

TUTELA ANTECIPADA

Adriana Jesus GUILHEN*

HISTÓRICO

A partir do momento que o Estado proibiu a autotutela, como contrapartida ele assumiu a responsabilidade de proporcionar a adequada tutela jurisdicional, consubstanciada pelo princípio da inafastabilidade, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Como instrumento desta prestação jurisdicional é utilizado o processo, porém, quando este é realizado através de seu procedimento ordinário, pode não se apresentar com a efetividade e a eficácia necessárias.

Assim, para obtenção de um instrumento efetivo e eficaz surgiu a tutela antecipatória, para que o autor não tenha que suportar o ônus ocasionado pelo tempo do processo, vez que, não pode o autor que tenha razão ser prejudicado pela demora do processo.

Antes de 1.994 a tutela antecipada tinha sua ocorrência apenas como liminar em alguns processo como, por exemplo, nas ações possessórias, na busca e apreensão (Decreto Lei nº 911 de 01.10.69), na cautelar de busca de apreensão de menores, na ação de despejo (Lei nº 8.245, de 18.10.91, art. 59, § 1º), no mandado de segurança, na ação declaratória de inconstitucionalidade, na ação civil pública, entre outras.

A partir do ano de 1.994, com a reforma realizada no Código de Processo Civil, a antecipação da tutela passou a constituir um novo instituto como aplicação de regra geral, inserido nos artigos 273 e 461, do Código de Processo Civil, através da Lei nº 8.952, de 31 de dezembro de 1.994.

No ano passado, com o advento da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2.002, houve uma ampliação da

aplicação do instituto da tutela antecipada, com a modificação no art. 273, § 3º e acréscimo dos §§ 6º e 7º.

CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

Encontramos na doutrina uma discussão quanto à inconstitucionalidade da tutela antecipada, com a alegação de que como é possível a sua concessão antes da parte contrária valer-se do seu direito de defesa, haveria uma restrição ao princípio da ampla defesa.

Porém, não há como falarmos em inconstitucionalidade devido às características de revogabilidade (art. 273, § 4º) e provisoriedade ou reversibilidade (art. 273, § 2º) da tutela antecipada, além de ser proporcionada à parte a oportunidade de ser ouvida posteriormente, inclusive com direito a interpor recurso contra a liminar que concedeu a antecipação da tutela.

Ademais, a tutela antecipada pode, até mesmo, ser considerada um fenômeno processual de natureza constitucional, pois possibilita a aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da C.F.). E ainda para que este princípio seja devidamente realizado é necessária a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e eficaz, que muitas vezes só é atingida com a antecipação da tutela, diante do longo e moroso procedimento ordinário.

OBJETIVO

A tutela antecipada, como tutela jurisdicional diferenciada, tem por finalidade evitar a ordinarização do processo civil, tornando a prestação jurisdicional

* Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto (UNIRP). Advogada. Professora de Direito Processual Civil no Centro Universitário de São José do Rio Preto (UNIRP).

efetiva e eficaz, como contrapartida que ao Estado deve dar por proibir a autotutela privada.

Além do que, é maior o risco de injustiças devido a uma resposta jurisdicional tardia, intempestiva, do que o risco de injustiças por uma incorreta antecipação da tutela, desde que esta seja estabelecida conforme as determinações legais.

Por outro lado, a necessidade constante da concessão da tutela sumária satisfativa, a fim de obter-se a efetividade e a eficácia da atividade jurisdicional, é a confissão da falência, da insuficiência do sistema jurisdicional brasileiro, especialmente de seu procedimento ordinário.

DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A MEDIDA CAUTELAR

Diferenças

A tutela antecipada pressupõe direito aparentemente evidente, possibilitando a antecipação dos efeitos da sentença de mérito, enquanto que a medida cautelar visa evitar ou minimizar o risco de ineficácia do provimento final, dando respaldo à ação principal; porém, nem sempre a providência da medida cautelar coincide com a que será outorgada pelo provimento final no processo principal.

A medida cautelar exige, além do requisito do *periculum in mora*, que é o risco de ineficácia da concessão da tutela, se esta ocorrer tardiamente; também o *fumus boni iuris*, ou seja, a tutela é concedida com a realização de uma cognição não exauriente, com a aparência do bom direito. Por sua vez a tutela antecipada não exige como requisito o *periculum in mora*.

Por fim, enquanto a antecipação da tutela tem como função tornar a prestação jurisdicional efetiva, adiantando, no todo ou em parte, o provimento final almejado no processo principal; a medida cautelar tem como função gerar tutela jurisdicional eficaz, ou seja, possibilitar um processo principal eficaz.

Semelhanças

A tutela antecipada e a medida cautelar são tutelas jurisdicionais diferenciadas, possuem caráter de urgência, são de cognição sumária, incompleta, permanecendo no campo da mera plausibilidade; são

provisórias, revogáveis, reversíveis e concedidas através de decisões interlocutórias.

CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada possui as seguintes espécies:

a) Mista: tem como pressuposto o *periculum in mora*, ou seja, o risco da ineficácia do provimento final, se concedida tardiamente, que é característica tipicamente cautelar, adiantando os efeitos da própria tutela; é o caso de concessão de antecipação da tutela quando “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I).

b) Pura: tem como requisito o *fumus boni iuris*, mas não há necessidade do *periculum in mora*; é o caso, por exemplo, da concessão da tutela antecipada quando “fique caracterizado o abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II).

c) Satisfativa: é a situação da concessão de tutela antecipada quando o direito concedido na liminar coincide com o pleito principal, embora reversível e provisório, por exemplo, na busca e apreensão de menores.

REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

a) a requerimento da parte (art. 273, caput): para que seja concedida a antecipação da tutela deve haver requerimento da parte, vez que pela interpretação do art. 811, que aplica o princípio da responsabilidade objetiva, o requerente responde por eventuais prejuízos causados ao requerido, pela concessão da antecipação da tutela.

b) Prova inequívoca da verossimilhança das alegações (art. 273, caput): não há prova inequívoca no sentido de incontestável, mas prova que apresente alto grau de convencimento, afastada qualquer dúvida razoável. A junção de “prova inequívoca” e “verossimilhança” leva-nos a compreender que não basta uma prova aparente, mas uma prova que possibilite uma convincente fundamentação do magistrado, porém, sem a necessidade de uma certeza absoluta.

c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I): neste caso devemos observar a existência de perigo ou grande risco de ineficácia da decisão final, se a medida antecipatória não for concedida, sendo insuficientes os simples inconvenientes da morosidade do processo.

d) abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II): é o abuso de defesa ou utilização pelo réu de expedientes escusos e subalternos para protelar o término do processo, buscando beneficiar-se pela manutenção do *statu quo*, não sendo imprescindível a comprovação da má-fé do réu. Como exemplo, podemos mencionar a apresentação de defesas antagônicas em processos diferentes, a não ser com o devido fundamento, a apresentação de defesa contra ato incontroverso ou uma defesa sem consistência, a alegação tardia de fato relevante, a interposição de recurso incabível, entre outros casos.

e) decisão fundamentada (art. 273, § 1º): a decisão que concede a antecipação da tutela deve ser fundamentada de modo claro e preciso. Todavia este parágrafo é até mesmo desnecessário, pois a fundamentação de decisão é exigência constitucional, constante no art. 93, IX, da Constituição Federal. Porém, na concessão da tutela antecipada, não basta o juiz fundamentar de forma clara e precisa a sua decisão, deve, também, explicitar a incidência e a aplicação do princípio da proporcionalidade aos interesses em conflito, bem como justificar a razão pela qual optou por aquele risco.

MOMENTO E MEIO PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada pode ser concedida antes da citação, após oitiva da parte contrária, durante ou após a audiência preliminar ou de instrução e julgamento, ao ser proferida a sentença e na apelação. Ainda, na ação rescisória, no caso do réu com endereço certo ser citado por edital, nos recursos especial ou extraordinário, no caso de tutela concedida de ofício ou no processo de execução.

Referente ao meio de concessão, a antecipação da tutela deve ser concedida através de uma decisão interlocutória, cabendo contra esta decisão o agravo de instrumento, que deve ser interposto no prazo de dez dias, diretamente perante o Tribunal.

No caso da antecipação da tutela não é viável o agravo retido, pois quando do seu julgamento pelo Tribunal, o seu pronunciamento provavelmente não terá mais utilidade, devido ao caráter emergencial do instituto da tutela antecipada.

Quando a tutela antecipada for concedida em sentença, juntamente com a decisão terminativa, poderá

ser interposto o agravo de instrumento ou a apelação, devido à aplicação do princípio da fungibilidade, sendo que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo e não no efeito suspensivo (art. 520, VII), possibilitando, quanto a tutela antecipada.

CARACTERÍSTICAS DA TUTELA ANTECIPADA

Reversibilidade (art. 273, § 2º)

O § 2º do art. 273, determina que a tutela antecipada deve ser reversível, ou seja, deve haver possibilidade de a coisa ser reposta ao estado anterior ao da providência ou, ao menos, possibilidade de indenização e que a parte seja capaz efetivamente de compensar o dano sofrido.

Para se verificar a possibilidade de reversibilidade devemos aplicar o princípio da proporcionalidade, necessitando haver a ponderação dos valores em questão, a fim de se solucionar o confronto: rapidez X segurança.

Efetivação (art. 273, § 3º)

Para efetivação da tutela antecipada, conforme estabelece o § 3º do art. 273, devem ser aplicadas as regras do art. 588, porém sem a necessidade de um processo executivo, pois normalmente o provimento antecipatório tem força mandamental ou executiva *lato sensu*, sendo efetivado no próprio processo em que foi proferido.

Todavia, como o provimento antecipatório não se restringe apenas a ações mandamentais ou executivas *lato sensu*, podendo ser concedido em todas as espécies de ações, conseqüentemente, as decisões poderão ser diversas, conforme abaixo enumeradas.

Modalidades de ações/decisões:

a) declaratória: podem ser antecipados os efeitos práticos da certeza jurídica objetivada na ação, por exemplo, na ação declaratória de paternidade quanto aos alimentos, no caso de cumulação dos pedidos; no pleito de sustação de protesto na ação declaratória de inexistência de débito; na autorização para o sócio participar da assembléia enquanto se discute seu direito de participar da sociedade.

b) (des)constitutiva: são passíveis de adiantamento os efeitos de natureza executiva ou mandamental da futura sentença, por exemplo, no pedido de exclusão do nome do cadastro de inadimplentes (Serasa/SPC); exclusão do pagamento de despesas condominiais em caso de discussão para anulação da assembléia.

c) condenatórias: são passíveis de adiantamento as prestações de dar, fazer, não fazer ou pagar, através de medidas de imediato cumprimento de ordens executivas lato sensu ou mandamentais, por exemplo, quanto a concessão de alimentos para sustento e moradia em casos de catástrofes e acidentes de trânsito.

d) mandamental: há antecipação da eficácia social da sentença, mas não de sua eficácia jurídico-formal, efetivada através de uma ordem contra quem a tutela foi antecipada, inclusive com imposição de multa, estabelecida no art. 461, § 5º.

e) executiva lato sensu: neste caso, também há antecipação da eficácia social da sentença, não de sua eficácia jurídico-formal, sendo que para sua efetivação pode ocorrer a substituição da conduta da parte contra quem a qual a tutela foi antecipada, pela ação do auxiliar da justiça no caso de resistência, e até mesmo a imposição de multa constante do art. 461, § 5º.

Assim, devemos entender a execução provisória como a possibilidade de serem desfeitas as providências concretas realizadas antecipadamente, se o provimento final do processo for contrário à tutela antecipada, valendo-nos para sua efetividade das regras constantes dos arts. 461, §§ 4º e 5º e 461-A.

Este já era o entendimento jurisprudencial e doutrinário, confirmado pela nova redação dada ao art. 273, § 3º, pela Lei nº 10.444/02, devido à necessidade de comunicação entre a tutela antecipada como poder geral concedido ao juiz pelo art. 273, e a tutela específica contida nos arts. 461 e 461-A, possibilitando ao magistrado a aplicação de multa a fim de coagir o obrigado a cumprir a tutela antecipada, assim como a realização de outras medidas necessárias à consumação dos resultados pretendidos com a antecipação da tutela.

Há, ainda, a necessidade de aplicação do art. 811, devido à responsabilidade objetiva no caso de o requerente que obteve a liminar perder a ação, responder por eventuais prejuízos causados ao requerido, pela concessão da antecipação da tutela, se a decisão final for desfavorável.

Revogabilidade (art. 273, § 4º)

De acordo com o § 4º, do art. 273, é possível que a decisão que concedeu ou negou a antecipação da tutela seja alterada pelo juiz a qualquer tempo, em decisão fundamentada, desde que ocorra modificação na situação de fato e/ou do quadro instrutório, desaparecendo ou surgindo os pressupostos necessários para concessão ou não da tutela antecipada.

Aliás, na verdade não ocorre a alteração da decisão, mas uma nova decisão para uma nova situação, pois, enquanto a causa de pedir identifica o pedido, a razão de decidir identifica a decisão.

CONTINUIDADE DO PROCESSO ATÉ FINAL JULGAMENTO (ART. 273, § 5º)

A regra do § 5º, do art. 273, é que, iniciado o processo, concedida ou não a antecipação da tutela pleiteada, este deve prosseguir até o seu final julgamento. Ocorre que, como na antecipação da tutela não há uma decisão definitiva, de mérito, diferentemente do que ocorre no julgamento antecipado da lide, necessariamente o processo onde ela foi concedida deve prosseguir até a decisão final, com a realização de uma cognição exauriente.

INCONTROVÉRSIA E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (ART. 273, § 6º)

O § 6º, do art. 273, estabelece que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Quanto aos pedidos, a regra deste parágrafo deve ser aplicada quando houve apenas um pedido ou pedidos cumulados, apesar de sua leitura dar a falsa impressão de que ele deveria ser aplicado apenas nos casos de cumulação de pedidos.

Referente à incontrovérsia, esta é a ausência de confronto das afirmações realizadas pelo autor, quanto ao fato alegado, ou seja, a ausência de impugnação por parte do réu ou qualquer outra prova contrária.

Porém, há necessidade de analisarmos se a incontrovérsia é sobre todos os fatos ou apenas sobre parte destes. Quando a incontrovérsia for sobre todos os pontos, todos os fatos necessários para o

convencimento do juiz, há o julgamento antecipado da lide. Por outro lado, quando a incontrovérsia for sobre apenas parte dos fatos não há a possibilidade do julgamento antecipado da lide, mas é possível a antecipação da tutela jurisdicional quanto a parte incontroversa, desde que seja suficiente para a concessão da tutela antecipada.

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE (ART. 273, § 7º)

Como já visto, a antecipação da tutela como conceito distinto da tutela cautelar é recente, tendo sido incluída no nosso direito em 1994, com a reforma do CPC.

Apesar da sua introdução na nossa legislação há uma discussão quanto a diferença entre a tutela antecipada e a medida cautelar, tendo sido classificadas pela doutrina classificando-as como dois conceitos distintos, quando, na verdade, ambas são medidas urgentes, ou seja, “são categorias de um gênero só”¹.

Esta dificuldade de diferenciação provavelmente ocorre pelo fato de que, para a antecipação da tutela há em nosso ordenamento processual apenas um artigo (art. 273), enquanto que para a medida cautelar há todo um livro, com 93 artigos (Livro III – arts. 796 a 889).

Ocorre que, no livro relativo ao processo cautelar há toda uma disciplina sobre a tutela jurisdicional de urgência que deve ser aplicada para a tutela antecipada, vez que ambas são medidas urgentes.

O § 7º, do art. 273, ao possibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade entre a medida cautelar e a tutela antecipada, vem amenizar estas dificuldades de compreensão, em proveito de uma melhor efetividade da tutela jurisdicional, especialmente com redução de tempo para concessão destas tutelas jurisdicionais diferenciadas, além de possibilitar a união das teorias das medidas urgentes.

Ademais, para aplicação do princípio da fungibilidade, deve ser observado o seu caráter objetivo, ou seja, a existência de divergência doutrinária e jurisprudencial sobre as matérias onde ele está sendo aplicado. E, ainda, deve-se aplicar o duplo sentido da fungibilidade, ou seja, o seu duplo sentido vetorial,

podendo ser concedida uma medida cautelar quando requerida a antecipação de tutela, bem como podendo ser concedida a antecipação de tutela quando requerida a cautelar, por exemplo, no caso do pleito de sustação de protesto.

Por fim, na análise do pedido de antecipação da tutela, cabe ao juiz observar o princípio da substanciação, não devendo o julgador vincular-se às qualificações jurídicas apresentadas pelo autor, mas aos fatos narrados e ao pedido realizado, pois, “inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhes tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial”²

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação da Tutela**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da Nova Reforma do CPC**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 33ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 1., 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

⁽¹⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 90.

⁽²⁾ Cfr. STJ, 3ª T., Resp 1.844, j. 10.04.1990, rel. Eduardo Ribeiro, v.u., DJU 7.5.1990, p. 3.830, apud Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 11 ao art. 282, p. 371, 2ª col.