



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JOSÉ AUDÍSIO DIAS DE LIMA

OS EFEITOS JURÍDICOS DA TUTELA ANTECIPADA

SOUSA - PB
2006

JOSÉ AUDÍSIO DIAS DE LIMA

OS EFEITOS JURÍDICOS DA TUTELA ANTECIPADA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Me. Joaquim Cavalcante de Alencar.

SOUSA - PB
2006

JOSE AUDÍSIO DIAS DE LIMA

OS EFEITOS JURÍDICOS DA TUTELA ANTECIPADA

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Orientador MS Joaquim Cavalcante de Alencar

Professor MS

Professor MS

Sousa - PB

Março - 2006

O pessimista vê a dificuldade em
cada oportunidade; o otimista, vê
a oportunidade em cada
dificuldade.

(Albert Flanders)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero agradecer a Deus, o criador de todas as coisas, que me ofereceu todas as coisas maravilhosas e boas da vida: família, amor, carinho, amigos e instrução.

Agradeço, ainda, a todos os mestres que lecionaram na pós-graduação da Universidade Federal de Campina Grande, campus de Sousa, pela gentileza e desprendimento que tiveram em transmitir conhecimento.

Aos meus colegas de classe, todos eles pessoas de grande estima.

Ao meu orientador pela paciência.

A meus pais, pelo amor.

RESUMO

Percorrendo os doutrinadores, encontramos nesse trabalho uma oportunidade de aprendizado. Procuramos esquadrihar o assunto, - porém, sem esgotá-lo, haja vista as numerosas obras, processos e jurisprudências que existem falando sobre o assunto - desde o seu momento histórico até polêmicas discussões entre o assunto vertente e as tutelas cautelares, ressaltando bem as diferenças entre ambos os institutos. Vimos com esse estudo o quão injusto é fazer com que o autor espere até a sentença para ver satisfeito um direito que já está incontroverso ou que aparentemente dispensa maiores e/ou difíceis manobras jurídicas por parte do magistrado para que o autor o veja materializado. A tutela antecipada visa coibir a morosidade da justiça ou o indevido uso de recursos, sempre protelatórios pela parte contrária, distribuindo de forma igual, entre autor e réu, o ônus de suportar a demora do processo. O réu suporta àquela parte que já está incontroversa, e o autor somente arca com a parcela do pedido em que ainda existe a controvérsia.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Tutela cautelar. Morosidade. Manobra jurídica.

ABSTRACT

Covering the *escritorios*, we find in this work a learning chance. We look for to investigate the subject, - however, without depleting it, it has seen the numerous workmanships, processes and jurisprudences that exist speaking on the subject - since its historical moment until controversies quarrels between the flowing subject and the action for a provisional remedy guardianships, standing out the differences between both well the justinian codes. We saw with this study the unjust quail is to make with that the author waits until the sentence to see a right satisfied that already is undisputed or that parently dismissal bigger and/or difficult legal maneuvers on the part of the magistrate so that the author sees it materialized. The anticipated guardianship aims at to restrain the lentoid of justice or the improper use of resources, always dilatory for the adversary party, distributing of equal form, between author and male defendant, the responsibility to support the delay of the process. The male defendant supports to that part that already is undisputed, and the author only coffer with the parcel of the order where still the controversy exists

Word-key: Anticipated guardianship. Action for a provisional remedy guardianship. Lentoid. Legal maneuver.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPITULO I - Requisitos da antecipação de tutela e uma nova visão do <i>periculum in mora</i>	10
1.1 Requisitos da antecipação de tutela	10
CAPÍTULO II	19
2.1 Breve introdução sobre a antecipação da tutela	19
2.2 Razões históricas para o surgimento da tutela antecipada	21
2.3 Conceito e pressupostos da tutela antecipada	22
CAPÍTULO III	26
3.1 Distinção entre tutela antecipada e medida cautelar	26
3.2 Limites de aplicação da antecipação da tutela	28
3.3 Conflitos de direitos fundamentais e suas regras de solução	29
3.4. A efetividade do processo	31
3.5. Tutela e Provimento	33
3.6. Oportunidade para requerimento e concessão	34
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

INTRODUÇÃO

Com a freqüente busca no sentido de buscar recursos que viessem atender os anseios dos jurisdicionados, procurando encurtar o caminho da demanda em relação aos pedidos imediatos, com essa visão a lei permitiu aos operadores do direito experimentarem os meios que favorecem a antecipação de tutela, respaldado no art. 273 do código de processo civil, para beneficiar os peticionários diminuindo a distância para obter o direito emergente antes da comissão da sentença.

É do conhecimento que a parte nem sempre pode esperar o tempo necessário para o convencimento judicial quando seu anseio não for atendido urgentemente todavia torna incoseqüente esperar a solução da demanda logo seu direito se não for reconhecido impossibilitará seu exercício. Em contra partida, o réu tendo ciência do direito adquirido pelo autor com certeza enveredará pelo caminho da dificuldade para chegar a decisão judicial.

Como se não bastasse o réu no exercício da defesa do seu direito, luta insistentemente articulando desvios protelatórios, utilizando-se de artifícios na perspectiva de fazer demorar a demanda a título de manter o quadro atual.

Durante o estudo do tema aprendemos os requisitos da ancipatoria, sua origem histórica, Razões históricas para o surgimento da tutela antecipada, Conceito e pressupostos da tutela antecipada, Distinção entre tutela antecipada e medida cautelar, Limites de aplicação da antecipação da tutela, a efetividade do processo, tudo de uma forma bastante esclarecedora, abalizada na melhor doutrina encontra.

Assim a antecipação de tutela aponta urgência estimula o autor a imprimir confiança dada a brevidade do direito, acabando muitas vezes, com a agonia morosa que a própria justiça tende a causar.

CAPITULO I - Requisitos da antecipação de tutela e uma nova visão do *periculum in mora*

1.1 Requisitos da antecipação de tutela

A antecipação de tutela está prevista no art. 273 do CPC, que diz:

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

§ 1.º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

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

§ 3.º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-ª §

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

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

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

§ 7.º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, definir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Sobre o instituto supramencionado, Carneiro (2004, p. 19-20) dá os seguintes ensinamentos:

A antecipação de tutela depende de que *prova inequívoca* convença o magistrado da *verossimilhança* das alegações do autor. Mas tais pressupostos não são bastantes. É mister que aos mesmos se conjugue o *fundado receio*, com amparo em dados objetivos, de que a previsível demora no andamento do processo cause ao demandante *dano irreparável* ou de difícil reparação; ou, *alternativamente*, de que fique caracterizado o *abuso do direito de defesa*, abuso que inclusive se pode revelar pelo *manifesto propósito protelatório*

revelado pela conduta do réu no processo ou, até, extraprocessualmente. Como *pressuposto negativo*, a norma legal proíbe a antecipação de tutela quando sua efetivação deva acarretar consequências irreversíveis; mas cumpre anotar, desde logo, a “relatividade” do conceito de reversibilidade e a possibilidade de que em determinados casos se apresente uma “irreversibilidade recíproca”. A *provisoriedade* do provimento está evidente da norma legal, quer porque revogável ou modificável a qualquer tempo durante o *iter* processual, quer porque, proferida a sentença de mérito, irá esta, se procedente a demanda, implicar “subsunção” dos efeitos antecipados; se improcedente a demanda, tais efeitos serão cassados e o *statu quo ante restabelecido*, com a decorrente responsabilidade objetiva do autor (porque postulara a providência antecipatória) pelos prejuízos que a efetivação de tal providência tenha causado ao demandado ao final vitorioso.

Assim, a antecipação de tutela teria como requisito genérico a verossimilhança do direito alegado, ou seja, a prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado pelo autor.

Carneiro *apud* Dinamarco (2004, p. 23) melhor explica o que seria a verossimilhança do direito alegado. Vejamos:

Conforme Cândido Rangel Dinamarco, a aparente contradição entre as expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança”, conjugadas no art. 273, resolvem-se pela adoção de um juízo de *probabilidade*, menos do que a certeza, mais do que uma simples credibilidade: “a existência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar”.

Como visto, a prova inequívoca da verossimilhança é o que aparenta ser verdadeiro, menos do que a certeza, mais do que uma simples credibilidade, comprovada pelo autor, e que sirva para o convencimento, provisório do julgador, de que sua pretensão jurídica será, ao final, julgada procedente.

Como requisito específico da antecipação de tutela, tem-se o *periculum in mora* ou, alternativamente, o abuso do direito de defesa por parte do réu.

O *periculum in mora* consiste, como a própria lei diz, no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação da pretensão do autor. Em outras palavras, se a pretensão do autor não for satisfeita de imediato,

implicará a ineficácia do provimento jurisdicional concedido no final da demanda.

Em relação ao *periculum in mora*, Benucci (2001, p. 206) dá a seguinte lição:

O “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” nada mais representa que o *periculum in mora*, que se traduz na utilidade da pretensão a ser assegurada no processo. Alguns autores procuram diferenciar o dano a ser evitado pela tutela cautelar e o dano a ser evitado pela tutela antecipatória. No entanto, é inegável a similaridade entre o dano a ser evitado através da tutela antecipada com o *periculum in mora* previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, referente à tutela cautelar. O posicionamento doutrinário majoritário aponta no sentido da ausência de distinção do *periculum in mora* previsto nos arts. 273 e 798 do CPC.

Neste momento, vem a parte mais importante do presente trabalho, que se trata do alcance que se quer dar ao “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” quando a ação tributária antiexacional imprópria for proposta pelo contribuinte em face da Fazenda Pública.

Inova-se, isto é, quer-se dar uma nova interpretação ao inciso I do art. 273 do CPC, que trata do requisito do *periculum in mora* (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação) do instituto da antecipação de tutela em ação tributária proposta em face da Fazenda Pública.

Nesse sentido, parte-se das premissas a seguir expostas.

A *primeira* diz respeito ao conceito de tributo (tributo é a prestação pecuniária compulsória, não oriunda de sanção de ato ilícito, instituída em lei, e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada – art. 3º do CTN); a *segunda* diz respeito ao dever de a Administração Pública agir em estreita observância ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF); a *terceira* diz respeito ao princípio da legalidade tendo como sujeito ativo o cidadão (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei – art. 5º, inciso II, da CF); a *quarta* diz respeito ao princípio da justiça (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – art. 5º, inciso XXXV, da CF); a *quinta* diz respeito ao princípio da prestação jurisdicional em tempo razoável (a todos, no âmbito judicial e

administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação – art. 5º, inciso LXXVIII, da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004).

Em relação à primeira premissa, o conceito de tributo consiste em uma prestação pecuniária compulsória, em moeda, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei, e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Nesse sentido, quando se diz que a instituição e a cobrança de um tributo decorre, entre outras, de lei, entenda-se como “lei” um diploma legal hipotético, genérico e abstrato que respeite os requisitos constitucionais e legais para a instituição e cobrança do tributo. Assim, se uma lei dessa natureza for inconstitucional, ou ilegal, não há que se falar na cobrança desse tributo, ou seja, não há o suporte legal para tal.

Frente a essa questão, uma vez constatada a existência de uma lei inconstitucional ou ilegal, compete ao Poder Judiciário afastar, de imediato, a exigibilidade desse tributo, evitando-se o medieval instituto do *solve et repete* (a repetição do indébito tributário).

Em relação à segunda premissa, qual seja, a observância ao princípio da legalidade por parte da Administração Pública, analisar-se-á o que segue.

O art. 37, *caput*, da Lei Maior, dispõe que a Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*, dentre outros.

Antes de tudo, deve-se fixar, claramente, o conceito de princípio, ou seja, o que representa o termo princípio.

Bandeira de Mello (1980, p. 230) assim conceitua princípio:

Princípio jurídico é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre

diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Por sua vez, Silva (1991, p. 82) dá os seguintes ensinamentos acerca do conceito de princípio:

Os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas, "são - como observam Gomes Canotilho e Vital Morcira - 'núcleo de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais". Mas, como disseram os mesmos autores, "os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em *normas-princípio* e constituindo preceitos básicos da organização constitucional".

Assim, pode-se conceituar princípio como sendo o mandamento nuclear de um sistema jurídico, consistente em valor ou valores axiológicos, que irradia seus efeitos para as normas jurídicas visando à correta aplicação do direito por parte de seus intérpretes. Eles podem estar positivados, ou não, em normas jurídicas constitucionais ou infraconstitucionais. O que importa fixar é que, para serem aplicados, não necessitam estar positivados em normas jurídicas, sendo essa a sua essência.

Fixado o conceito de princípio, passa-se à análise do princípio da legalidade tendo como sujeito ativo o Poder Público nacional.

A Administração Pública, direta ou indireta, dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obedecer ao princípio da *legalidade*.

Meirelles (1992, p. 92-93) assim conceituava o princípio da legalidade:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim".

Destarte, classicamente entende-se que, em relação ao princípio da legalidade, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que estiver estritamente previsto em lei, não tendo ela, assim, vontade livre.

Nesse sentido, o Poder Público deve agir de acordo com a lei. Logicamente, entenda-se “lei” como o diploma legal hipotético, genérico e abstrato que respeite os requisitos constitucionais e legais par sua criação.

Entretanto, estará a Administração Pública obrigada a cumprir lei flagrantemente inconstitucional ou ilegal? Entende-se que não, pois a lei ilegal não passa de um diploma travestido em norma, perdendo, assim, o suporte legal do agir administrativo.

Nessa linha, transcrevem-se os seguintes ensinamentos de Freitas (2004, p. 37):

Nessa ótica, gradativamente precisam ser revistos, com cuidado e sem arrogância, vários conceitos, porquanto se faz indispensável reconhecer que a Administração resulta tão ou mais devedora da consolidação dos direitos fundamentais, mormente quando se espera exemplar o acatamento do plexo inteiro dos princípios supremos. Em outras palavras, tem de ser mudado o caldo de cultura que permite ao Estado despontar, não raro, como bizarro Estado de Não - Direito, no qual os compromissos resultam desonrados, falta a continuidade das políticas públicas, acentuam-se as dificuldades de fiscalização permanente e imparcial, claudicam os parâmetros regulatórios e prestações estatais intransfereíveis são songadas. O Estado há de ser o primeiro, não o último, a observar as normas e a zelar pela credibilidade da palavra dos que o representam. O Estado apenas se legitima como defensor máximo do Direito, fora do qual seria uma simples e tentacular máquina de domínio ou repressão.

A terceira premissa, qual seja, o princípio da legalidade tendo como pólo ativo o cidadão, está prevista no art. 5º, inciso II, da CF segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

O princípio supramencionado diz que o cidadão poderá fazer ou deixar de fazer tudo o que não for defeso em lei. *A contrario senso*, ele somente poderá ser compelido a fazer algo em virtude de lei. Trata-se de um princípio basilar do estado democrático de direito, onde o indivíduo tem a faculdade de se comportar de determinada maneira, sem vir a ser molestado pelo poder estatal, ou de fazer algo somente por imposição legal.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Silva (1991, p. 107):

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição ou fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-

se, como todo o Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos determinados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como se guiarem na realização de seus interesses.

Como corolário do princípio da isonomia, o contribuinte somente é obrigado a pagar um tributo que decorrer de lei válida e eficaz, que não seja ilegal ou inconstitucional.

Em relação à quarta premissa, o princípio da justiça está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo tal premissa, sempre que houver mera ameaça ou lesão ao direito do cidadão, o Poder Judiciário deve, presentes os requisitos legais, dar o provimento jurisdicional adequado para impedir, em tempo hábil, que a lesão se consume ou que se repare o dano causado.

Por fim, cita-se o ensinamento de Machado (2003, p. 46):

..., o Direito é um instrumento de defesa contra o arbítrio, e a supremacia constitucional, que alberga os mais importantes princípios jurídicos, é por excelência um instrumento do cidadão contra o Estado. Não pode ser invocada pelo Estado contra o cidadão.

Em relação à quinta premissa, qual seja, o princípio da prestação jurisdicional em tempo razoável decorre do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Segundo tal princípio, agora em caráter de direito constitucional fundamental do cidadão, a tutela da prestação jurisdicional requerida pelo cidadão deve ser prestada pelo Estado em tempo hábil, assegurados os meios que garantam a celeridade da prestação jurisdicional.

A Emenda Constitucional n. 45, de 08-12-2004, nesse sentido, foi revolucionária, ou seja, agora, o instituto da tutela de urgência tornou-se norma constitucional, de garantia de direito fundamental, saindo da esfera da lei infraconstitucional, ou seja, do CPC para tornar-se norma na Lei Maior. Isso não pode ficar despercebido pelos operadores do Direito!

Não se trata apenas da esfera judicial, mas, também, da esfera administrativa.

Assim, frente a uma imposição tributária ilegal, o contribuinte tem o direito constitucional de obter um provimento jurisdicional que lhe antecipe a tutela no sentido de não ser compelido a pagar um tributo ilegal ou inconstitucional.

Destarte, com base nas premissas supramencionadas, defende-se a tese de que já há dano irreparável quando o contribuinte for compelido a fazer algo ilegal, ou seja, a efetuar o pagamento de um tributo inconstitucional, ou ilegal, o que seria conjurável via medida liminar de antecipação de tutela, ou medida liminar de tutela cautelar, na competente ação judicial antiexacional imprópria.

Corroborando parte da idéia acima, é oportuno transcrever-se o seguinte ensinamento trazido na obra de Benucci (2001, p. 109) excerto de Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal no Agravo de Instrumento nº 1227-3/98. [...]

“(...) O Estado, atualmente, é um descumpridor das decisões judiciais. A dificuldade para um servidor receber qualquer crédito de que seja titular, mesmo portando uma sentença transitada em julgado, revela-se pelo amontoado de pedidos de intervenção federal, o que chega às raias do público e notório. Conseqüentemente, o *periculum in mora*, em se tratando de crédito contra a Fazenda Pública, ainda que pareça juridicamente absurdo, na prática não o é. E o Poder Judiciário não pode fazer de conta que não vê, pois o pior cego é exatamente aquele que não quer ver.

Diante do exposto, *dou provimento* ao agravo para afastar a incidência da Lei 9.494/97 e reconhecer a presença do *periculum in mora* no caso vertente (...).

De outra sorte, o abuso do direito de defesa do réu consiste na prática de manobras protelatórias, na opinião de Carneiro (2004, p. 35), “mediante expedientes subalternos e escusos, *protelar o desfecho da demanda*, com o objetivo de continuar a beneficiar-se pela manutenção do ‘*status quo*’”.

Por fim, o § 2º do art. 273 do CPC dispõe que não será concedida a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

A doutrina tem classificado essa disposição legal como pressuposto negativo da concessão da antecipação de tutela.

Em princípio, haveria uma colisão insanável entre o requisito negativo e a medida antecipatória, pois a natureza jurídica desta, como é cediço, é satisfativa (que esgota o mérito, total ou parcialmente). Nesse sentido, se o requisito negativo for levado às extremas, esgotar-se-iam, na prática, as possibilidades jurídicas de concessão do instituto da antecipação de tutela.

Como solução, o operador do direito deve hierarquizar topicamente, com base no metacritério interpretativo, os valores em questão, quais sejam, a efetividade do direito na antecipação de tutela, mormente em ações contra o Poder Público – contumaz descumpridor de ordens judiciais –, e a segurança jurídica. Qual valor deve preponderar? Caberá ao intérprete hierarquizar topicamente, sempre em nome da justiça!

CAPÍTULO II

2.1 Breve introdução sobre a antecipação da tutela.

O processo clássico, voltado para a teoria do Estado liberal de cunho patrimonialista, estava calcado na tutela jurídica meramente ressarcitória, tendo em vista que o mercado só se interessava pelo valor econômico dos direitos. Acontece que, inúmeros direitos não possuem valor econômico, como por exemplo, os direitos da personalidade: direitos à vida privada, à honra, à intimidade, à imagem, ou seus valores são de difícil aferição.

Portanto, a crise de efetividade do processo traduz-se numa incapacidade de tutela preventiva dos direitos, considerando que o sistema tradicional dava ênfase ao ressarcimento pecuniário e a não intervenção judicial direta na vida privada, bem assim numa demora excessiva para concretização dos direitos pleiteados em juízo.

Além disso, a ausência de proteção eficiente dos direitos não patrimoniais levava a transmutação desses direitos em mera indenização.

Todavia, com o surgimento do Estado social e das democracias atuais, o processo civil vive nova fase, assaz chamada de *instrumental*, em que se busca como principal objetivo garantir o exercício dos direitos materiais, através da justa aplicação das normas substantivas, com a efetiva tutela desses direitos, notadamente no que diz respeito a tempestividade da tutela, seja preventiva ou ressarcitória.

Não é aceitável que a ordem jurídica reconheça a alguém um direito, mas não seja capaz de assegurá-lo.

Assim, o instituto da tutela antecipada é de suma importância para a efetividade do processo, notadamente nos casos de prevenção de violação de direitos essenciais à convivência humana, por meio do que se chama atualmente de tutela provisória, com aplicação de obrigações de fazer e não fazer, pena cominatória, etc.

Com o crescimento da população mundial e o desenvolvimento dos centros urbanos, das comunicações, a cada dia a sociedade busca maior agilidade na solução de seus problemas. Essa procura na solução rápida dos litígios tem esbarrado com uma Justiça desaparelhada e de procedimentos formalistas, calcada em princípios processuais herdados do liberalismo do século XIX.

A morosidade da Justiça é fato incontestado e o principal alvo de críticas do corpo social. Pensando em modificar essa realidade é que nosso legislador incluiu na lei processual civil diversos institutos inovadores que, se forem bem utilizados, decerto, trarão efetividade ao processo.

Do que já foi visto sobre os direitos humanos, notadamente a sua prevalência sobre as demais normas do ordenamento jurídico consubstanciada, sobretudo, no princípio da máxima eficácia desses direitos, pode-se de pronto afirmar que o instituto da tutela antecipada é mais um instrumento jurídico que poderá ser bastante útil à concretização dos direitos fundamentais, principalmente no tocante a questão da celeridade da tutela. Todavia, para incidência desse mecanismo processual, faz-se necessário o preenchimento de requisitos legais garantidores de outros direitos fundamentais, como por exemplo a ampla defesa e o contraditório.

Aliás, antecipação de tutela, espécie de tutela provisória, possui matriz constitucional não apenas pelo disposto no art. 5º, XXXV, da Carta Política, que assegura proteção dos direitos nos casos de lesão e *ameaça*, mas como instrumento de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em tensão

2.2 Razões históricas para o surgimento da tutela antecipada

O Código de Processo Civil Brasileiro foi organizado com base na divisão clássica do processo em três níveis independentes sob o ângulo da tutela pretendida.

Alvim, descreve que (2000, p. 53):

A estrutura do sistema brasileiro, filiado ao continental europeu, modelou o seu processo civil em três seguimentos estanques, cada um deles com funções próprias e sem que houvesse a possibilidade de que uma função fosse realizada fora do seguimento a ela destinado: a)conhecimento; b)execução; e c)cautelar ... Não havia a possibilidade de execução/realização do direito, sobreposta ou simultaneamente à fase ou no âmbito da fase conhecimento.

Assim, o Código de Processo Civil de 1973 separou claramente o processo de conhecimento do cautelar. Sabe-se, entretanto, que em determinado momento da histórica jurídica brasileira, passou-se a usar o processo cautelar como meio eficaz de se conceder a tutela jurisdicional, por meio das famosas cautelares satisfativas, embora com âmbito de atuação bem mais restrito do que a antecipação de tutela, em razão das exigências sociais por um processo que realmente tutelasse os direitos no plano fático.

Além disso, o sistema processual tradicional adotou uma visão do conflito no campo meramente individual que se tornou rapidamente obsoleto e inoperante em decorrência da modificação da sociedade através do consumo, produção e informação massificada e globalizada.

Pode-se dizer que foi a falta de operatividade do antigo sistema processual, que não permitia a cumulação de fases processuais, seguida pela morosidade processual, que levou a uma série de mudanças legislativas que se iniciaram em 1985 com a introdução das ações coletivas no sistema processual, culminando com uma mini-reforma ainda em curso a partir de

1994, que trouxe a novidade do instrumento da tutela antecipada (Lei nº 8.952/94).

A necessidade de um sistema mais dinâmico e eficiente, que resultasse na precipitação de uma decisão pronta e imediata a garantir o direito subjetivo antes do término do processo fora motivo de aplausos da comunidade jurídica.

Santos (2000, P. 196), ao tratar do problema da eficácia dos instrumentos processuais aduz que: o gozo demorado do direito equivale a sua própria inexistência, razão pela qual o processo está passando a ser de puros resultados, no sentido de se atribuírem ao titular do direito, meios hábeis e eficazes para sua própria fruição.

Sendo assim, muitas vezes, o decurso do tempo é incompatível com a efetividade da jurisdição, especialmente, quando há risco de perecimento do direito onde se reclama tutela urgente. No mais, a demora processual pode vir a beneficiar indevidamente o réu.

Com base no princípio da efetividade do processo e da segurança jurídica, em consonância com o princípio do devido processo legal, a antecipação da tutela surge, na sistemática do Processo Civil vigente, como exigência imperiosa do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV).

2.3 Conceito e pressupostos da tutela antecipada

Pode-se dizer que a tutela antecipatória é um provimento jurisdicional que tem por finalidade o adiantamento, a título provisório, dos efeitos da tutela definitiva, seja total ou parcial, sendo um instituto típico do processo de conhecimento. É um provimento que só deve ser concedido se houver correspondência com um dos efeitos finais da decisão. Porém, segundo Santos (2000, P. 201): A antecipação, muito embora deva guardar correspondência com a tutela pretendida, não carece de absoluta identificação nem vincula a ela a decisão final de procedência.

No art. 273 do CPC, encontram-se os pressupostos que são imprescindíveis ao requerimento de uma tutela antecipada. Deve haver prova inequívoca dos fatos arrolados, que produza no juiz um convencimento em torno da verossimilhança das alegações da parte, bem como, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou caracterização de abuso de direito de defesa ou ainda manifesto propósito protelatório do réu. Sendo estes dois últimos requisitos, de caráter alternativo e não cumulativo.

Por fim, deve haver a possibilidade de reverter a medida antecipada caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação da tutela.

Para concessão da tutela antecipada há necessidade de requerimento expresso do autor.

A tutela antecipada é um direito subjetivo do autor que decorre do princípio da necessidade. O juiz não pode agir de forma discricionária, pois não haverá a antecipação dos efeitos da sentença se a parte não provocá-la. Ele simplesmente, reconhece ou não, provisoriamente, o direito subjetivo do autor, que somente será admissível quando estiver em risco a garantia da efetividade da jurisdição, o que impõe ao réu a proibição de não agir de maneira contrária a esse direito pleiteado.

A prova inequívoca é aquela que não traz dúvidas. É patente, clara, preexistente e suficiente para ser antecipada a pretensão do autor, não podendo a antecipação ser concedida mediante a simples alegação ou suspeita.

Diz-se inequívoca, por que é a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Essa prova produz para o juiz um grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável. E como consequência dessa prova, surge a verossimilhança da alegação, em que o magistrado enxerga a plausibilidade dos fatos invocados pela parte, alcançando assim, um juízo de forte probabilidade. Faz-se importante destacar aqui que, o *fumus* da tutela antecipada é mais preciso, convincente do que aquele exigido para a concessão da medida liminar em ação cautelar. A verossimilhança produz no magistrado um juízo de convencimento pleno de efeitos processuais provisórios. Em razão disso, a parte autora deverá produzir prova inequívoca que levará à verossimilhança do direito alegado.

Importa considerar que o conceito de prova inequívoca deve ser retirado da própria relatividade das provas, sendo suficiente um grau de probabilidade a ser construído mediante o balanceamento entre os motivos convergentes e divergentes ao convencimento do juiz sobre o direito pleiteado. Neste sentido, Nery Júnior (1997, p. 548): Como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo.

No que tange aos pressupostos alternativos, o fundado receio nasce através de dados concretos que deverão ser analisados com base nas circunstâncias fáticas, capazes de levar a conclusão de que a ausência do provimento jurisdicional ocasionará um prejuízo irreparável ou de difícil reparação e não, de um simples temor subjetivo da parte. É imperiosa a presença do risco, cuja consumação possa comprometer o direito subjetivo da parte. O fato há de ser real e passível de trazer prejuízo grave. Ele está correlacionado à prova e à verossimilhança.

O receio de dano não é necessariamente iminente, de saltar aos olhos, mas emanado de um juízo que através do princípio do livre convencimento motivado irá avaliar a possibilidade objetiva de sua

ocorrência. Por isso, o risco compreende a existência de desequilíbrio numa situação concreta a ponto de ensejar a probabilidade de dano ao autor.

Já o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, só poderá ser verificado no curso da demanda, isto é após instaurada a relação processual. Por abuso do direito de defesa entende-se como atos praticados no processo, enquanto que propósito protelatório seria aquele que abrange atos comissivos e omissos fora do processo, como por exemplo ocultação de prova ou não atendimento a determinada ordem judicial. Este requisito alternativo visa impedir que a parte ré utilize o aparato jurisdicional com o objetivo de retardar o provimento judicial definitivo.

Por fim, o princípio da reversibilidade é aquele, pelo qual, é facultado ao juiz a possibilidade de voltar ao estado que existia antes da concessão do provimento tutelar, desde que ocorra fato e/ou prova subjacente à decisão que modifique os pressupostos do direito pleiteado. Segundo a Lei não se pode antecipar a tutela se houver perigo de irreversibilidade.

A medida pretendida deve ser passível de reversão, ou seja, a sua modificação ou revogação poderá ser efetuada a qualquer tempo antes da sentença de mérito, porém, em decisão fundamentada.

A reversibilidade do provimento deve ser entendida de maneira relativizada, uma vez que, segundo Marinoni (1999, p. 138-139):

A irreversibilidade como impedimento à concessão da tutela antecipada não diz respeito aos efeitos materiais do provimento, mas a ele próprio, podendo inclusive na dúvida quando ao retorno do *statu quo ante* o juiz impor medidas assecuratórias que sejam capazes de proteger os direitos do réu contra prejuízos irreparáveis, a exemplo de constituições de caução, imposição de medidas condicionais, etc.

Neste sentido colhem-se os escólios de Santos (2000, p. 209) *apud* Oliveira:

Tampouco o requisito negativo da irreversibilidade dos efeitos da antecipação, poder-se-á aplicar sempre indiscriminadamente. A restrição generalizada e indistinta e estatuída no § 2º do art. 273 trata o problema de forma míope, por privilegiar demasiadamente e de forma engessada, do ponto de vista da parte demandada em

detrimento do autor da providência. Este também pode estar em risco de sofrer prejuízo irreparável, em virtude de irreversibilidade fática de alguma situação da vida. Só o órgão judicial está habilitado para apreciar o conflito de valores no caso concreto... Essa realidade determina a validade normativa relativa da regra mencionada, pois sempre que se verificar o conflito o juiz deverá de se inclinar pelo provável titular do direito em discussão, sob pena de dificultar o acesso à jurisdição com violação evidente da garantia contida no inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República.

Proibir ao magistrado a concessão da tutela antecipada nos casos de possível prejuízo irreversível para o réu resulta no impedimento da análise das particularidades da situação concreta, comprometendo o juiz com uma decisão que pode ser inadequada e estar em descompasso com os valores e princípios Constitucionais.

CAPÍTULO III

3.1 Distinção entre tutela antecipada e medida cautelar

Diante dessas observações, mister traçar as principais diferenças entre a tutela antecipada e o provimento cautelar.

A princípio é importante dizer que já existia no ordenamento jurídico brasileiro alguns tipos de ações que antecipavam os efeitos da sentença ou adiantavam a própria tutela, como são exemplos as liminares nas

ações possessórias, nos mandados de segurança, na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, etc. Porém, não previam o *fumus* ou o *periculum in mora* na forma estabelecida no sistema da antecipação de tutela.

E como já frisado acima, antes da Lei nº 8.952/95, alguns juízes, utilizavam-se do provimento cautelar para obter a satisfatoriedade produzida pela tutela antecipada.

A tutela antecipada é satisfativa a partir do adiantamento dos efeitos do provimento postulado, razão pela qual sua apreciação se faz nos próprios autos. Somente pode apoiar-se em prova inequívoca, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; está sujeita ao regime das execuções provisórias, sendo passível de revogação ou modificação, a qualquer tempo, por meio de decisão fundamentada.

Alguns estudiosos argumentam que a antecipação pode ser concedida a qualquer tempo, até na própria sentença (neste caso, a apelação não é recebida no efeito suspensivo, pois passa a sentença a produzir desde logo seus efeitos) ou mesmo após ou na pendência de recurso, pois, a tutela antecipada, embora, ao que tudo indica, deva ser instituto predominantemente usado no 1º grau de jurisdição, pode ser concedida no tribunal, se já tiver sido proferida a sentença de 1º grau de jurisdição. Isto é possível em toda espécie de processo de conhecimento, até nas ações rescisórias, conforme tem decidido alguns tribunais, entre outras características.

Na tutela cautelar, porém, há sempre de ser instaurado o processo cautelar incidente ou preparatório, assegurando apenas uma pretensão; sua postulação válida reclama o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e não pode antecipar os efeitos do julgamento do mérito, caso contrário o processo principal perderia sua utilidade para a defesa do possível direito do litigante.

Deve, ademais, sujeitar-se sempre ao perigo de dano grave (lesão que provavelmente deva ocorrer ainda durante o curso do processo principal) e de difícil reparação, cuja finalidade é justamente, evitar ou minimizar este

risco; pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal, sendo sempre dependente deste; entre outras características.

Ainda: a cautelar não deve servir de panacéia para substituir a antecipação da tutela jurisdicional, sobretudo quando se sabe que até mesmo esse instituto, hoje reclamado pela processualística de ponta, exige pressupostos rígidos e de justificável prudência.

Inobstante existem estudiosos do assunto como Santos (2000, p. 209) *apud* Moreira que assume posicionamento diferente, assim se pronunciando:

... desde que não se altere a substância do pedido. não vislumbramos obstáculo irremovível à admissão de um requerimento pelo outro, determinando-se que o processamento observe à disciplina adequada à verdadeira natureza da matéria... Desde que, evidentemente, haja razoabilidade na dúvida dos limites da cautela e da antecipação, possível é que esta se defira como cautelar e aquela em forma de tutela antecipada. E, em qualquer das hipóteses, irrelevante é a forma, devendo os pressupostos de uma e de outra serem atendidos em razão da própria estrutura da medida pleiteada

3.2 Limites de aplicação da antecipação da tutela

A antecipação da tutela, medida de providência célere, exige requisitos rigorosos, equivalendo dizer que, mesmo sendo de caráter geral, ou seja, não havendo restrições contra quem quer que seja, é vedado ao juiz impor medidas liminares de mérito, em toda e qualquer ação, de maneira discricionária.

Assim a fixação dos limites da tutela antecipada não é ato discricionário do juiz. Este estará sempre vinculado ao princípio da necessidade, de sorte que somente afastará a garantia do normal contraditório prévio (princípio da segurança jurídica), nos exatos limites do que for necessário à efetividade da tutela jurisdicional

Deste modo, o problema central de aplicação da tutela antecipada não reside tão-somente na verificação de seus pressupostos, mas na observância de requisitos outros que fundamentam a própria ordem jurídica, uma vez que na maioria dos casos a decisão sobre a concessão de tutela envolve conflitos de direitos.

Assim, é imperiosa a necessidade de erigir regras para solução condigna desses casos quando da apreciação de um pedido de tutela antecipada.

3.3 Conflitos de direitos fundamentais e suas regras de solução

No conflito, se um dos direitos não é de natureza fundamental, deve-se dar prevalência ao que é, especialmente aquele que melhor garantir a dignidade humana, em virtude do princípio da *máxima efetivação dos direitos humanos*.

Acrescente-se, outrossim, que a solução apontada é para conflitos de direitos, tornando-se incabível qualquer argumento de existência de restrição a direitos fundamentais em decorrência de situações ilícitas, pois o

âmbito de proteção desses direitos não se estende a atividades criminosas ou antijurídicas.

Todavia, se há conflitos entre direitos humanos, há de se buscar a harmonização desses preceitos quando da análise da tutela antecipada, observando-se sempre a questão da efetividade e segurança jurídica.

Dentre as regras de solução dos conflitos entre direitos fundamentais, sobreleva-se o princípio da proporcionalidade que tem como escopo a preservação dos direitos fundamentais.

No entanto, antes de adentrar na exposição desse “superconceito” é crível, por uma questão heurística, tecer alguns parâmetros essenciais à solução de conflitos..

Quando da existência de incongruências entre os direitos fundamentais impõem-se um juízo de ponderação do bens ou direitos envolvidos para se obter uma concordância prática entre eles, sendo a concordância prática uma maneira de concretização das normas de direitos fundamentais.

Existem restrições de direitos de ordem legal, quando a própria Constituição assenta essa possibilidade, ao limitar o direito de propriedade aos seus fins sociais, por exemplo, ou em razão da constatação, no plano fático, de conflitos de direitos fundamentais, o que muitas vezes é bastante comum, basta examinar os casos de direito à liberdade de informação e a intimidade e imagem, o direito a propriedade das industriais e o direito à saúde.

Inexistindo regra de solução de conflito através da via legislativa ou se esta for insuficiente para regular o conflito concretizado, recorre-se a via judicial.

Em qualquer das hipóteses, considerada a inexistência de hierarquia, no campo normativo, entre direitos fundamentais conflitantes, a solução do caso acha guarida na devida ponderação dos direitos ou bens

jurídicos em jogo conforme o “peso” que é conferido ao bem respectivo na situação fática, o que importa em necessária limitação de um direito em benefício de outro.

Assim, torna-se imprescindível a atenção aos seguintes princípios de solução do conflito, afora o princípio da proporcionalidade que será explicitado no próximo item, a saber:

1) princípio da necessidade, pelo que a limitação do direito fundamental somente será permitida quando for real o conflito, não havendo condições fáticas de convivência simultânea e absoluta dos direitos fundamentais em colisão;

2) princípio da menor restrição possível ou da proibição do excesso, que se encontra intimamente relacionado com o princípio da proporcionalidade. A regra de solução, segundo o princípio da proibição do excesso, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização desejada;

3) princípio da salvaguarda do núcleo essencial, segundo o qual não é legítima a regra de solução que ao tentar harmonizar a convivência dos direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles ou lhe subtrai a sua essência.

3.4. A efetividade do processo

No Direito contemporâneo a autotutela encontra-se restrita a casos emergenciais em que a ação do Estado não impediria os efeitos imediatos da lesão ou ameaça de lesão, de modo que ao indivíduo cabe recorrer ao Estado-juiz para que, uma vez havendo ameaça de lesão ou até mesmo violação do direito promova a plena garantia de seus direitos.

Deveras, se o Estado impede o exercício autônomo de um direito que sofra resistência de outrem, torna-se necessária a existência de um aparato estatal capaz de conferir a pessoa titular de um direito o seu pleno exercício, mesmo em face de resistências, através de mecanismos suficientes e adequados para garantir a efetivação do direito outorgado.

Pensar de modo contrário seria confessar que as normas jurídicas teriam apenas um sentido declarativo, o que contraria a sua própria natureza ontológica. Evidente que os direitos reconhecidos pela sociedade civilizada devem ter força coativa concreta, sendo esse o sentido que a moderna doutrina processualista concebe o processo: meio para concretização dos direitos, daí o seu caráter instrumental.

Elucidativas são as afirmações de Arenhat (2000, p. 30):

Sem a proteção adequada aos direitos conferidos, o direito estatal perde sua legitimidade - na medida em que não consegue ser imposto -, ruindo, com isso, todo o sistema jurídico posto e abrindo espaço para que novas ordens jurídicas (paraestatais) surjam e se desenvolvam.

Portanto, a efetividade do processo deve ser entendida como a aplicação do Poder Jurisdicional do Estado com o objetivo de proporcionar ao cidadão vencedor, na demanda posta a sua apreciação, a concretização fática de sua vitória. O Estado tem o dever de garantir a utilidade prática dos seus provimentos judiciais, efetivando a tutela do direito ameaçado ou lesionado, de maneira célere e sem dilações indevidas.

Por outro lado, a discussão sobre os direitos questionados em juízo é matéria, no mais das vezes, densa e complexa a exigir uma ampla participação dos litigantes no oferecimento de suas razões, bem como na

produção probatória, a fim de assegurar a solução mais justa e de acordo com o ditame constitucional do devido processo legal.

3.5. Tutela e Provimento

Entende-se por tutela aquilo que se visa com o processo, ou seja, o pedido mediato do autor; já o provimento é a resposta ao pedido do autor, a prestação jurisdicional, ou seja, o pedido imediato.

Esclarecendo a diferença entre pedido imediato e pedido mediato, diz Theodoro Jr.(1999, p. 55):

o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido imediato, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e 2º, o pedido mediato, contra o réu, que se refere à providência de direito material.

Em outras palavras, o provimento tem relação com o direito processual, é a resposta jurisdicional ao pedido do autor; e a tutela tem relação com o direito material, é o bem da vida que o autor visa obter com a prestação jurisdicional.

Como explica Ferreira (2000, p. 68):

(...) anteriormente ao processo, verifica-se a previsão legal aplicável (sem a eficácia concreta); no segundo momento, durante o processo, ter-se-á o reconhecimento da previsão legal aplicável (provimento – não importando se a ação é julgada procedente ou improcedente), e, por último, a concretização, materialização deste reconhecimento (tutela efetiva).

Como se percebe, a tutela encontra-se após o provimento, somente depois deste é que ela será obtida. Conclui-se, então, que o provimento é o

meio para se alcançar a tutela. Assim esclarece o aludido autor (200, p. 68) que:

(...) alcançar o bem da vida almejado através do provimento satisfativo (caráter instrumental = meio) é a concretização do preconizado direito material. Dai parece claro que a tutela só pode considerar-se efetivamente alcançada quando verificar-se esta concretização. E aqui temos a instrumentalidade executada no escopo de alcançar-se a tão almejada efetividade, ou seja, a concretização do preconizado no direito material.

Portanto, com o instituto da tutela antecipada, visa-se antecipar os efeitos da tutela e não do provimento, ou seja, antecipar os efeitos concretos do pedido mediato.

3.6. Oportunidade para requerimento e concessão

A antecipação dos efeitos da sentença final pode ser requerida pela parte legitimada, desde que presentes os requisitos, na inicial, após a contestação, durante o processo e até mesmo em grau de recurso, já que não existe na lei nenhuma limitação à concessão desta na hipótese do inciso I do art. 273.

O juiz pode conceder a antecipação da tutela a qualquer tempo, até mesmo *inaudita altera parte*, ou seja, antes da entrada do réu no processo. Tal medida se justifica, porque muitas vezes a urgência não permite que se espere pela citação e contestação do réu, podendo tornar ineficaz a antecipação.

O princípio do contraditório não constitui óbice para a concessão da tutela antecipada *inaudita altera parte*, pois neste caso haverá um contraditório diferido, realizado num momento posterior. Além disso, a reversibilidade da tutela antecipada, garante que o réu não sofrerá qualquer prejuízo com a sua manifestação posterior à decisão.

A liminar antecipatória jamais poderá assumir o efeito exauriente da tutela jurisdicional. Mesmo deferida *in limine*, o processo forçosamente terá de prosseguir até o julgamento final de mérito (§ 5º). Por isso a liminar prevista no novo art. 273 pode conviver com o princípio do contraditório. ⁽¹¹⁾

Se o juiz não conceder a tutela antecipada de plano, poderá marcar audiência de justificação prévia, citando-se para tanto o réu. Entendemos que essa audiência poderá ser marcada também para permitir ao requerente da tutela antecipada a produção de prova testemunhal, já que a lei não restringiu a comprovação dos requisitos da prova inequívoca e verossimilhança apenas às provas documentais.

Já na hipótese do inciso II, do art. 273, onde se pressupõe um abuso de defesa ou propósito protelatório do réu, o momento de requerimento e a concessão é controvertido na doutrina. Uma corrente diz que "*somente pode ocorrer após a resposta*" ⁽¹³⁾. Entretanto, outra corrente diz que a antecipação, nesta hipótese, poderia ocorrer antes da citação e da contestação do réu, ao menos em uma de suas modalidades.

CONCLUSÃO

O estudo da tutela antecipada favoreceu um aprendizado onde nos mostra ser um meio que veio facilitar o direito do jurisdicionado permitindo celeridade no andamento da tramitação do processo sempre a disposição do autor. A requerimento da parte legitimada, pode o juiz antecipar os efeitos da tutela (pedido mediato) antes do provimento final (pedido imediato), desde que presente os requisitos, a qualquer tempo do processo, até mesmo em grau de recurso.

Vimos com esse estudo o quão injusto é fazer com que o autor espere até a sentença para ver satisfeito um direito que já está incontroverso, já que ele é a parte mais onerada pela demora do processo. Somente com a possibilidade da tutela antecipada com relação à parte incontroversa da demanda tal situação pode ser modificada, distribuindo de forma igual, entre autor e réu, o ônus de suportar a demora do processo. O réu suporta àquela parte que já está incontroversa, e o autor somente arca com a parcela do pedido em que ainda existe a controvérsia.

O atual Código de Processo Civil não prevê expressamente essa espécie de tutela antecipada, mas ela pode ser aplicada com fundamento no inciso II do art. 273, pois abusa do seu direito de defesa o réu, que não cumpre a sua obrigação já incontroversa no processo.

Com o instituto da tutela antecipada, procura-se concretizar os princípios da efetividade, tempestividade, instrumentalidade, acesso à justiça, isonomia processual, e acima de tudo, alcançar a tão almejada "*justiça*". E esta, muitas vezes, só poderá ser alcançada com a distribuição igualitária da demora do processo às partes demandantes, como ocorre quando se concede a tutela antecipada com relação àquela parcela da demanda que já está incontroversa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHAT, Sérgio Cruz *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000

ALVIM, Teresa Arruda - *Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós*. Revista de Processo. REPRO 97, ano 25. Jan. e Mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. Código de Processo Civil: mini. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 79-80

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA, Willian Santos Ferreira. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3^a ed. São Paulo: RT, 1999.

_____ - *Novas linhas do processo civil*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANTOS, Ernane Fidelis dos - *Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*. Revista de Processo. REPRO 97, ano 25. Jan/Mar São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 7. ed. São Paulo: RT, 1991.