

FUNDAÇÃO DE ENSINO EURÍPIDES SOARES DA ROCHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MONIQUE CARRASCO GAMA FLORIANO

**A TUTELA ANTECIPADA COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DO
PROCESSO**

MARÍLIA
2010

MONIQUE CARRASCO GAMA FLORIANO

**A TUTELA ANTECIPADA COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DO
PROCESSO**

Trabalho de Curso apresentado ao Centro
Universitário Eurípides de Marília, mantido pela
Fundação Eurípides Soares da Rocha, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Luciano Henrique Diniz Ramires

MARÍLIA
2010

Floriano, Monique Carrasco Gama.

A Tutela Antecipada como Garantia de Efetividade do Processo / Monique Carrasco Gama Floriano; orientador: Luciano Henrique Diniz Ramires. Marília, SP: [s.n.], 2010.

55 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

1. Tutela Antecipada 2. Efetividade 3. Processo

CDD: 341.465



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Monique Carrasco Gama Floriano

RA: 36614-5

**A TUTELA ANTECIPADA COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DO
PROCESSO**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): 
Luciano Henrique Diniz Ramires

1º EXAMINADOR(A): 
Teofilo Marcelo de Area Leao Junior

2º EXAMINADOR(A): 
Michele Ribeiro de Melo

Marília, 12 de novembro de 2010.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu marido, Marcos Vinicius, pelo amor e carinho de sempre e pela compreensão e colaboração com a elaboração do presente trabalho.

Agradeço, também, à minha mãe, Antonia, pelo carinho, apoio e incentivo que foram fundamentais à conclusão de mais essa etapa.

Agradeço, ainda, às amigas Larissa e Luana pela amizade e companheirismo de todos esses anos.

Por fim, agradeço a todos meus familiares, amigos e colegas que, de alguma forma, colaboraram com minha formação profissional e moral.

Obrigada a todos!

FLORIANO, Monique Carrasco Gama. **A Tutela Antecipada como Garantia de Efetividade do Processo**. 2010. 55 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

O Estado, ao proibir a tutela privada, assumiu o dever de prestar a tutela jurisdicional, o que faz por meio do processo judicial, instrumento que deve se destinar a solucionar os conflitos de interesses de forma pacífica, justa, célere e adequada, de maneira com que o particular tenha seu direito reparado ou restituído. Ocorre que a demora, característica intrínseca do processo, prejudica a efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Diante desse problema, os doutrinadores e operadores do direito iniciaram uma busca pela criação de mecanismos processuais mitigadores da morosidade processual, que permitam uma prestação jurisdicional célere e eficaz. Foi nesse contexto em que nasceu o instituto da tutela antecipada, com o objetivo de possibilitar a antecipação dos efeitos da decisão que somente será proferida ao término do processo, quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ou para evitar o abuso do direito de defesa do réu. Seu objetivo é distribuir o ônus do tempo do processo entre as partes litigantes e evitar que o autor que tem razão seja prejudicado pela demora processual. A presente monografia tem como objeto de estudo a investigação do instituto da antecipação da tutela, a fim de verificar se ele realmente garante a efetividade do processo.

Palavras-chave: Tutela Antecipada. Efetividade. Processo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
CAPÍTULO 1 – EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL.....	07
1.1 A Proibição da Autotutela e a Necessidade de Efetividade do Processo.....	07
1.2 A Tutela Jurisdicional dos Direitos.....	08
1.3 Do Acesso a uma Ordem Jurídica Justa.....	09
CAPÍTULO 2 – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	12
2.1 Contexto Histórico.....	12
2.2 Justificativa e Conceito.....	14
2.3 Diferenças entre Tutela Antecipada e Tutela Cautelar.....	15
2.4 Da Antecipação da Tutela e seus Pressupostos.....	17
2.5 Requerimento da Parte.....	18
2.6 Prova Inequívoca.....	22
2.7 Verossimilhança.....	24
2.8 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação.....	25
2.9 Abuso do Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório do Réu.....	27
2.10 Legitimados a Requerer a Antecipação da Tutela.....	28
2.11 Da Irreversibilidade do Provimento Antecipatório.....	29
2.11.1 Aplicação do Pressuposto da Irreversibilidade.....	32
2.12 Fungibilidade.....	34
2.13 Do Pedido em Parte Incontroverso.....	37
2.13.1 Da Decisão que Concede a Antecipação da Tutela com Base no §6.º.....	41
2.14 Da Efetivação da Tutela Antecipada.....	44
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

A morosidade processual constitui grande afronta aos direitos e garantias fundamentais, mormente à do acesso a uma ordem jurídica justa, o que compreende a obtenção de uma justiça imparcial, célere e adequada, pois a demora da prestação jurisdicional pode torná-la ineficaz no sentido de não mais se prestar a entregar ao autor da demanda o bem da vida por ele reclamado.

Apesar de representar grande obstáculo à prestação jurisdicional efetiva, a morosidade processual parece ser indissociável do processo, já que a regra no sentido de que o juiz somente pode julgar quando tiver encontrado a plena certeza acerca dos fatos implica em demora na prestação da tutela jurisdicional, pois impossível que se aproxime da verdade dos fatos sem dilação probatória, contraditório e ampla defesa.

Por tal razão, a tendência do moderno Processo Civil é a de criar instrumentos capazes de mitigar os males oriundos da morosidade processual. Buscando uma solução mais rápida dos conflitos de interesses ou, sendo esta impossível, valendo-se de meios para distribuir o ônus do tempo do processo entre as partes litigantes, será garantida a efetividade do processo e, como consequência, o amplo acesso à ordem jurídica justa, direito que é constitucionalmente garantido a todos.

Nesse contexto foi editada a Lei N.º 8.952/1994 que inseriu, no artigo 273 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada. Este instituto foi criado para possibilitar a distribuição isonômica do tempo do processo entre autor e réu, permitindo que o juiz antecipe os efeitos da tutela que concederá apenas na sentença, com o escopo de se conferir efetividade ao procedimento ordinário.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a antecipação da tutela, os pressupostos autorizadores de sua concessão e suas características para, ao final, apurar se o referido instituto realmente garante a efetividade do processo e, por conseguinte, o acesso à justiça.

CAPÍTULO 1 – EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL

1.1 – A Proibição da Autotutela e a Necessidade de Efetividade do Processo

Ao proibir a autotutela o Estado assumiu o compromisso de solucionar todos os conflitos de interesses existentes, em suas mais variadas formas, ou seja, surgiu a obrigação do Estado de prestar a tutela jurisdicional. E, em face da proibição da tutela privada, a tutela jurisdicional deve ser efetiva, propiciando aos seus destinatários o pleno restabelecimento dos direitos que necessitavam da proteção. Daí a máxima de que a prestação jurisdicional deve ser capaz de reconduzir o jurisdicionado ao estado em que se encontrava quando os seus direitos subjetivos não haviam sido transgredidos.

Como bem salientado por Theodoro Júnior:

Instrumentalismo e efetividade são idéias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de *instrumento*. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: “a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo”, de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual (2007, p. 20).

Dessa forma, para que o processo alcance sua função precípua, a ação processual deve ser pensada a partir do direito material. Isso não significa que a existência do direito material seja condição para o direito de ação (exercido pela ação processual), pois o direito de ação é autônomo em relação ao direito material. Mas significa que um procedimento genérico e comum, aplicável a qualquer situação de direito material, é ineficaz na solução dos conflitos de interesses já que, evidentemente, não se pode, com base num único remédio, pretender a cura das mais variadas moléstias. Logo, deve haver procedimentos específicos para cada tipo de tutela jurisdicional de direito material, para que a prestação da tutela jurisdicional seja realmente efetiva.

Nesse sentido, Marinoni leciona:

Ora, se é inquestionável que o autor tem o direito de exercer a pretensão à tutela jurisdicional do direito através da ação, é evidente o seu direito de exercer a ação processual que lhe permita obter tutela jurisdicional do direito. Quer dizer que o autor tem, ao lado do direito à tutela jurisdicional do direito – decorrente do próprio direito material –, o direito à ação adequada à tutela do direito (ou o direito à tutela jurisdicional efetiva) –

garantido pelo art. 5.º, XXXV da CF. Portanto, tem os direitos de influir sobre o convencimento do juiz e de utilizar as técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela do direito material (2009, p. 27).

Dessa forma, o jurisdicionado não possui somente o direito de ir a juízo, mas também o direito à ação adequada à tutela de seu direito material.

A construção do procedimento comum e a sua adoção como regra no processo civil foram os responsáveis pelo surgimento de lacunas no sistema processual de tutela de direitos, uma vez que, conforme exposto, um procedimento que se aplica a qualquer situação de direito material não é capaz de prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva.

O instituto da tutela antecipada surgiu como fruto da visão da doutrina processual moderna, que enxergou as falhas do procedimento comum, destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo (MARINONI, 2009, p. 29).

Destarte, a antecipação da tutela se traduz numa técnica processual capaz de permitir a efetiva tutela do direito material na medida em que proporciona ao jurisdicionado a obtenção imediata daquilo que somente iria alcançar ao final do processo, se houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Além disso, permite a antecipação da tutela do direito do autor no caso de abuso de defesa pela parte contrária, bem como a antecipação de parte incontroversa do pedido.

Assim, o instituto processual em tela foi criado com o intuito de preservar o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão, sendo consagrado como instrumento capaz de assegurar a garantia constitucional de direito à tutela jurisdicional efetiva.

1.2 – A Tutela Jurisdicional dos Direitos

Conforme referido, em determinado momento o Estado proibiu a autotutela, assumindo monopolicamente o encargo de definir o direito aplicável a cada conflito de interesse. Em outras palavras, a justiça privada foi substituída pela justiça pública.

Nesse contexto surge o primeiro conceito de jurisdição: dizer o direito. O Poder Judiciário não era considerado um “poder”, pois sua função se resumia a apenas dizer o direito aplicável ao caso concreto. Como dizia Montesquieu, o juiz era a “boca da lei”.

Com o passar do tempo este conceito foi superado e substituído por aquele traduzido na ideia de ser a jurisdição o poder/dever de dizer o direito. Poder, porque somente o Estado

pode solucionar os conflitos de interesses, dizendo qual o direito aplicável ao caso concreto; e dever, pois, ao exercer a jurisdição, o Estado deve atender aos interesses do jurisdicionado.

Assim, o juiz deixou de ser apenas a boca da lei para atuar efetivamente, garantindo os princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Vale dizer, o Estado passou a ter o compromisso de solucionar os conflitos de interesses de forma efetiva, o que faz por meio da jurisdição. Imperioso concluir que a tutela dos direitos é o principal escopo da jurisdição.

Conforme bem salientado por Marinoni (2009, p. 30), a prestação jurisdicional deve ser pensada a partir da perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais. E prossegue afirmando que “Nessa perspectiva, a técnica processual assume grande relevo, uma vez que, para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos, é imprescindível o correto manejo das técnicas da cognição, da antecipação, das sentenças e da atuação dos direitos”.

Desse modo, as técnicas da cognição, da antecipação, das sentenças e de execução consistem em técnicas processuais capazes de prestar de forma adequada a tutela dos direitos, sendo de grande valor seu estudo e correta utilização de forma a possibilitar uma prestação jurisdicional célere, adequada e, por consequência, eficaz para cada caso concreto.

1.3 – Do Acesso a uma Ordem Jurídica Justa

O acesso a uma ordem jurídica justa é alcançado quando se garante aos jurisdicionados a oportunidade de se valerem de um processo justo e imparcial, que não só lhes possibilite a efetiva e adequada paridade de armas, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações do direito material (MARINONI, 2000, p. 28).

O efetivo acesso à justiça, portanto, ocorre quando as partes litigantes estão em pé de igualdade no processo, ou seja, quando o resultado da lide depende apenas do mérito jurídico de cada uma das partes e, não, de questões particulares que são estranhas ao processo.

Ocorre que as diferenças existentes entre as partes litigantes no âmbito pessoal acabam, na maioria das vezes, influenciando no resultado da lide, razão pela qual constituem obstáculos ao acesso efetivo à justiça.

Destaca-se, como um primeiro obstáculo, a capacidade financeira das partes de arcar com as custas processuais. A obrigação de se recolher custas iniciais, de arcar com as despesas do processo até o seu final e, ainda, o ônus da sucumbência que é imposto à parte

vencida acabam por desestimular a propositura de ações por aqueles que possuem poucos recursos financeiros, alimentando, assim o fenômeno da litigiosidade contida.

Outro obstáculo que também acaba por prejudicar apenas os menos favorecidos financeiramente nasce da demora quanto à obtenção de uma decisão exequível. Cientes da morosidade processual e dos males dela oriundos, estas pessoas acabam por aceitar acordos no curso do processo por valores muito aquém daqueles a que teriam direito, o que também compromete o acesso à justiça, pois este consiste na obtenção de resultados justos.

O primeiro obstáculo elencado foi praticamente derrubado com a edição da Lei N.º 1.060/50, que previu a assistência judiciária gratuita e com a previsão constitucional da assistência jurídica gratuita (artigo 5.º, inciso LXXIV, da CF).

Com relação à morosidade processual, a Emenda Constitucional N.º 45/2004 acrescentou no artigo 5.º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que estabelece o seguinte:

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Foi consagrado, assim, o direito fundamental à razoável duração do processo, que se traduz na garantia de acesso a uma ordem jurídica justa e eficaz. É o chamado princípio da celeridade ou da efetividade.

Todavia, apesar dessa garantia constitucional, a morosidade processual ainda existe. E o que é pior, este problema parece ser insanável, pois o fator tempo é o maior aliado e também o maior inimigo do processo.

Isso porque, para se assegurar o contraditório e a ampla defesa, direitos constitucionalmente garantidos aos litigantes no processo, sempre que uma parte se manifesta ou apresenta novo documento, deve ser aberta vista à parte contrária para que ela se pronuncie a respeito. E se esta, em sua manifestação, apresentar algo novo, novamente deverá ser aberta vista para a parte contrária, e assim se segue, formando um ciclo vicioso. Sem contar que para cada manifestação das partes existe um prazo, que deve ser respeitado. Além disso, para proferir uma decisão ou prolatar uma sentença, o Juiz necessita de tempo, fator que é imprescindível para que ele possa examinar a fundo o litígio e lhe dar a solução mais acertada.

Imperioso concluir, dessa forma, que o fator tempo prejudica e muito a efetividade do processo, já que, na maioria das vezes, a demora processual não permite a tutela efetiva do direito. No entanto, como bem salientado por Marinoni (1994, p. 37), “se o Estado proibiu a autotutela não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos”.

Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro (2004, p. 02), “é incontestável que o juiz e, aliás, todos os operadores do processo, devem buscar a abreviação do tempo, opondo-se a formalismos inúteis, às demoras injustificáveis, às protelações maliciosas”.

Assim, é essencial para o processo a luta contra o tempo, pois este pode causar inúmeros prejuízos às partes litigantes, sobretudo ao autor que tem razão, que somente ingressou em Juízo com uma ação porque necessitava ter um direito seu reparado ou restituído. E esses prejuízos, na maioria das vezes, podem ser irreparáveis, causando maior dano ao autor do que aquele que havia experimentado antes de ajuizar a demanda.

Nesse sentido, cita-se, mais uma vez, os ensinamentos de Carneiro:

Cuidamos de prejuízos maiores, quer na esfera patrimonial, como na de direitos personalíssimos: *pendente o processo*, e até que entregue em definitivo a prestação jurisdicional, o bem objeto do litígio pode sofrer danos ou desaparecer; a marca de comércio pode continuar a ser indevidamente usada, com perda de prestígio e clientela ao seu legítimo titular; o credor permanece sem receber o que lhe é devido, e o proprietário não pode reaver o que lhe pertence; a propaganda enganosa continuará embaindo consumidores; a manutenção do “*statu quo*” implicará quiçá no perecimento do próprio direito afirmado pelo demandante, e assim por diante (2004, p. 03).

A necessidade de se viabilizar o acesso de toda a população ao Judiciário, bem como de se ter uma prestação da tutela jurisdicional efetiva, conforme bem salientado por Marinoni, fizeram surgir uma série de estudos voltados para a questão do acesso à Justiça, estudos esses que trataram da assistência judiciária e jurídica, dos juizados de pequenas causas, das vias alternativas de pacificação social e da efetividade do processo (1998, p. 19).

Desse modo, torna-se cada vez mais patente a necessidade de se utilizar de técnicas processuais capazes de garantir uma prestação jurisdicional adequada, justa e eficaz, de forma com que seja assegurado o acesso a uma jurisdição efetiva, direito constitucionalmente garantido a todos.

CAPÍTULO 2 – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

2.1 – Contexto Histórico

A percepção de que o fator tempo, tão prejudicial à prestação jurisdicional efetiva, é indissociável do processo, fez com que surgisse a necessidade de se criar mecanismos capazes de “remediar” essa situação.

Como bem salientado por Carneiro:

Cumpre, pois, uma redistribuição dos ônus do processo decorrentes do passar do *tempo*. Para tanto, impuseram-se *formas diferenciadas de tutela*, quer buscando abreviar, embora mantida a cognição exauriente, a prolação da sentença de mérito com eficácia de coisa julgada material; quer através de técnicas de preservação *provisória e temporária* dos interesses daquele litigante que, tendo em seu favor uma aparência do bom direito, razoavelmente possa invocar prejuízo grave decorrente da duração do processo (2004, p. 05).

As “formas diferenciadas de tutela” que, a partir de então, foram previstas são as seguintes:

- o procedimento sumário, previsto no artigo 275 e seguintes do Código de Processo Civil, que possui rito mais simplificado em relação ao do procedimento ordinário;
- o procedimento sumaríssimo, aplicado nos Juizados Especiais Cíveis (Lei N.º 9.099/95) e nos Juizados Especiais Federais Cíveis (Lei N.º 10.259/2001), onde se abrevia e muito o tempo de duração de um processo;
- o julgamento antecipado da lide, que ocorre nos casos de revelia e quando a questão de mérito é unicamente de direito ou, sendo de fato e de direito, não necessita de produção de prova em audiência (artigo 330 do Código de Processo Civil);
- e o processo cautelar, previsto no Livro III do Código de Processo Civil.

Os procedimentos sumário e sumaríssimo, bem como o julgamento antecipado da lide foram pensados como formas de se obter a sentença de mérito de forma mais célere, vale dizer, seu objetivo consiste em reduzir o tempo de duração do processo. As cautelares, por sua vez, foram pensadas como instrumentos capazes de preservar, de forma temporária e provisória, os interesses do jurisdicionado.

O processo cautelar, portanto, foi criado como um instrumento de preservação de possíveis resultados dos outros dois tipos de processo, o de conhecimento e o de execução.

Ou seja, o processo cautelar não é independente, não é um fim em si mesmo, pois guarda relação de acessoriedade com o processo principal.

De acordo com Marcus Vinicius Rios Gonçalves, o processo cautelar “pressupõe uma crise de segurança, em que se buscam providências que assegurem o resultado final do processo, afastando os riscos da demora. Essa a sua finalidade: afastar, por medidas preventivas, uma situação de ameaça aos demais resultados do processo” (2009, p. 241).

Quanto à finalidade do processo cautelar, de bom conselho reproduzir o escólio de Athos Gusmão Carneiro, que, parafraseando o Professor Galeno Lacerda, ponderou:

Tendo inclusive em vista o magistério de Galeno Lacerda (*Coment. ao CPC*, Forense, 7ª ed., 1988, vol. VIII, t. 1, nº 5), as medidas cautelares, quanto à sua finalidade, assim poderiam ser classificadas:

- a) as que se destinavam a *antecipar provas*, suscetíveis de perder-se com o decurso do tempo, destarte assegurando a “justiça” da sentença;
- b) as que buscam *garantir o objeto* da lide ou a *solvência do demandado*, assegurando, pois, a execução e a eficácia prática da sentença, pela manutenção do “*statu quo*” entre as partes;
- c) as que *antecipavam providências provisórias*, relativas à prestação jurisdicional: questões de família, pretensão a alimentos e grande parte das cautelares ‘inominadas’ (2004, p. 06).

As providências descritas nos itens “a” e “b” nitidamente se revestem do caráter cautelar, pois se traduzem em medidas que visam garantir a satisfação do processo de conhecimento (no caso do item “a”) e do processo de execução (item “b”).

A medida descrita no item “c”, por sua vez, não tem por finalidade acautelar algo, mas, sim, antecipar a satisfação da pretensão do postulante, ou seja, concede a este, desde logo, o objeto da ação. Possui, dessa forma, natureza satisfativa.

Como bem salientado por Carneiro:

As primeiras eram e são realmente *cautelares*, “*stricto sensu*”. As segundas, embora anteriormente sob as ‘vestes processuais’ das medidas cautelares, revestem-se de natureza *satisfativa*, utilizando os litigantes o art. 798 do CPC como “válvula de escape” para alcançar a efetividade processual (2004, p. 07).

Assim, passou-se a utilizar as cautelares de forma equivocada para salvaguardar os direitos dos litigantes em casos de urgência. A pretensão do jurisdicionado, nesses casos, era realizada antecipadamente por meio das cautelares inominadas ou satisfativas. Utilizava-se de forma irregular o processo cautelar a fim de se obter algo que, por lacuna na legislação, não possuía previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

As cautelares, que foram criadas para proteger pessoas, bens ou provas, de forma anômala eram usadas para satisfazer antecipadamente a pretensão do autor, entregando-lhe o objeto da lide.

Foi nesse contexto em que surgiu no ordenamento jurídico pátrio a antecipação da tutela, com o objetivo de acabar com o uso equivocado das cautelares e de suprir a lacuna existente na legislação processual civil, passando a existir, assim, uma técnica capaz de distribuir o ônus do tempo do processo entre o autor e o réu de forma a garantir a efetividade do processo.

2.2 – Justificativa e Conceito

A busca pela efetividade do processo tem se tornado cada vez mais necessária, devido, principalmente, à estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Como bem expõe Marinoni, “O principal problema da Justiça Civil, entretanto, era e ainda é o da morosidade dos processos” (1998, p.20).

Considerando a referida necessidade de se garantir a efetividade do processo, o fato de que o fator tempo não pode prejudicar a satisfação do direito material e, também, segundo abordado no sub-tópico precedente, visando evitar o uso equivocado do processo cautelar, é que o Legislador criou, com a Lei N.º 8.952/1994, o instituto da Tutela Antecipada, que foi inserido no Código de Processo Civil em seu artigo 273. Nesse sentido, Gilmar Bertolo e Ribeiro Bertolo explicam:

A reforma do Código de Processo Civil em 1994 fez com que se introduzisse o instituto da Tutela Antecipada, através da Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, procurando agilizar e desburocratizar a prestação jurisdicional, vindo a agir como um remédio que procura solucionar os conflitos com exatidão e celeridade, pois o tempo não pode ser o causador ou empecilho à realização do direito (2005, p. 29).

A Lei N.º 8.952/1994 deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil nele prevendo a possibilidade de o juiz antecipar, em qualquer fase do processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito, desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei.

A tutela antecipada, então, foi um instituto criado com o escopo de possibilitar a tutela do direito no curso do processo de conhecimento. A respeito, invoca-se a seguinte transcrição da obra de Marinoni:

A tutela antecipada pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo-se uma verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, I) mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu (artigo 273, II) (2000, p.124).

Ainda buscando conceituar o instituto da tutela antecipada, é importante citar opinião de Jorge Pinheiro Castelo sobre a decisão que a concede:

Desta forma, a decisão antecipatória consiste num provimento (decisão) de urgência ou de evidência, por meio do qual o juiz provê a respeito da urgência ou da evidência da satisfação da pretensão processual principal, antecipando um ou mais efeitos da decisão final do processo ordinário (1999, p. 226).

Assim, pode-se conceituar a tutela antecipada como o instituto processual que antecipa os efeitos da decisão que somente seria obtida ao final do processo, com a prolação da sentença, para fases processuais anteriores a esta. Essa antecipação é temporária, pois, ao final do processo, pode ser revogada ou mantida; e pode ser concedida em qualquer momento processual.

2.3 – Diferenças entre Tutela Antecipada e Tutela Cautelar

É de suma importância diferenciar a tutela antecipada da tutela cautelar, pois, consoante referido, aquela surgiu para acabar com a inadequada utilização desta.

Ambos os institutos são caracterizados pela provisoriedade, mas esse atributo não pode ser utilizado como fator de diferenciação, tendo em vista que a tutela cautelar, ainda que de forma provisória, não pode satisfazer o direito acautelado, o que somente é possível por meio da tutela antecipada.

Segundo o magistério de Marinoni e Arenhart:

A distinção entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar é evidente. Cabe advertir que a tutela antecipatória foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da “antecipação da tutela”, e essa “antecipação” – segundo a jurisprudência – não podia ser obtida por meio da ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de “fundado receio de dano” e de “abuso de direito de defesa”, nele inserindo o art. 273 (2008, p. 200).

A tutela antecipada, ao contrário da tutela cautelar (que recai sobre pessoas, bens ou provas, protegendo-os), recai sobre o próprio direito, antecipando os efeitos da decisão que somente será concedida na sentença para estágios processuais anteriores.

Em outras palavras, enquanto a tutela cautelar tem por objetivo assegurar a realização do direito material do autor, a tutela antecipada realiza o direito material,

entregando ao autor o bem da vida por ele pretendido. De se concluir, assim, que, apesar de ambos os institutos se revestirem do caráter da provisoriedade, pois resultantes de cognição sumária, guardam eles características peculiares.

Nesse sentido, Marinoni e Arenhart afirmam o seguinte:

A tutela que realiza o direito material afirmado pelo autor (dita satisfativa), ainda que com base em cognição sumária, não pode ser definida como cautelar. É importante observar que o caráter da “satisfatividade” da tutela jurisdicional nada tem a ver com a formação da coisa julgada material. A tutela que satisfaz antecipadamente o direito material, ainda que sem produzir coisa julgada material, evidentemente não é uma tutela que possa ser definida a partir da característica da instrumentalidade. No plano do direito material, a tutela antecipatória dá ao autor tudo aquilo que ele esperaria obter através do processo de conhecimento. A tutela antecipatória, ao contrário da tutela cautelar, embora seja caracterizada pela provisoriedade, não é caracterizada pela instrumentalidade, ou melhor, não é instrumento que se destina a assegurar a utilidade da tutela final. É por isso que a nota da provisoriedade, presente tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipatória, nada diz de proveitoso para a distinção entre elas (2008, p. 203-204).

E sobre a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar, é de suma importância transcrever os ensinamentos de Theodoro Júnior:

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto da ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, se distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão. (2007, p. 418).

Registre-se que para a concessão do provimento de natureza cautelar não há necessidade de as alegações nas quais se fundam o pleito serem verossímeis (aproximarem-se ao máximo da verdade), tampouco se preocupou o legislador em proibir o seu deferimento quando presente o receio de que se torne ela irreversível, como ocorre com a medida antecipatória segundo será abordado nas próximas linhas.

Isto é, por conta de no processo cautelar não se ansiar o alcance do bem da vida, mas apenas a garantia da efetividade da decisão que proporcione a sua entrega, não deve o julgador fundar-se num juízo de certeza, de verossimilhança acerca dos fundamentos invocados na lide principal. Até porque, o objeto do processo cautelar não se confunde com o do processo de conhecimento e de execução.

No processo cautelar reclama-se, apenas, que se atente para a possibilidade de uma das partes, antes da solução do processo principal, sofrer lesão grave ou de difícil reparação.

Desse modo, o tão conhecido *fumus boni iures* do processo cautelar não guarda relação de identidade com a prova inequívoca e verossimilhança das alegações exigidas pelo

artigo 273 do Código de Processo Civil. A cognição exigida para a medida antecipatória dos efeitos da tutela é mais profunda em função de o instituto jurídico prestar-se a conferir ao autor, no início do processo, o resultado que apenas alcançaria ao seu término.

Sobre a diferenciação dos referidos institutos, oportuna a citação do resumo de julgado que se segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRESSUPOSTOS AUSENTES. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. A finalidade da tutela antecipada não é prevenir ou acautelar, mas satisfazer, desde logo, o pedido do autor se estampados os pressupostos legais que legitimem a prestação; para isto, exige-se prova inequívoca do fato do pedido a convencer o juiz da verossimilhança da alegação. Ipso facto, não preenchidos os pressupostos do art. 273 do CPC, é de ser reformada a decisão concessiva de tutela antecipatória (SANTA CATARINA, 2001).

Dessa forma, pode-se dizer que a diferença básica entre os institutos processuais sob enfoque é a seguinte: a tutela antecipada recai sobre o próprio direito, entregando ao autor aquilo que ele pretendia obter ao final do processo antes do término deste; já a tutela cautelar recai sobre pessoas, bens ou provas, protegendo-os, acautelando-os até o fim do processo, com o objetivo de assegurar o direito material alegado pelo autor. E, em virtude desta distinção, os requisitos autorizadores da concessão de uma e de outra são completamente diferentes, consoante explicitado acima.

2.4 – Da Antecipação da Tutela e seus Pressupostos

A antecipação da tutela foi inserida no artigo 273 do Código de Processo Civil que estabelece o seguinte:

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 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 do 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 sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.º e 5.º, 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, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Quanto às características básicas deste instituto processual, de bom auxílio reproduzir o magistério de Carneiro:

A antecipação da 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, extra processualmente (2004, p. 19).

Assim, os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada são: requerimento da parte, prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, sendo os dois últimos pressupostos alternativos.

Ressalte-se que a exigência prevista no parágrafo primeiro do artigo de lei sob comento, qual seja, a de que o juiz indique, de modo claro e preciso, as razões que o convenceram a conceder a antecipação da tutela, é corolário do princípio da motivação das decisões, insculpido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o qual estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

As previsões constantes nos demais parágrafos do artigo 273 do Código de Processo Civil, em razão de suas peculiaridades, serão tratadas em itens próprios.

Passa-se, então, a analisar separadamente cada um dos requisitos necessários à antecipação da tutela.

2.5 – Requerimento da Parte

Para o juiz deferir a tutela antecipada no curso do processo precisa haver requerimento da parte interessada, ou seja, não pode ele a conceder de ofício. Essa exigência se justifica pelo Princípio da Demanda, pelo qual cabe à parte provocar o exercício da função jurisdicional, a qual é inerte.

Além disso, o texto do artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe expressamente que a antecipação da tutela somente ocorrerá a requerimento da parte (“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, ...”).

O entendimento de que o requerimento da parte interessada é requisito para a concessão da tutela antecipada é praticamente uniforme na doutrina e jurisprudência pátrias. No entanto, há vozes no sentido de que o juiz pode, sim, conceder a tutela antecipada de ofício.

George Marmelstein Lima (2002), Juiz Federal substituto no Ceará, é adepto da corrente que entende ser possível a concessão da tutela antecipada de ofício pelo Juiz. Em seu texto chamado “Antecipação da tutela de ofício?”, Lima expõe suas razões e descreve situações em que entende ser possível conceder a antecipação da tutela sem prévio requerimento da parte interessada.

Por primeiro, fundamenta a concessão da tutela antecipada de ofício no fundo constitucional do instituto, pois ele decorre do direito fundamental à tutela efetiva. Assim, prega que, considerando que uma das principais características do constitucionalismo moderno é a de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental, pode atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional.

Como segundo fundamento, salienta que o fato de uma norma ser válida não inibe a possibilidade de, no caso concreto, ser afastada a sua incidência desde que sua aplicação acarrete uma flagrante injustiça. Nesse sentido, explica que, antes de aplicar a lei ao caso concreto, o magistrado deve fazer uma análise tópica, buscando a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir *contra legem*, desde que julgue *pro* Constituição.

Lima ainda ressalta que, no caso sob enfoque, embora se possa considerar válida a exigência de prévio requerimento da parte interessada para a concessão da tutela antecipada, em determinados casos específicos pode essa exigência se tornar injusta, devendo o juiz, nessas situações, conceder a antecipação da tutela de ofício, a fim de dar cumprimento à norma constitucional que garante a efetividade do processo.

Tratando das situações em que a antecipação da tutela deve ser concedida de ofício pelo juiz, Lima cita as pretensões que envolvem verbas alimentícias. Destaca que, por serem urgentes, dos pedidos que envolvem essas verbas não precisa constar o requerimento de que

elas sejam concedidas antecipadamente, pois está implícita a necessidade de sua concessão imediata. E destaca que isso mais se justifica quando o postulante é pessoa humilde que, em regra, não possui condições de contratar um bom advogado para representá-lo em juízo.

Ainda, Lima menciona as ações de competência dos Juizados Especiais Cíveis e da Justiça Trabalhista, onde é possível à parte peticionar sem a representação de um advogado. Diz que, nesses casos, é patente a desnecessidade de requerimento de antecipação da tutela para que ela possa ser concedida, pois é inconcebível exigir de uma pessoa leiga e, na maioria das vezes, humilde, que possua conhecimento jurídico para realizar tal requerimento.

Salienta, ainda, que:

(...) o direito processual moderno pauta-se no princípio da instrumentalidade das formas e, como decorrência da instrumentalidade - corolário do princípio da efetividade e do acesso à justiça -, o magistrado é obrigado a sanar, sempre que possível, as atecnias cometidas pelas partes hipossuficientes. Qualquer comportamento excessivamente formalista por parte do juiz não seria legítimo, afinal a atenção à forma que não atenda ao ideal da instrumentalidade, na imagem de Liebman, não passará da mais solene deformação (2002).

Por fim, Lima trata dos casos em que há conflito de interesses entre o postulante e seu advogado, fato que, segundo ele, ocorre com mais incidência em processos previdenciários. Explica que nestes feitos a antecipação da tutela é do interesse da parte, pois esta necessita obter o mais rápido possível o benefício previdenciário para garantir a sua própria subsistência; mas para o advogado não é interessante, tendo em vista que, com a concessão antecipada do benefício, o valor da condenação será menor e, por consequência, seus honorários advocatícios também o serão, já que fixados com base no valor desta.

Nesses casos, o ilustre Magistrado entende que condicionar a antecipação da tutela a pedido expresso seria uma grande injustiça para a parte, razão pela qual acredita ser possível a antecipação de tutela de ofício, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda com relação aos feitos previdenciários, Lima destaca que:

A eficácia do provimento final estaria seriamente comprometida caso seus efeitos não fossem antecipados imediatamente, pois, não obtendo desde logo a tão sonhada aposentadoria, certamente a parte autora já haverá falecido quando a sentença transitar em julgado, o que, infelizmente, ocorre com certa frequência (2002).

Lima conclui seu estudo dizendo que, por todas as razões por ele expostas, entende ser plenamente possível a antecipação da tutela de ofício, desde que, no caso concreto, não seja razoável a exigência de requerimento da parte para tanto.

É magnífico o posicionamento do ilustre Magistrado que, com embasamento na Carta Magna, afasta a incidência de norma infraconstitucional em determinados casos para se garantir a efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Sobre a concessão da tutela antecipada de ofício, pede-se permissão para transcrever o seguinte resumo de julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO PROPORCIONAL. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. REQUISITOS SATISFEITOS. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES AGRESSIVAS DA ATIVIDADE. HIDROCARBONETOS. RUÍDO. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. EMENDA 20/98. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. RECURSO ADESIVO. I - Não há defeito na representação processual da Autarquia Federal, eis que a cópia da procuração ad judícia, ainda que sem autenticação, não torna inválidos os poderes nela conferidos. II - Pedido de reconhecimento de tempo de serviço especial nos períodos de 28/08/1974 a 27/02/1976, 06/04/1976 a 18/05/1978, 01/06/1978 a 02/06/1980, 26/04/1982 a 28/02/1983, 01/03/1983 a 16/08/1984, 02/06/1980 a 20/04/1982, 22/08/1984 a 01/11/1989 e de 06/11/1989 a 07/06/1995, amparado pela legislação vigente à época, comprovado pelos DSS-8030 (fls. 10, 11, 20, 22, 24, 29 e 34) laudos técnicos de fls. 09, 13/16, 21, 23, 26/28, 31/33 e 35 e concessão de aposentadoria por tempo de serviço: possibilidade. III - O benefício é regido pela lei em vigor no momento em que reunidos os requisitos para sua fruição, mesmo tratando-se de direitos de aquisição complexa, a lei mais gravosa não pode retroagir exigindo outros elementos comprobatórios do exercício da atividade insalubre, antes não exigidos, sob pena de agressão à segurança que o ordenamento jurídico visa preservar. Precedentes. IV - Alteração do art. 70 do Decreto nº 3.048 de 06/05/99, cujo § 2º passou a ter a seguinte redação: "As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período". (Incluído pelo Decreto nº 4.827 de 03/09/2003). V - É possível o enquadramento como especial da atividade no período de 06/04/1976 a 18/05/1978, considerando-se o item 1.2.10, do Anexo I, do Decreto nº 83.080/79 e o item 1.2.11, quadro anexo, do Decreto nº 53.831/64, que aponta as operações executadas com derivados tóxicos do carbono, tais como: hidrocarbonetos, ácidos carboxílicos, compostos organonitrados. Além do que, tal labor pode ser reconhecido, levando-se em conta o nível de ruído a que estava submetido no seu trabalho. VI - Os interstícios de 28/08/1974 a 27/02/1976, 03/06/1980 a 20/04/1982, 22/08/1984 a 01/11/1989 podem ser enquadrados nos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, que contemplavam nos itens 1.1.6 e 1.1.5, respectivamente, a atividade realizada em condições de exposição a ruídos excessivos, privilegiando os trabalhos permanentes nesse ambiente. VII - Foram reconhecidos pelo ente previdenciário os períodos de 01/06/1978 a 02/06/1980, 26/04/1982 a 16/08/1984 e de 06/11/1989 a 07/06/1995, de acordo com o documento de fls. 59/60, constante no processo administrativo, em apenso, restando incontroversos. VIII - Cumprimento dos requisitos anteriormente à promulgação da Emenda 20/98. Recontagem do tempo computando-se 33 anos, 11 meses e 04 dias de trabalho, suficientes à concessão da aposentadoria por tempo de serviço. IX - O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento

administrativo, em 16/12/1998, não havendo parcelas prescritas, eis que a ação foi ajuizada em 22/03/2000. X - A correção monetária das prestações em atraso será efetuada de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ, a Súmula nº 8 desta Colenda Corte, combinadas com o art. 454 do Provimento nº 64, de 28 de abril de 2005, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região. XI - Os juros moratórios serão devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil, nos termos do art. 406, que conjugado com o artigo 161, § 1º, do CTN, passou para 1% ao mês. XII - Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação, até a sentença (Súmula nº 111, do STJ), de acordo com o entendimento desta Colenda Turma. XIII - **Prestação de natureza alimentar, presentes os pressupostos do art. 273 c.c. 461 do C.P.C., com provimento favorável à parte autora em 1ª Instância, impõe-se à antecipação da tutela de ofício, para imediata implantação do benefício.** XIV - Reexame necessário e apelo do INSS improvidos. XV - Recurso adesivo do autor provido. (**grifo nosso**) (SÃO PAULO, 2009).

Assim, deve ser adotado o entendimento de que é plenamente possível e plausível que o juiz conceda a antecipação da tutela de ofício nas hipóteses em que a situação específica do caso concreto imponha o afastamento da exigência de requerimento prévio da parte, como, por exemplo, nas situações em que, presentes os pressupostos autorizadores de sua concessão, o requerimento da parte apenas não tenha sido formulado pela debilidade da atuação profissional, ou nas hipóteses em que se admite o exercício do *jus postulandi* sem a necessária habilitação e o demandante não tenha solicitado a concessão da medida de urgência.

2.6 – Prova Inequívoca

O *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece que o Juiz poderá conceder a antecipação dos efeitos da tutela pretendida “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

Dessa previsão resulta que é pressuposto para a antecipação da tutela a existência de *prova inequívoca* capaz de fazer surgir a *verossimilhança* da alegação, vale dizer, os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança não podem ser tomados de forma isolada. A exigência feita pelo artigo 273 é satisfeita quando se analisa os requisitos conjuntamente.

Nesse sentido, Negrão e Gouvêa (2008, p. 415) trazem a seguinte ementa de julgado:

Só a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento (RJTJERGS 179/251).

Do julgado depreende-se que não basta a existência de prova inequívoca. Esta deve ser capaz de convencer o magistrado acerca da verossimilhança das alegações do autor. Daí porque esses requisitos devem ser analisados simultaneamente no caso concreto.

Apenas para se facilitar a compreensão, neste trabalho os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança serão abordados em tópicos distintos.

Passa-se, então ao estudo do requisito *prova inequívoca*.

Segundo Aurélio (2004), equívoco é o “que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação; ambíguo”, ou, ainda, aquilo que “dá margem à suspeita”. Assim, considerando que inequívoco é aquilo que não é equívoco, pode-se concluir que inequívoco se traduz naquilo que é claro, evidente, que não dá margem a dúvida ou a qualquer suspeita.

A partir desses conceitos, infere-se que “prova inequívoca” consiste em prova clara, evidente e cabal, ou seja, em prova incontestável.

Ocorre que não é essa a interpretação que se deve dar a esse pressuposto de concessão da tutela antecipada, visto que não é crível que possa existir prova incontestável ou absoluta.

Como bem explicitado por Carreira Alvim:

A expressão prova inequívoca deve ser entendida em termos, porquanto, se “inequívoco” traduz aquilo que não é equívoco, ou que é claro, ou que é evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, possui, pois, toda ela, qualquer que seja a sua natureza, deve passar pelo crivo do julgador (2002, p. 58).

Nos dizeres de Marinoni e Arenhart (2008, p. 211), “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.

Dessa forma, o requisito da prova inequívoca deve ser interpretado como prova suficiente. Isso porque, se for exigida prova inequívoca das alegações para a concessão da tutela antecipada, esta restará inviabilizada, já que todas as provas são falíveis e a plena certeza sobre elas o juiz só possui no momento da prolação da sentença, vale dizer, após ter esgotado a fase instrutória. Assim, a expressão “prova inequívoca” deve ser lida “prova suficiente” a formar uma convicção provisória do juiz, apta a antecipar os efeitos da tutela pretendida.

Resolvido o conflito que paira sobre o conceito de “prova inequívoca”, outra indagação surge: quais seriam essas provas capazes de formar uma convicção provisória do juiz sobre a verossimilhança das alegações do autor?

Pois bem.

Qualquer prova, seja ela documental, oral, pericial, ou até mesmo um conjunto formado por todas as espécies de provas pode ser o suficiente para fazer surgir o verossímil.

Com efeito, se a antecipação da tutela for concedida no momento do recebimento da petição inicial, obviamente a convicção do juiz será formada apenas a partir das provas que instruíram a peça inaugural, que podem se resumir a provas documentais (o que ocorre na maioria dos casos), ou podem envolver também provas periciais anteriormente realizadas pelo autor.

Por outro lado, quando a antecipação da tutela se der no curso do processo, todas as provas realizadas até o momento de sua concessão poderão ser utilizadas pelo Magistrado para formar sua convicção sobre os fatos alegados pelo autor.

Segundo Carneiro (2004, p. 25) apud Ernani Fidelis dos Santos (1996, p. 31):

A expressão “prova inequívoca” não implica prova preconstituída, mas sim “aquela que permite, por si só ou em conexão necessária com outras também já existentes, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, isto é, tê-lo por verdadeiro. Exemplos: a qualidade de funcionário público do autor, a prova contratual do negócio, a transcrição provando a propriedade, o acidente informado por exame pericial, a lesão por auto de corpo de delito, etc.”.

Destarte, de se concluir que a “prova inequívoca” deve ser entendida como aquela suficiente a formar a convicção provisória do Juiz acerca da verossimilhança das alegações do autor, bem como que ela pode ser documental, oral, pericial, ou até mesmo um conjunto formado por suas várias espécies, não importando o momento em que tenha sido produzida, se antes do ajuizamento da ação ou se durante o tramitar do processo.

2.7– Verossimilhança

Segundo o artigo 273 do Código de Processo Civil, para que possa haver a concessão da tutela antecipada é preciso que o juiz “existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

O requisito da verossimilhança está intimamente ligado ao da prova inequívoca, pois ele exige que, ao decidir sobre a concessão da tutela antecipada, o juiz esteja convencido da veracidade das alegações do autor, ou da probabilidade de elas serem verdadeiras.

Sobre o tema, de bom auxílio reproduzir os ensinamentos de Marinoni e Arenhart:

A verossimilhança a ser exigida pelo juiz, contudo, deve considerar: (i) o valor do bem jurídico ameaçado, (ii) a dificuldade de o autor provar sua alegação, (iii) a própria credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência, e (iv) a própria urgência descrita. Quando se fala em antecipação da tutela, pensa-se em uma tutela que deve ser prestada em tempo inferior àquele que será necessário para o término do procedimento. Como a principal responsável pelo gasto de tempo no processo é a produção de prova, admite-se que a tutela seja concedida antes que as provas

requeridas pelas partes tenham sido produzidas (tutela antecipada). Nesse sentido, afirma-se que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova, ou com a postecipação do contraditório. *Em casos como estes, “prova inequívoca” somente pode significar a prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida* (2008, p. 212).

Quando decide pela concessão da tutela antecipada, o juiz, considerando a existência de prova suficiente do alegado, forma uma convicção sobre a veracidade dos fatos. Essa convicção do magistrado não é definitiva, pois, ao final do processo, após a farta produção de provas que ocorre durante a instrução processual, ele decidirá pela manutenção, ou não, do provimento concedido antecipadamente.

Ou seja, a convicção por ele formada inicialmente era provisória, tanto que o processo teve seguimento e, com a produção de provas sob o crivo do contraditório, ele pôde melhorá-la, de forma com que se aproximasse mais da realidade dos fatos.

Ora, se a convicção do juiz somente se aproxima da verdade material após a produção de provas, não se pode dizer que, no momento da antecipação dos efeitos da tutela, haja um “juízo de verossimilhança”. Na verdade, como bem salientado por Marinoni e Arenhart (2008, p. 212), “o mais correto é falar de ‘juízo-provisório’”.

Pelo exposto, pode-se afirmar que os pressupostos de concessão da tutela antecipada são: existência de prova suficiente a formar uma convicção provisória do juiz acerca da veracidade das alegações do autor.

2.8– Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

Conforme exposto, para ser possível a concessão da tutela antecipada, é necessário que aos pressupostos “prova inequívoca” e “verossimilhança” sejam somados os requisitos alternativos descritos nos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, ressalta Carneiro:

Não basta o juízo de verossimilhança, a alta probabilidade de que o autor venha a ser favorecido com sentença de procedência. A lei exige, mais, que a demora processual possa acarretar ao autor um *dano*, com características de *irreparabilidade ou de difícil reparação*, ou, alternativamente, exige que o réu, pelo teor da contestação ou pelo seu proceder no curso do processo (ou excepcionalmente, em conduta extraprocessual), revele que não possui motivos sérios para contrapor ao pedido do autor. Pode inclusive haver casos, e não serão raros na prática forense, em que ambos os pressupostos sejam concorrentes, reforçando mais ainda a necessidade do autor em obter a AT (2004, p. 31).

Passa-se, então, a analisar o requisito “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Ao requerer a antecipação dos efeitos da tutela o autor exporá o seu fundado receio de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação caso o provimento não seja antecipado. Nesse caso, o autor se encontra numa situação de risco, necessitando de uma tutela de urgência, pois receoso de sofrer um dano.

Para obter tal tutela de urgência, precisa demonstrar que seu receio é *fundado*, ou seja, precisa demonstrar de forma objetiva que, se o provimento jurisdicional não for antecipado, o dano de que tem receio ocorrerá e ele será irreparável ou de difícil reparação.

Sobre a caracterização do dano de difícil reparação, Nery Júnior e Rosa Nery (2010, p. 556) citam o seguinte julgado:

Dano de difícil reparação. Caracterização. Anulatória de título e cancelamento de protesto cumulada com pedido de indenização por danos patrimoniais e morais. Presença do justo receio de dano de difícil reparação, pelas restrições notórias que o protesto traz às atividades negociais e ao crédito de quem lhe sofre os efeitos. Antecipação determinada (1.º TACivSP, 12.ª Câm., Ag 763466-2-São Paulo, rel. Juiz Matheus Fontes, v.u., j. 30.10.1997, BolAASP 2076, p. 154-e).

Como se vê, se, ocorrido o dano, ele for irreparável, de nada mais adiantará ao autor a procedência de sua pretensão, restando, assim, ineficaz e inefetiva a prestação da tutela jurisdicional. É isso que o provimento antecipador dos efeitos da tutela deve evitar.

Por outro lado, se o dano ocorrido for apenas de difícil reparação, ainda será de utilidade a concessão da tutela antecipada, para, desta vez, cessar os efeitos decorrentes da lesão.

Nesse sentido, salienta Carreira Alvim (2002, p. 86) que “Se o dano já ocorreu, ainda assim pode a tutela antecipada fazer que cesse, como, por exemplo, na hipótese de protesto de título cambial já pago, determinando *in limine litis* a sua baixa no Ofício respectivo”.

Em sua obra, o eminente Ministro Zavaski explica o requisito de risco de dano irreparável ou de difícil reparação:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória 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 pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do *princípio da necessidade*, antes mencionado (1997, p. 77).

2.9– Abuso do Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório do Réu

A segunda forma de se obter a tutela antecipada consiste em demonstrar, além da “prova inequívoca” e da “verossimilhança”, que o réu abusa de seu direito de defesa ou que adota procedimentos com o fito de protelar o desfecho da demanda, a fim de continuar na posição mais favorável da lide.

A respeito, invoca-se novamente os ensinamentos do Ministro Zavascki:

“Abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório do réu” são expressões fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas, em consequência, a preenchimento valorativo, caso a caso. Todavia, a atividade de identificação das hipóteses subsumíveis ao preceito não pode ser arbitrária. Deve, sim, obediência estrita à finalidade da norma. Se o que se busca é privilegiar a *celeridade* da prestação jurisdicional, há de se entender que na fluidez das expressões da lei somente se contém atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo (1997, p. 77).

De se observar que, enquanto na hipótese descrita no inciso I do artigo 273 do CPC há a idéia de urgência, diante do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, no caso do inciso II não há qualquer perigo iminente. O inciso II, ao prever a possibilidade de concessão da tutela antecipada no caso de abuso de direito por parte do réu, criou mecanismo capaz de inibir e reprimir o uso inadequado do processo por parte deste.

Conforme exposição de Carneiro:

Cumpra sublinhar, neste passo, que o art. 273, II, criou uma AT “pura”, desvinculada dos pressupostos da *urgência* e do *dano*, e ligada tão-somente à idéia central de que a firme aparência do bom direito, exurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada a *fim de que o (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico* (2004, p. 35-36).

A tutela antecipada concedida na hipótese prevista no inciso II do artigo 273 do CPC cumpre fielmente o objetivo de redistribuição do ônus do tempo do processo entre as partes litigantes na medida em que se traduz num instrumento que impede que o autor se prejudique pela demora processual ocasionada pelo réu com o intuito de postergar seu *statu quo*.

Consiste, também, num eficaz mecanismo de repressão das práticas protelatórias, tendo em vista que é muito mais penoso para o réu perder seu *statu quo* do que sofrer uma penalidade por litigar de má-fé.

Sobre o abuso de direito pelo réu explicam Nery Júnior e Rosa Nery:

A segunda hipótese, que não é exigível em conjunto com a primeira, dela sendo independente, é o abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu. Quando da contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 273 II, autorizando a antecipação. Em tese, é admissível o pedido *liminar* fundado no inciso II, pois não despropositado o abuso do direito de defesa verificado fora do processo, quando há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento (2010, p. 553).

Dessa forma, o abuso de direito pelo réu pode ocorrer tanto no âmbito processual quanto no extraprocessual. No processo, pode configurar abuso de direito de defesa, por exemplo, a apresentação de uma contestação onde se desenvolve tese infundada e descabida, ou o uso de forma protelatória dos recursos. Extraprocessualmente pode ocorrer o abuso por condutas temerárias do réu ou de seu próprio advogado, como quando este retira os autos do cartório com carga e os mantém sob sua posse além do prazo fixado para tanto, ou quando arrola testemunhas que residem em localidades diversas e distantes umas das outras.

2.10 – Legitimados a Requerer a Antecipação da Tutela

De acordo com o artigo 273 do Código de Processo Civil, “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (...)”. Ou seja, legitimado a requerer a antecipação da tutela é a parte que faz o pedido inicial, vale dizer, a petição inicial.

Assim, de acordo com o citado artigo de lei, quem pode requerer a antecipação da tutela é o autor, pois é ele quem apresenta a petição inicial.

No entanto, há casos em que o réu encontra-se legitimado a requerer a antecipação da tutela. É o que ocorre, por exemplo, com o réu-reconvinte, autor da Reconvenção, já que esta, apesar de prevista no Código de Processo Civil como modalidade de resposta, consiste em ação que o réu propõe em face do autor no mesmo processo por este iniciado.

Como bem salientado por Marinoni:

A reconvenção é autêntica ação do réu, admitida no processo instaurado pelo autor. O reconvinte faz pedido e requer tutela jurisdicional. Ora, se é assim, ou seja, se a reconvenção é a ação do réu, está o reconvinte autorizado a requerer a antecipação da tutela (2009, p. 145).

Ressalte-se, inclusive, que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já decidiu sobre a possibilidade de o réu-reconvinte requerer antecipação da tutela, conforme julgado que abaixo se transcreve:

CONTRATO DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE ANULAÇÃO. RECONVENÇÃO. TEMPESTIVIDADE. TUTELA ANTECIPADA EM FAVOR DO RECONVINTE. POSSIBILIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PRESENTES. DECISÃO CORRETA. PROPOSIÇÃO RECURSAL DESATENDIDA. A reconvenção tem, no direito pátrio, a natureza de verdadeira ação inversa, detonada nos mesmos autos da ação proposta e contra aquele que a propõe, pelo demandado original. Nessas condições, não há como se negar a admissibilidade jurídica da concessão, em favor do reconvinte, da antecipação de tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, quando presentes estiverem os pressupostos autorizadores desse deferimento. Tutelada em favor do reconvinte a propriedade do imóvel objeto de ação anulatória intentada pela alienante, não exorbita a autorização legal contida no art. 273 do Estatuto Procedimental Civil, a decisão judicial que defere em favor do autor da reconvenção a antecipação de tutela, com o fito de imiti-lo na posse do bem adquirido. A própria escritura pública de aquisição firma, em prol do demandado/reconvinte, a verossimilhança de seu direito, existente, ademais, nessa circunstância, fundado receio de dano irreparável, em face da impossibilidade de o proprietário explorar o bem, ausente, outrossim, a irreversibilidade do provimento antecipado, diante da própria natureza imóvel do bem em litígio (SANTA CATARINA, 2000).

Além disso, ainda é possível ao réu requerer a antecipação da tutela nas ações de caráter dúplice. Ação de caráter dúplice é aquela em que o réu pode formular pedido na própria contestação, não necessitando da reconvenção para tanto. Nessas ações, o réu faz o chamado pedido contraposto.

Sobre essa possibilidade, leciona Carneiro:

Não se cuidando de ação dúplice, parece pouco compatível com o sistema admitir a AT a benefício do réu: trata-se de instituto que visou exatamente redistribuir o ônus do tempo no processo, evitando corra em prejuízo do *autor* (2004, p. 60).

Dessa forma, de se concluir que o legitimado a requerer a tutela antecipada é, em regra, o autor, sendo que o réu possui a referida legitimidade apenas quando oferece uma reconvenção ou quando demandado em ação de caráter dúplice.

2.11 – Da Irreversibilidade do Provimento Antecipatório

Consta do § 2.º do artigo 273 do Código de Processo Civil que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Ou seja, essa disposição legal condiciona a concessão da tutela antecipada à inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório.

De acordo com Marinoni, o parágrafo segundo do artigo 273 se refere à irreversibilidade do provimento antecipado, que não se confunde com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento. Segundo o renomado autor:

O que o art. 273 do Código de Processo Civil veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado” – que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias (2009, p. 193).

E, adiante, exemplifica seu conceito dizendo que “quando o art. 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, *a antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento* (2009, p. 194)”.

Quanto à provisoriedade da tutela antecipada, Marinoni afirma que:

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. Mas a satisfatividade da tutela antecipatória, e mesmo a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, 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 (2009, p. 192-193).

Assim, de acordo com o entendimento de Marinoni, o que o parágrafo segundo do artigo 273 veda “são determinadas declarações e constituições provisórias”, nada tendo a ver a referida proibição com os efeitos fáticos do provimento antecipatório.

Ocorre que o entendimento do ilustre autor supracitado não é o adotado pela maioria dos processualistas. Estes pregam que a “irreversibilidade” do parágrafo segundo do artigo de lei em tela não se refere ao provimento antecipado, mas, sim, aos efeitos fáticos por ele produzidos, concluindo que tal disposição se trata de requisito negativo à concessão da tutela antecipada.

Justificando tal requisito negativo, Carneiro (2004, p. 79) explica que:

Como o procedimento antecipatório surge sob o signo da provisoriedade, decorrente da sumariedade da cognição, sempre é possível (embora não provável) que após a cognição plena chegue o juiz à conclusão de que as coisas não eram como de início pareciam ser, e deva proferir sentença de *improcedência* da demanda. Nestes casos, as situações fáticas, e as relações entre pessoas, irão *retornar ao “statu quo ante”*, na medida do possível (sim, porque o decorrer do tempo, em que persistiu atuante a AT, pode haver dado azo a seqüelas irreparáveis. Quando menos, teremos o “tempo perdido”...).

Por isso, a tutela antecipada somente pode ser concedida quando forem reversíveis os efeitos do provimento antecipatório, pois, considerando a provisoriedade da tutela antecipada, pode ela, ao final, ser revogada ou modificada, devendo a situação fática existente entre as partes litigantes retornar ao seu estado original. Se for irreversível o efeito do

provimento antecipatório, o retorno ao *statu quo ante* será impossível, o que ocasionará prejuízos irreparáveis ao demandado.

Depreende-se dessa explicação que a irreversibilidade se refere aos efeitos do provimento antecipatório e não ao provimento propriamente dito. Ora, se o provimento antecipatório trata-se de uma decisão judicial, pode ele ser modificado via recurso, sendo de sua própria natureza a reversibilidade. Ademais, o próprio artigo 273 do CPC prevê, em seu parágrafo quarto, que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (...)”, confirmando a reversibilidade do provimento antecipatório.

Sendo assim, não é crível que a disposição legal sob comento se refira ao provimento antecipatório, pois este sempre é reversível. A exigência da reversibilidade, dessa forma, somente pode se dar em face dos efeitos do provimento antecipado.

Segue este posicionamento Carneiro (2004, p. 79):

Vale, aqui, uma observação: a “irreversibilidade” não se refere propriamente ao “provimento” antecipatório, mas sim aos *efeitos do provimento*. O provimento, em si mesmo, como decisão judicial passível de recurso e que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 273, §4.º), é eminentemente reversível. Neste ponto convêm a maioria dos processualistas (Bedaque, *Aspectos Polêmicos...*, cit., p. 237; Barbosa Moreira, *in RePro* 81/204; *vide* rol apresentado em artigo de Luiz Fernando Bellinetti, *in Aspectos Polêmicos...*, cit., pp. 246-248).

No mesmo sentido entende Zavascki:

Não se pode confundir *irreversibilidade* com *satisfatividade*. Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem a fruição, ao menos em parte, do bem da vida reclamado pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ter consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos. Será reversível quando permitir a recomposição integral da situação fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa. Insista-se no ponto: a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão, e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento. À reversibilidade jurídica (revogabilidade da decisão) deve sempre corresponder o retorno fático ao *status quo ante*. Não foi feliz, como se percebe, a redação do dispositivo citado, ao falar em irreversibilidade do “provimento” (1997, p. 97).

Por fim, importante transcrever a opinião de Carreira Alvim, que também segue o raciocínio acima explicitado:

No fundo, 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 repostada no *status quo ante*, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte beneficiada não estaria em condições de suportar (2002, p. 98).

Pelas razões expostas, segue-se o entendimento de que o que o parágrafo segundo do artigo 273 do CPC veda é a concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos decorrentes do provimento antecipatório.

Ressalte-se, contudo, que esse requisito negativo deve ser aplicado com cautela, sendo a exigência nele constante, quando possível, relativizada, a fim de não comprometer a finalidade do instituto da tutela antecipada.

Sobre esse pressuposto, Negrão e Gouvêa (2008, p. 416) colacionam o seguinte resumo de julgado:

A exigência da irreversibilidade inserta no § 2.º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina (STJ-2.ª T., REsp 144.656-ES, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 6.10.97, não conheceram, v.u., DJU 27.10.97, p. 54.778).

Passe-se, assim, a analisar a aplicação do requisito sob enfoque.

2.11.1 – Aplicação do Pressuposto da Irreversibilidade

De acordo com Carneiro (2004, p. 81), na aplicação do pressuposto da irreversibilidade deve-se harmonizar dois princípios constitucionais que se conflitam, quais sejam: o princípio da efetividade, que se traduz no acesso a uma justiça eficaz, que concede antecipações de tutela, e o princípio da segurança jurídica, que “prestigia a não concessão de antecipações irreversíveis, potencialmente prejudiciais à eficácia da (eventual) futura sentença de improcedência da demanda”.

Ou seja, para se aplicar o pressuposto da irreversibilidade deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, pelo qual se realiza uma ponderação entre os interesses conflitantes para se chegar àquele que deve prevalecer no caso concreto.

Como bem salientado por Zavascki:

Casos haverá, e esses certamente são casos extremos, em que o conflito entre segurança e efetividade é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro. Na Justiça Federal, por exemplo, não são incomuns pedidos para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão (greve dos servidores, por exemplo) não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário); seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria

natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito (1997, p. 98).

É importante consignar que, em alguns casos, a reversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório pode ser duvidosa. É o que ocorre, por exemplo, quando o objeto da demanda envolve valor monetário e há risco de impossibilidade de sua reposição, caso o provimento concedido seja revogado.

Mesmo nestes casos a proibição descrita no parágrafo segundo do artigo 273 pode ser mitigada, pois o juiz pode exigir que o autor preste uma caução a fim de se assegurar a existência de numerário suficiente a indenizar eventual prejuízo suportado pelo réu. Dessa forma, tal situação não constitui óbice à concessão da tutela antecipada quando evidente o direito do autor.

Sobre o tema, prescreveu Zavascki:

Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação ao improvável. Entretanto, impõe-se ao juiz, nessas circunstâncias, prover meios adequados à reversibilidade da situação, como, por exemplo, exigindo caução, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações (1997, p. 97).

Nery Júnior e Rosa Nery também entendem que, quando eventual prejuízo sofrido pelo demandado puder ser reparado mediante indenização, é possível a concessão da tutela antecipada mesmo diante do perigo da irreversibilidade de seus efeitos:

Caso haja real perigo de irreversibilidade ao estado anterior, a medida não deve ser concedida. É o caso, por exemplo, de antecipação determinando a demolição de prédio histórico ou de interesse arquitetônico: derrubado o prédio, sua eventual reconstrução não substituirá o edifício original. Aqui existe a irreversibilidade *de fato*, que impede a concessão da tutela antecipada. Quando houver irreversibilidade *de direito*, ou seja, quando puder resolver-se em perdas e danos, a tutela antecipada pode, em tese, ser concedida (2010, p. 553).

No seguinte trecho, Carreira Alvim cita ótimo exemplo do raciocínio que deve ser seguido pelo magistrado nos casos sob comento:

Pense-se na hipótese em que, para salvar a vida do paciente, se peça, contra a sua vontade, autorização judicial para amputar-lhe uma 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 afirmará também que, para salvar uma vida, não se deva, ante o disposto no § 2.º do art. 273, amputar uma perna, pelo simples fato de que essa amputação possa, na sentença, revelar-se precipitada. Igualmente, a irreversibilidade da demolição de um prédio (art. 888, VIII) ou dos alimentos provisionais (art. 852) – já que o

alimentando não está obrigado a restituí-los – não impediu fossem inseridos no contexto do processo cautelar (2002, p. 98-99).

Destarte, na aplicação do pressuposto da irreversibilidade, o juiz sempre se deparará com interesses conflitantes, opostos, e, para concluir pela prevalência de um deles, deverá partir de um cuidadoso raciocínio de ponderação, sopesando os direitos e valores em jogo.

Para finalizar este tópico, necessário se faz transcrever a seguinte jurisprudência que trata do raciocínio de ponderação que deve ser realizado pelo magistrado nos casos em tela:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA - PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL À VÍTIMA - TRATAMENTO MÉDICO - PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE - DECISÃO IRREPROCHÁVEL - RECURSO DESPROVIDO. Nas ações de indenização por acidente de trânsito, provada a culpa pelo sinistro e a necessidade do lesado, está autorizada a concessão de tutela antecipada a fim de conceder pensão mensal para pagamento dos gastos com tratamento médico. Embora defeso ao julgador conceder a tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, necessário se faz sopesar os interesses em conflito, a fim de resguardar o direito fundamental à vida (SANTA CATARINA, 2008).

2.12 – Fungibilidade

Conforme bem salientado por Bedaque em seus estudos sobre a técnica processual face à efetividade do processo (2006, p. 116), diante das ideias que norteiam o princípio da fungibilidade das formas, quais sejam, a da efetividade e da economia processual, “inúmeras são as situações em que a substituição de uma via por outra não deve obstar ao exame da pretensão exposta pela parte”.

Com razão o renomado autor, mormente quando prescreve que o princípio da fungibilidade deve ser aplicado e entendido de forma mais ampla entre as tutelas de urgência (2006, p. 118), providências que, como o próprio nome sugere, reclamam rapidez e eficácia em sua concessão.

Sobre a necessidade da aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, explicam Marinoni e Arenhart que:

Após a alteração do CPC ocorrida no final de 1994, com a instituição do novo art. 273, verificou-se na prática forense certa dificuldade em precisar a natureza da tutela de cognição sumária contra o *periculum in mora*, especialmente daquela que pode ser concedida nas ações declaratórias e (des)constitutivas. Isto pela razão de que não é tão simples reconhecer a tutela antecipatória nestas ações. Nestes casos, há uma “zona de penumbra”

que pode embaralhar os operadores do direito menos familiarizados em discussões teóricas de maior profundidade (2008, p. 227).

Conforme explanado, antes do surgimento da tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio, os efeitos da tutela pretendida, quando necessário, eram antecipados por meio das medidas cautelares, que, na hipótese, eram chamadas cautelares satisfativas ou inominadas.

Com o fito de se criar instrumento próprio para tais situações e acabar com o uso inadequado das cautelares foi que nasceu o instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil. A partir de então, tutela cautelar e tutela antecipatória passaram a ser instrumentos que guardam suas diferenciações.

Ocorre que não raramente os operadores do direito não conseguem diferenciar os referidos institutos, pois, apesar de estarem eles previstos separadamente na legislação processual civil e guardarem características peculiares que os distinguem, há casos em que suas semelhanças se aproximam e dificultam suas distinções.

Por essas razões, a diferenciação desses institutos não pode ser tida por inflexível, devendo ser admitida, quando for o caso, a fungibilidade entre as tutelas antecipatória e cautelar.

Conforme salientado por Carneiro:

Assim é que, se o demandante postula na petição inicial lhe seja liminarmente deferida uma providência que denomina como antecipatória, mas em realidade constitui providência cautelar, tal equívoco não deve constituir motivo, de per si, para que o magistrado simplesmente a denegue, ou dela não conheça por inadmissível (2004, p. 40-41).

Se, no caso exposto por Carneiro, o juiz deixar de conhecer do pedido liminar do autor por incorreção da via eleita, estará ele agindo em total desrespeito à garantia constitucional do acesso a uma ordem jurídica justa, que abrange a efetividade e a economia processual. Nos dizeres de Carneiro (2004, p. 40), quando possível a fungibilidade deve ser admitida “em homenagem à economia processual e à eficiência e brevidade do processo”.

A fim de pôr uma “pá de cal” sobre o tema, foi editada a Lei N.º 10.444/2002 que inseriu, no artigo 273 do Código de Processo Civil, o parágrafo sétimo, o qual dispõe que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. Consagrou, dessa forma, o princípio da fungibilidade das medidas antecipatórias com as medidas cautelares.

Sobre a fungibilidade, prescreveram Nery Júnior e Rosa Nery:

O autor não será prejudicado por haver feito pedido fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que haja interposto cautelar incidente ou haja pedido de antecipação da tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la (2010, p. 555).

No entanto, apesar de expressamente previsto na Lei, há hipóteses em que os doutrinadores e operadores do direito possuem dúvidas quanto à aplicação da fungibilidade entre tutela antecipada e medida cautelar e tentam, nestes casos, limitar o uso do referido princípio.

Sobre o assunto, leciona Carreira Alvim:

Destarte, se a parte pede a antecipação da tutela, quando o caso é de medida cautelar, ou vice-versa, a medida cautelar, quando o caso é de antecipação da tutela, não pode o juiz, mediante simples invocação do princípio da fungibilidade, outorgar um provimento em vez de outro. Aqui não incide o princípio “quem pode o mais pode o menos”, neutralizado pela máxima *ne procedat iudex ex officio*. A não ser que, evidentemente, haja mero equívoco na denominação do provimento pleiteado: a) pede uma antecipação de tutela, chamando-a impropriamente de cautelar; ou b) pede uma cautelar, chamando-a impropriamente de antecipação de tutela. Aplica-se, no âmbito da tutela de urgência a mesma regra, segundo a qual deve o juiz qualificar a pretensão independentemente do *nomen iuris* que lhe imprimiu a parte (2002, p. 121-122).

Entende o renomado autor que o princípio da fungibilidade não pode ser aplicado indistintivamente, de forma a permitir a concessão da tutela cautelar no lugar da antecipatória, e vice-versa, em qualquer hipótese e de forma desarrazoada. Prega que seu objetivo é permitir a concessão do instituto processual adequado quando for patente o equívoco do postulante ao intitular a medida pretendida.

Ocorre que não é esse o entendimento que deve prevalecer.

Com efeito, o instituto da tutela antecipada assim como o da fungibilidade das formas são norteados pelo princípio do acesso a uma ordem jurídica justa, que compreende a garantia de uma justiça eficaz, o que somente se obtém num processo em que se preza a economia e a celeridade, onde o formalismo excessivo é mitigado para que este passe a ser visto como instrumento para a tutela dos direitos.

Ora, se o processo é um instrumento que deve ser capaz de permitir a adequada tutela dos direitos, o formalismo processual deve ser abrandado sob pena de a formalidade excessiva impossibilitar a prestação da tutela jurisdicional de forma eficaz. Assim, é evidente que a interpretação do parágrafo sétimo do artigo 273 do CPC deve ser ampla, de forma que a fungibilidade seja também aplicada para se conceder tutela cautelar quando, sendo o caso desta, a parte requer antecipação da tutela.

Sobre esse entendimento, de bom auxílio reproduzir, mais uma vez, os estudos de Bedaque:

Nas hipóteses expressamente previstas em lei não pode haver dúvida – ou melhor, não deveria haver.

No que se refere, por exemplo, às tutelas de urgência, não obstante a regra do art. 273, § 7º, do CPC, há controvérsia sobre a possibilidade de substituição de cautelar por antecipação de efeitos da tutela, visto que a letra da lei somente menciona a hipótese contrária. Claro que, diante da linha de raciocínio aqui adotada, nem seria preciso indicar a opção considerada mais correta (2006, 117).

Em nota de rodapé referente ao trecho supracitado, Bedaque afirma que “Em outra oportunidade já defendi a corrente ampliativa, inexistindo motivo para modificar essa posição”.

Ainda, segundo Bedaque (2006, p.118) apud Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 127), “a forma do ato processual não pode frustrar o atingimento de sua finalidade substancial”. Daí, sugere seja a regra do § 7º aplicada de forma ampla, mesmo porque o dispositivo “é supérfluo, pois o que ele rege não precisava ser expresso, decorre do sistema”.

Destarte, considerando os princípios da celeridade e economia processual, bem como o da efetividade do processo e o da instrumentalidade das formas, princípios esses que devem ser os norteadores do atual processo civil, de se concluir que a interpretação mais adequada é aquela que estende os efeitos da fungibilidade para a hipótese de substituição da medida cautelar pela tutela antecipada, não se limitando a aplicá-la apenas nos casos de substituição da tutela antecipada pela medida cautelar.

2.13 – Do Pedido em Parte Incontroverso

Segundo abordado no início deste trabalho, a Emenda Constitucional N.º 45/2004 acrescentou, no artigo 5.º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, o qual prevê o seguinte:

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Consagrou, dessa forma, o direito fundamental à razoável duração do processo, que se traduz no acesso a uma ordem jurídica justa e eficaz.

Sobre o que vem a ser a “razoável duração do processo”, lecionou Marinoni:

Ainda que possa parecer o contrário, não é difícil determinar o significado de “prazo razoável”. A tutela jurisdicional é prestada em prazo razoável quando a técnica processual e a administração da justiça permitem ao juiz concedê-la logo após os fatos que lhe dizem respeito terem sido

esclarecidos, ou melhor, assim que a demanda estiver pronta ou madura para julgamento (2009, p. 283).

Assim, em demandas que envolvam mais de um pedido, ou mesmo naquelas compostas de apenas um, pode acontecer que um dos pedidos ou parte dele se torne pronto para o julgamento antes que os outros. Nesses casos, em virtude do princípio de que o julgamento de mérito deve ser feito em única oportunidade, o autor teria de esperar até o fim do processo para receber o bem da vida objeto do pedido que poderia ter sido julgado assim que maduro para tanto (MARINONI, 2009, p. 283).

A impossibilidade de se analisar pedido ou parte deste que maturou antes do esperado constituía grande afronta à garantia constitucional da razoável duração do processo, tendo em vista que, nesses casos, o autor acabava por suportar o longo tempo do processo para alcançar algo que poderia muito antes ter obtido.

A fim de possibilitar a tutela imediata de direito que se tornou incontroverso no curso do processo e, por conseguinte, garantir a celeridade e efetividade processual, a Lei N.º 10.444/2002 inseriu, no artigo 273 do Código de Processo Civil, o parágrafo sexto, que disciplina que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Incontroverso se traduz naquilo que não é objeto de controvérsia, vale dizer, o pedido do autor é incontroverso quando não impugnado pelo réu.

Assim, quando o réu não contesta ou quando reconhece, expressa ou implicitamente, pedido ou parte de pedido do autor, este se torna incontroverso, razão pela qual pode ser julgado de imediato, eis que pronto para tanto. Nesses casos, o pedido ou parte deste que se tornar incontroverso deve ser objeto de tutela antecipatória em favor do autor com base no parágrafo sexto do artigo 273, já que o autor que tem razão não pode ser prejudicado pela demora do processo, que continuará o seu trâmite com a instrução probatória relativa aos pedidos controvertidos.

Logo, em tais hipóteses não há dúvida quanto à concessão da tutela antecipada.

Quanto a não-contestação, porém, necessária se faz a seguinte observação.

Consoante o disposto no artigo 319 do Código de Processo Civil, “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo autor”, ou seja, ocorrerá a revelia. Essa é a regra.

Contudo, como a toda regra corresponde uma exceção, o artigo 320 do mesmo Diploma Legal prevê casos em que a revelia não leva à presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial.

Dessa forma, não é sempre que a não-contestação tornará o pedido incontroverso. Deve-se analisar se a hipótese do caso concreto enquadra-se naquelas previstas pelo artigo 320. Caso positiva a análise, os efeitos da revelia não se operam e, por consequência, o pedido não se torna incontroverso.

Também é necessário se atentar para o disposto no artigo 302 do Código de Processo Civil, que estabelece o dever de impugnação especificada do réu. Preceitua o referido artigo de lei que o réu, ao contestar a pretensão do autor, deve “manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial” e que “presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados”.

Assim, de acordo com o artigo 302, fato não impugnado na contestação será presumido verdadeiro, de modo que se tornará incontroverso. Todavia, o próprio artigo de lei prevê exceções a esse postulado.

O artigo 302, em seus incisos, prevê expressamente que, se for inadmissível, com relação ao fato não impugnado, a confissão; “se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato”; ou se, apesar de não impugnado, o fato estiver “em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”, de modo que a sua rejeição decorra do texto da contestação, os fatos não impugnados não serão presumidos verdadeiros e, por conseguinte, não se tornarão incontroversos.

Desse modo, para que a não-contestação torne o pedido incontroverso, não devem estar presentes as hipóteses previstas no artigo 320 e nos incisos do artigo 302, ambos do Código de Processo Civil. Ausentes essas hipóteses, serão aplicados os efeitos da revelia a não-contestação e o pedido se tornará incontroverso, podendo ser objeto de tutela antecipada com base no parágrafo sexto do artigo 273.

Com essas observações, pode-se dizer que a não-contestação, excetuados os casos acima elencados, e o reconhecimento pelo réu da procedência de pedido do autor ou de parcela desse tornam o pedido incontroverso e podem gerar a concessão da tutela antecipada com base no aludido parágrafo sexto do artigo 273.

Nesses casos, conforme explicitado por Marinoni, a tutela antecipatória se baseia em convicção de verdade e, não, de verossimilhança: “Ainda que concedida no curso do processo, tal tutela antecipatória não é fundada em convicção de verossimilhança. Ao requerer não-contestação ou reconhecimento jurídico, a tutela antecipatória se baseia em convicção de verdade (2009, p. 284)”.

É importante ressaltar, novamente invocando-se explanação de Marinoni para tanto, que um pedido ou parcela deste não se torna incontroverso apenas nos casos de não-

contestação e de reconhecimento parcial. Pode acontecer que um pedido, mesmo que contestado, torne-se maduro para o julgamento no decorrer da demanda. Nesse caso, da mesma forma que não é justo ao autor esperar a realização de um direito que não foi contestado ou que foi reconhecido pelo réu no curso do processo, também não é certo ele aguardar o fim da demanda para obter um direito que ficou pronto para o julgamento no decorrer desta (2009, p. 285).

É por essa razão que Marinoni conclui que “*incontroverso* é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, *imediata tutela*. É nesse sentido que se diz que o § 6.º é a base para a tutela dos *direitos evidentes* (2009, p. 286)”.

Ou seja, de acordo com o referido autor, o pedido ou parte dele se torna incontroverso, podendo ser objeto de tutela antecipada, não apenas quando ocorre a não-contestação ou o reconhecimento parcial pela parte contrária, mas sempre que se tornar maduro para o julgamento ou, em outras palavras, quando o juiz, mesmo sem a instauração da fase instrutória, formar a sua convicção.

Assim, a concessão da tutela antecipada com base no parágrafo sexto do artigo 273 pode ocorrer sempre que um pedido ou parte dele estiver pronto para o julgamento, não mais necessitando de provas para a formação do convencimento do juiz acerca da verdade dos fatos, ou, nas palavras de Marinoni, sempre que o direito se tornar evidente.

Neste caso, considerando que o juiz conclui pela desnecessidade de instrução probatória, a concessão da tutela antecipada também será baseada em convicção de verdade e, não, em de verossimilhança.

E isso pode acontecer em várias hipóteses, como quando o réu não apresentar contestação; quando, apesar de apresentada a contestação, o réu não impugnar especificadamente pedido ou parte de pedido do autor e, do contexto da contestação, não decorrer essa impugnação; quando houver reconhecimento de parte do pedido ou de um dos pedidos do autor; ou, até mesmo, quando, após apresentada a contestação, o juiz se convencer da verdade dos fatos e decidir pela desnecessidade de instrução probatória.

Em todos esses casos e sempre que pedido ou parte de pedido do autor se tornar evidente, pronto para o julgamento, será ele passível de antecipação da tutela com base no parágrafo sexto do artigo 273 do Código de Processo Civil, tendo em vista que, de acordo com o professado por Chiovenda, o tempo do processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

2.13.1 – Da decisão que concede a antecipação da tutela com base no §6º

Consoante afirmado, a Emenda Constitucional N.º 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5.º da Constituição Federal, consagrando o direito fundamental à duração razoável do processo e aos meios capazes de garantir a celeridade processual.

Sobre o tema, de bom alvitre transcrever os ensinamentos de Marinoni:

Tal direito fundamental obriga o legislador a estruturar o processo civil de forma a conferir ao autor a possibilidade de obter a tutela jurisdicional do modo mais tempestivo possível. Cabe ao legislador instituir as técnicas processuais necessárias a dar a máxima celeridade ao processo, desde que, com isto, obviamente não seja pago o preço direito de defesa. Só desta maneira o legislador estará cumprindo a sua parte diante do direito fundamental à duração razoável (2009, p. 290).

Com razão o ilustre autor. Toda e qualquer interpretação sobre textos normativos deve ser realizada à luz dos princípios e garantias insculpidos na Constituição Federal. E isso se aplica principalmente ao legislador que, ao editar as leis, deve sempre buscar a criação de mecanismos capazes de efetivar o estabelecido na Carta Magna.

E foi justamente com o objetivo de efetivar o direito fundamental à duração razoável do processo que o legislador inseriu o parágrafo sexto no artigo 273, prevendo a possibilidade de concessão da tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, se tornar incontroverso. Com essa previsão estaria plenamente resolvida a questão da duração razoável do processo quando o direito do autor se tornar evidente antes do momento oportuno para o julgamento da demanda.

Ocorre que, do confronto do aludido parágrafo sexto com o parágrafo quarto do mesmo artigo de lei, surge uma indagação: a tutela antecipada de pedido incontroverso pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo?

O parágrafo quarto do artigo 273 não estabelece se a modificação/revogação se aplica à tutela antecipada de pedido incontroverso. O parágrafo sexto também não estabelece se a tutela antecipada de pedido incontroverso é revogável ou modificável. Há a conclusão de que seria ela revogável/modificável devido à disposição espacial dos dispositivos legais (o parágrafo sexto vem depois do parágrafo quarto), bem como porque a provisoriedade da tutela antecipada se deve ao fato de ser o instituto uma tutela de cognição sumária (MARINONI, 2009, p. 291).

No entanto, considerando que as interpretações devem ser guiadas pelos princípios e garantias constitucionais e em face do direito fundamental à razoável duração do processo,

não se pode admitir que a tutela antecipada de pedido incontroverso possa ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

É o que explica Marinoni no seguinte trecho:

O §6.º do art. 273, quando interpretado de acordo com o direito fundamental à duração razoável, faz ver que a técnica da tutela da parte incontroversa da demanda foi instituída para dar à jurisdição o poder de proteger de forma adequada um direito cuja tutela *final* não pode ser adiada pela necessidade de instrução probatória.

Frise-se que o §6.º decorre da necessidade de se dar tutela *final* à parte da demanda que se mostra incontroversa no curso do processo, e não tutela de cognição sumária ou propriamente antecipatória. Em termos de aprofundamento da cognição do juiz, a fragmentação do julgado (art. 273, §6.º) não é diferente do julgamento antecipado da integralidade do mérito, “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência” (art. 330, I, CPC) (2009, p. 291).

Ou seja, enquanto a tutela antecipada antecipa os efeitos da tutela final, que será definitivamente concedida apenas no fim do processo, a tutela antecipada de pedido incontroverso antecipa o momento da concessão da tutela final, fazendo com que a tutela que somente seria obtida ao final do processo seja concedida no momento em que o pedido está pronto para o julgamento. Dessa forma, consoante exposto no tópico anterior, a tutela antecipada de pedido incontroverso funda-se em convicção de verdade e, não, em de verossimilhança.

Daí porque não se pode falar em posterior modificação/revogação da tutela antecipada de pedido incontroverso pelo juiz que a concedeu. Se a técnica processual antecipa o momento da concessão da tutela final de mérito não há motivo para ela ser passível de posterior revogação ou modificação pelo juiz que a concedeu, pois a prestação da tutela jurisdicional foi definitiva e, não, provisória. Assim, ela somente poderá ser modificada via recurso.

E também não há falar que a tutela antecipada de pedido incontroverso fere o direito de defesa do réu, visto que ela somente será concedida quando o pedido estiver pronto para o julgamento, o que significa que, para o juiz, não mais haverá a necessidade de instrução probatória.

Quanto à possibilidade de atacar a decisão que concede a antecipação da tutela com base no parágrafo sexto via recurso, passa-se a tecer algumas considerações.

Marinoni, em sua obra “Antecipação da Tutela”, faz breve alusão à possibilidade de a tutela antecipada de pedido incontroverso produzir coisa julgada material no parágrafo que abaixo se transcreve:

Não há motivo para fragilizar a tutela antecipada da parte incontroversa, *negando-lhe a estabilidade e a expectativa de confiança decorrentes da coisa julgada material*. Inexiste qualquer diferença, *para efeito de produção de coisa julgada material*, entre integralidade e parcela do mérito. O que importa, nos dois casos, é que o mérito – na sua integralidade ou em parte – está “maduro” para julgamento (2009, p. 292).

E conclui o tópico no qual está inserido este parágrafo dizendo que “a interpretação do § 6.º do art. 273 de acordo com o direito fundamental à duração razoável impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa da demanda produz coisa julgada material (2009, p. 292)”.

Como se vê, o referido autor afirma que a tutela antecipada de pedido incontroverso produz coisa julgada material sem, contudo, *data vênia*, enfrentar adequadamente a matéria.

O conveniente seria que tivesse tratado da decisão em que, por ter considerado o direito evidente, o magistrado antecipa os efeitos da tutela com base no aludido parágrafo sexto em relação aos pedidos quanto aos quais tenha havido contestação por parte do demandado.

Quer parecer que nesta hipótese a decisão não pode produzir coisa julgada material. Isto porque, caso ocorra o contrário, o réu será impedido de levar ao conhecimento do órgão jurisdicional de segunda instância os argumentos que deduziu em primeiro grau de jurisdição, em nítida afronta, portanto, às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, deve se concluir que a decisão antecipatória dos efeitos da tutela com base no referido parágrafo sexto apenas pode produzir coisa julgada material quando se refira e pedido ou parcela dele que não tenha sido contestado (desde que ausentes quaisquer das ressalvas dos artigos 302 e 320 do CPC) ou que tenha sido objeto de reconhecimento jurídico pelo réu.

Do contrário, estar-se-ia permitindo que o réu, que não contestou pedido ou parcela dele ou que admitiu a procedência da pretensão do autor, pudesse apresentar recurso contra a decisão valendo-se para tanto dos fundamentos que deixou de invocar em sua defesa, ou negando (no recurso) as razões pelas quais reconheceu a procedência do pedido do autor.

Ademais, tal permissão se mostra flagrantemente contrária ao instituto da preclusão, já que implica em conferir ao demandado a oportunidade de invocar no recurso argumento que desejou não abordar quando da apresentação da resposta aos termos da inicial. Sem contar que, podendo o réu desdizer o que afirmou na contestação para admitir a pretensão do autor, estaria se admitindo pudesse ele se beneficiar da sua própria torpeza haja vista que se valendo de meios escusos para impedir o desfecho da lide. Evidente que o direito processual não se

presta a tanto, pois não pode ser visto como instrumento viabilizador de injustiças, mormente quando decorrentes de atitudes oportunistas.

2.14 - Da Efetivação da Tutela Antecipada

Os objetivos que justificaram a criação do instituto da tutela antecipada somente são atingidos quando a decisão que a concede é executada, ou seja, quando a decisão que concede a antecipação da tutela produz efeitos no plano material. Sem a efetivação da decisão, de nada adianta ao autor ter obtido a tutela antecipada.

Nas palavras de Marinoni:

A tutela antecipatória evidentemente não se limita à decisão que a concede, pois a decisão interlocutória é *apenas uma* das técnicas-processuais que devem estar ao seu dispor. O direito à tutela jurisdicional efetiva deve ser compreendido como o direito à preordenação das técnicas processuais necessárias e idôneas à concreta realização da tutela do direito, englobando, entre outros, os provimentos e os meios de execução adequados. De modo que a real concessão da tutela antecipada depende de sua execução (2009, p. 293).

E sobre a efetivação da decisão antecipatória, dispõe o parágrafo terceiro do artigo 273 do CPC que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A”. É importante consignar que o referido artigo 588 foi revogado pela Lei N.º 11.232 de 22 de dezembro de 2005, passando a matéria a ser tratada pelo artigo 475-O do CPC.

Acertado foi o texto legal ao indicar que a tutela antecipada será “efetivada” e não executada. Segundo explicação de Carneiro:

Propositadamente foi adotada para os provimentos antecipatórios a substituição da expressão “execução”, geralmente vinculada à execução “forçada” das obrigações de pagar, pela expressão “efetivação” (“*attuazione*”, conforme a reforma do CPC italiano pela Lei nº 353/90), que compreenderá também as formas de execução indireta e imprópria, mediante executoriedade imediata ou expedição de mandamento (2004, p. 71).

Isso porque as regras da execução de sentença condenatória não podem ser as utilizadas para a execução do provimento antecipatório que, diante de sua natureza, reclama utilização de outras técnicas para sua efetivação. Além do mais, a decisão antecipatória não constitui título executivo, já que, por ser fundada em cognição não exauriente, não retrata obrigação certa (definitiva).

É o que expressa Marinoni no trecho que se segue:

As regras da execução da sentença condenatória não foram pensadas para dar atuação aos provimentos sumários. Não faz parte do espírito desta modalidade de execução a necessidade de atuação célere do comando judicial. Nesta perspectiva, aliás, o provimento sumário, por sua própria essência, não constituiria título executivo. É que o título executivo, na sua tradição, supõe a existência de um direito “certo”, enquanto o provimento sumário, como o seu próprio nome indica, tem em seu conteúdo apenas a probabilidade da sua existência (2009, p. 207).

Ainda é importante citar a seguinte conclusão exposta por Marinoni:

Portanto, quando falamos em execução da tutela antecipatória, utilizamos essa terminologia apenas para facilitar a comunicação. *Na verdade, não importa, no atual estágio da tutela antecipatória, saber se o provimento antecipatório constitui título executivo ou se a tutela antecipatória se submete a uma execução propriamente dita. O que realmente interessa, como é evidente, é demonstrar – como fazemos desde 1994 – que o direito objeto da antecipação da tutela deve ser realizado através de meios executivos adequados à sua natureza e à situação de urgência em que se encontra inserido* (2009, p. 208).

Assim, concedida a tutela antecipada, a sua efetivação não depende de propositura de ação executiva pelo autor. Em outras palavras, a sua efetivação não ocorre noutra processo, pois, ao conceder a tutela antecipatória, o juiz deve disciplinar os meios que poderão ser utilizados pelo autor para tornar concreta a sua decisão, caso ela não seja cumprida de pronto pelo réu. A efetivação da medida deve ser garantida desde logo, sob pena de ineficácia do provimento antecipatório.

Nesse sentido, afirma Carreira Alvim (2002, p. 101) apud Tommaseo (1983, P. 332):

O provimento de urgência – tanto o cautelar *stricto sensu*, quanto o antecipatório – apresenta uma intrínseca executividade, entendida como a aptidão de produzir seus efeitos, imediata e diretamente, na esfera jurídica do réu. Não existe, assim, a necessidade de o autor, depois de haver obtido o provimento antecipado, ajuizar a ação de execução para fazer valer coativamente o seu conteúdo em face ou contra o réu (TOMMASEO).

Feitas essas ponderações, passa-se ao exame do parágrafo terceiro do artigo 273 que, considerando a Lei N.º 11.232/2005, estabelece que a efetivação da tutela antecipada deverá observar as normas previstas nos arts. 475-O, 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A.

O artigo 475-O do CPC disciplina as regras que devem ser seguidas na execução provisória da sentença.

Execução provisória é aquela em que se executa uma decisão ainda não definitiva, ou seja, que ainda não produziu coisa julgada material. De se concluir, pois, que não é a execução que deve ser tida por provisória, mas sim o título no qual ela se funda, de forma que a execução fundada em título provisório pode ser completa ou incompleta, conforme realize ou não o direito material alegado pelo autor (MARINONI, 2009, p. 206).

Por se tratar de decisão proveniente de cognição sumária, não definitiva, é que à efetivação da tutela antecipatória aplicam-se, no que couber, as regras da execução provisória de sentença.

Para facilitar a compreensão, transcreve-se abaixo o texto do artigo 475-O do CPC:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Como se vê, a marca da provisoriedade da execução está estampada nos incisos I e II supratranscritos, que mencionam a possibilidade de a decisão que se está a executar ser modificada, prevendo mecanismos que possibilitam o retorno ao *statu quo ante*.

Já o inciso III trata especificamente da execução das decisões que importem em pagamento de soma em dinheiro, atos de alienação ou outros capazes de gerar danos ao executado. Pela análise do referido inciso, infere-se que nos casos por ele elencados a tutela antecipada poderá ser efetivada, desde que o autor preste a devida caução.

Decorre do texto legal que a caução, que deverá ser arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos mesmos autos em que proferida a decisão executada, terá de ser suficiente e idônea. Isso significa que a caução a ser prestada pelo exequente da decisão antecipatória deverá ter origem lícita e possuir valor suficiente a reparar eventual prejuízo suportado pelo executado.

No entanto, a caução poderá ser dispensada nos casos previstos no parágrafo segundo do artigo 475-O do Código de Processo Civil, que abaixo se transcreve:

§2.º A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Desse modo, a decisão que concede a tutela antecipada deve ser efetivada imediatamente, mas, diante da provisoriedade que a reveste, sua execução ocorrerá por conta

e responsabilidade do autor que, em caso de revogação ou modificação da decisão, deverá reparar eventuais danos sofridos pelo réu.

Ressalte-se, também, que nem mesmo a necessidade de se levantar depósito em dinheiro, de praticar atos de alienação ou outros passíveis de gerar dano ao réu pode obstaculizar a execução da decisão antecipatória que, nesses casos, correrá mediante caução, desde que ausentes as hipóteses autorizadoras da dispensa desta.

Ainda com relação ao artigo 475-O, é importante destacar a seguinte observação de Marinoni:

Frise-se que o art. 475-O não se aplica *sempre* à execução da tutela antecipada de soma, *mas apenas quando a ela for adequada ou quando “couber”*. Por outro lado, as regras do art. 475-O que não se referem expressamente à “forma de execução” também são aplicáveis nas hipóteses em que se pretende um fazer, um não-fazer ou a entrega de coisa (2009, p. 212-213).

Como se observa, a aplicação do artigo 475-O do CPC à efetivação da tutela antecipatória se deve à sua provisoriedade.

Já a previsão de adoção dos meios de execução das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, previstos nos artigos 461 e 461-A do CPC, para a efetivação da decisão antecipatória se justifica pela “intrínseca executividade” a esta inerente.

Contudo, quanto à aplicação desses artigos à efetivação da tutela antecipada, necessário se faz observar as seguintes colocações de Marinoni:

Como dito, o art. 273, § 3.º, do Código de Processo Civil, afirma expressamente que a efetivação da tutela antecipada deve observar as normas dos arts. 475-O, 461 §§ 4.º e 5.º, e 461-A. Como as normas dos artigos 461 e 461-A dizem respeito às ações em que o provimento final pode impor um fazer, um não fazer ou a obtenção de coisa móvel ou imóvel, *e nessas ações tais normas cuidam da possibilidade da tutela antecipatória*, é claro que o art. 273 não precisa ser invocado quando a tutela antecipada contra o perigo é perseguida nas ações em que se busca, *como tutela final*, um fazer, um não fazer ou a obtenção de coisa móvel ou imóvel. Assim, é de se perguntar em que casos a tutela antecipada deverá observar o art. 273 e, ao mesmo tempo, a forma executiva prevista nos arts. 461 e 461-A (2009, p. 210).

Conforme salientado pelo ilustre autor, não é necessário invocar o art. 273 quando, nas ações referidas, se objetiva a obtenção da tutela antecipada contra o perigo. Ou seja, se nas ações que se fundam em obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, o autor pretender a antecipação da tutela por haver abuso do direito de defesa pelo réu ou por existir pedido incontroverso, é óbvio que poderá invocar, para tanto, o artigo 273 do CPC. Nesse caso, a tutela antecipada será requerida com base no artigo 273, II ou 273, § 6.º (de acordo

com a hipótese) e, se deferida, efetivada nos termos dos artigos 461 e 461-A (MARINONI, 2009, p. 210).

Marinoni conclui seu raciocínio estabelecendo que somente se justifica requerer a tutela antecipada em que se pretende um fazer, um não fazer ou a entrega de coisa em virtude de perigo com base no artigo 273 nas ações declaratórias e constitutivas, casos em que, se deferida, ela será efetivada de acordo com os arts. 461 e 461-A.

E com razão o renomado autor. Se os artigos 461 e 461-A já disciplinam a tutela antecipatória nas ações em que se busca um fazer, um não fazer ou a entrega de coisa, ou seja, nas ações condenatórias, é evidente que a tutela antecipatória nesses casos somente poderá se fundar no artigo 273 quando se tratar de ações declaratórias ou constitutivas. É nessas ações em que a tutela antecipada fundada no artigo 273 será efetivada na forma dos artigos 461 e 461-A.

Superada a indagação, retoma-se a análise dos artigos mencionados no §3.º do art. 273.

Disciplina o artigo 461 e seus §§ 4.º e 5.º:

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

(...)

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

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

Assim, o artigo 461 §§ 4.º e 5.º autoriza o juiz, nos casos em que a antecipação da tutela envolve obrigação de fazer ou de não fazer, a ordenar o réu a fazer ou não fazer a pretensão do autor sob pena de multa diária, o que pode determinar de ofício inclusive, e a especificar as medidas executivas que poderão ser adotadas para a efetivação da tutela concedida.

Já quando a tutela antecipada abranger a entrega de coisa, o juiz poderá fixar prazo para o cumprimento da obrigação, na forma do artigo 461-A do CPC, que abaixo se transcreve:

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Impende salientar que, nesse caso, além de fixar prazo para a entrega da coisa, o juiz poderá fixar multa para o caso de inadimplemento. Isso se deve ao parágrafo terceiro do artigo 461-A que dispõe que “Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1.º a 6.º do art. 461”.

Esgotado o exame do parágrafo terceiro do artigo 273 nota-se que o texto legal silenciou quanto à forma de efetivação da tutela antecipada que determina o pagamento de quantia em dinheiro.

Segundo Marinoni (2009, p. 211), nessa hipótese é possível pensar em três formas de execução: na execução por expropriação (na forma do artigo 475-J e seguintes do CPC), na execução de alimentos (artigos 732 e 733 do CPC) e na execução sob pena de multa.

De acordo com citado autor:

A multa – apesar de não prevista para a execução da sentença condenatória – e os meios executivos que tratam “da execução de prestação alimentícia” (arts. 733 e 734 do Código de Processo Civil), podem ser utilizados para a efetivação da tutela que determina a antecipação de soma, em razão da evidente *diferença entre a natureza da soma que se pretende de forma antecipada no caso do art. 273, I, e a natureza da soma que se almeja mediante a sentença condenatória*. Ora, a circunstância de o art. 273 nada ter dito quanto ao meio executivo idôneo a essa modalidade de tutela antecipatória evidentemente não pode conduzir à conclusão de que ela não pode ser adequadamente executada. Tal interpretação entraria em confronto com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que determina que as regras processuais sejam interpretadas de modo a atender as necessidades do direito material (2009, p. 212).

Ocorre que esse entendimento não pode prevalecer na sua integralidade.

Certo é que o artigo 273 nada dispõe sobre a efetivação da tutela antecipada que determina o pagamento de quantia em dinheiro e que as regras processuais devem ser interpretadas de modo a possibilitar a satisfação do direito material. No entanto, o fato de o legislador ter silenciado quanto à forma de execução dessa tutela antecipada não permite que ela possa ser efetivada de todas as formas de execução previstas na legislação.

Com efeito, não se pode admitir que a tutela antecipada que determina o pagamento de valor pecuniário possa ser executada sob pena de prisão (forma da execução de alimentos). Isso porque a Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso LXVII, preceitua que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Ora, se a Carta Magna proíbe a prisão civil por dívida, excetuando apenas os casos de devedor de alimentos e de depositário infiel, e atentando-se para o fato de que as restrições legais não podem ser interpretadas de forma ampliativa, de se concluir que a execução sob pena de prisão civil não pode ser aplicada à tutela antecipada que determina o pagamento de valor.

Afirmado esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento a Agravo Regimental tirado de decisão que suspendeu os efeitos de provimento que concedeu antecipação da tutela determinando sua execução sob pena de prisão:

AGRAVO REGIMENTAL. Decisão abusiva. Efeito suspensivo deferido para que não se cumpra ordem judicial de antecipação de tutela, obrigando empresa privada a celebrar contrato de fornecimento de serviços, sob pena de multa diária e de prisão do seu administrador. Agravo desprovido (BRASÍLIA, 2003).

Portanto, a tutela antecipada que determina o pagamento de soma em dinheiro pode ser executada sob pena de multa ou nos termos da execução por expropriação, caso em que poderá ser utilizada a penhora *on line*, instrumento que permite o bloqueio e posterior penhora de valores depositados em nome do executado em instituições financeiras bancárias, via internet.

Frise-se, porém, que na execução por expropriação o réu não poderá se valer da impugnação nos termos do artigo 475-L do CPC, podendo dela fazer uso apenas para se defender dos atos executórios. Como bem salientado por Marinoni, “no caso de penhora de bem impenhorável, ou em valor superior ao devido, o réu poderá se defender da execução através da ‘impugnação’. Se a tutela antecipatória provocar a constrição indevida de bem de terceiro, cabem os embargos de terceiro (2009, p. 212)”.

CONCLUSÃO

A morosidade processual macula os direitos fundamentais do cidadão e prejudica a prestação da tutela jurisdicional, que resta ineficaz devido à demora de sua concessão. Diante dessa realidade, a tendência moderna do Processo Civil é a de buscar instrumentos que assegurem uma solução mais rápida e justa aos conflitos de interesses, de modo com que haja a efetividade do processo e, por consequência, o amplo acesso à justiça, direito constitucionalmente garantido a todos.

Nesse contexto surgiu a tutela antecipada, instituto que foi inserido no artigo 273 do Código de Processo Civil pela Lei N.º 8.952/1994 com o fim de possibilitar a concessão da tutela pretendida em qualquer fase do processo de conhecimento, antecipando os efeitos do provimento de mérito.

Consoante salientado na introdução, o presente trabalho teve por objetivo apurar se o instituto processual sob enfoque é capaz de garantir a efetividade do processo ou, em outras palavras, se é ele um instrumento que garante uma prestação jurisdicional célere e adequada.

Pelo estudo realizado conclui-se que a antecipação da tutela pode garantir a obtenção de resultados eficazes no processo e, via de consequência, o acesso à ordem jurídica justa e efetiva, desde que empregada à luz dos princípios e garantias constitucionais que inspiraram a sua criação.

Assim, por exemplo, deve se admitir a concessão da tutela antecipada de ofício nas situações em que, presentes os pressupostos autorizadores de sua concessão, o requerimento da parte apenas não tenha sido formulado pela debilidade da atuação profissional, ou nas hipóteses em que se admite o exercício do *jus postulandi* sem a necessária habilitação e o demandante não tenha solicitado a concessão da medida de urgência.

Da mesma forma, a prova inequívoca exigida pelo artigo 273 do Código de Processo Civil deve ser entendida como prova suficiente, tendo em vista que, do contrário, a concessão da tutela antecipada restará inviabilizada, já que todas as provas são falíveis e a plena certeza sobre elas somente pode ser alcançada após a realização da fase instrutória.

Ademais, não se pode dizer que no momento da antecipação dos efeitos da tutela deva haver um “juízo de verossimilhança”. Juízo de verossimilhança, isto é, aquele que se aproxima da verdade, não pode ser alcançado a partir de cognição sumária. Melhor explicando, a cognição provisória exigida para a antecipação da tutela não se coaduna com um juízo fundado em certeza, que é o exigido para a prolação da sentença.

Desse modo, os requisitos “prova inequívoca” e “verossimilhança” devem ser lidos como prova suficiente a formar uma convicção provisória do juiz acerca da veracidade das alegações do autor.

Ainda merece destaque a conclusão sobre a aplicação do pressuposto da irreversibilidade.

O que deve ser considerado irreversível são os efeitos do provimento antecipatório e não o provimento propriamente dito. Este, por se tratar de uma decisão judicial, pode ser modificado via recurso, sendo de sua própria natureza a reversibilidade. Além disso, o próprio artigo 273 do CPC prevê, em seu parágrafo quarto, que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (...)”, confirmando a reversibilidade do provimento antecipatório.

Aliás, se o requisito da irreversibilidade recair sobre o provimento antecipatório, a antecipação da tutela restará inviabilizada, visto ser próprio da natureza das decisões judiciais a reversibilidade.

Assim, a antecipação da tutela somente pode ser concedida quando forem reversíveis os efeitos do provimento antecipatório, já que, considerando a sua provisoriedade, pode ela ser revogada ou modificada, devendo a situação fática existente entre as partes litigantes retornar ao seu estado original.

Por tudo o que foi exposto, é possível concluir que o instituto da tutela antecipada deve ser utilizado de forma destemida e desprendida dos formalismos que entram o processo a fim de atingir sua finalidade precípua: a efetividade do processo. Não há razão para inibir o seu emprego com a exigência de cumprimento das formas e com interpretações literais acerca dos institutos processuais.

Em prol da efetividade do processo, ideal que motivou a sua criação, os formalismos exacerbados devem ser escanteados a fim de que possa o instituto cumprir a função desejada por aqueles que o idealizaram. Afinal, nos dias de hoje, prestigia-se o processo de resultados, ideal que não se alcança caso o instrumento seja contaminado por desmedidos entraves.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. **Tutela Antecipada na Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BERTOLO, José Gilmar; BERTOLO, Ana Maria Ribeiro. **Tutela antecipada: origem, princípios e diferenciações no direito positivo brasileiro**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2005.

BRASIL. **Código de processo civil** *in* Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** *in* Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Medida Cautelar Nº 5.878 - PI (2002/0167210-1)**, da Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 25/02/2003. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 09 out. 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela antecipada na reforma processual: antecipação da tutela na ação de reparação de dano**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora LTr, 1999, v. 1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio**. Versão 5.0. 3 ed. Positivo, 2004.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Urgência (Fundamentos da Tutela Antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

LIMA, George Marmelstein. **Antecipação da tutela de ofício?** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2930>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº. 1997.010301-8, de Capital**. Relator: Trindade dos Santos. Juiz Prolator: Antônio do Rego Monteiro Rocha. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Comercial. Santa Catarina, 16/03/2000. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em: 11 out. 2010.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº. 2000.013404-0, de Joaçaba**. Relator: Mazoni Ferreira. Juiz Prolator: José Frâncio. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil. Santa Catarina, 03/05/2001. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em: 11 out. 2010.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n.º 2007.037565-4, de São João Batista**. Relator: Fernando Carioni. Juiz Prolator: Rafael Rabaldo Bottan. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Santa Catarina, 30/01/2008. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em: 11 out. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3.^a Região. **APELREE – Apelação/Reexame Necessário – 660040**. Processo N.º 2001.03.99.002698-1, da Oitava Turma. Relator: Desembargadora Federal Marianina Galante. São Paulo, 26/10/2009. Fonte: DJF3 CJ1 de 24/11/09, pg. 1130. Disponível em: www.trf3.jus.br. Acesso em: 22 ago. 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

VÁRIOS AUTORES. **Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão/Coordenador: Luiz Guilherme Marinoni**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.