

ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO

Maria Christina M. O. Neves Cordeiro¹

1 INTRODUÇÃO

As reformas processuais levadas a efeito pelo Estado apontam a busca de soluções para os conflitos existentes na sociedade.

O aumento das ações propostas perante o Poder Judiciário demanda a criação de medidas alternativas para a redução do tempo gasto na prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, observar Cândido Rangel Dinamarco que “acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional”.² Verifica-se que antes mesmo da reforma do Código de Processo Civil e da introdução do art. 273, já vigiam as medidas cautelares, o procedimento sumário e algumas leis esparsas como o parágrafo primeiro do art. 59 da Lei no. 8.245, de 18/10/91 (lei do inquilinato) e a Lei do Mandado de Segurança. A Lei no. 9.099/95, por sua vez, também contemplava procedimentos o sentido de imprimir celeridade à solução dos conflitos.

A necessidade de obter a tutela jurisdicional rápida e efetiva para fazer frente a situações onde a demora levaria certamente a ocorrência de dano irreparável fez com que se utilizasse do processo cautelar e das medidas

1 Advogada em Belo Horizonte. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

cautelares “satisfativas”, embora não fosse esse procedimento o adequado para obter o resultado que se buscava.

Assim, freqüentes era o uso do processo cautelar e a concessão de decisões liminares em caráter “de urgência” como as ordens de sustação de protesto de títulos enviados aos cartórios indevidamente.

A impropriedade do uso do procedimento cautelar era justificado somente pela ausência de instituto próprio que, após uma cognição sumária permitisse decidir quanto a antecipação total ou parcial dos efeitos de uma decisão que somente seria proferida após o percurso de todo o processo de conhecimento. “A sentença cautelar, realmente não pode antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal. Deveras, como escreveu *Donaldo Armelin*, uma das formas de distorção de uso da tutela cautelar verifica-se sempre que se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional uma satisfatividade que não pode ter”.³

Realmente, a introdução do art. 273 no CPC consolidou o avanço que anteriormente fora obtido por meio das cautelares inominadas, sem que ficasse o autor sujeito a suportar danos decorrentes da demora na prestação jurisdicional, bastando demonstrar possuir os pressupostos exigidos pelo mencionado artigo.

2 A NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPADA

No entender do magistrado Dr. Ernane Fidélis dos Santos, verifica-se que “a sede escolhida foi o Processo de Conhecimento, o que vem significar que referida antecipação jamais poderá ser tratada como medida de cautela nem concedida com os respectivos pressupostos. A doutrina, contudo, se apresenta já com alguma divergência. Antônio Cláudio da Costa Machado, por exemplo, entendendo que o *periculum in mora* é característica exclusiva da cautelaridade, e que o *fumus boni iuris* seria apenas fundamento formal, não

ontológico, tem a hipótese do art. 273, I como autêntica *medida cautelar antecipatória* (*Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, p. 217).”⁴

José Roberto dos Santos Bedaque, por sua vez, também entende que a tutela antecipada possui natureza cautelar e assim preleciona: “Não vejo motivo para criação de forma autônoma de tutela, com todas as características da cautelar, apenas pelo caráter antecipatório da medida ou pelo rigor eventualmente maior quanto à probabilidade de existência do direito” (*Tutela cautelar e tutela antecipada*. Malheiros, 1998,p.287).⁵

No entanto, mister observar que o processo cautelar e a tutela antecipada não se confundem, pois seus pressupostos são diversos, bem como o são o intuito de cada um desses institutos. Segundo Cândido Rangel Dinamarco“ as medidas inerentes à tutela antecipada têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los como se dá com as cautelares.”⁶

O processo cautelar possui natureza acautelatória buscando garantir a eficácia, utilidade e segurança do pronunciamento judicial de mérito a ser proferido oportunamente em outro processo. A tutela cautelar, é importante advertir, alude a uma forma de jurisdição impropriamente considerada (uma jurisdição essencialmente extensiva) que, em nenhuma hipótese, permite a caracterização efetiva de uma lide de caráter meritório. Por via de consequência, a sentença de cunho cautelar não pode e não objetiva, em nenhum caso, a obtenção de um resultado concreto que venha, de alguma maneira, a antecipar os efeitos próprios da sentença da ação principal, salvo, em situações excepcionalíssimas, em que a proteção cautelar concedida

3 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. 1.ed. São Paulo:RT.

4 SANTOS, Ernane Fidélis. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. Revista de Processo, No. 96. São Paulo: RT. P.46

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada. *Apud* SANTOS, Ernane Fidélis. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. Revista de Processo, No. 96. São Paulo: RT. P.46

sempre por vias transversas – esvazia indiretamente (sem propender ostensivamente a esta finalidade) o conteúdo meritório da lide cognitiva.

Fora desses limites estreitos, o emprego da tutela cautelar é apenas e tão somente uma forma jurídica *distorcida*, uma falácia desvirtuada de seus preceitos e objetivos fundamentais⁷.

É importante ressaltar que na tutela antecipada a técnica da cognição sumária é a utilizada através de um juízo de probabilidade e verossimilhança, quando o se obtém um juízo provisório quanto ao direito das partes. A tutela advinda com a sentença, por sua vez, após a realização de todas as provas, com as garantias constitucionais do devido processo legal e ampla defesa, traduz um juízo definitivo, apto a fazer coisa julgada material

3 PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPADA

O art. 273 possui a seguinte redação:

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

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

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

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

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

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

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

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil* 1.ed.São Paulo:Malheiros,1995,p.146

⁷ FRIEDE, R., *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 5. Ed. Belo Horizonte:Del Rey1999.p29.

Assim, verifica-se que antecipação da tutela requer que exista nos autos prova inequívoca, de forma que, num processo de cognição sumária, possa formar o convencimento do juiz acerca da verossimilhança das alegações constantes da petição inicial. Além dos requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança, deve ainda restar patente o fundado receio de que a demora no andamento do processo cause ao autor um dano irreparável ou de difícil reparação. Pode ainda, ser proferida a decisão antecipada caso fique manifesto o abuso do direito de defesa que pode ser demonstrado pelo manifesto propósito protelatório do réu na forma com que se comporta no processo.

Demais disso, a concessão da tutela antecipada requer a ausência de irreversibilidade do provimento antecipado. No entanto, tal condição não chega a constituir impedimento absoluto para a concessão da tutela, momento em que o julgador é chamado a fazer um juízo de proporcionalidade sopesando o malefício da concessão de provimento com efeitos irreversíveis e o bem que se pretende proteger mediante o provimento antecipado.

No entanto, Sérgio Bermudes, *apud R Fried.*, p.93, posiciona-se no sentido de somente admitir a concessão da tutela provisória quando ausente o risco da irreversibilidade: “urge que a providência antecipada não produza efeitos irreversíveis, isto é, resultados de tal ordem que tornem impossível a devolução da situação ao seu estado anterior. Assim, dispõe o § 2º, que restringiu o âmbito da tutela antecipada, só a admitindo sem risco de irreversibilidade. Diante desse dispositivo, assaz limitador, não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro. É preciso que o quadro fático, alterado pela tutela, possa ser recomposto.”

Observa Carreira Alvim que “irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no *status quo ante* ou não sê-lo em toda sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo

custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar. Pense-se na hipótese em que, para salvar a vida 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 negará também que, para salvar uma vida, não se deva, ante o disposto no § 2º do art. 273 do CPC, amputar uma perna, pelo simples fato de que essa amputação possa, na sentença final, revelar-se precipitada. Igualmente, a irreversibilidade da demolição”.⁸

No entanto, a lei criou certas formas visando a redução de eventuais danos, decorrentes do deferimento da tutela antecipada, sendo uma delas a aplicação das regras constantes da execução provisória das sentenças, nos termos do parágrafo 2º, do art. 273, quando restaria impedida a alienação de bens do réu ou restaria condicionado o levantamento de dinheiro a uma prévia caução idônea.

Acresce-se que a tutela antecipada é provimento de caráter provisório, constituindo-se decisão interlocutória, que pode ser combatida por meio de recurso de agravo de instrumento, podendo ainda ser modificada ou revogada no curso do processo.

4 PROVA INEQUÍVOCA NA TUTELA ANTECIPADA

Interpretar a expressão “prova inequívoca”, constante do texto do art. 273, requer determinada ponderação, sob pena de se concluir que a ausência de prova que dê absoluta certeza ao fato alegado impossibilitaria o deferimento da tutela antecipada.

⁸ ALVIM, J. E. Carreira, Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual, 2.ed.Belo Horizonte,

Preleciona J. E. Carreira Alvim que “a expressão *inequívoca* deve ser entendida em termos, porquanto se inequívoco traduz aquilo que não é equívoco ou o que é claro, ou o que é evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, a reveste, pois, toda ela, qualquer que seja a sua natureza (*iuris tantum* ou *iuris et de iure*), passa pelo crivo do legislador. ... todas as provas, diz *Calamandrei*, citando *Wach*, se bem as consideradas, não são senão provas de verossimilhança, pelo que as considerações tecidas em torno da verossimilhança podem, feitas as devidas adaptações, ser aplicadas à prova inequívoca.”⁹

Em brilhante análise sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco tece considerações sobre a “prova inequívoca” aproximando-a da locução “verossimilhança” contida no art. 273. “Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de *probabilidade*, portador de maior segurança do que a mera *verossimilhança*”.

“O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de *prova inequívoca* significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido pela tutela cautelar”.¹⁰

Normalmente, a prova utilizada para instruir o pedido de tutela antecipada vem com a petição inicial, o que não impede que a tutela venha a ser deferida no curso da ação, após a produção de outras provas, de forma que seja proferida sempre antes da sentença.

⁹ ALVIM, J. E. Carreira, Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual, 2.ed.Belo Horizonte:Del Rey. p.164

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil.1.ed.São Paulo:Malheiros,1995.

Sérgio Bermudes entende que a tutela pode dar-se liminarmente, mas nunca sem ouvir antes o réu, julgando ferido o princípio do contraditório, se assim não for feito.

5 A VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “o juiz deve reclamar uma forte probabilidade de que o direito alegado realmente exista”.¹¹

Segundo Ernane Fidélis, “os doutrinadores têm, de modo geral, preferido conceituar prova inequívoca e verossimilhança como requisitos únicos que se completam dentro de um critério de acentuada *probabilidade*”.¹²

Nelson Nery Junior, *apud Ernane Fidelis*, “para conciliar as expressões *prova inequívoca* e *verossimilhança*, aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de probabilidade, mais forte do que verossimilhança, mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca. É mais do que o *fumus boni juris*, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro” (Atualidades sobre o processo civil. *RT*, 1995, p.53).¹³ Coincidem os entendimentos esposados por Nelson Nery Junior e Cândido Rangel Dinamarco acima transcrito.

¹¹ BARBOSA, José Carlos Barbosa Moreira, A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do CPC, artigo da REPRO, 81/204)

¹² SANTOS, Ernani Fidélis dos, A antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência, artigo da REPRO, 96/53.

¹³ SANTOS, Ernani Fidélis dos, A antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência, artigo da REPRO, 96/53.

6 O REQUISITO CONSTITUÍDO PELO DANO

Além dos pressupostos acima mencionados, o art. 273 apresenta como requisito que o autor esteja sob o risco de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação para que a tutela antecipada seja concedida.

Pode, alternativamente, obter o requerente a tutela antecipada se se verificar que o réu, diante do conteúdo da contestação ou pelo seu procedimento no curso do processo revela “manifesto propósito protelatório”.

O dano a que se refere o art. 273 não exige que haja risco apenas para a pretensão a ser deferida após a cognição exauriente, podendo referir-se a um dano extra-processual, mas ligado à pretensão. Pode ocorrer que o pedido de expedição de uma certidão a ser cumprido pelo réu que se nega a tanto, seja necessário a apresentação em licitação, fato extra processual.

O dano normalmente, quando do pedido da tutela antecipada, ainda não ocorreu, e encontram-se prestes a ocorrer, mas podem existir situações em que a tutela antecipada venha a minimizar ou apagar os efeitos do dano já ocorrido, como, por exemplo, em uma ação onde se pede a declaração de nulidade do título, requerer-se a retirada do nome do devedor do cadastro de inadimplentes.

O *dano* a justificar a concessão da tutela antecipada será aquele que acarretaria ao autor prejuízos de grande intensidade, sendo que pequenos prejuízos não autorizariam a concessão do provimento de urgência. Assim, a costumeira demora processual não poderia constituir-se em alegação suficiente para concessão da medida.

7 O ABUSO DO DIREITO DE DEFESA POR PARTE DO RÉU

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a segunda situação a ser debelada mediante antecipação da cautela consiste no “*abuso do direito de defesa*” ou no “*manifesto propósito protelatório do réu*” (art. 273, inc. II).

Trata-se sempre de neutralizar os males do tempo. Há demoras razoáveis, ditadas pelo caráter formal inerente ao processo (não formalista !) e há demoras acrescidas pelo comportamento desleal do demandado. As condutas aqui conducentes à antecipação consideram-se litigância de má-fé (v. art. 17 e esp. Inc. IV). Ao sancioná-las agora com a antecipação da tutela, não quis o legislador dispensar a *probabilidade do direito* nesses casos (exigência geral expressa no *caput*) mas confirmou a dispensa de situações de perigo *para o direito* como supostos requisitos da antecipação. A celeridade na tutela é em si mesmo um bem.”

O abuso de direito de defesa deve ser analisado pelo julgador, que constatará o intuito do réu também quando se utiliza de manobras visivelmente protelatórias, como nos casos do art. 17, I e II ou quando o réu se utiliza de alegações visivelmente divorciadas da verdade ou desacompanhadas de prova que deveria trazer de imediato.

Dessarte, o abuso de direito de defesa pode substituir o requisito do inciso I do art. 273, qual seja o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sendo que ao lado do “manifesto abuso de direito de defesa” devem se encontrar presentes os demais pressupostos do art. 273 e seus parágrafos, a fim de se ver deferido o pedido de concessão da tutela antecipada.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira, *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*, 2.ed.Belo Horizonte:Del Rey.

BARBOSA, José Carlos Barbosa Moreira, *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do CPC*, artigo da REPRO, 81/204)

BERMUDES, Sérgio , *A reforma do Código de Processo Civil*, FB, 1995, p.35. *apud* SANTOS NTOS, Ernani Fidélis dos, *A antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*, artigo da REPRO, 96/55.

CARREIRA ALVIM, J. E. *A antecipação da tutela na reforma processual*, p 21-22 e *Código de Processo civil Reformado*, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995, *apud* FRIEDE, R., *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 5ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*.1.ed.São Paulo:Malheiros,1995.

SANTOS, Ernane Fidélis dos, *A antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*, artigo da REPRO, 96/53.