litigante de má-fé”, mas, por si só, não permite a antecipação da tutela.

Cândido Rangel Dinamarco assim preleciona:

“a segunda situação a ser debelada mediante antecipação da tutela consiste no ‘abuso do direito de defesa’ ou no ‘manifesto propósito protelatório do réu’ (art. 273, inc. II). Trata-se sempre de neutralizar os males do tempo. Há demoras razoáveis, ditadas pelo caráter formal inerente ao processo e há demoras acrescidas pelo comportamento desleal do demandado. As condutas aqui conducentes à antecipação consideram-se litigância de má-fé. Ao sancioná-las agora com a antecipação da tutela, não quis o legislador dispensar a probabilidade do direito nesses casos (exigência geral expressa no caput) mas confirmou a dispensa de situações de perigo para o direito como supostos requisitos da antecipação. A celeridade da tutela é em si mesmo um bem.”²⁵

Ora, a referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está referindo-se a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa devem ser entendidos os atos protelatórios praticados *no processo*.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.148.

Também quem opõe resistência injustificada ao andamento do processo exterioriza manifesto intuito protelatório.

No dizer de Calmon de Passos: “protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do feito. E esse intuito é manifesto quando desprovido o ato, tido como protelatório, de justificação razoável, vale dizer, quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática”²⁶

O abuso do direito de defesa é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido, hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante.

Luiz Guilherme Marinoni alude que: “a antecipação é possível quando os fatos constitutivos do direito do autor estão provados e os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu, em uma avaliação sumária, são considerados infundados. O critério é racional, e tem por objetivo evitar que o réu ‘abuse do direito de defesa’ para protelar a realização de um direito que aparece desde logo evidente.

A caracterização do ‘abuso do direito de defesa’, no direito brasileiro, deve ser feita a partir da evidência do direito do autor. O critério que abre espaço para a antecipação é racional e atende ao princípio de que a duração do processo não pode prejudicar o autor que tem razão”²⁷

²⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. Da antecipação da tutela in: Reforma do Código de Processo Civil. Op. cit., p.199.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme in: *A Antecipação da Tutela na reforma do Processo Civil*. Op. cit., p. 64/67.

3.3. Prova inequívoca e verossimilhança da alegação

O art. 273 afirma que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

É necessário a prova inequívoca, manifesta da alegação do autor, com intensidade para convencer o juiz de que as alegações são verossímeis, isto é, que parecem verdadeiras. Acentuando a necessidade de prova inequívoca, suscetível de convencer da verossimilhança, a lei limita o arbítrio do juiz, que se haverá de guiar pela realidade objetivamente demonstrada no processo.

O art. 273 do CPC condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz “*se convença da verossimilhança da alegação*”. Porém, se fôssemos dar sentido literal à expressão *prova inequívoca*, estaríamos em contradição com o sentido do texto legal, porque ela é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, fazendo com que o juiz tenha sentimento de certeza e não mera verossimilhança. *Convenecer-se da verossimilhança*, ao contrário, é convencer-se do que o autor fala é a verdade, é a aparência do verdadeiro, o verossímil.

Escrevendo sobre o tema, Cândido Dinamarco assim se pronunciou:

“Aproximadas as duas locações 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 a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. Ela, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não

ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.

O grau dessa 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 juris* exigido para a tutela cautelar.

Para se chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o juiz precisa proceder a uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato. Não é o caso de chegar às profundezas de uma instrução exauriente, pois esta se destina a propiciar graus de certeza necessários para julgamentos definitivos, não provisórios como na antecipação da tutela. Tratar-se-á de uma cognição sumária, dimensionada segundo o binômio representado (a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva e (b) pelas repercussões que ela terá na vida e patrimônio dos litigantes”.²⁸

Outro grande processualista brasileiro, Egas Moniz de Aragão, concorda com Dinamarco, quando aduz:

“O ponto alto da atenção dispensada à comprovação dos requisitos capazes de autorizar a antecipação da tutela consiste na qualidade, que se afigura paradoxal, da prova apta a justi-

²⁸ DINAMARCO, Cândido. Op. cit., p. 143/144

ficá-la: ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’. Essa prescrição revela o cuidado de que a lei se cerca para permitir que o juiz invada desde logo a esfera jurídica do réu a fim de satisfazer por antecipação o pedido do autor. Aparentemente, ‘prova inequívoca’ e ‘verossimilhança’ são conceitos incompatíveis. Se se aceita mera verossimilhança não é possível pretender que a prova seja inequívoca. Para compreender o enigma tem-se de admitir que constitui especial recomendação aos magistrados avaliarem com rigor a verossimilhança. Não devem eles ceder a argumentos frágeis, à simples plausibilidade. Devem exigir mais, devem verificar se há forte probabilidade de o autor ter razão. Não se trata, obviamente, de pretender prova cabal, como se a instrução probatória estivesse concluída, mas, isto sim, de ser bastante possível de ao final da instrução probatória confirmar-se o que alega o autor da ação”.²⁹

A denominada “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da “verossimilhança da alegação”, somente pode ser entendida como a “prova suficiente” para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.

É claro que, tomados os conceitos em seu sentido rigoroso, a prova da simples *verossimilhança* nunca poderá ser inequívoca, posto que o direito apenas *aparente*, passando a contar com prova inequívoca de sua real existência, ter-se-á transformado em direito *evidente*, não mais apenas verossímil.

²⁹ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Op. cit., p. .242.

Ovídio Baptista da Silva, em recente palestra proferida na Justiça Federal, em Florianópolis (agosto/96)³⁰, assim discorreu sobre o assunto:

“se não quisermos imputar ao legislador o cometimento de um grave erro técnico, teremos de interpretar a locução ‘prova inequívoca’, constante do art. 273, como querendo aludir simplesmente a alguma espécie de prova consistente, no sentido de prova congruente, capaz de oferecer ao julgador base suficiente de sua provisória admissão da existência do direito alegado pelo autor”.

3.4. A importância e a necessidade de fundamentação por parte do juiz

O § 1º do artigo 273 do CPC exige, de forma contundente, que o juiz indique as razões de seu convencimento “de modo claro e preciso”. Isso, ao que tudo indica, foi expresso com o objetivo de ser um sistema de segurança contra eventuais abusos na utilização do instituto. A motivação do julgado inibe a arbitrariedade, o que assegura maior segurança às partes.

O § 1º do art. 273 reitera o contido no art. 93, IX, da Constituição Federal. A decisão que aprecia a antecipação da tutela, seja concessiva ou de indeferimento, há de ser sempre motivada. Nesse despacho, o juiz terá de expor as razões do seu convencimento para o acolhimento ou não do pedido. Deverá fazer de forma clara e aprofundada.

Antônio da Silva Santos assim discorre sobre o assunto:

³⁰ Jornada Brasileira sobre temas da Justiça Federal realizado na Justiça Federal de Florianópolis em 29 de agosto de 1996.

“A clareza e a precisão devem revestir a linguagem utilizada nas decisões judiciais. As palavras são um mal veículo do pensamento. Mas o esmero no manejar a linguagem jurídica necessita ser buscado exhaustivamente pelo julgador. Somente assim, será claro, preciso e cumprirá o disposto no § 1º do art. 273 do CPC”.

³¹

A exigência vale também para a decisão denegatória, porque a antecipação da tutela é um direito da parte, e não medida que depende da discricionariedade do juiz.

Cândido Dinamarco aduz que:

“a lei é particularmente explícita quanto ao dever de motivar as decisões concessivas de antecipação, “de modo claro e preciso” (art. 273, § 1º). Essa determinação, que reafirma a exigência constitucional de motivação de todas as decisões judiciais (CF, art. 93, inc. IX - também CPC, arts. 131 e 458, inc. II), sequer seria oportuna se não fosse para enfatizar muito a grande cautela de que há de precaver o juiz antes de conceder essa medida excepcional. Não devendo dar caráter de ordinariade a medidas desenganadamente extraordinárias, ele deve deixar muito claras as razões com base nas quais as concede”.

³²

Egas Moniz de Aragão foi feliz em sua explanação, quando preleciona:

³¹ SANTOS, Antônio da Silva. Op. cit., p. 406.

³² DINAMARCO, Cândido. Op. cit., p. 148.

“mas o legislador foi além, insistiu de modo a não deixar dúvida quanto a indispensabilidade, para o juiz, de expor as razões que o levam a conceder ou não conceder, modificar ou revogar a tutela antecipada. Pois bem, apesar do quanto vem de ser dito, a lei ainda excede os limites comuns à normal exigência de motivação: determina ao magistrado que exponha ‘de modo claro e preciso as razões de seu convencimento’. Clareza e precisão, pois, integram o dever de fundamentar.”³³

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

3.5. Perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

O § 2º do art. 273 do CPC refere-se à impossibilidade de a tutela antecipada ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Deve ser lido “irreversibilidade dos efeitos”, não irreversibilidade do provimento, como consta nesse parágrafo. O provimento, enquanto decisão provisória, não será irreversível, posto que revogável, embora possa, isto sim, produzir, no plano fático, efeitos irreversíveis.

É sabido que as medidas que se referem à tutela antecipada tem caráter satisfativo, sendo que é difícil conciliar tal caráter e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo. Some-se ainda a

³³ MONIZ DE ARAGÃO, E., D. Op. cit., p. 242.

necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.

Dinamarco ressalta:

“sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada com o veto a possíveis efeitos irreversíveis da decisão que as concede, cabe ao juiz em cada caso impor as medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera dos direitos do réu. Determinando a entrega de bem móvel, exigirá caução idônea que assegure a devolução. Se for entregue bem imóvel o risco é menor. O cumprimento das obrigações de não-fazer poderá ser exigido desde logo quando a atividade vetada é contínua e assim for puramente pecuniário o possível prejuízo.”³⁴

Com o objetivo de preservar a segurança jurídica, a providência antecipada não deve produzir resultados irreversíveis, isto é, resultados de tal ordem que tornem impossível a devolução da situação ao seu estado anterior. É o que dispõe o § 2º, que restringiu o âmbito da tutela antecipada, só a admitindo sem risco de irreversibilidade.

Marinoni afirma que,

“não há contradição entre provisoriedade e satisfatividade, entendida essa como a realização antecipada do direito afirmado pelo autor. A tutela é provisória apenas e tão-somente porque o juiz, ao concedê-la, não afirma que o direito existe. O juiz não afirma que o direito existe porque não pode declarar, com base em

³⁴ DINAMARCO, Cândido. Op. cit., p. 146/147

cognição sumária, que o direito existe. O legislador, agora expressamente admite, porém, que o juiz, ainda que com base em probabilidade, dê a tutela que permita a antecipação da realização do direito, ou seja, dê a tutela satisfativa. A provisoriedade da tutela antecipatória deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. A satisfatividade da tutela antecipatória, e mesmo a eventual irreversibilidade dos efeitos fáticos dessa tutela, não é contraditória com a sua estrutura. Em outras palavras, nada impede que uma tutela que produza efeitos fáticos irreversíveis seja, do ponto de vista estrutural, provisória, vale dizer, incapaz de dar solução definitiva ao mérito.

Quando o art. 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo a antecipação de declaração e de constituição. O art. 273 proíbe ao juiz, através da tutela antecipatória, atue no plano abstrato das normas, declarando ou constituindo provisoriamente.”³⁵

Compartilhamos do mesmo entendimento do eminente doutrinador Ovídio Baptista da Silva quando ele diz :

“entendemos que o legislador, em seu constante e compreensível comedimento na disciplina das liminares antecipatórias, neste ponto excedeu-

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme *in: A Antecipação da Tutela na reforma do Processo Civil*. Op. cit., p. 76/77.

se, ao estabelecer uma regra geral impedindo a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor, quando a medida liminar possa provocar ‘efeitos irreversíveis’. Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador, entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima.

O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática.”³⁶

Partilha do mesmo entendimento Carreira Alvim quando aduz:

“Irreversível não é uma qualidade do provimento - na medida em que toda decisão num determinado sentido comporta decisão em sentido contrário -, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no status quo ante, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar. Pense-se na hipótese em que, para salvar a vida

³⁶ SILVA, Ovídio B. A antecipação da tutela na recente reforma processual in: Reforma do Código de Processo Civil. Op. cit., p. 142.

do paciente, se peça, contra a sua vontade, autorização judicial para amputar-lhe a perna. Ninguém porá em dúvida que o provimento será, no caso, irreversível - aliás “irreversibilíssimo” - admitindo, quando muito a substituição da perna amputada por uma mecânica. Mas ninguém negará também que, para salvar uma vida, não se deva, ante o disposto no § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil, amputar uma perna pelo simples fato de que essa amputação possa, na sentença final, revelar-se precipitada.”³⁷

Mas, há processualistas que não partilham do nosso entendimento, tal como Teori Albino Zavascki, que assim preceitua:

“o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

O princípio vale não apenas para a concessão como também para a execução da medida antecipatória: mesmo quando se tratar de provimento por natureza reversível, o dever de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu impõe que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao ‘status quo ante’ não seja apenas teórica, mas que se mostre efetiva na realidade fática. Não fosse assim, o perigo de dano não

³⁷ CARREIRA ALVIM, J. E. Op. cit., p. 74.

teria sido eliminado, mas apenas deslocado da esfera do autor para a do réu.”³⁸

Calmon de Passos entende que “admitir a antecipação do que será irreversível é transformar em definitiva uma execução que dessa natureza não se pode revestir ou se colocar o executado, dada a falta da caução, sem garantia do ressarcimento. Mas a irreversibilidade pode ter apenas uma dimensão pecuniária, econômica, suscetível de estimação em termos de valor. Neste caso, a prestação de caução idônea autoriza a antecipação.”³⁹

3.6. Revogação e modificação da tutela antecipada

O § 4º do art. 273 do CPC é de meridiana clareza quando expressamente diz que, “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo”. A discricionariedade do juiz na concessão da tutela antecipada reflete-se ainda neste poder, que a lei expressamente lhe dá de modificar ou revogar a tutela. Saliente-se que sempre em *decisão fundamentada*. A modificação poderá ser para mais ou para menos, ou ainda para uma outra situação, tudo dependendo do caso concreto.

Entretanto, o renomado professor Carreira Alvim, tem um entendimento que diverge da maioria dos doutrinadores, quando relata que a revogação e/ou modificação tem de ser requerida pela parte, não podendo operar *ex officio*:

³⁸ ZAVASCKI, Teori. Op. cit., p. 162/163.

³⁹ CALMON DE PASSOS, E. D. Op. cit., p. 210.

“Exatamente, porque a antecipação de tutela não constitui, ainda a decisão da causa, o que só ocorrerá com a sentença de mérito, após regular instrução do feito, com a observância do contraditório, forçoso é reconhecer que se trata de um provimento precário, no sentido de que é emitido à base de um juízo provável mas também provisório, juízo pronunciado *rebus sic stantibus*, que pode ou não se confirmar. No entanto, trata-se de um provimento emitido a requerimento de uma das partes (o autor), para valer em face da outra (o réu), pelo que a sua revogação ou modificação, a qualquer tempo, tal como previsto no § 4º do art. 273 do CPC, depende, em princípio, igualmente, de requerimento da parte, não podendo o juiz, em regra, neste caso, proceder *ex propria autoritate*. Se não são concedidas de ofício, não podem ser modificadas ou revogadas de ofício. E mais: só se tiver havido mudança nas circunstâncias que o determinaram. O Código de Processo Civil italiano exige, expressamente, pedido da parte (*istanza di parte*), para fins de modificação ou revogação de um provimento cautelar (art. 669 - *decies*) e, igualmente, *solo in presenza di mutamento nelle circostanze* (cf. MANDRIOLI. Op. cit., p. 296)”.⁴⁰

Calmon de Passos partilha do mesmo entendimento, quando diz:

“assim como a antecipação é requerida, sendo inviável sua decretação de ofício, também sua revogação ou modificação reclama provocação, sendo inviáveis de ofício”.⁴¹

⁴⁰ CARREIRA ALVIM, J. E. Op. cit., p.22.

⁴¹ CALMON DE PASSOS, E. D. Op. cit., p. 211.

Não concordamos com os brilhantes processualistas, por entendermos que a *antecipação de tutela*, por não constituir uma forma de cognição plenamente exauriente pode ser revogada, no todo ou em parte, a qualquer momento e por iniciativa do próprio julgador. Isto ocorrerá quando o mesmo perceber que a medida foi concedida sem a plena obediência de seus requisitos autorizadores. Ou mesmo quando, no decorrer do processo, passa a ter uma visão mais ampla e aprofundada do litígio, e modifica-se a convicção inicial de verossimilhança, como afirma Marinoni: “não é somente a alteração da situação de fato objeto da lide que permite a modificação ou a revogação da tutela, mas também o surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de uma outra evidência sobre a situação de fato. É o caso da produção de prova que pode alterar a convicção do julgador acerca da situação fática.”⁴²

“No § 4º do art. 273, adotou o legislador, para as liminares antecipatórias, no que diz respeito à sua eficácia temporal, o mesmo sistema vigente para as medidas cautelares: podem elas ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo. Basta que o juiz as modifique ou revogue em decisão fundamentada. Este problema é extremamente delicado, pois é visível a intenção de legislador de outorgar, contra tais liminares, recurso de agravo de instrumento, sem qualquer limitação de fundamentos, ou seja, de fundamentação livre, não vinculada. Como a liminar antecipa efeitos da futura sentença de procedência, temos que ela - embora não seja decisão de mérito - provê a respeito do *meritum causae*, o que significa afirmar que a liminar antecipatória não é uma simples decisão interlocutória que resolva “questão incidente”,

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme in: *A Antecipação da Tutela na reforma do Processo Civil*. Op. cit., p. 70/71.

sendo, ao contrário, provimento equivalente a uma consequência do julgamento favorável.

O agravo poderá levar a causa à instância recursal em momento procedimental impróprio, fazendo com que o segundo grau de jurisdição envolva-se com o *meritum causae*, comprometendo-se com a eventual solução dada ao agravo de instrumento. Como procuramos mostrar em outra oportunidade (Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *Ajuris*, v. 51), a errônea, ou excessiva amplitude do conceito de interlocutória, dá ensejo a que uma parcela da sentença de mérito - não propriamente do mérito - vá ao conhecimento do tribunal do recurso antes do tempo, com graves inconvenientes para as partes, que acabam tendo a causa apreciada no mérito em momento inoportuno.

Seria prudente que os juízes somente revogassem as liminares por eles concedidas em casos especiais, ante circunstâncias que indiquem ou a manifesta ilegitimidade da medida liminar ou a provável produção de algum dano iminente ao direito da outra parte que, somadas à duvidosa correção da medida, possam autorizar sua modificação ou revogação.”⁴³

3.7. Prosseguimento do processo

O pronunciamento que concede ou nega a tutela antecipada não põe termo ao processo; pelo contrário, o § 5º do art. 273 do CPC dispõe expressamente que este prosseguirá “até final julgamento”, quando, então, poderá a sentença concluir que o autor tem razão e a antecipação da tutela fora bem

⁴³ SILVA, Ovídio B. *Op. cit.*, p. 140/141.

concedida, ou, poderá o juiz analisar e verificar que o postulante não tem razão e a tutela fora erroneamente antecipada.

O doutrinador Egas Aragão ressalta que “a hipótese está claramente contida nas previsões da lei, que com ela se preocupa a ponto de alertar que a tutela não deve ser antecipada se houver perigo de irreversibilidade (dos efeitos) do provimento que a conceder. Essa advertência visa a evitar, quando menos a reduzir a possibilidade de a antecipação ser deferida a quem não tem razão, caso em que terá de ser desfeito o que fora feito, ou ser feito o que fora desfeito, ou simplesmente proibido.”⁴⁴

3.8. Tutela antecipada e julgamento antecipado da lide

Houve, a princípio, pessoas que entendiam dispensável a tutela antecipatória pelo fato de nosso sistema processual prever o julgamento antecipado da lide.

No entanto, são dois institutos bem distintos. A tutela antecipada baseia-se em cognição sumária e consiste em antecipar provisoriamente alguns ou todos os efeitos do provimento postulado pela parte; enquanto que o julgamento antecipado da lide é definitivo e deve embasar-se em cognição plena e exauriente.

Como bem escreve Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“além de ser medida distinta das cautelares, a tutela antecipatória não se confunde com o julgamento antecipado da lide. Neste, o juiz julga

⁴⁴ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Op. cit., p. 242.

o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide. Nos casos do CPC 273 o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se no processo. No julgamento antecipado da lide há sentença de mérito, impugnável por apelação e sujeita à coisa julgada material; na tutela concedida antecipadamente há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não está sujeita à coisa julgada material.”⁴⁵

⁴⁵ NERY, Nelson e Rosa M. A. *in: Código de Processo Civil Comentado* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1996, p. 690.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMENTO, EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E NATUREZA JURÍDICA DO PRONUNCIAMENTO QUE DEFERE OU INDEFERE A TUTELA

4.1. Procedimento

A antecipação da tutela deve ser requerida pela parte, sendo afastado, desde logo, o poder de o juiz decretá-la de ofício. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “o titular do direito é quem melhor pode julgar a conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação - princípio da demanda”.

Pode ser requerida na inicial ou ao longo do processo, se a parte encontrar a urgência que caracteriza a concessão da tutela durante a instrução e, de acordo com ampla maioria dos doutrinadores, deve ser realizada com fulcro nos artigos 2º e 262 do CPC.⁴⁶

Na petição inicial o autor irá expor e requerer a antecipação da tutela consoante os requisitos abordados no capítulo III - fundado receio de

⁴⁶ Art. 2º: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer; nos casos e formas legais”;

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

dano irreparável ou de difícil reparação; ou no caso de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Na primeira hipótese, a medida pode ser concedida quando o dano é temido ou quando já está sendo produzido. Assim, é de se concluir que, se ao longo do processo, um dano que não era esperado começar a existir, pode ser requerida a antecipação.

A antecipação pode ser requerida ao longo do processo, depois da petição inicial protocolada, justamente pela previsão da segunda hipótese, pois através do seguimento normal é que se verificará mais facilmente o abuso do direito de defesa praticado ou intentado pelo réu.

Marinoni⁴⁷ acredita que, de modo geral, a tutela antecipada deve ser prestada após a contestação, admitindo, porém, que a ouvida do réu poderá comprometer a urgência da concessão da medida e, conseqüentemente, a sua efetividade. Dependerá, então, do caso concreto, se a concessão far-se-á antes ou depois da contestação. É de se ressaltar, que, caso a concessão se dê antes da contestação, não se estará ferindo o princípio do contraditório, pois o mesmo pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos. Tal pensamento se coaduna com o nosso entendimento a respeito do assunto.

O autor pode se valer de todas as provas admitidas em direito: documental, testemunhal - com declaração prestada anteriormente e documentada -, e pericial - através de laudos antecipadamente realizados por especialistas - que podem substituir, pela urgência, a perícia, ou perícia anteriormente realizada, sendo que esta terá mais valor, por já ter se submetido ao contraditório.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela na reforma do Processo Civil. Op. cit., p. 60.

O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinará a realização das atividades probatórias que sejam convenientes em cada caso. A distribuição do ônus da prova segue as regras ordinárias do art. 333 do CPC⁴⁸, ressaltando que o autor não precisa dar absoluta convicção ao juiz dos fatos constitutivos.

Poderá ser requerida a antecipação antes ou depois de encerrada a instrução probatória. Se a prova for suficiente para a certeza do juiz, haverá julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330 do Código de Processo Civil.⁴⁹

A antecipação pode ser requerida também no Tribunal, principalmente no caso de abuso do direito de defesa: quando o recurso versar sobre matéria de fato e o relator reputar inconsistentes as razões, e quando a matéria é apenas de direito e existe a seu respeito entendimento pacificado no Tribunal.

Após a concessão da medida, o processo segue normalmente até a sentença, que pode confirmar ou modificar a decisão antecipatória. A decisão ainda pode ser revogada, a requerimento da parte contrária.

Saliente-se que o juiz deverá indicar, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento, motivando adequadamente a sua decisão.

⁴⁸ Art. 333: “O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quando ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor;”

⁴⁹ Art. 330: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia”.

4.2. Execução da tutela antecipada

O § 3º do art. 273 do CPC, dispõe expressamente que “a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”. Os referidos dispositivos dizem respeito à execução provisória e preceituam que ela “não abrangerá os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, ficando sem efeito, restituindo-se as coisas ao estado anterior, caso sobrevenha sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução”.

É dispensável a caução, pois o § 3º do art. 273 expressamente exclui o inciso I do art. 588 do CPC. Isto não significa, que o autor, vencido a final da ação, não deva responder pelos danos que venha a causar com a execução da tutela antecipada, pois o dever de indenizar está insito no dever de restabelecer o *status quo ante*.

É de se notar, entretanto, que em muitas hipóteses, não se exigirá caução, sob pena de tornar inválida a tutela concedida. Isto porque, muitos serão os casos em que o beneficiário da decisão não reunirá condições, nem econômicas, muito menos sociais, para prestar caução. Verificando que a caução será pesado ônus para a parte, o juiz deverá dispensar a parte de prestar caução, a fim de evitar que seja frustrada a efetividade do provimento.

Carreira Alvim escrevendo sobre o tema, assim se expressou:

“estabelece o § 3º do art. 273 que ‘a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588’. Cândido Dinamarco vislumbra na aplicação das regras inerentes à execução provisória das sentenças uma cautela contra o perigo de irreversibilidade (op. cit., p.147). O art. 588 trata da execução provisória da sentença, que se faz

no mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios: II - não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

A omissão quanto ao inciso I do art. 588 não foi fruto de cochilo do legislador, mas intencional - o item I dispõe que 'corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor' -, para não condicionar, necessariamente, a execução do provimento à necessidade de caução. O que não significa que, em determinadas circunstâncias, não possa o juiz determinar a prestação de garantia para contracautelar o direito da parte contrária; caso em que o fará no exercício do seu poder geral de cautela. Destarte, a caução, que é obrigatória na execução provisória da sentença, não o é na execução do provimento antecipado; tudo dependerá do caso concreto, sendo impossível traçar um critério, 'a priori', aplicável a todas as hipóteses. Pode parecer uma incoerência lógica da lei, mas é o que resulta do seu enunciado, justificável pelo caráter urgente, embora provisório, da antecipação da tutela.

Essa exclusão provocou dissenso na doutrina, entendendo Sérgio Bermudes que, ao excluir a incidência do inciso I do art. 588, o legislador desobrigou o exequente da providência adiantada de reparar danos eventualmente causados por ela (op. cit., p. 38); Cândido Dinamarco sustenta, por seu turno, que, ao remeter-se somente aos incisos II e III do art. 588, o § 3º exclui a exigência de caução para dar início à execução provisória; ou seja, a execução provisória das decisões antecipadas, com caráter

condenatório, far-se-á sem prévia caução (op. cit., p. 147). Esta me parece a melhor exegese, pois a exclusão do inciso I objetivou tão-só compatibilizar a execução provisória da sentença com a execução do provimento antecipado, dispensando a caução que, naquela, é necessária (‘prestará caução’ diz a lei), deixando, como se viu, de sê-lo nesta.

Oportuna a observação de Cândido Dinamarco ressaltando que a lei deixou de fora qualquer disposição sobre responsabilidade civil do exeqüente, mas resulta nas normas gerais de direito privado que, se prejuízo houver, por eles responderá quem se valeu da tutela antecipada e depois se positivou que não tinha direito (op. cit., p. 147).

Objetar-se-á que também o inciso II do art. 588 exige a caução para levantamento de depósito em dinheiro, mas as justificativas, num e noutro caso, são diversas. Na hipótese do inciso II, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação é minimizado pelo próprio depósito; na hipótese do inciso I, a manutenção da caução transformaria a execução do provimento antecipado num privilégio de quem dispusesse de condições financeiras para caucionar.

No fundo, o inciso III já induz a responsabilidade do exeqüente, pois só se restitui as coisas no estado anterior com a reparação do prejuízo, quando for o caso”⁵⁰.

⁵⁰ CARREIRA ALVIM, J. E. Op. cit., p. 121/122.

4.3. Natureza jurídica do pronunciamento que defere ou indefere a tutela

A natureza jurídica do pronunciamento judicial que defere ou indefere, total ou parcialmente a antecipação da tutela é decisão interlocutória, passível, portanto, de recurso de Agravo, uma vez que, como alude expressamente o § 5º do art. 273 do CPC, “concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”.

O processualista Sérgio Bermudes, partilha do mesmo entendimento quando afirma:

“é decisão interlocutória, e por isso agravável, o ato judicial que se pronuncia sobre o pedido de tutela antecipada, quando o concede, o nega, ou deixa de apreciá-lo no seu fundo, porque formulado fora dos casos da lei. O § 1º exige que o juiz indique, com clareza e precisão, as razões de seu convencimento, porém não determina a observância do art. 458. O § 4º permite a revogação ou modificação da medida, a qualquer tempo e, por isso, em qualquer instância, mas mediante decisão fundamentada, de natureza interlocutória e impugnável por agravo. O § 5º deixa muito claro que a antecipação da tutela não extingue o processo [...]. Se a apelação só produzir o efeito devolutivo, a sentença prevalece sobre a tutela, substituindo-a. Se a apelação produzir o duplo efeito, a sentença, só por si, não revoga a tutela antecipada, a menos que o juiz assim decida, na própria sentença ou em separado, como lhe permite o § 4º.”⁵¹

⁵¹ BERMUDES, Sérgio. Op. cit., p. 37/38.

4.4. Tutela antecipada nas ações de despejo

O legislador do inquilinato, nos casos de despejo liminar, já previu hipóteses de tutela antecipada antes mesmo do advento da reforma do Código de Processo Civil.

No art. 59 da Lei do Inquilinato são corporificados direitos líquidos e certos de o locador obter imediatamente a posse do imóvel locado. Luiz Fux relata que o despejo liminar é concedido “por descumprimento do mútuo acordo; quando há rescisão do contrato de trabalho e a locação foi encetada para o empregado enquanto mantido o vínculo; ao término da locação por temporada, recusando-se o locatário a desocupar o imóvel; permanecendo no imóvel pessoas não sucessíveis do locatário no vínculo locatício na forma da lei, bem como nos casos de permanência do sublocatário no imóvel depois de extinta a locação com o locatário-sublocador”.⁵²

Nesses casos acima citados, opera-se em prol do locador muito mais do que o *fumus boni juris*, que autoriza a concessão de liminar nas ações cautelares, senão um direito calcado em prova inequívoca que autoriza a tutela antecipada.

Porém, há casos em que é necessário a tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC, pelo fato de algumas situações escaparem à letra do artigo 59 da Lei do Inquilinato, justamente pelo estado de urgência que caracteriza estes casos.

Ademais, é de se ressaltar que nas ações de despejo é que ocorre o maior número de defesas com cunho protelatório, ensejando a aplicação do inciso II do art. 273 (abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protela-

⁵² FUX, Luiz *in: Tutela antecipada e locações* - Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p. 138.

tório do réu). Portanto, principalmente nas ações de despejo por falta de pagamento, deve-se analisar com muita parcimônia, se as defesas são infundadas e com intuito de retardar a sua saída do imóvel, ou não. Isto porque, podemos notar, que em inúmeras hipóteses, nem sempre o locador vive de rendas e o locatário é a parte economicamente fraca do contrato. Pelo contrário, em muitos casos, há locatários que vivem de parques aluguéis que recebem de locadores que ostentam melhores condições econômicas.

Presentes, pois, os requisitos autorizadores, urge ser concedida a tutela antecipada, para salvaguardar direitos que estão na iminência de ser feridos.

A possibilidade da antecipação da tutela nas ações de despejo em caso de falta de pagamento é apenas um exemplo, sendo que a autorização para se utilizar o novo instituto processual dependerá do caso concreto.

JURISPRUDÊNCIA SOBRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

É da lavra do ilustríssimo Juiz Federal Luiz Carlos de Castro Lu-
gon, a referida sentença que passamos a expor, “*in verbis*”:

PROCESSO Nº 96.00736-5

CLASSE: 1000 - AÇÃO ORDINÁRIA

AUTOR: COOPERATIVA DE ELETRIFICAÇÃO RURAL DE PAULO LOPES

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL

Vistos, etc.

Persegue a Autora em juízo o reconhecimento do direito à com-
pensão de créditos tributários, pleiteando tutela antecipada.

Em princípio, o caráter irreversivelmente satisfativo da pretensão
desaconselha a outorga emergencial tal como formulada na exordial. O art. 273
do Código de Processo Civil, com a redação que lhe empresta a Lei nº 8.952,
de 13 de dezembro de 1994, estampa:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da
parte, antecipar, total ou parcialmente, os efei-
tos da tutela pretendida no pedido inicial, des-
de que, existindo prova inequívoca, se conven-
ça da verossimilhança da alegação e:

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

Tenho eu, entretanto, que a compensação como forma de extinção do crédito tributário guarda tal caráter de definitividade que se não lhe permite conviver com o § 2º do dispositivo supracitado. É certo que, segundo preleciona DINAMARCO (in “A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, fev. 1995, p. 146):

“as medidas inerentes à tutela antecipada têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade, em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.”

Todavia é o mesmo renomado mestre quem adverte:

“Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). Some-se, ainda, a necessidade de preservar os efeitos da sentença, que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.”

Tenho eu defendido que a providência irreversivelmente satisfativa somente guarda lugar quando imprescindível a preservar o direito de ação, pressuposto de civilização constitucionalmente consagrado.

In casu, o *periculum in mora* está em evitar o prejuízo da autuação fiscal. Para precator tal prejuízo, suficiente é que se suspenda a exigibilidade do crédito tributário, determinando à autoridade responsável pela fiscalização que se abstenha de praticar quaisquer atos que guardem como escopo a cobrança de valores que se pretenda compensados. Dir-se-ia, então, que somente a medida liminar em mandado de segurança é que teria o condão de operar a suspensão a teor do art. 151, IV do Código Tributário Nacional? Tal apego à forma não guarda razão, porque: a) em existindo situação a exigir tal remédio, sob pena de inviabilizar, total ou parcialmente, a prestação jurisdicional, nada veda que “ubi eadem ratio, eadem est jus dispositio”; b) a tutela antecipada pode ser total ou parcial, e o juiz que pode *o mais* - antecipar toda a tutela, pode, por imperativo de lógica, fazer imperar apenas em parte os efeitos da antecipação (a suspensão da exigibilidade, de índole provisória, de menor grau de satisfatividade, e reversível, representa um *minus* em relação à compensação, definitiva, extintiva do crédito).

Presente está o pressuposto da verossimilhança, assim conceituada no magistério de Paulo Afonso Brum Vaz:

“A verossimilhança é a probabilidade de a situação fática sobre a qual incidem os fundamentos jurídicos ser verdadeira. Esta aparência verossímil deve apresentar-se de forma inequívoca, ou seja, revestida de contornos tais que permitam ao juiz um convencimento razoável. Devemos lembrar, no entanto, que não se exige um convencimento pleno, pois a certeza é aparrágio da verdade real, não da mera possibilida-

de.” (in Revista da Previdência Social, ano XIX, nº 175, junho 1995, p. 393)

Há valores recolhidos em decorrência de exigências fiscais havidas definitivamente como inconstitucionais pelo Excelso Pretório. Título, portanto, não há de faltar à Autora, sendo previsível que a sentença reconheça a existência do indébito.

O direito à compensação está instituído na Lei nº 8.383, de 30.12.91, que, em seu art. 66, § 1º, explicita:

“Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação, ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie”

ISTO POSTO, em face da verossimilhança e do *periculum in mora*, antecipo parcialmente a tutela, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em relação às parcelas. Oficie-se ao INSS, na pessoa de seu Representante legal, nesta Capital, para que se abstenha de praticar quaisquer atos que tenham por desiderato a cobrança de tais parcelas, até a final sentença.

Cite-se.

Florianópolis, 11 de março de 1996.

LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
JUIZ FEDERAL DA 1º VARA

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Impossível não dar “boas-vindas” à tutela antecipada do direito.

Se - como já explicitado - as medidas cautelares satisfativas estavam a merecer permanente reparos nas instâncias superiores, com visíveis transtornos e conseqüentes prejuízos ao titular do direito, a antecipação da tutela, já agora definida em lei, veio para socorrê-lo.

Ao permitir a realização do direito por vias mais rápidas do que as já existentes - sem, contudo, desfigurá-lo -, a antecipação da tutela aí está para servi-lo.

Se a justiça demorada é a suprema injustiça - tal a denúncia de Rui Barbosa - o novo instituto processual, permitindo viabilizá-la com presteza, tornou-se instrumento eficaz a impedir a desfiguração do direito.

Diz-se que não havia interesse em editá-la ou, muito menos, aplicá-la.

Não cremos.

A verdade é que, tal o direito, as mudanças só se alcançam com lentidão.

Se é verdade que a tutela antecipada veio minorar o sofrimento da espera, não se pode considerá-la o condão milagroso capaz de revolucionar o arcabouço jurídico processual brasileiro.

Mas ela foi um passo adiante e outros virão na trilha aberta.

É só esperar.

E lutar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS DIAS, Francisco in Revista Trimestral de Jurisprudência do Estado /
Texto: Processo de conhecimento e acesso à justiça (tutela antecipatória),
p. 35/58.

BERMUDES, Sérgio in: A reforma do Código de Processo Civil - Rio de Ja-
neiro: Freitas Bastos, 1995, 1ª edição.

CALMON DE PASSOS, J.J. Da antecipação da tutela. in: Reforma do Código
de Processo Civil. Op. cit..

CARREIRA ALVIM, J. E. A antecipação da tutela na reforma processual. in:
CPC - Modificações - Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____ in: Código de Processo Civil reformado - Belo Horizonte:
Del Rey, 1995, 1ª edição.

DINAMARCO, Cândido Rangel. in: A reforma do Código de Processo Civil -
São Paulo: Malheiros, 1995, 2ª edição.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias in: Textos sobre “reflexões em torno da tutela antecipatória genérica diferenciada satisfativa e a questão de sua aplicabilidade aos procedimentos especiais”.

FRIEDE, Reis in: Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar - Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 2ª edição.

FUX, Luiz in: *Tutela antecipada e locações* - Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme in: A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil - São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ in: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição, 2ª tiragem.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Alterações no Código de Processo Civil. in: Reforma do Código de Processo Civil. Op. cit..

NERY JR., Nelson e Rosa Maria A. in: Código de processo civil comentado - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, 2ª Edição - revista e ampliada.

Reforma do Código de processo civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. - São Paulo: Saraiva, 1996. Vários autores.

REIS, Novely Vilanova da Silva. in: *Breves anotações sobre as modificações do Código de Processo Civil - Brasília, 1995.*

SANTOS, Antônio Jeová da Silva in: *A Tutela antecipada e execução específica - Campinas, SP: Copola Livros, 1995.*

_____ A tutela antecipada como prestação jurisdicional diferenciada. in: *Livros de Estudos Jurídicos - Rio de Janeiro: IEJ, 1995.*

SILVA, Ovídio B. A antecipação da tutela na reforma processual. in: *Reforma do Código de Processo Civil. Op. cit..*

SIVEIRA LENZI, Carlos Alberto in: *Comentários às alterações do código de processo civil - Brasília: Consulex, 1995.*

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. in: *Reforma do Código de Processo Civil. Op. cit..*

ZAVASCKI, Teori. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. in: *Reforma do Código de Processo Civil. Op. cit..*

REIS, Novelty Vilanova da Silva. in: Breves anotações sobre as modificações do Código de Processo Civil - Brasília, 1995.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva in: *A Tutela antecipada e execução específica* - Campinas, SP: Copola Livros, 1995.

_____ A tutela antecipada como prestação jurisdicional diferenciada. in: Livros de Estudos Jurídicos - Rio de Janeiro: IEJ, 1995.

SILVA, Ovídio B. A antecipação da tutela na reforma processual. in: Reforma do Código de Processo Civil. Op. cit..

SIVEIRA LENZI, Carlos Alberto in: *Comentários às alterações do código de processo civil* - Brasília: Consulex, 1995.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. in: Reforma do Código de Processo Civil. Op. cit..

ZAVASCKI, Teori. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. in: Reforma do Código de Processo Civil. Op. cit..