UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
CAMPUS SOLEDADE
FACULDADE DE DIREITO

Keila Mazocco

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA *INAUDITA ALTERA PARS* EM CONFRONTO COM O CONTRADITÓRIO E COM A AMPLA DEFESA

Soledade
2012

Keila Mazocco

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA *INAUDITA ALTERA PARS* EM CONFRONTO COM O CONTRADITÓRIO E COM A AMPLA DEFESA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Me. Roberto Carlos Gradin.

Soledade
2012

Dedico este meu trabalho primeiramente a DEUS, porque sem ele eu não teria chegado até aqui. Ao meu amado esposo, pela compreensão das muitas vezes em que esteve sozinho em casa, enquanto sua esposa se dedicava aos estudos, além muitas vezes em que pensei em desistir e sempre me deu apoio e ânimo para que eu seguisse essa longa caminhada.

Agradeço a Deus que influiu em mim um espírito valente e determinado, e me concedeu saúde, força e coragem para superar as adversidades. Senhor, que minha vitória sirva para tua glória e não para meu orgulho!

Aos meus pais, pela vida, pelo carinho e pela possibilidade de finalizar um curso superior, o que hoje se concretiza.

A todos os meus colegas de faculdade, pela amizade.

Aos meus professores, que me ensinaram que, por mais que possamos achar que o nosso conhecimento já está suficientemente aprofundado, sempre estaremos enganados, uma vez que o conhecimento é algo que sempre está se renovando.

Um agradecimento especial ao meu professor orientador Mestre Roberto Carlos Gradin, pela dedicação e pela ajuda na realização deste trabalho.

"Justiça complicada é injustiça manifesta. É, na melhor hipótese, Justiça tardia. Na pior, injustiça duplicada pelo efeito do tempo. Complicar é verbo que deve ser odiado pelo Judiciário"

Rui Barbosa

RESUMO

Este trabalho aborda o uso do instituto da antecipação de tutela *inaudita altera pars*, tecendo análise aprofundada nos requisitos necessários ao seu deferimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Em razão disso, instala-se uma problemática jurídica: a antecipação de tutela fere ou não o contraditório e a ampla defesa e, subsidiariamente, como se deve proceder de modo a conciliar as garantias constitucionais inerentes ao réu no deferimento da antecipação de tutela. O objetivo do presente trabalho é reforçar a existência de violação de princípios constitucionais inerentes ao réu, devido à forma apressada com que o instituto da antecipação de tutela vem sendo deferido, bem como demonstrar que muitas vezes não é possível ao réu reaver direitos em atos posteriores. Justifica-se a presente abordagem em razão da grande divergência existente na doutrina e na jurisprudência acerca da forma de aplicação do instituto da antecipação de tutela e em razão do uso desmedido e irresponsável dessa medida, sem prévia manifestação da parte contrária. O estudo baseia-se metodologicamente em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, utilizando-se o método hipotético-dedutivo de coleta de dados/informações acerca da atual forma de aplicabilidade pelo Poder Judiciário, principalmente por meio de página na Internet, em bancos de dados de jurisprudência. Além disso, demonstra o resultado de pesquisas bibliográficas realizadas, que permite que se tome conhecimento de material doutrinário relevante, tomando-se por base o que já foi publicado em relação ao tema, de modo a que se possa delinear uma nova abordagem sobre o mesmo.

Palavras-chave: Antecipação de Tutela. Contraditório e ampla defesa. *Inaudita altera pars*.

SUMÁRIO

SUMÁRIO....7
INTRODUÇÃO....8
1 HISTÓRIA DO SURGIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA....11
1.1 Da Roma Antiga....11
1.1.1 Os Interditos....13
1.2 A antecipação de tutela no Brasil....16
1.3 Importância da antecipação de tutela....20
1.3.1 A questão terminológica....22
1.4 Princípios constitucionais norteadores da antecipação de tutela....23
1.4.1 Direito à efetividade da jurisdição....24
1.4.2 Direito à segurança jurídica....25
1.4.3. Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa....26
2 DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA GENÉRICA....28
2.1 Aspectos diferenciais da tutela cautelar....31
2.2 Aspectos estruturais e funcionais da tutela antecipada....34
2.2.1 Legitimidade das partes....39
2.3 Momento para deferimento da tutela antecipada....39
2.4 Da execução provisória da tutela antecipada....41
2.5 A antecipação de tutela no direito comparado português e italiano....45
2.5.1 Breves considerações acerca dos direitos comparados....45
3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA FRENTE AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA....49
3.1 Da reversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela....54
59
3.2 Da antecipação de tutela nos tribunais....59
3.3 Motivação da decisão como forma de controle de direitos do réu....66
CONCLUSÃO....68
REFERÊNCIAS....70

INTRODUÇÃO

Os preceitos que regulam a convivência social muitas vezes não são respeitados espontaneamente pelos membros da sociedade. Disso decorre a necessidade de se criar a tutela jurídica como proteção que o Estado confere ao homem para dirimir os conflitos entre os conviventes. Assim é que, ante as complexas relações sociais, o Estado é órgão imprescindível para a pacificação dos conflitos surgidos entre os homens. Logo, é visível a concepção básica de que é necessária a existência do Estado, recaindo sobre esse, e sobre toda sua pesada estrutura político-administrativa, a responsabilidade de prover a clamada paz social, por meio de uma prestação jurisdicional imparcial, justa, tempestiva e célere. Daí o surgimento da antecipação de tutela *inaudita altera pars,* que é assunto recente, embora sua utilização provenha em de tempos remotos, pelos povos que buscavam no poder a garantia de direitos perecíveis quando em estado de lide um direito latente.

Mostrar as divergências que esse instituto vem trazendo ao longo dos tempos e mudanças na sua forma de aplicação é objetivo do presente trabalho, bem como demonstrar seus possíveis rastros de danos na forma como vem sendo utilizado pelos magistrados e pelos operadores do direito em geral.

O Brasil está inserido amplamente no contexto interno e mundial, ou seja, possui muitas questões com as quais se preocupar, principalmente aquelas que interferem diretamente sobre os cidadãos. Os problemas sociais possuem independência, mas estão também atrelados uns aos outros e, pois, surtem mudanças visíveis na qualidade de vida da população, de maneira que todos precisam ser resolvidos conjuntamente.

Nesse passo, podem-se citar algumas das necessidades sociais que precisam de solução: a educação, a saúde, a habitação, o saneamento básico, o transporte, o emprego e, atualmente, a questão da segurança pública. Observa-se, em verdade, que os problemas são incontáveis e complexos, reiterando a relevância de uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva aos conflitos decorrentes dessa situação.

Observando-se que o direito deve ser capaz de resolver os problemas com segurança e ao mesmo tempo com rapidez, embora o tempo do direito nem sempre seja o tempo das pessoas, surge, então, o grande desafio: conciliar a segurança jurídica com a efetividade do processo.

Nessa perspectiva, em passado recente, o Poder Judiciário ficou impotente diante da dinâmica imposta, pois o processo judicial mostrava-se decadente em face da evolução cultural, uma vez que respeitava uma classificação rígida entre os processos de conhecimento, de execução e do cautelar. Dogmaticamente jamais se admitiu execução antes da declaração de certeza com eficácia de coisa julgada formal e material, função essa que cabia apenas ao processo de conhecimento. Portanto, o processo fundava-se na impossibilidade de inclusão de eficácia executiva antes de provada a certeza formal da cognição, o que aumentava a ineficácia dos processos diante dos fatos e das pretensões.

Diante dessa realidade, na qual os direitos urgentes não eram satisfeitos, o legislador inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da antecipação da tutela, por meio do artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC). Esse dispositivo prevê os requisitos ao deferimento da antecipação de tutela e foi inicialmente regulamentado pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Criava-se uma medida de natureza processual civil que, provisória e executivamente, entregava de forma antecipada, parcial ou totalmente, os efeitos da decisão de mérito. Posteriormente, com o advento da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, o artigo 273 do CPC sofreu algumas alterações significativas em seus incisos e parágrafos, bem como acréscimos, que são o objeto do presente estudo. Essa tutela diferenciada pode ser concedida sem a oitiva do réu nos casos em que, se se for aguardar a contestação da parte contrária, comprometer-se-ia a tutela de urgência, bem como a efetividade do procedimento.

O presente estudo pretende tratar desse tema em específico, que ainda gera divergências de posicionamento na doutrina e na jurisprudência. A abordagem histórica da origem das medidas imediatas nos ordenamentos jurídicos é feita logo de início, uma vez que as tutelas urgentes eram conhecidas e utilizadas já no direito romano antigo, reguladas nas *Pandectas* e nos Códigos de 213 e 331 d. C., de modo que eram efetivadas pelo pretor, sendo, dessa forma, originárias do interdito romano da época clássica. Nesse passo, aborda-se a análise da medida nos códigos da Itália e de Portugal. Nesses dois casos, observa-se que, em virtude da urgência, evitaram-se as formalidades do processo plenário, mais propriamente no século XVIII, por meio de liminares, parecendo-se com o artigo 273 do atual Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, que trata da tutela antecipada dos efeitos da decisão final.

Para tratar da tutela antecipada, tema de interesse não apenas para a ciência processualística, mas, sobretudo, para o dia a dia da atividade forense, o presente trabalho aborda a criação evolutiva do instituto no Código de Processo Civil Brasileiro, nos limites do artigo 273 do CPC, apresentando aspectos gerais, pressupostos e requisitos a partir da nova lei

que o regulamenta. É importante ressaltar que se estará tratando de um instituto em fase de amadurecimento e aprimoramento, complexo, de muitas controvérsias no mundo jurídico e de amplo alcance nos diversos ramos do Direito Processual Brasileiro.

Portanto, o presente trabalho monográfico tem como escopo nuclear fornecer subsídios teóricos, amparados pelos princípios constitucionais previstos aos litigantes do contraditório e da ampla defesa. Faz-se a análise das visões doutrinária e jurisprudencial, que darão sustentação à temática da antecipação de tutela e sua invasão nos princípios constitucionalmente previstos relativos ao processo e aos litigantes, tema de expressiva importância no contexto da efetividade da prestação jurisdicional.

Dentro da perspectiva de conferir maior efetividade ao processo, sem perder de vista as garantias constitucionais previstas aos litigantes, notadamente o contraditório e a ampla defesa, analisa-se o posicionamento da majoritária doutrina e de decisões judiciais. E isso é feito a partir do ponto de vista da parte prejudicada com a concessão da antecipação de tutela *inaudita altera pars* (sem sua oitiva), procurando-se demonstrar algumas formas de solução para sua concessão e ao mesmo tempo para preservação dos direitos inerentes ao réu.

Não obstante as reformas e as alterações, a antecipação da tutela apresenta-se como tema de grande tensão e turbulência no mundo jurídico. Isso tendo em vista que, com ela, questiona-se o grau de eficiência das decisões judiciais, promove-se revisão de conceitos, requer-se mudança de paradigmas, principalmente, em relação ao binômio segurança jurídica e efetividade do processo e contraditório e ampla defesa.

1 HISTÓRIA DO SURGIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Como todo ato, lei e decisão judicial possuem fundamentos para sua existência, em nada seria diferente com o instituto das tutelas de urgência que, há tempos, existem no meio jurídico brasileiro e que vem sendo constantemente influenciado e modificado pela a evolução das sociedades e, por conseguinte, do Direito. As modificações econômicas, políticas e culturais processadas ao longo da história da civilização humana influenciam a forma, o conteúdo e o andamento dos atos jurisdicionais.

Assim, nada melhor do que conhecer onde e em que circunstâncias as tutelas de urgências foram sendo postas em prática, fazendo-se uma retrospectiva histórica, desde a gênese do Direito atual, qual seja, a Roma Antiga, até o começo do século XIX, no Reino Português, vindo a influenciar, de maneira direta, a construção da teoria das tutelas de urgência no processo civil pátrio moderno brasileiro.

1.1 Da Roma Antiga

Os estudos geográficos demonstram que a extensão do Império Romano era cada vez mais crescente e abrangia uma vasta área geográfica, na qual estavam integrados diferentes povos. Para governar e administrar eficientemente o Império foi necessário criar um conjunto diferenciado de leis que se ajustassem a todos os habitantes do mundo romano. Foi, então, nesse contexto, que os romanos criaram a Lei das Doze Tábuas, que é considerada por doutrinadores e historiadores como o primeiro registro histórico, bem como, o primeiro controle de atos dos habitantes do Reino Romano. Tal lei versava sobre direito de família, sucessões, direito público e privado, tutelas, entre outros aspectos.

Segundo Meira[1], na Lei das XII Tábuas encontravam-se modalidades de vingança privada, nas quais predominava a lei de Talião: "olho por olho dente por dente", além de formas de tutelas autônomas que se pareciam com a cautelar, a saber: o *addictus* e o *nexus.* Pelo primeiro, encontrado na Tábua III, o devedor era mantido em cárcere pelo credor por sessenta dias, como verdadeira garantia de crédito, até que pagasse o débito. Se não pagasse, a medida cautelar se convertia em executiva, podendo o devedor ser vendido e reduzido à escravidão, ou mesmo morto. Pelo *nexus*, o devedor submetia-se espontaneamente ao credor e

[11] MEIRA, Silvio. **A Lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1977, p. 23.

era liberado após pagar a dívida com seu serviço.

Para Gandolfi[2], na fase do arbitramento obrigatório, que compreendeu o sistema de ações da lei e o processo formulário, o Estado passou a obrigar o litigante a escolher árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, e também, passou a assegurar a execução da sentença se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la. Por esse motivo, vigorou o *ordo indiciorum priuatorum* (ordem dos processos civis), no qual a instância dividia-se em duas fases sucessivas: primeira, a *in iure* (que se desenrolava no tribunal do magistrado); e segunda, a *apud iudicem* (que se processava diante do *iudex,* na qual um particular era escolhido pelos litigantes para julgar o processo), também conhecido como *praetor* romano. O escolhido tinha o poder e o direito de intervir, independentemente da constituição prévia de um Juízo quando da controvérsia em torno da posse de um determinado bem, determinando comportamento a uma pessoa em cumprimento de determinação de outra. Tal atitude, segundo o mesmo autor, era considerada de caráter mandamental, ou nela ainda se promoviam atos executórios, como ocorria na *missio in possessionem* (autorizações para que tome posse total) – *missio in bona,* sobre o patrimônio, ou de objetos isolados, *missio in rem* – por meio dos interditos ou de ação *in factum, restitutiones in integrum* (reparação de prejuízos que considera injustos)[3].

Essa fase perdurou em Roma durante todo o período da realeza, eis que o processo desenrolava-se apenas diante do rei, que julgava as divergências entre particulares, as lides *(lites).* A casta de sacerdotes, auxiliando o rei, ditava o comportamento dos cidadãos. Depreendendo-se daí que, nessa conjuntura, havia um íntimo relacionamento entre direito (*ius*) e religião (*fas*).

> Desse modo, regulamentando-se direitos absolutos, o processo civil romano se valia da tutela emanada do 'jus imperium' do pretor; enquanto que os direitos de obrigações eram amparados pela 'actio', num juízo privado que inadmitia execução específica, e na qual havia pleno e absoluto contraditório. Se assemelhava, assim, a tutela interdital romana com a técnica da antecipação de tutela, posto que o pretor antecipava a execução ou o mandamento no próprio processo cognitivo, independentemente de processo autônomo, mediante uma ordem liminar, com uma cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito.[4]

Cruz[5] afirma que os éditos nada mais eram do que decisões dos pretores que, embora

---

[2]GANDOLFI, Giuseppe. **Contribuição ao estudo do processo de interdição romano**. Milano: Giuffré, 1955, p. 82.

[3] Ibidem, p. 83.

[4]CRUZ, André Luiz Vinhas da. **Evolução histórica das tutelas de urgência:** breves notas de Roma à Idade Média**.** Disponível em: <http://www.esmese.com.br/revistas.html>. Acesso em: 15 abr. 2012, p. 03.

[5] CRUZ, **Evolução histórica das tutelas de urgência:** breves notas de Roma à Idade Média, p. 04.

não tivessem poder vinculante, gozavam de proteção legal (*actionem dare*) e, com frequência, serviam de fonte para novas regras de direito. Os pretores não estavam obrigados a respeitar os éditos dos seus antecessores, mas terminavam por empregar regras anteriores que julgavam úteis e, com isso, criou-se um conteúdo normativo que prosseguia de édito em édito.

O crescimento das leis impôs a necessidade de por em ordem a compilação de fragmentos de jurisconsultos clássicos dos pretores. Surgem as *Pandectas,* realizadas sob o comando e poder de Justiniano sobre Roma, que constituíam uma suma do direito romano, em que inovações úteis misturavam-se a decisões clássicas, principalmente as regras que regulavam o procedimento sumário, criado para a solução de casos emergenciais[6].

> A técnica do processo sumário, mais abreviado e voltado para a solução de casos emergenciais, originou-se, assim, a partir dos interditos do antigo direito romano, sendo que o Direito canônico ampliou esta utilização, para hipóteses que envolvessem a posse de direitos pessoais com os interditos possessórios da 'juditia extraordinária'.Os dois sistemas de processo civil, então reinantes na Roma Antiga, acabaram por se unificarem, com a extinção do processo formulário na época do Baixo Império, decorrendo daí a publicização total da 'actio', expressão que passou a englobar, também, os interditos, eliminando-se, assim, a fase particular ('in juditio').[7]

As *Pandectas* passaram a prever várias possibilidades de antecipação de tutela, dentre elas a tutela sumária da posse (*actio exhibendum*), o direito a alimentos, o direito de menor e do nascituro à herança (*bonorum possessio ex carboniano e nasciturus*), dentre outros.

Correia[8] afirma que apenas na fase *cognitio extra ordiem* (processo extraordinário) houve aumento da autoridade estatal, afastando o caráter privado do processo, com a extinção das fases *in iudicio* e *in iure.* A partir de então, o processo passou a tramitar perante uma autoridade estatal, em que o parecer do magistrado não mais correspondia apenas a um parecer jurídico (sententia), mas estava ligado a um órgão estatal. A sentença, no processo privado romano, era consolidada na atuação da autoridade do Estado (*ex auctoritate principis*), não mais se baseando apenas em caráter arbitral ou num ato restrito do cidadão. Com isso, o processo tornou-se totalmente público, e, ao lado da jurisdição ordinária, pouco a pouco, formou-se um novo sistema processual.

1.1.1 Os Interditos

---

[6] CORREIA, Alexandre et. al. **Manual de direito romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: SEDEGRA – Sociedade Editora e Gráfica, série cadernos didáticos, (s/d), p. 90.

[7] CRUZ, **Evolução histórica das tutelas de urgência:** breves notas de Roma à Idade Média, p. 04.

[8] CORREIA, **Manual de direito romano**, p. 88.

No entender de Meira[9], os interditos surgiram junto com a criação do pretor urbano, já existindo no período final das *legis actiones*, perdurando durante todo o período formular e extinguindo-se no período da *extraordinária cognitio.*

Genericamente considerado, o termo *interdictum* correspondia a uma ordem que o pretor expedia em conformidade com os modelos expostos no edito, mediante provocação de um interessado ou de qualquer cidadão para dispor de um determinado direito[10].

Os interditos, segundo o mesmo autor, foram introduzidos no sistema processual romano como uma forma de tutela de urgência, ou seja, como uma forma processual destinada a acelerar a solução dos litígios e assegurar uma tutela rápida com base na cognição sumária do magistrado. Essa sistemática permitia que os mandados germânicos pudessem ser expedidos com ou sem cláusula justificativa, já albergando em si noções a respeito de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, vindo a se constituir no fundamento principal das atuais medidas de antecipação de tutela, cautelares e mandado de segurança.[11]

Para Magadan, existe dúvida na doutrina sobre se o mandado era ou não condicionado:

> O interdito não era um procedimento isolado, pois, a partir da emissão, não havendo o cumprimento da ordem, a parte interessada poderia instaurar um processo 'ordinário', ou seja, com cognição prévia e posterior decisão, na qual o juiz apuraria a existência, ou não, das condições da emissão da ordem, denominado *actio ex interdicto.* Uma vez constatada a existência das condições de emissão do mandado, ou seja, uma vez verificado o acerto do magistrado em emitir a ordem e se o destinatário da mesma não a tivesse cumprido prontamente, guardando a confirmação do juiz, seria este considerado desobediente. A obediência ao mandado, no entanto, resultava na resolução da questão.[12]

Essas medidas eram satisfativas, provisórias e de cognição sumária, antecipando a pretensão daquele que se afirmava titular de um direito, possuindo, um nítido caráter antecipatório ou cautelar. Destinavam-se a todo o tipo de proteção, não apenas de índole possessória como ocorria na *missio in possessiones,* sendo grande parte do mérito a influência do Direito Canônico existente na época sobre o direito que ampliou as hipóteses de aplicação de urgência para casos que envolvessem a posse de direitos pessoais, como os interditos possessórios da *juditia extraordinaria.*

---

[9] MEIRA, **A Lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado, p. 25.

[10] CORREIA, **Manual de direito romano**, p. 90.

[11] MEIRA, **A Lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado, p. 27.

[12] MAGADAN, Yuri Grossi. **Hipóteses de antecipação de tutela**: exame do artigo 273 do Código de Processo Civil. Ed. 2009. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 29.

Cruz registra, quanto à evolução do instituto:

> A partir do Direito Canônico, desvirtuando-se a concepção clássica romana, passou-se a se usar o mecanismo sumário dos interditos em questões possessórias, já a partir do século XIII em inúmeras regiões européias, da Espanha à Alemanha, na qual eram nominados de 'inhibitiones', enquanto ordens judiciais liminares para a tutela do interesse reclamado ('mandatum').[13]

Ao contrário de uma ação normal, que se encerra com a aplicação de uma regra de direito como resultado da concessão de uma ação, o interdito iniciava com um ato do império do magistrado, consistente em uma ordem. Por isso, a doutrina majoritária tende a considerar esses atos como resultantes da atividade do pretor mais como administrador do que como juiz; daí o termo *actos magis imperi quam iurisdictioni* (o magistrado municipal não pode fazer aquilo que é mais do que poder da jurisdição).[14]

Gandolfi[15] definia o interdito como um comando concreto quando se tratava do processo em si, tendo em vista que o pretor ordenava e proibia alguém a um comportamento. As formulações interditais abstratas e hipotéticas, encontradas nas *Pandectas*, referiam-se aos editos pretorianos, os quais continham os interditos.

Os interditos podiam ser classificados em proibitórios, exibitórios ou restituitórios, sendo que os proibitórios foram os primeiros a surgir. A importância primordial dessa distinção residia em determinar os meios processuais, colocando-os à disposição das partes, na hipótese de oposição à ordem emanada pelo pretor. A consequência jurídica de desobediência a uma ordem variava conforme a espécie de interdito.

No caso do interdito proibitório, havia aplicação de uma pena ao desobediente. Nos demais casos, agia-se de forma arbitrária, ou seja, nomeando-se um árbitro a pedido do réu, na presença das partes e imediatamente após a prolação do interdito, para dirimir a questão; caso contrário ter-se-ia que adotar o procedimento *sponsensionem,* que nada mais era do que a aplicação de pena ao litigante temerário, equivalente a uma soma em dinheiro, além da eventual condenação.[16]

Quanto à destinação da ordem interdital, Gusmão[17] aponta a distinção entre interditos

---

[13] CRUZ, **Evolução histórica das tutelas de urgência**: breves notas de Roma à Idade Média, p. 04.

[14] MAGADAN, **Hipóteses de antecipação de tutela**: exame do artigo 273 do Código de Processo Civil, p. 30.

[15] GANDOLFI, **Contribuição ao estudo do processo de interdição romano**, p. 66.

[16] GANDOLFI, **Contribuição ao estudo do processo de interdição romano**, p. 67.

[17] GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 14. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 55.

simples e dúplices. Os primeiros referiam-se àqueles em que a ordem do magistrado dirigia-se apenas a uma das partes e os demais àqueles em que a ordem do pretor dirigia-se a ambas as partes. Esses últimos, na prática, tornavam o procedimento *ex interdicto* (ação ordinária que tinha por objeto o acertamento da existência dos pressupostos do interdito concedido) muito mais complexo.

1.2 A antecipação de tutela no Brasil

O processo demanda tempo para a sua solução. E foi na busca de preservação dos bens envolvidos no processo, lento e demorado, afastando eventual situação perigosa à sua conservação, que surgiu a possibilidade de antecipação de tutela no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme Marinoni[18], as bases do Direito Civil brasileiro remontam à legislação portuguesa, cuja vigência perdurou até o advento do Código Civil, em 1916, e que se desenvolveu em três fases: a das Ordenações Afonsinas (vigentes na época do descobrimento do Brasil, consolidaram as leis editadas desde Afonso II até Afonso IV), a das Ordenações Manuelinas e a das Ordenações Filipinas. Tais ordenações adotaram disposições completas do direito romano e do direito canônico, aproveitaram disposições do Código das Sete Partidas e converteram em regras escritas os costumes e os padrões culturais do povo português.

Essas leis perduraram por anos no Brasil, tendo chegado, com o século XX, após a abolição da escravatura, com a edição da Lei Aúrea, em 13 de maio de 1888, e a promulgação da República, em 15 de novembro de 1889, a tão sonhada instituição de garantias e direitos aos cidadãos brasileiros que era garantida pelo ente estatal.

Do escólio de Duarte[19] encontram-se os seguintes antecedentes históricos brasileiros:

> [...]1850 - primeira sistematização das ações cautelares com o regulamento nº 737, de 21.11.1850, que disciplinou o processo comercial e tratou, em seu título VII, dos processos preparatórios, preventivos e incidentes.
> 1869 - o Barão de Ramalho, em sua obra Praxe Brasileira, trata do depósito de animal, como preliminar da ação redibitória, da consignação ou depósito do preço como preliminar da ação de retrovendendo, do seqüestro e do arresto ou embargo.

[18] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada:** julgamento antecipado, e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

[19] DUARTE, Maércio Falcão. **Ação cautelar e satisfativa**. Tese publicada nos anais do III Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, realizado em Natal, de 16 a 18 de setembro de 1999, p. 26.

> 1876 - o Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, elabora a Consolidação das Leis do Processo Civil, distinguindo nos arts. 883 e seguintes, as ações preparatórias ou incidentes.
> 1880 - através do decreto nº 763, de 19.9.1880, o Regulamento nº 737 passa a reger também o processo civil.
> 1939 - com a unificação do processo no âmbito nacional, o Código de processo Civil de 1939 passa a disciplinar as medidas preparatórias, preventivas e incidentes.
> 1973 - o atual Código de processo civil entra em vigor, estabelecendo os procedimentos cautelares típicos e atípicos, além de medidas liminares facultadas na propositura de Ações.

Contudo, o antecedente mais próximo desse instituto encontra-se insculpido no artigo 84, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, datado de 11 de setembro de 1990, que diz: "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu".

O século XX representou uma época em que se estruturou o perfil da sociedade moderna, um tempo em que o desenvolvimento tornou-se intenso e a globalização em adiantada integração, de forma relevante no que se refere às práticas e às relações comerciais internacionais. Em território nacional, além da atividade mercantil e industrial, acentuaram-se gradativamente a diminuição dos empregos, as crises nas relações de consumo e os danos ao meio ambiente, isto é, a miséria instalou-se no país.

Tudo isso foi fruto do aumento populacional e da má condução e o descaso do aparelho estatal. Em razão disso, o país viu-se diante da necessidade de criar uma regulamentação para a solução de conflitos de interesses, trazendo à esfera jurídica as partes envolvidas no litígio a fim de que pudessem apresentar suas alegações e defesas, mediante o cumprimento dos prazos processuais constantes no Estatuto Processual Civil, objetivando garantir a efetividade da tutela jurisdicional.[20]

Foi assim que, no ano de 1973, surgiu o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, tendo como base os estudos e orientações de Clóvis Bevilacqua. O Código, porém, ao longo de sua construção nas diversas fases da história brasileira, sofreu grande influência de doutrinadores europeus como Alfredo Buzaid e Enrico Tullio Liebman, entre outros.[21]

Para Marinoni[22], foi com a entrada em vigor desse novo Código e em razão do ideal de justiça e de efetividade no processo da sociedade moderna que levou o legislador a inserir, na

---

[20] FRIEDE, Reis. **Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória:** um guia completo sobre os requisitos e pressupostos constitucionais e legais. São Paulo: LTR, 2000, p. 103.

[21] DUARTE, **Ação cautelar e satisfativa**, p. 36.

[22] MARINONI, **Tutela antecipada:** julgamento antecipado, e execução imediata da sentença, p. 42.

ordem processual, técnicas diferenciadas, com o escopo de evitar os danos decorrentes do tempo excessivo de duração do processo, necessário para obtenção da certeza jurídica.

Tem-se, assim, que foi a grande influência do direito romano-canônico que fez com que o legislador "quebrasse" o padrão ordinário do processo e instituísse, com o fito de prestar efetividade ao processo, medidas liminares em caráter satisfativo, reunindo em uma única fase o conhecimento e a execução, consignadas no Código de 1973 nas ações de caráter alimentar, possessórias, entrega de bens pessoais do cônjuge, interdição etc.

Em 1973, o legislador optou por destinar, no CPC brasileiro, um Livro específico para as medidas cautelares, tipificando-as e disciplinando o procedimento, embora isso fosse apenas uma reiteração do "poder geral de cautela", já previsto no artigo 798, mas não efetivamente utilizado na vigência da codificação anterior, embora dele se deduzissem medidas atípicas, as quais, na prática, consubstanciavam antecipações de sentença de mérito.

Sem dúvida, segundo Marinoni[23], dessas medidas cautelares de cunho satisfativo sempre resultaram controvérsias, até porque o ordenamento jurídico no Brasil não previa um procedimento específico a ser adotado nessas situações, o que levou à aplicação errônea do procedimento previsto para as cautelares. Uma parte da doutrina aceitava a possibilidade de sua utilização para antecipação provisória do bem da vida, como única forma de evitar um dano para a parte requerente. Em sentido oposto, alguns doutrinadores defendiam a posição de que, na tutela cautelar, não existe o caráter de antecipação, mesmo que provisório, tendo apenas como escopo garantir a utilidade e a eficácia do provimento final, a ser emitido no processo principal, não aceitando a "desvirtuação" da sua natureza, de preventiva para satisfativa.

Acompanhando essa divergência doutrinária, também a jurisprudência oscilava a respeito, ora admitindo cautelares satisfativas, ora rejeitando-as. Mas, pouco a pouco acompanhando a evolução natural, passou-se a admiti-las, mesmo em situações irreversíveis.

Diante desse quadro, antes da reforma da lei processual apesar de já existirem alguns procedimentos especiais, nos quais, repita-se, utilizava-se da técnica da tutela antecipada, esses eram a exceção dentro do ordenamento jurídico.

A proliferação de ações especiais, com possibilidade de concessão de liminares antecipatórias, bem como a utilização indiscriminada da tutela cautelar fora do seu escopo preventivo, cada vez deixava mais à mostra a necessidade premente de recuperar-se a

[23] Ibidem.

funcionalidade do processo ordinário, de modo a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, munindo-o de instrumentos aptos às diversas situações, sem a necessidade, como até então vinha ocorrendo, de as partes e o juiz improvisarem soluções.[24]

Acompanhando os anseios sociais pela efetividade do processo e diante dos problemas até então existentes pela degeneração da tutela cautelar, a partir da reforma processual, publicada em 13 de dezembro de 1994 – Lei nº 8.952 –, foi introduzida, de forma genérica, a técnica da antecipação de tutela, no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Com isso, possibilitou-se que, em qualquer ação de conhecimento, possa ser concedida, em toda e qualquer situação que reclame urgência, nos moldes explicitados nos artigos 273 e 461, parágrafo 3°, ambos do CPC[25].

Foram instituídos como requisitos à sua concessão a prova inequívoca, o convencimento do Juiz acerca da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Também é possível sua concessão se ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Para Friede[26], um dos fatores mais importantes introduzidos por esse instituto é o fato de o inciso II, do artigo 273, do CPC, não exigir a presença do *periculum in mora*, sendo suficiente, apenas, que fique caracterizado qualquer comportamento reprovável do réu.

Dessa forma, em qualquer processo de conhecimento, seja ele ordinário ou sumário, é possível ser deferida a antecipação do provimento de mérito.

Atualmente, após duas reformas processuais, principalmente, em 1994, pela nº Lei 8.952, e, também, em 2002, pela Lei nº 10.444, as ações cognitivas passaram a permitir a efetivação de direitos, liminarmente ou durante o rito, anteriormente à sentença definitiva, realizando os seus efeitos provisoriamente ou assegurando a realização do direito da parte ou, também, do resultado útil da ação posterior.

Silva[27] explica que, com a reforma processual, diga-se de passagem, uma das mais revolucionárias alterações no ordenamento jurídico atual, observa-se de que o legislador

---

[24] MARINONI, **Tutela antecipada:** julgamento antecipado, e execução imediata da sentença, p 43.

[25]CÓDIGO PROCESSO CIVIL, 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:"

CÓDIGO PROCESSO CIVIL, 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."

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461."

[26] FRIEDE, **Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória**: um guia completo sobre os requisitos e pressupostos constitucionais e legais, p. 46.

[27] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 1, p. 50.

generalizou a técnica da tutela antecipada, retornando ao sistema interdital romano da época clássica. Por meio de tal sistemática, o magistrado não apenas declara o direito mas, acima de tudo, toma as medidas necessárias para a sua execução forçada, satisfazendo a pretensão do autor, sem a necessidade de percorrer-se o árduo caminho do procedimento comum ordinário e do consequente procedimento executivo autônomo, que pressupõe a *actio iudicati* (aquela que nasce da sentença).

Inovou-se não apenas com a desordinarização do processo, alterando o seu procedimento para o agilizar, mas, acima de tudo, eliminou-se, a separação expressa entre ação de conhecimento e *actio iudicati,* concedendo ao Juiz poderes para utilizar de expedientes executivos, de variado teor, antes mesmo de encerrar o processo, numa única relação jurídica processual, assim como faziam os romanos no procedimento interdital[28].

Mais do que uma antecipação provisória dos efeitos da tutela pretendida, encontra-se a autorização de que, antes da sentença de mérito, o juiz entre, desde logo, no campo da execução forçada, impondo ao réu alguma proibição, ou permitindo ao autor executar, provisoriamente, o seu direito. Em linhas gerais, pode-se concluir que a medida urgente de antecipação de tutela não é novidade no ordenamento processual. O que se fez foi estendê-la a toda e qualquer situação que reclamasse urgência, deixando de ser um privilégio processual, em razão da consciência da sociedade moderna de que a justiça tardia não é justiça.

1.3 Importância da antecipação de tutela

Os ordenamentos jurídicos podem optar por duas formas de proteção: oferecer aos litigantes uma forma de proteção conservadora, na qual o Estado somente intervirá após a prolação de sentença de mérito, preservando, com isso, a segurança jurídica que advêm do contraditório e da ampla defesa, ou oferecer, em casos de necessidade, uma forma de proteção imediata que preserve o gozo efetivo dos direitos que afirmam possuir, ou mesmo que tal forma de proteção reduza, de certa maneira momentaneamente, aquela segurança jurídica.

A principal necessidade de se criar algo inovador provém do fato de que os preceitos que regulam a convivência social muitas vezes não são respeitados espontaneamente pelos membros da sociedade. Daí a necessidade de se criar a tutela jurídica como proteção que o

[28] Idem, p. 51.

Estado confere ao homem para dirimir os conflitos entre os conviventes, que se sentem lesados pelas regras de convivência da sociedade e chama-se tutela jurisdicional. Diante disso, revelam-se de suma necessidade alguns ajustes e avanços na tutela dos direitos, sob pena de que a morosidade do processo cognitivo exauriente continue afetando a utilidade da sentença formal.

> A verdadeira explosão de demandas judiciais é um fenômeno que passou a ser verificado a partir de 1985, com a redemocratização do país, que liberou uma verdadeira 'litigiosidade represada' pelas duas décadas da ditadura militar. Tal fenômeno de crescente litigiosidade foi reforçado com a Promulgação da Carta Constitucional de 1988, que lançou as bases de um novo pacto social brasileiro e prestigiou o acesso à justiça como garantia fundamental de um Estado Democrático de Direito. A partir desse contexto foi idealizada a 'Reforma do Código de Processo Civil. No bojo das modificações processuais que vem sendo adotadas, a inovação trazida pela antecipação de tutela, denotam uma mudança de perspectiva a valorizar a situação do autor, pois este tem, afinal, o direito à prestação jurisdicional célere e efetiva.[29]

O principal objetivo desse instituto foi suprir a dificuldade que estava preocupando a consciência jurídica universal: evitar o perigo na demora do processo, não o deixando transformar-se em coisa inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e de defesa do direito subjetivo material da parte vencedora.

Dessa forma, a antecipação de tutela revela-se numa importante revolução processual, rompendo a barreira do passado, que se caracterizava pelo até então existente preconceito de que a antecipação dos efeitos não se coadunava com o acautelamento. Na filosofia do processo civil de países de tradição romano-canônica, o autor já começa a ação perdendo, na medida em que, em tese, se encontra em desvantagem em relação ao réu, teoricamente o causador da lesão que deu origem à demanda.

Logo, o ônus do tempo de duração da demanda sempre foi suportado pelo autor. E foi por constatar que essa filosofia em grande número de situações, mostrava-se acima de tudo injusta a desigual que o legislador indagou-se: por que não admitir, se o direito do autor parece evidente e corre o risco de se perder, causando-lhe grave lesão, que ele comece o processo ganhando?

É a partir desse pensamento que Marinoni[30] diz que o objetivo das tutelas antecipadas e assecuratórias está em equilibrar os litigantes, facilitando a obtenção pragmática de um

---

[29] BENUCCI, Renato Luis. **A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 17.

[30] MARINONI, **Tutela antecipada:** julgamento antecipado, e execução imediata da sentença, p. 44.

resultado efetivo da sentença. Com relação a isso, a efetividade depende da instrumentalidade, que consiste nas formas e espécies de meios processuais capazes de adequarem-se aos valores e às necessidades das relações de direito material e, com isso, realizarem o direito.

Segundo Marinoni, a lentidão e a demora na entrega efetiva do mérito é a principal causa da importância da antecipação de tutela:

> Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em Juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.[31]

Assim, pode-se afirmar que sua importância no ordenamento jurídico brasileiro é de grande relevância se usada da forma correta, eis que seu uso firma-se na ideia de reequilibrar a situação das partes, assegurando algumas garantias constitucionais. Não se desconheça, contudo, que muitas vezes a pendência da demanda igualmente pode causar grandes transtornos ao réu, principalmente quando se perdem de vista outras garantias constitucionais a ele também previstas, de patamar tão importante quanto às do autor.

1.3.1 A questão terminológica

Fator de relevante importância e de conhecimento comum geral dos admiradores, usuários e pesquisadores do instituto da antecipação de tutela é a sua questão terminológica, já que o uso equivocado da terminologia da mesma vem gerando grandes controvérsias a partir das definições constantes nos dicionários da língua portuguesa. É que as expressões científicas, notadamente, no campo jurídico, têm de ser exatas para serem bem assimiladas. Daí a preocupação com o tema à vista da confusão que vem sendo estabelecida pela própria doutrina, como se passará a ver.

Para Fadel[32], o uso da expressão "tutela antecipatória" é equivocado e não existe. Nem os dicionários, nem mesmo o vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, registram o adjetivo antecipatória. Todavia, pode-se dizer que tal vocábulo, no sentido vulgar, significa o

---

[31] MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18.

[32] FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 09.

efeito de antecipar, sendo sinônimo de antecipador. Ao contrário, ela é o próprio objeto da antecipação, daí porque antecipada, vale dizer, que veio antes do momento previsto. O que pode ser antecipatória é a decisão judicial e não a própria tutela.

Segundo o mesmo autor, ainda que se pudesse admitir vulgarmente a utilização do vocábulo "antecipatório", ele apenas designaria o efeito do ato judicial ou decisão que antecipa a tutela. Dessa forma, a decisão pode ser antecipatória, a tutela será sempre antecipada. Assim, o correto é o uso da expressão "tutela antecipada" ou "antecipação de tutela".[33]

1.4 Princípios constitucionais norteadores da antecipação de tutela

O instituto da antecipação de tutela, como já se viu, surgiu da necessidade de uma justiça mais célere e eficaz ao demandante que não pode correr o risco de perder bem jurídico por falha na entrega do mérito pelo aparelho estatal.

Para Destefenni[34], "O conceito de Função Jurisdicional é sempre relativo, pois depende de circunstâncias históricas". Importante essa observação na medida em que a jurisdição atua em sincronia com a lei aplicável e a relatividade se dá em função do espaço e do tempo, ou seja, da constante mutação das leis, decorrente da evolução social e no contexto em que o Poder Estatal foi criado e desenvolvido.

O autor ainda assevera que "A Jurisdição ainda tem por função acautelar as situações de ameaça de lesão, evitando a concretização de danos".[35] Diante dessa afirmação, pode-se concluir que as medidas de urgência – e, no que importa ao presente estudo, a antecipação de tutela –, estão consagradas nos princípios da efetividade da jurisdição, da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa, garantidos aos litigantes nos processos administrativos e judiciais.

Segundo Dinamarco[36], a jurisdição possui três escopos: o social, o político e o jurídico: "A jurisdição tem inegáveis implicações com a vida social, tanto que é o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das

---

[33] Ibidem.

[34] DESTEFENNI, Marcos. **Natureza Constitucional da Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 315.

[35] Ibidem.

[36] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25.

instituições políticas da nação".

Seguindo essa linha de pensamento, tem-se, então, que a jurisdição vista de seus diversos ângulos, tem seus objetivos concentrados na busca da justiça, que é a expressão do bem comum, preservando os valores de liberdade e igualdade.[37]

A pacificação social e a justiça estão intimamente ligadas, uma vez que, para se alcançar a paz social, é preciso que o Estado cumpra seu dever jurisdicional, atendendo às necessidades da nação, educando seus jurisdicionados no sentido de que compreendam seus direitos e deveres como integrantes da nação.

Dessa forma, o Estado alivia a pressão infligida ao povo, reduzindo a litigiosidade de forma a atender os anseios de seus indivíduos, trazendo à processualística contemporânea maior agilidade e simplicidade e a consequente materialização do princípio da máxima efetividade da tutela jurisdicional.

1.4.1 Direito à efetividade da jurisdição

É certo que o tempo despendido para a cognição da lide, por meio da investigação probatória, é reflexo da existência do Estado e da necessidade que ele se impôs de, antes de tutelar os conflitos, averiguar a existência dos direitos afirmados em juízo. Mas é reflexo da existência do Estado porque foi esse que vedou a autotutela privada, não deixando outra saída ao jurisdicionado a não ser levar o seu conhecimento a um terceiro imparcial.

O direito fundamental à efetividade do processo compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também, e principalmente, o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

Nesse conjunto de garantias está inserido o direito à segurança jurídica, de cuja densidade pode-se extrair não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive os direitos subjetivos de qualquer espécie), que hão de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal.[38]

E não basta que a prestação jurisdicional do Estado seja eficaz; impõe-se que ela seja também expedita, pois que é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o

[37] Idem, p. 185.

[38] MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a Tutela Jurisdicional por meio do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 156.

julgamento da demanda se dê em prazo razoável, sem dilações indevidas.

No entendimento de Marinoni [39], uma vez que o Estado é obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida essa como tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à adequada tutela jurisdicional. O jurisdicionado não tem apenas o direito à resposta jurisdicional, mas sim, direito à tutela jurisdicional efetiva.

O procedimento ordinário, segundo Benucci[40], marcado pela sua neutralidade em relação ao direito material, não constitui resposta adequada às várias soluções concretas. O Estado, para cumprir com a sua obrigação de prestar a adequada tutela, deve construir procedimentos jurisdicionais diferenciados, isto é, procedimentos adequados às diversas necessidades do direito substancial. Determinadas situações de direito substancial exigem uma forma particular de tutela e, portanto, procedimentos diferentes do ordinário; é nesse sentido que se fala de tutela jurisdicional diferenciada.

Se uma situação de direito material requer uma tutela urgente de cognição sumária, não é possível que o Estado exima-se de prestar a devida tutela jurisdicional, ou seja, a antecipação de tutela fundada nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor[41], permitindo que o direito material seja tratado de forma diferenciada, segundo as necessidades, com o intuito de garantir a efetividade de jurisdição ao litigantes.[42]

1.4.2 Direito à segurança jurídica

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 5º, inciso LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Extrai-se do referido

---

[39] MARINONI, **A antecipação de tutela**, p. 156.

[40] BENUCCI, **A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública**, p. 17.

[41] CÓDIGO DEFESA CONSUMIDOR, Art. 84- "Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1° A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2° A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa

§ 3° Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4° O juiz poderá, na hipótese do § 3° ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5° Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial."

[42] BENUCCI, **A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública**, p.17.

dispositivo o entendimento de que o processo assegura aos litigantes o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios a elas inerentes (inciso LV do mesmo artigo 5º)[43].

Nesse conjunto de garantias está inserido o direito à segurança jurídica, de cuja densidade pode-se extrair que não apenas a liberdade mas também os bens em sentido amplo hão de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal.

Nesse contexto Mesquita denominou da seguinte forma o de direito à liberdade jurídica:

> [...] tem por objetivo a liberdade de exercer os direitos contestados, até que se demonstre judicialmente que esse direito não existe ou que pertence á outrem. Se funda num pressuposto que para nós processualistas, é de extrema relevância: o de que, havendo litígio sobre a existência ou inexistência de um direito, só se pode encontrar a verdade sobre esse direito mediante a observância de um processo que garanta a descoberta dessa verdade. E isto vale tanto para a observância de um processo penal como para o processo civil, e tanto isso é verdadeiro que na raiz de todas as tentativas de restringir a liberdade jurídica do réu encontra-se sempre uma profunda e indisfarçável desconfiança na capacidade do processo de possibilitar a descoberta da verdade.[44]

É, pois, direito fundamental do litigante demandado (como o é também do litigante demandante) a chamada cognição completa, exauriente, assim entendida a que se submete às soluções definitivas dos conflitos, com procedimentos prévios, os quais ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos, de modo a que tão somente após um determinado nível de certeza acerca da titularidade do direito em litígio se possa transferi-lo de uma a outra das partes.

1.4.3. Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, mas pode ser definido também pela expressão *audiatur et altera*

---

[43] CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 5°, LV – "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

[44] BOTELHO DE MESQUITA, José Inácio. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Civil**, Belo Horizonte: Forum, ano 2011, vol. 56, 15, jul. / set, p. 45.

pars, que significa "ouça-se também a outra parte".

Corolário do princípio do devido processo legal, caracterizado pela possibilidade de resposta e da utilização de todos os meios de defesa em Direito admitidos, são garantias constitucionais destinadas aos litigantes em processo judicial, tanto criminal e quanto civil.

Esse é o princípio constitucional que versa sobre a imparcialidade que é imposta ao juiz, durante uma decisão judicial. O juiz coloca-se entre as partes, mas de forma equidistante a elas. Quando ouve uma, necessariamente deve ouvir a outra, e somente assim ter-se-á dado a ambas a possibilidade de expor suas razões e de apresentar as suas provas, influindo no convencimento do juiz.

Entende-se por ampla defesa, segundo Marinoni[45], o direito assegurado ao réu de dispor de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Enquanto isso, para o mesmo autor, o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa. A todo ato produzido caberá igual direito à parte contrária de opor-se ou dar lhe sua versão, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pela parte que se encontra no polo oposto na ação.

A tutela jurisdicional efetiva pressupõe a observância, pelos órgãos judiciários, dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, principalmente do contraditório e da ampla defesa, por serem garantias para as partes com vistas ao justo e imparcial provimento jurisdicional.

A garantia constitucional à ampla defesa contempla a necessidade de defesa técnica no processo, visando à paridade de armas entre as partes e, assim, a evitar o desequilíbrio processual, possível gerador de desigualdades e injustiças, ou seja, o defensor deve estar devidamente habilitado, e a defesa deve ser efetiva, ou seja, há garantia à efetividade de participação da defesa em todos os momentos do processo.

O princípio do contraditório, por sua vez, assegura a igualdade, ao conceder às partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos. Decorre da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

O princípio do contraditório exige, para Bennuci[46]: a) a notificação dos atos

[45] MARINONI, **A antecipação de tutela**, p. 33.

[46] BENUCCI, **A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública**, p. 34.

processuais à parte interessada; b) a possibilidade de exame das provas constantes do processo; c) o direito de assistir à inquirição de testemunhas; d) o direito de apresentar defesa escrita.

Sobre a questão, bem observa Junior:

> O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do contraditório.[47]

O referido autor entende ser mais apropriado falar-se em "bilateralidade da audiência" para definir o contraditório, pois a tão-só possibilidade que se dá à parte contrária de manifestar-se no processo atende o postulado do contraditório, não sendo necessário que de fato deduza resposta ou outra manifestação positiva diante do pedido do seu oponente.

Com a universalização do instituto da tutela antecipada, o foco voltou-se para os princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso porque a liminar de urgência muitas vezes é concedida sem oitiva da parte contrária, o que, à primeira vista, pode configurar afronta a essas garantias constitucionais.

Esse princípio também existe em outras legislações, principalmente a portuguesa. Já existia nas Ordenações do Reino do século XVI.

Apresentada a sua importância para os diversos ordenamentos jurídicos, necessária se faz análise de forma aprofundada do uso da antecipação de tutela no ordenamento jurídico brasileiro, tomando-se por base os requisitos ao seu deferimento, bem como a diferenciando especialmente do instituto da tutela cautelar, eis que os institutos são utilizados de forma semelhante no direito jurídico brasileiro.

2 DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA GENÉRICA

A antecipação de tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, inserida pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterada pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, utilizada eminentemente na ação de conhecimento, tem como importante questão a

[47] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130.

natureza jurídica do provimento jurisdicional que concede a medida antecipada.

Diz o artigo 273:

> Artigo 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 manifesto propósito protelatório do réu.
>
> §1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razoes do seu convencimento.
>
> §2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.
>
> §3º A execução da tutela antecipada observará, no que coube o disposto nos incisos II e III do art. 588.
>
> §4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo em decisão fundamentada.
>
> §5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final do julgamento. (redação dada ao artigo pela lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994).
>
> [...]

Essa tutela urgente, de forma contestável, pode ser considerada de natureza interlocutória. Segundo Lopes[48], "[...] trata-se, portanto, de decisão interlocutória (e não de sentença), por via da qual o juiz concede ao autor o adiantamento de efeitos da sentença de mérito com caráter satisfativo", conforme o artigo 162 do mesmo diploma legal[49], aludindo a tudo que é anterior à sentença definitiva como decisão interlocutória.

Entretanto, não só a questão de direito deve ser levada em conta para classificar o ato jurisdicional, mas também a questão de fato. Caso contrário estar-se-ia pensando que aquilo que foi deferido na verdade não o foi, ensejando um total contrassenso. Por meio disso, há que se destacar que os provimentos liminares que antecipam os efeitos da sentença final estão, na verdade, adiantando o mérito da causa, tendo em vista ainda os casos em que tais sentenças no plano fático tornar-se-ão irreversíveis.

Embora essa sentença liminar seja provisória e possa ocorrer modificação de seu

[48] LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40.

[49] CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Art. 162- "Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários".

status quo, pelo proferimento da sentença definitiva, não há como negar que há julgamento acerca do mérito, pois se trata do mesmo conteúdo. Nesse sentido, sustenta Silva:

> Segundo nosso entendimento, o provimento 'antecipatório' antecipa julgamento de mérito, porém, para a doutrina, somente haverá julgamento quando este, sendo fruto de um juízo de certeza, componha a lide, produzindo coisa julgada. Para a doutrina, decidir provisoriamente, ou emitir julgamentos provisórios, é o mesmo que nada decidir ou nada julgar.[50]

Portanto, ainda que o artigo 162 do Código de Processo Civil, em seus parágrafos 1º e 2º, mencione que sentença é somente aquela que finaliza o processo e que decisão interlocutória resolve questão incidente, os conceitos demonstram ser, ontologicamente, grafados pela tautologia, isto é, independentemente dos valores assumidos por suas variáveis, sempre se convertem, logicamente, em uma proposição verdadeira.

Como se disse, em razão do forte teor substancial da sua concessão, a tutela antecipada manifesta a tendência de sentença provisional, em que pese o recurso utilizado ser o agravo. Entretanto, com entendimento diferenciado, preleciona Figueira[51]: "Assim, parece-nos forçoso admitir que se está diante de uma decisão interlocutória *sui generis* ou, mais precisamente, de uma *interlocutória de mérito*".

Importante salientar que tanto a concessão como a denegação de pedido de tutela antecipada precisa ser devidamente fundamentada, bem como sua revogação ou sua alteração, ou seja, com total observância do artigo 93, IX, da Constituição Federal[52], o qual prevê que todas as decisões haverão de ser motivadas. Em caso de não observância, abre-se a possibilidade de interposição de embargos de declaração ou mandado de segurança.

Além disso, não há possibilidade de o juiz deferir de ofício a tutela antecipada, como ocorre nas medidas cautelares. Lopes afirma que [...] resulta inafastável a conclusão de que o juiz não pode conceder a tutela antecipada de ofício.[53]

Como se afirmou inicialmente, a presente pesquisa justifica-se também devido à excessiva frequência com que se estabelece confusão no uso e na aplicação entre os institutos

---

[50] SILVA, **Curso de Processo Civil**, p. 138.

[51] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 222.

[52] CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 93 IX – "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

[53] LOPES, **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**, p. 55.

jurídicos da tutela antecipada e da tutela cautelar.

As alterações da Lei nº 8.952/94 e da Lei nº 10.444/02 proporcionaram o impulso para deferimentos de medidas urgentes, necessitando da responsabilidade dos operadores do direito. Consoante diz Alvim, "Essas alterações, no entanto, só terão êxito assegurado se houver, de um lado, postulações responsáveis, e, de outro, o exercício de uma jurisdição igualmente responsável."[54]

2.1 Aspectos diferenciais da tutela cautelar

As tutelas urgentes podem ser cautelares ou ter um caráter antecipatório, de modo que são tutelas distintas. Muitas vezes semelhantes com relação à sua estrutura de aplicação, a função que desempenham é oposta, pois a cautelar tem o fito de não adiantar os efeitos satisfativos da decisão definitiva enquanto a antecipação, ao contrário, satisfaz, entregando o objeto do processo imediatamente para a posse do requerente.

Para Friede[55], o processo judicial é representado por procedimentos ou ritos que têm início, mas também o seu final, a sua realização, que somente ocorre após as formalidades previstas para cada tipo. E isso, evidentemente, demanda uma demora na efetiva prestação do direito, de modo que, contabilizando a perda temporal desde a citação até que a decisão transite em julgado e possa ser executada, pode ocorrer que o bem da vida ou o objeto pretendido pelo requerente fique à mercê de desvios que esvaziam o patrimônio do devedor, do próprio perecimento ou destruição da coisa, entre outras infinitas relações da vida que se intercomunicam e formam os fatos complexos.

Por meio desse paradigma, a tutela cautelar assumiu o propósito de assegurar a realizabilidade do direito subjetivo da parte, sempre que tal direito estiver ameaçado pela iminência de dano irreparável e de difícil reparação, visando, todavia, somente a garanti-lo e, por isso, mantendo o objeto processual livre da atuação de qualquer das partes, durante o desenvolvimento do processo.

Sendo assim, a cautelar não tem o escopo de realizar ou satisfazer o direito

---

[54] ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**: antecipação de tutela na ação de reparação do dano. Curitiba: Editora Juruá, 2000, p. 55.

[55] FRIEDE, **Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória:** um guia completo sobre os requisitos e pressupostos constitucionais e legais, p. 103.

antecipadamente, mas única e exclusivamente preveni-lo. Silva[56] assim esclarece: "Entendo o processo cautelar como uma forma de tutela, uma forma de proteção jurisdicional que deve assegurar, que deve proteger cautelarmente sem jamais satisfazer o direito acautelado". Assim, assegura-se a realizabilidade do direito.

De fato, nesse momento jamais se podia imaginar que a execução viesse anteriormente à cognição e a tutela cautelar clássica tinha o intuito de, unicamente, assegurar o bem pretendido e, por isso, deixava os fatos que exigissem tutelas satisfativas, desprovidos de qualquer instrumento capaz de antecipar os efeitos do mérito da decisão final.

Arruda refere que

> [...] o que excluía que se pudesse, cautelarmente produzir um efeito idêntico àquele suscetível de ser produzido pela procedência da ação; destinava-se, por excelência e exclusivamente à produção do valor segurança, teleologicamente preordenado a assegurar a eficácia da sentença do processo principal.[57]

Depois desse avanço tardio que contrariou as raízes históricas da ordinariedade, Silva[58] explica que a tutela cautelar precisa ser entendida como um instituto autônomo e que, por isso, difere-se da medida antecipada, pois essa satisfaz e aquela resguarda.

Sob prisma diverso, os adeptos da ampla efetividade da tutela jurisdicional, em face dessa radical limitação conferida à tutela cautelar em apenas conservar desembocam na impossibilidade de que se faça em tutela cautelar pedido evidentemente satisfativo ou vice-versa, considerando excesso de formalismo, tendo em vista que muitas demandas urgentes foram indeferidas em função dessa confusão, causando, consequentemente, prejuízos à parte autora.

> Essa postura radical, tendendo a acabar com a fungibilidade entre as medidas conservativas e antecipatórias que sempre caracterizou, geneticamente, o regime cautelar, culminou por provocar confusões e redundar em negativa de tutela de urgência em casos concretos, fosse porque o caso de urgência podia comportar temperamentos entre medidas conservativas ou antecipatórias, fosse porque estava presente o risco constante do juiz entender como antecipatório o que o requerente supôs fosse conservativo e vice-versa. E um equívoco na fórmula – se medida conservativa ou se medida antecipatória – tornou-se suficiente para ensejar o indeferimento da demanda, sob o argumento de que para cada fórmula correspondia uma técnica.[59]

---

[56] SILVA, **Curso de Processo Civil**, p. 65.

[57] ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Anotações sobre Alguns Aspectos das Modificações Sofridas pelo Processo Hodierno entre nós**. Revista de Processo, nº 97, 2000, p. 58.

[58] SILVA, **Curso de Processo Civil**, p. 36.

[59] CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.54.

Pode, assim, a posição da cautelar ser definida como medida em que o requerente estará pretendendo assegurar um direito material, por meio de medida que dura enquanto estiver sob o efeito de seus requisitos. Sobre isso, alerta Theodoro Junior:

> essa função não consiste em antecipar solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal. O que se obtém no processo cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito.[60]

A doutrina dominante entende que a cautelar protege o resultado útil do processo de conhecimento ou a efetivação do processo de execução. Porém, a doutrina que defende a possibilidade de realizabilidade da garantia do direito subjetivo por meio da tutela cautelar mostra-se mais apropriada, já que podem ocorrer situações em que a própria cautelar seja suficiente para assegurar o direito, sendo apenas isso a pretensão do requerente, ou seja, não havendo necessidade de buscar-se a tutela definitiva em outra ação, chamada principal.

Silva[61] entende que, embora as liminares cautelares sejam consideradas antecipatórias, não se pode relacioná-las ao conceito de satisfatividade, porquanto não antecipam a realização do direito requerido, já que o que antecipam é somente a segurança ou salvaguarda do direito material reclamado pela parte.

Não obstante já se tenha tratado, *a priori*, das características da tutela cautelar, cabe, aqui, somente citá-las para que depois haja maior compreensão quando forem cotejadas às da tutela antecipada. Diante disso, a tutela cautelar é preventiva, pois tende a evitar ocorrência de dano; leva em conta a urgência da situação; tem o caráter da instrumentalidade, com relação ao plano de direito material e não processual. Há hipoteticidade, haja vista que são juízos de probabilidade e não de certeza; é temporária, pois não visa a ser substituída por sentença; revela-se revogável, já que pode ser, a qualquer momento, concedida e negada; tem o cunho da modificabilidade, uma vez que se pode ser revogada poderá ser alterada; observa a fungibilidade, prestando a tutela cautelar mais adequada; e, derradeiramente, a cautelar apresenta a sumariedade, já que se reveste de cognição sumária para ser ou não expedida.

Assim, para que possa ser admitida essa tutela de simples resguardo, baseada em

---

[6060] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997, p. 362.

[61] SILVA, **Curso de Processo Civil**, p.167.

verossimilhança, é imprescindível uma decisão definitiva, mas que não faça coisa julgada, isto é, que não haja declaração de existência do direito protegido pela cautela. Nesse aspecto, entende-se que a sentença mandamental, pelo fato de ordenar a efetivação da medida assecuratória, não está naturalmente impondo satisfação e declaração com coisa julgada material, pois não há transmissão substancial de titularidade de bens ou direitos, consoante determina Silva[62]: "Somente uma sentença que contenha mais ordem do que juízo (julgamento) poderá atender à exigência de uma forma de tutela processual por meio da qual se deve dar proteção a um direito apenas eventual [...]."

Além da mandamentalidade, pode ocorrer, na tutela cautelar, a eficácia executiva *latu sensu*, uma vez que é permitida, no mesmo processo, a execução de determinações judiciais, contrariando o entendimento restritivo de execução e de cautela, tendo em vista que se pode pensar a execução como realização do provimento proferido pelo magistrado, havendo possibilidade de eficácia executória na cautelar.

Por esse prisma, quando a decisão do juiz for recusada por aquele que a deva cumprir, no caso de eficácia executiva, esse resultado pode ser conseguido por meio de sub-rogação, ao passo que se diante da negação à determinação judicial a única forma de fazer cumpri-la é com meios coativos, por exemplo, a multa, a eficácia será mandamental. Cunha[63] refere-se apenas à eficácia mandamental como uma característica distintiva da cautelaridade, descartando que os provimentos cautelares possam conter eficácia executiva *latu sensu*.

Dessa forma, as eficácias podem estar combinadas, predominando ora a mandamental, ora a executiva *latu sensu*. Além disso, essas eficácias podem estar isoladas, elucidando decisões meramente mandamentais, nas quais há obrigações de fazer ou não-fazer. Por outro lado, haverá somente eficácia executiva quando se requerer atuação prática como atos impositivos por parte de policiais ou oficiais de justiça que o magistrado deverá decretar[64].

2.2 Aspectos estruturais e funcionais da tutela antecipada

No tocante aos pressupostos da tutela ora analisada, cabe tratar acerca da verossimilhança da alegação e da prova inequívoca. Primeiramente, o cotejo entre os dois requisitos parece dar-lhes contradição, pois, enquanto esse transparece ter cunho absoluto,

[62] SILVA, **Curso de Processo Civil** , p. 81.

[63] CUNHA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 252.

[64] Idem, p. 253.

aquele determina relatividade. No entanto, um suaviza o outro, balanceando-os, tendo em vista, ainda, o sistema da persuasão racional, disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil[65], demonstrando o caráter irrestrito da avaliação probatória.

Segundo expõe Silva[66], "Uma decorrência do sistema de persuasão racional é a faculdade de iniciativa probatória que se reconhece, com bastante largueza, ao julgador em sistemas modernos".

Dessa forma, as provas têm caráter relativo e não inequívoco, consoante menciona Carneiro[67]: "A rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável".

Por esse aspecto, sendo a prova inequívoca, há necessidade de que o magistrado convença-se da verossimilhança da alegação feita pela parte requerente. Nesse caso, a verossimilhança está diretamente relacionada, como analisado *a priori*, com a grande probabilidade de os argumentos serem verdadeiros e, por isso mesmo, é um conceito relativo, utilizado quando se requer urgência nas decisões[68].

Nesse sentido, explicita Zavascki [69]: "[...] a antecipação de tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos".

Não obstante o convencimento do juiz seja feito com base na verossimilhança, não se pode confundi-la com mera aparência do direito, como nas cautelares. Aqui, o que se satisfaz é o próprio direito, e não apenas se o assegura. As provas apresentadas jamais poderão ser tidas como absolutas, tendo em vista, além do que já fora exposto, o grau de percepção atual de cada julgador, pois ele fundamentará a verossimilhança em provas trazidas ao processo.

Derradeiramente, com essa perspectiva expõe Lopes: "O cotejo entre prova inequívoca e verossimilhança da alegação leva à conclusão de que, para obtenção da tutela antecipada, é bastante a prova segura dos fatos, de que exsurja a probabilidade do direito pretendido"[70].

O pressuposto do fundado receio de dano irreparável, expresso no inciso I do artigo

---

[65] CÓDIGO PROCESSO CIVIL, Art. 131- "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que Ihe formaram o convencimento".

[66] SILVA, Ovídio A. Baptista da**.** *Curso de Processo Civil*, p. 351.

[67] CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 21.

[68] Ibidem, p. 26.

[69] ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76.

[70] LOPES, **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**, p .59.

273 do referido diploma processual, para que haja possibilidade de ser concedida a antecipação de tutela, exige combinação com os requisitos genéricos da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação supramencionados, conforme elucida Figueira Junior:

> Verifica-se que o caput do art. 273 do CPC termina com a partícula 'e', representando conjunção aditiva, de forma a unir os requisitos gerais delineados na cabeça do dispositivo com os requisitos independentes (alternativos) aludidos nos dois incisos seguintes. Em outros termos, haverá o autor de demonstrar as suas alegações fático-jurídicas ao magistrado, de maneira cabal, por intermédio de prova inequívoca efetivamente hábil à formação de um juízo de quase-verdade (verossimilhança), às quais, necessariamente, haverão de somar-se o requisito específico definido como a) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.[71]

Embora esse requisito específico da tutela antecipada seja naturalmente igual ao empregado nas cautelares inominadas, do artigo 798 do Código de Processo Civil, e, com isso, possa aparentar incoerência em função da natureza do provimento ser distinta, pois, aquela satisfaz e essa acautela, na realidade aplica-se nas duas. Todavia, seria mais conveniente denominá-la como *periculum in mora*, já que restaria melhor relacionado com o instituto da antecipação.

O termo *receio* refere-se a algo que irá ocorrer com iminência e carece de proteção, já o termo *fundado* tem estreita ligação com fatos concretos e objetivos, que demonstrem ser hipóteses factuais que representem casos inequívocos e não conclusões subjetivas sem provas suficientes. A respeito, assevera Figueira Junior [72]: "(...) o fundado receio de sofrer dano futuro, por sua vez, não se confunde com mera possibilidade, especulação ou ilação do autor".

No entanto, pode suceder que o dano já tenha acontecido e, então, a antecipação de tutela terá a função de abrandar os seus efeitos, por exemplo, em questões como na ação declaratória de inexigibilidade de débito, revisional de contrato, retirada de nome de cadastro de inadimplentes entre outras.

O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório praticado pelo réu da ação é outro requisito específico, fixado no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil, que deve estar conjuminado com os genéricos para que se possa viabilizar a antecipação da tutela.

---

[71] FIGUEIRA JÚNIOR, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 193.

[72] Idem, p. 195.

Segundo leciona Marins[73], "O abuso do direito de defesa é caso específico da antecipação[...]", de forma que acontece tal exorbitância defensiva pelo fato do tempo que leva um processo do seu início ao seu encerramento que, sem a protelação do requerido, já é demasiado, que se dirá com ele se opondo, sem razão e, ainda, contra legislação expressa ou direito incontroverso, integral ou até mesmo parcial, deturpando até mesmo com emprego de meios ilícitos[74]. Isso pode caracterizar atos dentro do processo – abuso do direito de defesa – ao passo que o autor pode demonstrar, em sua petição inicial, atos sinuosos dele antes de ajuizar a ação e, também, no decorrer do processo, pois, principalmente, esse tópico ocorre por meio de atos extraprocessuais, como por exemplo pela simulação de doença ou pela ocultação de provas, determinando atos fora do processo – manifesto propósito protelatório –, ponderando sobre o princípio da necessidade[75].

Nesse aspecto, a Lei nº 10.444/02 acrescenta o parágrafo 6º ao artigo 273 do Código de Processo Civil[76], possibilitando a concessão da tutela antecipada além de integralmente, também parcialmente, no caso de um pedido fracionado ou de pedidos cumulados, quando o direito estiver incontroverso, satisfazendo parcela da pretensão do autor. Dessa forma, menciona-se o seu cabimento também na hipótese do inciso I, quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Assim, esse a possibilidade de fazer a distribuição do tempo processual entre os litigantes, forçando o demandado, tendo razão ou não, a não utilizar o fator tempo a seu favor, prejudicando a efetividade da ação, como observa Marinoni[77]: "Se durante o tempo de duração do processo o bem reivindicado pelo autor é mantido na esfera jurídico-patrimonial do réu, esse, ainda que sem razão, é beneficiado pela demora da prestação jurisdicional".

O perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, conforme parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, é característica muito discutida entre os doutrinadores com relação ao seu alcance, em função de sua extrema importância na continuidade do processo, após a concessão da tutela satisfativa, segundo superficialmente

---

[73] MARINS, Vítor A. A. Bonfim. Antecipação de Tutela e Tutela Cautelar. In: ALVIM, Teresa Arruda, **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 570.

[74] THEODORO JÚNIOR, Humberto, <http://www.preparatorioaufiero.com.br/art/art3.htm> Acesso em: 15/05/2012, p.16.

[75] ZAVASCKI, **Antecipação de Tutela**, p. 77.

[76] CÓDIGO PROCESSO CIVIL, 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:

...

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

[77] MARINONI, **Tutela antecipada:** julgamento antecipado, e execução imediata da sentença, p. 135.

observado anteriormente. Primeiramente, cabe ressaltar que não é a decisão antecipatória proferida pelo juiz que será irreversível, pois essa opera no plano normativo-formal, mas sim os efeitos práticos do provimento, que serão irreversíveis, já que atuam no âmbito dos fatos.

A ideia de que somente poder-se-á dar provimento ao pedido de antecipação de tutela quando forem reversíveis seus efeitos, consoante o texto legal, não é absoluta, tendo em vista que, se assim o fosse, qualquer alegação em face de perigo de irreversibilidade cessaria a medida antecipatória e, portanto, a norma acerca da tutela urgente satisfativa provisional seria vazia e raramente seria admitida[78].

Sim, o juiz precisa ter cuidado. Na realidade, deve ponderar, fazer uso do princípio da proporcionalidade, já que dois princípios constitucionais entram em conflito, isto é, a efetividade do direito e a segurança jurídica, conforme manifesta Lopes[79]: "Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica ostentar maior relevo e expressão".

Consoante explica Theodoro Junior [80], "O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*)", de modo que deve tentar, ao máximo, preservar a reversibilidade dos efeitos da medida. E, no caso em que não houver saída, é justificável a sua inobservância.

Além disso, quando a tutela antecipada restar irreversível, poderá ser amenizado o problema por meio da condenação à reparação das perdas e danos, isto é, em dinheiro. Conforme ensina Zavascki[81], "[...] é perfeitamente viável que se imponha ao autor, beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que assegure, pelo menos, eventual indenização por danos".

Há que se levar em consideração, contudo, que, na hipótese de despejo, por exemplo, a indenização não seria capaz de reverter a falta do imóvel, seja residencial ou comercial. Nesse sentido, de forma radical, advertiu Bermudes[82] que "[...] não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro".

Nesse aspecto, dependendo das situações de fato que tendem a serem incontáveis e, na

---

[78] MARINONI, **Tutela antecipada:** julgamento antecipado, e execução imediata da sentença, p. 139.

[79] LOPES, **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**, p. 72.

[80] THEODORO JÚNIOR, Humberto. <http://www.preparatorioaufiero.com.br/art/art3.htm> Acesso em: 15/05/2012, p. 18.

[81] ZAVASCKI, **Antecipação de Tutela**, p. 79.

[82] BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29-30.

maioria das vezes, complexas, pode ocorrer que, tanto o deferimento como o indeferimento da medida, sejam irreversíveis e, dessa forma, o magistrado terá que optar pelo interesse mais importante, embasado em verossimilhança, e, não apenas transferindo o risco entre as partes.

2.2.1 Legitimidade das partes

Para requerer a tutela antecipada estão legitimados: o autor, o reconvinte, o denunciante da lide, o opoente (autor da ação de oposição), o réu em contestação nas ações dúplices, o autor contra os chamados pelo réu em chamamento ao processo, os intervenientes, como assistente litisconsorcial e, também, o Ministério Público, como *custos legis* ou parte[83], e o assistente.

Conforme refere Passos, "[...] é autor também o Ministério Público quando tem a iniciativa da ação em favor do interesse indisponível posto sob sua tutela"[84] e, não obstante todos esses, ainda, embora o posicionamento seja minoritário, o réu, em simples resposta à inicial, com base no princípio da isonomia, desde que presentes os requisitos autorizadores.

2.3 Momento para deferimento da tutela antecipada

A antecipação de tutela, pelo fato de não haver momento específico previsto na lei processual, pode ser deferida a qualquer instante do *iter* processual. Como afirma Dinamarco, tem-se "[...] pela mais ampla abertura para concessão da medida a qualquer tempo"[85]. O que ocorre com mais freqüência é que o pedido já vem na petição inicial, o que se considera como liminar, segundo a própria palavra infere *initio litis*, no limiar, no início, isto é, no momento em que o processo é instaurado e, por isso, pode ocorrer *inaudita altera parte*, antes mesmo da citação do réu, nesse caso sob pena de inutilidade do provimento.

Dessa forma, conforme o critério cronológico, não sendo concedido o pedido no início

[83] SCHMIDT JÚNIOR, Roberto Eurico. A tutela antecipada e o MP enquanto custos legis. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Aspectos Polêmicos da Tutela Antecipada**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 461.

[84] PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 201.

[85] DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, p. 17.

do procedimento, não será liminar e, sim, somente antecipação dos efeitos da sentença de procedência[86]. Pode ainda o magistrado utilizar-se de justificação prévia, aplicando analogicamente o artigo 804 do Código de Processo Civil[87], que trata do processo cautelar[88].

Todavia, adversamente prevê Assis, que entende que não está expressa no artigo 273 a possibilidade da audiência de justificação prévia, assim como nota-se sua presença específica no parágrafo 3º do artigo 461[89], de modo que, para ele, na antecipação genérica, não haveria como designar tal audiência para produção da prova inequívoca[90]. Entretanto, a concepção mais plausível é pela aplicação analógica, dependendo da exigência do fato concreto.

Assim sendo, evidenciados os pressupostos genéricos e um dos requisitos específicos à expedição da tutela urgente, essa pode ser concedida até mesmo na sentença definitiva de primeiro grau, já que o inciso VII, do artigo 520, do Código de Processo Civil[91], acrescentado pela Lei nº 10.352/01, dispõe que o recurso de apelação, nesses casos, é recebido somente com o efeito devolutivo, conquanto ensejará execução desde logo. E, também, da mesma maneira, facultar-se-á postular medida antecipatória na segunda instância, ao relator do recurso.

No entanto, prevê o dispositivo legal, na sua literalidade, que apenas a sentença que confirmar a antecipação de tutela estaria protegida pela exceção e, com isso, a decisão de improcedência que cassa a liminar teria a possibilidade de efeito suspensivo, de modo que continuaria vigorando uma decisão baseada em cognição sumária mesmo tendo uma sentença posterior em sentido contrário.

É por isso que Jorge, Didier Júnior e Rodrigues afirmam que "[...] uma sentença de improcedência que tenha cassado uma antecipação de tutela concedida ao autor significa que a tutela antecipada continuará em vigor, apesar de juridicamente inexistente"[92]. Em razão

[86] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira, **Inovações do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 18.

[87] CÓDIGO PROCESSO CIVIL, Art. 804- " É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer".

[88] LOPES, **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**, p. 77.

[89] CÓDIGO PROCESSO CIVIL, Art. 461, § 3º – "Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461".

[90] ASSIS, Araken de. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo:** Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 419.

[91] CÓDIGO PROCESSO CIVIL, Art. 520 – "A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

...

VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;"

[92]JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie, RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**: as mudanças introduzidas no CPC pelas Leis nº 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81.

disso, os mesmos autores defendem a necessidade de interpretar o inciso VII de forma ampla, retirando o efeito suspensivo também na hipótese de reforma da sentença improcedente, em virtude do princípio da efetividade, exaltado pelo sistema jurídico atual.

Haverá, ainda, possibilidade de aplicação do instituto ora analisado quando ajuizada a ação de execução de título extrajudicial, uma vez que, opostos os embargos à execução, aquela fica suspensa, porquanto existentes a urgência e os pressupostos necessários à tutela, que deve ser deferida.

Os efeitos que podem ser antecipados provisoriamente são o executivo e o mandamental. Assim, como se sabe, as eficácias da sentença decorrem do tipo de pretensão que se quer auferir, sendo simples entender que declaração, constituição e condenação não podem ser antecipadas, haja vista que não suportam provisoriedade. E assim o é tendo em vista que, no plano factual, pragmático, não terão utilidade, pois, de nada adiantaria declarar, constituir ou condenar de forma provisória se apenas no julgamento definitivo haveria satisfação, após o trânsito em julgado. Consoante explica Zavascki, "Em outras palavras: antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal"[93].

Com isso, relevante ressaltar que sempre haverá combinação de eficácias, tendo em vista, para ficar mais claro, que a medida antecipada terá certamente uma relativa quantidade de declaração, em razão de verossimilhança, que vai fundamentar a execução de um efeito prático, mas que não terá importância nela mesma, já que não se torna definitiva.

De acordo com Silva, "Este juízo declaratório, enquanto declaração provisória, seria inútil se ao juiz não fosse dado extrair dele alguma consequência capaz de operar praticamente, traduzindo-se como efeito executivo ou mandamental"[94].

Portanto, há possibilidade de antecipar os efeitos práticos de situações que envolvam as eficácias declaratória, constitutiva e condenatória, por meio das sentenças supracitadas que produzem mudanças efetivas na realidade social, já que não se pode antecipar declaração, constituição e condenação.

2.4 Da execução provisória da tutela antecipada

A efetivação da medida urgente está prevista no parágrafo 3º, do artigo 273 do Código de Processo Civil, que teve sua redação original alterada pela Lei nº 10.444/02, que remete

[93] ZAVASCKI, **Antecipação de Tutela**, p. 84.

[94] SILVA, **Curso de Processo Civil**, p. 134.

que a execução far-se-á com observância, *no que couber*, conforme sua natureza, dos dispositivos legais previstos nos artigos 588, 461, parágrafos 4º e 5º, e 461A.

O artigo 588 do Código de Processo Civil também teve sua redação alterada pela mesma lei:

> Art. 588, CPC
> A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observada as seguintes normas:
> I – Corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar prejuízos que o executado venha a sofrer;
> II – O levantamento do depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;
> III – Fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;
> IV – eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.
> §1º - No caso do item III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.
> §2º - A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade.

O parágrafo 3º anterior à Lei nº 10.444/02 determinava que a execução deveria ser feita com base nos incisos II e III, do artigo 588 do Código de Processo Civil, que trata da execução provisória de sentença. Isso proporcionava a falsa impressão de que somente a pretensão de natureza condenatória estaria abrangida pela antecipação, o que, como já visto, não é verdade, permitindo, *data venia*, um cotejo entre o texto revogado e o que está vigendo.

Segundo Zavascki, a expressão *no que couber*, do antigo texto do parágrafo 3º demonstrava que não se utilizavam absolutamente os dois últimos incisos do artigo 588 para efetivação da tutela urgente e, por isso, havia entendimento que não se poderia cogitar em ajuizar novo processo, com nova citação, embargos suspensivos, exigência de caução etc., sendo perfeitamente aplicável o inciso I desse artigo, dependendo da situação, caso houvesse exigência ou não da aplicação de caução, sob pena de inutilidade do instituto da antecipação[95].

No entanto, caso fosse proferido mandado para pagamento de soma de quantia, fulcrado em eficácia condenatória, e o requerido não o cumprisse voluntariamente, restava somente a possibilidade de o autor postular ação de execução por quantia certa, que acaba em imposição de caução e penhora. Mas, havia casos em que não deveria ocorrer subordinação à formalidade legal, como nas questões urgentes de família e saúde, o que relativizava o uso do antigo teor do artigo 588, conforme foi dito, pela expressão *no que couber*, ao passo que, se a

[95] ZAVASCKI, **Antecipação de Tutela**, p. 89.

decisão for mandamental, o descumprimento caracterizará crime de desobediência.

O parágrafo 2º do artigo 588[96] em vigor claramente dispensa a caução nas hipóteses de crédito alimentar ou estado de necessidade e, por outro lado, prevê a sua exigência, no inciso II, quando a situação requerer expropriação de bens, levantamento de depósito em dinheiro e atos que possam causar danos ao executado.

Dessa forma, o que se sucedeu foi a transferência da exigência da caução do antigo inciso I para o atual inciso II, restando àquele a questão da responsabilidade. Para Wambier e Wambier, "De fato, a redação do antigo inc. I determinava que, já no início da execução provisória devesse o autor prestar caução. Agora, a prestação da caução está referida no inc. II, que trata dos atos de execução propriamente ditos".[97]

Com isso, inferindo-se o emprego, por força do sistema, do antigo inciso I, do artigo 588, atualmente expresso no inciso II, ressalta-se a questão da responsabilidade do autor para ressarcir prejuízos pela antecipação dos efeitos da sentença, que poderia ser objetiva ou subjetiva, caso o réu saísse vitorioso e a sentença, dessa forma, restasse improcedente. Ao contrário, entende Silva, sobre a não aplicação da responsabilidade objetiva, que [...] a Lei 8.952/94, ao criar as medidas antecipatórias, prescreveu-lhe o procedimento próprio das execuções provisórias, livrando-as, porém, da ameaça de responsabilidade objetiva."[98]

Entretanto, a nova Lei, nº 10.444/02 inclui integralmente o artigo 588 do Código de Processo Civil, terminando a controvérsia. O novo inciso I teve alteração significativa, pois o anterior infligia caução pelo simples fato de executar provisoriamente, enquanto que a norma em vigor impõe responsabilidade objetiva ao exequente caso o provimento antecipatório seja reformado na sentença e tenha causado prejuízos ao réu.

Em todo caso, deve haver observância do novo inciso IV, que prevê a liquidação dos danos ocasionais no mesmo processo, de modo que, depois de auferida a importância, o executado torna-se exequente e vice-versa.

Assim, prevalecia, na doutrina, em face do texto antigo do parágrafo 3º do artigo 273 e artigo 588, ambos do Código de Processo Civil, sempre que houvesse possibilidade, o entendimento de que se executaria a medida antecipatória de efeitos condenatórios no próprio

---

[96] CÓDIGO PROCESSO CIVIL, Art. 588, §2º - "A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade".

[97] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 212.

[98] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva. In: **Revista da Ajuris** n 72. Porto Alegre, 1998, p. 58.

processo de conhecimento. Em especial assim deveria ser quando se referisse ao inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil, que dispõem acerca de danos iminentes ou de difícil reparação, pois, do contrário, restaria prejudicada a tutela de urgência, devendo nos casos do inciso II, do mesmo artigo, o cumprimento executório ser feito em ação autônoma de execução provisória e, também, quando a decisão necessitasse de ação de liquidação.

Com efeito, diante do esforço doutrinário em adequar a efetivação das medidas antecipatórias, o legislador soluciona o problema por meio da Lei nº 10.444/02, com alterações e acréscimos no artigo 588 e parágrafo 3º do artigo 273, ambos do Código de Processo Civil. Isso possibilita que a execução seja realizada no mesmo processo, sem maiores complicações, permitindo que a efetivação, mesmo em tutela antecipada, seja definitiva, consoante o artigo 588, *caput*. Por esse prisma, o que acontece é a concessão para transferência do objeto da lide para terceiros antes do trânsito em julgado da sentença ou acórdão.[99]

O inciso III do artigo 588 refere que, no caso de reforma da decisão, deve haver a restituição das partes ao estado anterior, ou seja, a viabilidade da reversibilidade do provimento. Todavia, esse restabelecimento do *status quo* não é possível, hipoteticamente, quando o bem for arrematado em hasta pública, de modo que, nesse ínterim, o que será efetivamente devolvido ao executado será o valor do patrimônio ou do dinheiro levantado, consoante caução idônea disposta no inciso II do artigo supracitado. Embora o momento da caução não esteja previsto positivamente, a razoabilidade impera no sentido de que a caução seja prestada antes da arrematação.

Nesse sentido, grande avanço faz o legislador que proporciona a execução definitiva antes da coisa julgada e, com isso, favorece amplamente o princípio da efetividade que a sociedade e os operadores do direito tanto almejam.

Assim ponderam Wambier e Wambier:

> Trata-se de sistema evidentemente inovador, que rompe com a tradição até então vigente entre nós, e que passa a permitir, sem sombra de dúvida, que o patrimônio do 'executado provisoriamente' seja efetivamente atingido, inclusive com a expropriação de bens e sua aquisição por terceiros, ainda que sob a 'vigência' de força executiva provisória.[100]

O instituto da antecipação de tutela, embora inovador em relação à formalidade no ordenamento jurídico brasileiro é algo que já era há tempos previsto no código italiano, e

[99] WAMBIER, **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**, p. 212.

[100] WAMBIER, **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**, p. 213.

português que têm requisitos parecidos e utilização assemelhada ao sistema processual brasileiro nos dias atuais, até porque foram fontes inspiradoras da redação da antecipação de tutela no mesmo, como será demonstrado nos próximos itens.

2.5 A antecipação de tutela no direito comparado português e italiano

Conforme já abordado na parte histórica do presente trabalho, a origem da tutela antecipada do direito brasileiro é portuguesa. Porém, com a instituição das novas leis que vieram a modificar a tutela antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro, percebem-se grandes semelhanças com o Direito Italiano, que hoje está entre os mais avançados do mundo, na família romano- germânica.

Assim, há resquícios do direito português no instituto no direito brasileiro em relação a previsões de antecipação de tutela específicas, tais como fixação de alimentos provisórios, conforme se verá a seguir.

2.5.1 Breves considerações acerca dos direitos comparados

Na verdade, é privilégio dos processualistas tradicionais italianos a descoberta da técnica da antecipação de tutela, desde Chiovenda, com suas preocupações com a efetividade da Justiça, e Calamandrei, como uma referência expressa à necessidade de "*uma decisione antecipara e provisória Del mérito...",* ainda que em obra dedicada ao estudo do provimento cautelar.[101]

O pioneirismo dos italianos data da década de 40, em seu Código de Processo Civil, que contém disposições acerca do procedimento de injunção, dentre os procedimentos sumários, incluído no Livro IV. Neles, o Juiz pronuncia "*ingiunzione di pagamento o di consegna",* nos casos previstos nos incisos 1 a 3 do artigo 633, bem assim, o provimento de urgência no Capítulo das cautelares, artigo 700, que prevê que a parte pode requerer ao Juiz antecipação de tutela no caso de risco na demora.

Prevê o artigo 633:

[101] Trata-se da seguinte obra: CALAMANDREI, Piero. **Introduzione a lo studio sistematico dei provvedimente cautelari**. Padova, 1936.

> Art. 633 Condizioni di ammissibilita'. Su domanda di chi e' creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantita' di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna: Su domanda di qui e 'creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantitativa' di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa móvel determinata, il Giudice competente pronúncia ingiunzione di Pagamento o di consegna:
>
> 1) se del diritto fatto valere si da' prova scritta;
>
> 2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo; 2) SE il credito riguarda onorari por prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuradores, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la SUA ópera em occasione di un Processo;
>
> 3) se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata. 3) SE il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai uma norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera o professione arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata.
> L'ingiunzione puo' essere pronunciata anche se il diritto dipende da una controprestazione o da una condizione, purche' il ricorrente offra elementi atti a far presumere l'adempimento della controprestazione o l'avveramento della condizione.
> L'ingiunzione PUO 'essere pronunciata anche il diritto si dipende da una controprestazione o da una condizione, purche' il ricorrente offra elementi atitudes um tanto presumere l'adempimento della controprestazione o l'avveramento della condizione.
> L'ingiunzione non puo' essere pronunciata se la notificazione all'intimato di cui all'art. L'ingiunzione não PUO 'essere pronunciata si la notificazione all'intimato all'art cui di. 643 deve avvenire fuori della Repubblica. 643 desen Avvenire fuori della Repubblica.[102]

Não há dúvida de que, ainda de forma cautelar, o Direito Italiano estabeleceu uma tutela antecipada de mérito.

Isso está previsto no artigo 700, conforme se vê:

> Art. 700 Condizioni per la concessione:
>
> Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, puo' chiedere con

[102] TRADUÇÃO: Artigo 633 Condições de admissibilidade.

Sobre a questão de quem é credor líquido de uma quantia em dinheiro ou uma certa quantidade de bens fungíveis, ou que tenha direito à entrega de uma coisa móvel determinada, o juiz pronuncia uma ordem de pagamento ou de entrega:

1) Se o direito é reivindicado mediante prova escrita;

2) se o pedido diz respeito a pagamentos de serviços jurídicos ou outros diferendos ou reembolso de despesas feitas por advogados, promotores, escrivães, oficiais de justiça ou qualquer outra pessoa que emprestou o seu trabalho durante um julgamento;
3) Se a dívida se refere a honorários, direitos ou reembolsos devidos aos notários em seu direito, profissional, ou outro transporte em uma profissão ou arte, para os quais existe uma taxa legalmente aprovados

A liminar pode ser pronunciada mesmo que a lei depende de uma causa ou uma condição, enquanto o requerente fornece evidências que sugerem para o cumprimento da contrapartida ou o cumprimento da condição.

A liminar não pode ser pronunciada se a notificação referida no artigo 643 deve ocorrer fora da República.

> ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, piu' idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.[103]

Esse sistema em muito se assemelha à tão esperada ação monitória, cuja inclusão está prevista num dos Projetos de reforma do CPC, em capítulo próprio (Capítulo 21). Pinto[104], assinala que o CPC incluiu indevidamente no Livro III alguns procedimentos específicos que não têm todas as características dos remédios acautelatórios, sendo apenas nominalmente cautelares. E exemplifica com a busca e apreensão, quando satisfativa; a homologação do penhor legal e a posse em nome do nascituro, as quais não se prestam, propriamente, a servir a outro processo, mas têm como objetivo a satisfação de uma pretensão, rapidamente e em caráter definitivo.

No mesmo sentido é a tese defendida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no sentido de que as tutelas de urgência nunca podem gerar providências definitivas e irreversíveis no plano do direito material.

Já o Código de Processo Civil português, ao tratar sobre as tutelas de urgência aborda a *unificação do regime jurídico das medidas antecipatórias e cautelares* (grifou-se).

No processo civil português a tutela antecipatória está regulada inteiramente no âmbito dos procedimentos cautelares, compartilhando ambas as espécies de uma disciplina igual. Tal condição é constatável no artigo 381º do CPC português, que regula, em caráter único, sob a epígrafe "providências cautelares", todas as medidas destinadas a "assegurar a efetividade do direito ameaçado", quer sejam elas conservativas ou antecipatórias.

> ARTIGO 381° (ÂMBITO DAS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES NÃO ESPECIFICADAS)
> 1. Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.
> 2. O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor.
> 3. Não são aplicáveis as providências referidas no nº 1 quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas na secção seguinte.
> 4. Não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado.

---

[103] TRADUÇAO: Artigo 700 Condições para a concessão. Exceto conforme ajustado em seções anteriores deste capítulo, que tem motivos suficientes para temer que, durante o tempo necessário para fazer valer seu direito na forma ordinária, esta é ameaçada por uma lesão iminente e irreparável, pode pedir um recurso para o tribunal medidas de emergência, que aparecem sob as circunstâncias, são mais adequadas para proporcionar, temporariamente, os efeitos da decisão sobre o mérito.

[104] PINTO, Nelson. **Processo Cautelar**. São Paulo: Jurídica, 2010, p. 33.

Assim, verifica-se que as semelhanças existentes entre Código de Processo Civil italiano e português é no sentido de que ambos ainda mantêm as ações cautelares e tutelas de urgência no mesmo título de seus códigos, além de alguns requisitos ao seu deferimento.

Já em relação ao brasileiro, os requisitos ao seu deferimento são muito próximos ao do sistema italiano, até porque o Código de Processo Civil brasileiro foi fruto de projeto apresentado ao Congresso Nacional pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, o qual havia sido discípulo de Enrico Tullio Liebman.

Liebman, professor catedrático da Universidade de Parma, deixou a Itália e veio para o Brasil no início da Segunda Guerra Mundial, "por notórias razões políticas e étnicas (fascismo, anti-semitismo)"[105]. Aqui chegando, tornou-se professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde permaneceu até 1946, quando retornou à sua pátria. Durante sua estada no Brasil, Liebman promoveu encontros semanais para o estudo do processo civil em sua casa, dos quais participavam Luis Eulálio Bueno de Vidigal, Benvindo Aires, Bruno Affonso de André, José Frederico Marques e Alfredo Buzaid.[106]

Na Universidade de Roma, Liebman fora aluno de Giuseppe Chiovenda[107], "o mais prestigioso processualista italiano de todos os tempos", responsável pela afirmação da escola sistemática de direito processual civil na Itália.

De acordo com Fenochietto, o Manuale di diritto processuale civile de Liebman constitui uma fiel síntese do pensamento da escola de direito processual civil italiana, um modelo de exposição de sua sistemática, "nitido reflejo, no exento de personalidad propia, de las enseñanzas de los estudiosos de la 'Scuola'" – e conclui: "Liebman es Chiovenda y Chiovenda es la Escuela".[108]

O Código de Processo Civil, portanto, foi elaborado a partir das ideias desenvolvidas nessa escola, a qual tinha a preocupação de afirmar a autonomia do direito processual civil com relação ao direito material. A busca da autonomia levou a grandes elaborações teóricas, alcançando-se notável progresso da técnica e da dogmática processual. Daí porque tanta semelhança no instituto das tutelas de urgência, desvirtuando sua real essência de direito português advindos da época da colonização do Brasil. Hoje, a principal diferença entre ambos se encontra na forma em que estão descritas no código, pois no Brasileiro com a Lei nº

[105] DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, p. 12.

[106] BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo: Fórum, v. 7, n. 27, p. 12-26, jul./set., 1982, p. 26.

[107] DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, p. 30.

[108] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1980, p. 23.

8952/94, a tutela de urgência passou a ser prevista em título exclusivo no Código de Processo Civil Brasileiro; já, no Italiano, a mesma se encontra ainda junto ao título das cautelares. Porém, as decisões de ambos os tribunais têm sido no mesmo sentido, para seu deferimento.

Analisada a antecipação de tutela e feitas as considerações pertinentes ao seu uso, sua aplicação e sua diferenciação, cabe a análise de sua aplicação frente aos princípios constitucionais inerentes ao réu – contraditório e ampla defesa. E isso será feito por meio de estudo de sua aplicação hodierna pelo Poder Judiciário brasileiro e as consequências para a sociedade em geral, a fim de que se possa encontrar a solução adequada para uma melhor utilização do instituto quando do seu deferimento.

3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA FRENTE AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A concessão da tutela antecipada, como se abordou, dá-se frente à necessidade de uma prestação jurisdicional célere, a fim de que essa seja eficaz. Ocorre que muitas situações, decorrentes dessa necessidade, colocam-se de forma a que o juiz, no legítimo exercício da sua jurisdição, deve proferir decisões sem que haja a oitiva do demandado, sob pena de absoluta ineficácia do provimento buscado pelo autor. Com relação a isso, a efetividade depende da instrumentalidade, que consiste nas formas e nas espécies de meios processuais capazes de

adequarem-se aos valores e às necessidades das relações de direito material e, com isso, realizarem o direito.

Prevista de maneira genérica no artigo 273 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada vem ensejando incontáveis debates e polêmicas, tendo em vista o choque que acarretou no esqueleto sistemático do processo civil, principalmente em se tratando de sua concessão *inaudita altera pars.*

No bojo da própria lei encontram-se os critérios para outorga da medida da antecipação de tutela: requerimento da parte, prova inequívoca, verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, fundamentação da decisão e, por fim, reversibilidade do ato concessivo.

À primeira vista, poder-se-ia dizer que os princípios do contraditório e da ampla defesa não são violados frontalmente. Contudo, essa colocação ocorre por vezes, diga-se, em apenas algumas situações, se observadas pelo ponto de vista de que o magistrado atuará restritamente ao previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil, deferindo a medida somente quando presentes os requisitos à sua concessão, tão somente postergando a aplicação de princípios constitucionais importantes – contraditório e ampla defesa –, que deverão ser atendidos após a medida.

Ocorre que, ao analisar de forma superficial o fator tempo, que é primordial, muitas vezes se acaba perdendo de vista alguns princípios constitucionais importantes, como o do contraditório e da ampla defesa. E tal inobservância, em caso de deferimento da tutela antecipatória em favor do autor, pode resultar em prejuízos irreparáveis a serem suportados pelo réu, que não teve oportunidade de manifestação.

Parte-se daí para o questionamento sobre se o réu não seria prejudicado, de certa forma, por ter conhecimento da existência da ação já com decisão favorável ao autor. Fica a pergunta: como conciliar as garantias constitucionais da parte contra quem se defere a antecipação? Essas questões não foram abordadas devidamente pela legislação, o que permite, ainda, algumas divergências de entendimento.

Para Zavascki, os direitos fundamentais são subentendidos na tutela de urgência:

> A questão que se enfrenta no que diz respeito aos princípios constitucionais da efetividade e da segurança jurídica remonta um conflito eterno, pois aquele tem o crivo da ampla realização, também conhecido como princípio da supremacia do

> interesse social, consoante artigo 3º da Constituição Federal, além da efetivação própria das decisões judiciais, e este apresenta o contrapeso, tornando a ausência de defesa nulidade absoluta por ofender direitos e garantias fundamentais, segundo artigo 5º, LV, da Constituição Federal[109], têm sua solução calcada na feição provisória que imprimem as medidas imediatas, uma vez que suprimindo o contraditório e a ampla defesa ao deferir medida liminar não quer dizer que o demandado não será oportunizado de fazê-la, mas que terá sua contradita apenas postergada processualmente em função das diversas razões que podem exigir às tutelas urgentes, de modo que é necessário, muitas vezes, decisões ágeis sem ouvir previamente o requerido.[110]

Ocorre que, da mesma forma que a demora na prestação jurisdicional pode fazer com que o direito da parte autora se perca, a concessão precipitada do instituto da tutela de urgência também pode gerar graves prejuízos ao demandado, ainda que esse obtenha a revogação da medida no decurso do processo.

Passou a ser costumeiro no contexto jurídico brasileiro o pedido de antecipação de tutela sem a oitiva da parte contrária, devido à urgência do caso, o que cabe ao Juiz decidir, sob uma análise superficial – eis que tem em mãos alegações de uma única parte da lide –, a necessidade ou não da sua concessão.

Destaca-se daí o termo "análise superficial", pois, não seria esse um instituto criado para momentos em que, além de comprovada urgência pelo requerente, deve se ter a certeza de possibilidade de reversão da medida, sob pena de se causar graves danos ao réu?

Daí o comentário pertinente de Marinoni, que prevê que o instituto da antecipação tende muito mais a beneficiar o princípio inerente ao autor, de efetivação do processo, do que a análise de possíveis danos ao réu com a medida:

> O instituto da tutela antecipatória ou da antecipação de tutela tende muito mais à realização concreta do princípio da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo do que do princípio do contraditório ou o devido processo legal, quando analisados, parcialmente, como garantia para o réu, única e exclusivamente. Dito de forma bem simples: a tutela antecipado é instituto que, por definição prestigia muito mais o autor do que o réu.[111]

O tempo é um elemento que deve ser considerado com primazia no jogo do equilíbrio de forças entre as partes. A duração do processo é fonte de prejuízo e interfere, sem dúvida, na funcionalidade da tutela jurisdicional, como mecanismo de regulação social. No caso de risco de lesão, a tutela de urgência funda-se na probabilidade da existência do direito e no

---

[109] CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 5º, LV – "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

[110] ZAVASCKI, **Antecipação de Tutela**, p. 77.

[111] MARINONI, **Tutela antecipada:** julgamento antecipado, e execução imediata da sentença, p. 50.

fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação.

Ocorre que, ao ser deferida a tutela de urgência, o magistrado deveria tomar as devidas precauções, não devendo, o que ocorre por muitas vezes, ater-se a meras alegações de *fumus boni iuris e periculum in mora.* Os requisitos verossimilhança na alegação e prova inequívoca não exigem prova de fato absolutamente verdadeiro, mas, ao menos, a apresentação de evidências robustas, cobertas de informações cognitivas capazes de incutir no magistrado o seu convencimento. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação também não se restringe a mero temor da parte, mas precisa ser proveniente de temores reais, fundados em circunstâncias sólidas, evidenciando que o não provimento da tutela acarretará dano, sendo esse ainda irreparável ou de difícil reparação.

A prova inequívoca consubstancia-se na plausibilidade do pedido. Para Watanabe,

> [....] um ponto deve ficar bem sublinhado : prova inequívoca não é a mesma coisa que (fumus bonis iuris) do processo cautelar. O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples fumaça, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.[112]

O julgador precisa proceder à instrução de forma que se lhe desvele suficientemente a situação fática (verossimilhança), para, mediante decisão fundamentada, dar prosseguimento ao processo até a sentença.

No atinente ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, remete-se ao conceito do *periculum in mora* ou risco de dano iminente do processo cautelar, como a exposição a perigo do direito provável.

No mesmo sentido, veja-se trecho da decisão do Min. do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Menezes Direito, enquanto Ministro do Superior Tribunal de Justiça[113]:

> Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a 'prova inequívoca', a 'verossimilhança da alegação', o 'fundado receio de dano irreparável', o 'abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu', ademais da verificação da existência de 'perigo de irreversibilidade do provimento antecipado', tudo em despacho fundamentado de modo claro e preciso. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas, na demonstração do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora' malfere a disciplina do

[112] WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 32.

[113] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 131.853**. Terceira turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 04 de dezembro de 1997. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/454417/recurso-especial-resp-131853-sc->. Acesso em: 19 de ago. 2012.

> artigo 273 do CPC, à medida que deixa de lado os rigorosos requisitos impostos pelo legislador para a salutar inovação trazida pela Lei 8.952/94. Recurso especial não conhecido.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, hoje, é norteado pelo *substantive due process of law*, devido processo legal substancial, não sendo dado ao juiz manifestar-se liminarmente com base na petição inicial sem dar ao réu o direito de exercer seu direito de defesa, primando-se, dessa forma, pelo contraditório.

Encontra-se lição similar na doutrina de Bermudes[114], que diz que "O juiz, todavia, em nenhuma hipótese a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa".

Deve-se ressaltar que o direito do réu não se consubstancia em somente ser ouvido, participar do processo. A sua mera participação não garante o contraditório. O juiz deve dar-lhe, também, o poder de interferir na decisão liminar que concede a tutela antecipada, ou seja, mostrar, por meio de provas, de argumentos válidos, o seu ponto de vista, para que essa participação seja levada em consideração.

As regras processuais devem estar em consonância com os direitos fundamentais, bem como o processo deve estar de acordo com a tutela desses direitos que podem ser defendidos por meio de instrumentos hábeis à sua concretização. Não é necessária a formalidade para que algo seja devido. O indivíduo, dentro do processo, deve contar com certas garantias básicas, certamente, dentre elas, pode-se descortinar o direito de defesa sob pena de se retirar do direito seu panorama ético.

A regra deve ser adequada aos fins para os quais foi criada. O magistrado deve efetivar o princípio da igualdade conciliando a adequação legislativa, abstrata – possibilidade de tutela antecipada –, com a adequação no caso concreto – direito de defesa por parte do réu. Então, diante de uma decisão liminar proferida sem que o réu seja ouvido, há um juízo de ponderação de que, entre o contraditório e o interesse em jogo, não há violação do princípio da ampla defesa, desde que se possa exercer um contraditório postecipado, mas efetivo, pois, naquele momento, o autor está em uma situação de perigo e, em sua razão, na iminência de dano irreparável. Atendidos os pressupostos da tutela antecipada, o julgador mitiga, naquele momento, o contraditório.[115]

---

[114] BERMUDES. **A Reforma do Código de Processo Civil**, 1996, p. 47

[115] WATANABE, **Da Cognição no Processo Civil**, p. 57.

O juiz que concede a tutela antecipada sem ouvir o réu retira-lhe a possibilidade de ter demonstrado seus motivos, hábeis a influenciar sua decisão.

O processo não pode ser pensado como um fim em si mesmo; tem que ser aplicado objetivando-se a efetivação do direito material, devendo funcionar como um instrumento de aplicação do direito material.

Em voto proferido em sede de recurso, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso acolheu o Agravo de Instrumento nº 40194/2009, interposto pela União das Faculdades de Alta Floresta (Uniflor), e cassou liminar que determinara, em primeira instância, o retorno ao patrimônio público municipal de imóveis doados à universidade pelas Leis Municipais de números 1066/2001 e 1200/2002 (do Município de Alta Floresta)

A decisão foi dada nos termos do voto do primeiro vogal, juiz substituto de segundo grau José Mauro Bianchini Fernandes, que assim dispôs acerca do assunto, em voto do qual se extrai:

> A antecipação da tutela antes do decurso do prazo para a contestação somente se justifica quando ficar demonstrada a sua necessidade, ditada pela urgência na providência judicial requerida. 'Conquanto a petição inicial impressione pela gravidade dos fatos que narra, constata-se a toda evidência que não há urgência extrema para o deferimento da antecipação da tutela, nem mesmo indícios de que a citação poderá torná-la ineficaz', observou o magistrado. Para ele, é recomendável que a apreciação da presença dos requisitos para o deferimento ou não da medida seja realizada pelo juiz, após o decurso do prazo para a contestação, uma vez que não se denota excepcionalidade.[116]

Assim, verifica-se que a tutela antecipatória somente deverá ser prestada – fora, obviamente, dos casos excepcionais – após apresentada a contestação ou em audiência preliminar com as partes. Em outras palavras, ela somente deve ser deferida quando, em razão do conhecimento que o réu dela venha a ter, ele, réu, possa causar danos irreversíveis às partes, comprometendo a efetividade da tutela antecipada.

3.1 Da reversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela

[116] MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 40194/2009**. Primeira Câmara Cível .Relator José Mauro Bianchini. Cuiabá, 25 de janeiro de 2012. Disponível em < http://direito-vivo.jusbrasil.com.br/noticias/2065242/so-urgencia-justifica-tutela-antecipada> Acesso em: 19 ago. 2012.

Dispõe o parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil que "Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nesses casos, o prosseguimento do próprio processo.

Para Schmitd[117], o princípio vale não apenas para a concessão como também para a execução da medida antecipada: mesmo quando se tratar de provimento de natureza reversível, o dever de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu impõe que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao *status quo ante* não seja apenas teórica, mas que se mostre efetiva na realidade fática. Assim, o perigo de dano poderia ser perfeitamente analisado em favor do réu.

Segundo o mesmo autor, as severas exigências para concessão da tutela antecipada fazem supor que, se observadas como devem, serão infrequentes os casos de revogação.

Porém, essa não é uma realidade atual no Poder Judiciário, que vem tendo suas decisões cada vez com mais frequências desconstituídas pelos Tribunais, seja pela análise apressada de seus requisitos, seja pela possibilidade de análise em segundo grau das provas que o réu tem possibilidade de trazer aos autos com o recurso cabível para a decisão, qual seja, o agravo de instrumento.[118]

Relembre-se que o juiz, ao conceder a antecipação dos efeitos da tutela, deve fazer uma opção entre um direito provável e um direito improvável. Está-se, então, no campo da probabilidade e não da certeza jurídica, se é que essa pode ser alcançada em qualquer momento do processo. Assim, a tarefa do juiz é assegurar um direito provável contra um risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Justamente por essa razão é que o artigo 273, em seu parágrafo 2º, exige que os efeitos a serem antecipados sejam reversíveis, para que o direito apenas provável não seja efetivado permanentemente.

Como, via de regra, a antecipação de tutela é feita mediante cognição sumária. Ou seja, é comum que o Magistrado, seduzido pela habilidade dos advogados de dar aos fatos

---

[117] SCHMIDT JÚNIOR, **A tutela antecipada e o MP enquanto *custos legis***, p. 412.

[118] Idem, p. 413.

aparência favorável aos seus patrocinados, profira decisão que, mais à frente, merecerá reforma, quando a parte contrária expuser suas razões.

É imperioso destacar que, para que o processo atinja seus objetivos constitucionais, a parte deva ter seu estado anterior restaurado, após lograr-se vencedora na demanda, o que, muitas vezes, não é possível, e então mereça ser compensada na forma de indenização.

Bermudes[119] apregoa que o provimento do instituto só poderá ser feito quando "[...] seja possível reconstituir a situação de fato por ela alterada, esclarecendo que a possibilidade de indenização não é suficiente para suprir a irreversibilidade, uma vez que a lei não cogitou indenização, mas de reversão, que é recomposição, devolução ao estado anterior".

Existe uma grande discussão no Brasil acerca da definição da responsabilidade do Estado e do Magistrado pelo exercício da função jurisdicional, em termos de reparação civil. Não sendo esse o mérito da presente discussão, na haverá aprofundamento. Contudo, adotando-se o paradigma de que não cabe responsabilização civil do Magistrado em sua atividade funcional, a não ser no caso de dolo e de decisões teratológicas, quem seria o responsável à indenizar o réu nos casos de impossibilidade de reversão da medida ao *status quo ante?*

É verdade que a técnica processual, totalmente, pura e independente, muitas vezes se perde em meio à sua própria complexidade, fugindo do seu principal objetivo, que é fazer valer o direito material. Cabe aplicá-la com flexibilidade, e essa tarefa depende da sensibilidade dos juristas.

A respeito, explica Bedaque:

> O bom funcionamento da técnica processual, por mais perfeita que possa parecer aos olhos do processualista, depende fundamentalmente das pessoas que a operam e da estrutura criada para sua aplicação. Se as reformas processuais não forem acompanhadas de alterações estruturais profundas na organização do poder Judiciário, com preocupações voltadas para a formação e aperfeiçoamento do julgador, corre-se o risco de novas frustrações, pois os instrumentos não encontraram condições favoráveis para aplicação. [120]

Permanece a dúvida: os prejuízos não seriam decorrentes da indevida antecipação de tutela e, por isso mesmo, merecedores de reparação para o réu prejudicado? E mais: quais seriam os meios processuais adequados para a efetivação do ressarcimento do deferimento inoportuno da medida?

---

[119] BERMUDES, **A Reforma do Código de Processo Civil**, 1996, p. 539.

[120] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela:** Considerações sobre a Antecipação da Tutela Jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 223.

O problema ora evidenciado parece ser simplório numa análise superficial, mas ganha muita importância na medida em que se apresenta, com enorme frequência, notadamente por conta da flexibilização e – não seria exagero utilizar o termo – banalização do instituto da tutela antecipada.

É justamente em decorrência dessa falsa simplicidade que a maioria dos estudos desenvolvidos sobre as tutelas de urgência não se aprofundam na questão da responsabilidade objetiva da parte requerente. Não fosse isso, o tema ainda é motivo de dissenso entre os doutrinadores , ou seja, ainda não existe um entendimento digno de pacificação.

Atualmente, não é possível adotar um posicionamento que transmita a necessária segurança jurídica às partes, que ficam sujeitas à total discricionariedade e ao improviso dos julgadores. A existência de maior definição na cultura jurídica quanto à forma de responsabilização objetiva do requerente da antecipação de tutela, seria uma grande oportunidade de restaurar a sociedade do instituto, inibindo a parte autora de pugnar pela concessão da medida quando insegura quanto ao resultado final da demanda, evitando assim, certamente, muitos danos irreparáveis à parte ré.

A inibição atingiria também aqueles que não têm relevante urgência na obtenção do direito, mas que, diante da vantajosa e real possibilidade de serem agraciados com uma decisão antecipada, fazem o pedido nesse sentido.

Para Assis[121], de outro lado, a reparação do prejuízo, indevidamente, suportado pela parte demandada, operar-se-ia de forma mais célere, uma vez que a falta de debate sobre o tema gera insegurança também aos julgadores, que muitas vezes encaram com estranheza e inabilidade os pleitos dessa natureza.

Igualmente, representaria grande contribuição para a celeridade e para a economia processual a aplicação análoga do artigo 811 do Código de Processo Civil[122], que determina de que sejam liquidados, nos mesmos autos, todos os prejuízos eventualmente repercutidos com a efetivação da medida, evitando-se novo processo e juntada de documentos que se

---

[121] ASSIS, **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo:** Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas, p. 427.

[122] CÓDIGO PROCESSO CIVIL, Art. 811- " Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:
I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;
II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;
III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;
IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).
Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar".

encontram nos autos do deferimento da tutela antecipada.

A aplicação desse procedimento seria muito mais racional e moderna do que a exigência que seja proposta uma nova demanda, com os seus custos e contratempos habituais, contribuindo, ao contrário, para emperrar a já debilitada máquina do Judiciário.

Entretanto, não é possível simplesmente adotar o procedimento mais rápido, econômico e moderno. É preciso certificar-se de que a interpretação da lei seja feita em consonância com os princípios e preceitos integradores do sistema, suprindo, assim, uma lacuna atribuída ao problema.

Para Carneiro[123], a prática do uso desmedido pelos advogados, no âmbito do Poder Judiciário, de requerimentos da medida para casos em que claramente não há prova do prejuízo do autor se tardarem os efeitos da tutela e, muito menos, se o réu tivesse ciência disso antes da entrega efetiva da sentença de mérito, aliada ao fato de que vêm sendo deferidas pelos magistrados levianamente e sem análise apurada dos fatos, causa abarrotamento do Poder Judiciário. O que se observa é que as ações são registradas como tutelas de urgência e, uma vez que essas possuem preferência de tramitação, acabam por retardar, muitas vezes, demandas que necessitam de maior atenção, mas que não tiveram o privilégio da concessão, violando descaradamente princípios inerentes ao réu pela Constituição Federal.

Aliás, se fosse permitido adiantar o resultado de uma sentença de maneira irrevogável e definitiva, não seria necessária a continuidade do processo, tampouco a produção de mais provas. Estar-se-ia diante de verdadeira tutela antecipada satisfativa, o que, em regra, não é permitido.

Considere a seguinte hipótese: o pai de uma criança ingressa no Poder Judiciário com ação de guarda integral, cumulado com pedido de tutela antecipada, alegando que o menor sofre maus-tratos de sua mãe, que no momento detém a guarda. Pois bem, o juiz, ao analisar o pedido e verificar o preenchimento das exigências definidas em lei para a concessão da antecipação de tutela, defere-a, ficando a criança sob os cuidados do pai, durante o curso do processo. Entretanto, ao final da demanda, resta provado que o filho do ex-casal nunca foi seviciado por sua genitora. O juiz, após processo de conhecimento, em que foram realizadas todas as etapas prescritas em lei, determina em sentença que o menor volte a viver com sua mãe, portanto retorne-se ao estado anterior.

Agora, considere-se que, no mesmo caso, exista a franca e real possibilidade de o

[123] CARNEIRO, **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**, p. 33.

genitor do menor embarcar com seu filho para país desconhecido, hipótese em que sua mãe nunca mais teria a oportunidade de revê-lo. E ao final da ação, provado fosse que ela é pessoa idônea para educar a criança, o objeto do processo não retornaria ao seu *status quo ante.*

O caso exposto acima faz com que se perceba a importância de uma medida de urgência, como é o caso da tutela antecipada, ser revogável. Contudo, em certas situações, a questão da reversibilidade mostra-se tormentosa: se não concedida a tutela antecipada com efeitos irrevogáveis, é o requerente quem sofrerá danos irreversíveis.

Um caso como o descrito acima demonstra o confronto entre uma regra e um princípio: a regra que vige para um contrato e o princípio do direito à vida. É patente e manifesto que direito à vida sobrepõe-se às cláusulas contratuais. Quando se está diante de um conflito entre um princípio e uma regra não se pode nem buscar socorro no princípio da proporcionalidade para sanar a ocorrência, pois o princípio sempre prevalecerá.

Para Cunha[124], "(...) o princípio da proporcionalidade tem sido vastamente discutido na atualidade. Em que consiste tal dogma? A proporcionalidade é usada como um remédio para se desfazer eventuais incompatibilidades entre dois valores, duas normas, dois princípios". Quando se coloca em uma balança o bem vida e o bem dinheiro é escancarado que o bem vida possui mais valor e importância. Em casos assim, não há qualquer dificuldade em por termo ao problema.

Mas, na prática forense, nem sempre as situações vislumbradas em um processo se apresentam dessa forma, com tamanha clareza de forma a não suscitar dúvidas sobre qual é o bem mais valioso.

Verifica-se, assim, a problemática do grandioso uso do instituto das tutelas de urgência e suas consequências, já que a sua concessão pode causar graves danos à parte contrária (ré) quando usada de forma desmedida e irresponsável, se não analisadas e requeridas provas concretas da real situação de risco da parte requerente, além de uma análise apurada acerca de se a prévia intimação do réu causaria danos à aplicabilidade da tutela de urgência ou não.

3.2 Da antecipação de tutela nos tribunais

Passa-se, agora, à análise de entendimentos dos tribunais do país sobre a da aplicação

[124] CUNHA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 55.

da antecipação de tutela *inaudita altera pars* e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à lesão ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o Tribunal de Justiça do Paraná firmou entendimento na questão da provisoriedade e da reversibilidade da medida antecipatória, proferindo acórdão da seguinte forma:

> Tutela antecipada – Provimento ante à presença dos requisitos exigidos no artigo 273 do Código de Processo Civil – Concessão liminar sem oitiva da parte contrária – Possibilidade – Faculdade reservada ao julgador – Possibilidade, na espécie, frente ao iminente risco de frustração do objeto visado na media – Inexistência de afronta do princípio do contraditório. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.[125]

Já o Tribunal de Mato Grosso entende que o deferimento deve-se estritamente à observância dos requisitos que a lei impõe:

> A antecipação da tutela pressupõe a demonstração dos requisitos previstos no artigo 273, I, do Código de Processo Civil (CPC), para sua concessão, quais sejam: prova inequívoca que possa levar à verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação ou que fique caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte. A inocorrência desses pressupostos no caso concreto exige maior dilação probatória. Este foi o posicionamento da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, que negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 86017/2011, proposto pelos ora recorrentes, que pleitearam, liminarmente, a manutenção de posse de imóvel, aduzindo possuírem posse mansa, pacífica e de boa-fé.[126]

O relator do recurso, desembargador Carlos Alberto Alves da Rocha, disse que: "o Juízo da inicial indeferiu a liminar pleiteada alegando que os fundamentos fáticos e jurídicos empregados pelos embargantes para justificar a suspensão do ato não se mostraram relevantes e convincentes" [127].

Disse o magistrado que a antecipação de tutela é medida que defere *ab initio* (a partir do início), total ou parcialmente, o pedido inicial, observando-se preambularmente a possibilidade do acolhimento do mérito da ação e, por isso, deve ser analisada com cautela, consubstanciando em provas irretorquíveis. Asseverou também que o instituto rompe com as consequências da morosidade do judiciário, visando salvaguardar os direitos, evitando que a

---

[125]PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo Instrumento nº 0049155-8**, da Primeira Câmara Cível. Relator Ulysses Lopes. Curitiba, 06 de agosto de 1996. Acesso em: 15 ago. 2012.

[126] MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 86017/2011**, da Quinta Câmara Cível. Relator Des. Carlos Alberto Rocha. Cuiabá, 12 de janeiro de 2011. Acesso em: 15 ago. 2012.

[127] MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 86017/2011**, da Quinta Câmara Cível. Relator Des. Carlos Alberto Rocha. Cuiabá, 12 de janeiro de 2011. Acesso em: 15 ago. 2012.

prestação jurisdicional se torne desnecessária ao longo do tempo.

Portanto, verifica-se que o Tribunal mato-grossense tem adotado que, para a concessão da antecipação de tutela, os requisitos legais, previstos no artigo 273, I do CPC, devem estar claramente comprovados, devendo ser a prova robusta, contundente, apta a convencer o magistrado sobre a certeza do fato aduzido, autorizando, assim, a efetivação de um juízo de probabilidade do direito pleiteado, mais do que de um mero juízo de plausibilidade.

Para o relator, do ponto de vista apreciado, os elementos probatórios carreados aos autos não evidenciaram a verossimilhança das alegações dos agravantes, chegando à conclusão de que, nesse estágio da demanda, inviável um juízo de certeza acerca da relação entre as partes. E recomenda que se aguarde o contraditório, pois, somente após a dilação probatória é que existirão elementos suficientes para a apreciação do pedido.

Já em relação à observância do requisito reversibilidade da medida, o Tribunal de Minas Gerais tem entendido que esse requisito é essencial ao deferimento da tutela de urgência, acredita-se, como uma forma de prevenir eventual dano a ser causado ao réu possível de não ser reversível:

> Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Antecipação de tutela. Reversibilidade da medida ausente. Deferimento indevido. Recurso provido.1. A antecipação de tutela pressupõe o atendimento dos respectivos requisitos legais.2. Ausente o requisito da reversibilidade da medida, torna-se insustentável a decisão interlocutória que concedeu antecipação de tutela.3. Agravo de instrumento conhecido e provido para indeferir a antecipação de tutela.[128]

O mesmo Tribunal revela que a necessidade de concessão da medida, em algumas situações exige que a medida seja deferida com parcimônia, uma vez que consiste em privação da parte contrária aos princípios constitucionais:

> A TUTELA satisfativa de urgência pode ser concedida sem a oitiva da parte contrária, se a espera pela citação puder tornar ineficaz à medida pleiteada em juízo. – O devido processo legal há que ser observado não apenas na via judicial, mas também no âmbito de associação civil, quanto à imputação de conduta desabonadora a um de seus associados, nos termos do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. É certo que a TUTELA satisfativa de urgência pode ser concedida sem a oitiva da parte contrária, como pretende o agravante na hipótese dos autos. No entanto, tal medida deverá ser deferida com parcimônia, nas hipóteses em que a espera da citação puder tornar ineficaz a medida pleiteada em juízo, já que priva a parte contrária do direito constitucional ao contraditório e à AMPLA DEFESA. (grifo nosso).[129]

---

[128] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n° 1031309294169600l1**, da Segunda Câmara Cível. Relator: Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, 24 de novembro de 2009. Acesso em: 17 ago. 2012.

Ainda no Tribunal de Justiça Mineiro verifica-se imperiosa decisão no sentido de não considerar ofensa ao princípio do contraditório, a imediata concessão da medida de urgência:

> CONCESSÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA EM SEDE DE 2ª INSTÂNCIA – A apreciação imediata da liminar não ofende o princípio do CONTRADITÓRIO. O efeito devolutivo do agravo de instrumento é restrito, e, salvo situações excepcionais, não é lícito conceder a liminar pretendida em sede de 2º grau, especialmente quando o tema foi diferido na decisão recorrida. Agravo parcialmente provido. Vv.: O procedimento previsto no DL 911/69 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não havendo violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do CONTRADITÓRIO e da ampla defesa. Pode-se conceder a liminar de busca e apreensão 'inaudita altera parte', desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo Decreto-lei 911/69, quais sejam, a comprovação da mora ou o inadimplemento do devedor.[130]

Consoante o entendimento da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, revela-se o quanto segue:

> Agravo inominado. A expressão constitucional 'assegurar o contraditório e a ampla defesa' não é incompatível com a antecipação de tutela ou a concessão de medida cautelar, 'inaudita altera parte', pois não é sinônimo de prévia manifestação da parte contrária. Agravo improvido. Unânime.[131]

Em relação à irreversibilidade da medida, assevera Dinamarco[132] que há situações urgentes em que, a esperar pela realização de todo o conhecimento judicial, com a efetividade do contraditório, defesa, prova e discussão da causa, os fatos podem evoluir para consumação de situações indesejáveis, a dano de algum dos sujeitos. O tempo, às vezes é inimigo dos direitos, e o seu decurso pode lesá-los de modo irreparável ou ao menos comprometê-los insuportavelmente.

Assim decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul entende que, em casos de ações que envolvem a saúde pública, há que se considerar o bem maior, que é a vida, deixando-se de dar ênfase maior ao requisito da irreversibilidade até porque é necessário reconhecer, no entanto, que o aparato estatal tradicional, por meio do Poder Judiciário, não tem logrado responder

---

[129] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento 1040808018802700 11 MG 1.0408.08.018802-7/001(1)**, Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Maurilio Gabriel. Belo Horizonte, 14 de agosto de 2008. Acesso em: 18 ago. 2012.

[130] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo instrumento n° 1002402828127700 11**, da Décima Câmara Cível. Relator: Pereira da Silva. Belo Horizonte, 19 de setembro de 2006. Acesso em: 18 ago. 2012.

[131] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo instrumento nº 599228467**, da Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 09 de junho de 1999. Acesso em: 18 ago. 2012.

[132] DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, p. 179.

com a eficiência e rapidez desejáveis, efetivando os direitos sociais deferidos pela Constituição Federal de 1988, não obstante o esforço empreendido em se garantir o instrumental técnico-legislativo para tanto.

Benucci ainda acrescenta que:

> O crescente descompasso entre o número de juízes em atividade no país, que apenas dobrou em 10 anos, e o número de processos, que aumentou em 937% no mesmo período, embora possa explicar em parte a morosidade na apreciação dos processos, não justifica, em absoluto, a ineficiência da resposta estatal à demanda pela prestação jurisdicional.[133]

Como se vê pela recente decisão, o que tem se primado nesses casos, mesmo que em análise superficial, é o bem maior que é a vida e a saúde pública:

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Enfermidade: CID F40, M511, N951 e K29. Medicamento: XEFO (Lornoxican) 8mg, SERTRALINA 50 mcg, LIPLESS (Ciprofibronato) 100mg, ALENDIL CÁLCIO D (Alendronato de cálcio + vitamina D) e NATIFA (Estradiol) 1 mg. Custo mensal: R$ 248,34. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. Município é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda que visa ao fornecimento de medicamento, independentemente de qual seja este, tendo em vista que o art. 23 da CF prevê como competência comum da União, Estado, Distrito Federal e Município, cuidar da saúde. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. A concessão da tutela antecipada exige a existência de prova inequívoca hábil a evidenciar a verossimilhança das alegações, devendo, ainda, haver receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como a possibilidade de reversibilidade dos efeitos do provimento, exigência esta que, por vezes, deve ser abrandada, já que há situações nas quais o deferimento da medida antecipatória mostra-se essencial, mesmo em face da sua inevitável irreversibilidade. Depreende-se dos autos que o tratamento postulado é imprescindível para a saúde da parte autora, pois sofre de doença grave, necessitando com urgência dos medicamentos postulados. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.[134]

Já em relação à concessão da medida de forma provisória e o requisito da reversibilidade, assim decidiu:

> Ementa: PLANO DE SAÚDE. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNAÇÃO HOSPITALAR E INTERVENÇÃO CIRÚRGICA DE URGÊNCIA EM CIDADE DISTINTA DA EM QUE O CONTRATO FOI FIRMADO. PROVA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Em sendo a antecipação

[133] BENUCCI, **A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública**, p. 17.

[134] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70048602346**. Primeira Câmara Cível. Relator: Jorge Maraschin dos Santos. Porto Alegre, 26 de abril de 2012. Acesso em: 18 ago. 2012.

> de tutela de efeito provisório, não é permitida a concessão se não houver possibilidade de reversibilidade. A irreversibilidade se traduz na impossibilidade material de retorno ao status quo ante. É preciso que o quadro fático, acelerado pela antecipação da tutela, possa ser recomposto. Se não existir tal possibilidade, o juiz não poderá expedir provimento antecipatório conforme dispõe o art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil. Agravo provido.[135]
>
> Ementa: AGRAVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LIMITAÇÃO DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. INOCORRÊNCIA. Não se concede provimento antecipatório, quando possui caráter irreversível, segundo regra processual - art. 273, § 2.º do CPC. Ademais, em tese, não é abusiva cláusula limitadora de tempo de internação, pois apenas ajusta a prestação de serviços ao tipo de plano que foi contratado. Agravo provido. Liminar cassada.[136]

Por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz – a constitucional –, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade de jurisdição e o direito contraditório e à ampla defesa, pelo que hão de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância. Todavia, a exemplo do que se passa em relação a outros direitos fundamentais, também entre os mencionados direitos dos litigantes pode ocorrer, no plano da realidade, fenômeno de tensão. Há, com efeito, um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-las: o tempo.

É nesse sentido a manifestação de Zavascki[137] em relação ao assunto: "o decurso do tempo, todos sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com o contraditório e ampla defesa, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama uma tutela urgente". Presente a colisão de direitos fundamentais, imperiosa será, consequentemente, a formulação legislativa ou judicial de regra para solucioná-lo.

É nessa linha de entendimento que, muitas vezes, o contraditório e a ampla defesa têm sido motivo de indeferimento da tutela de urgência, mesmo em se tratando de saúde pública, até porque, na maioria das vezes, o valor retirado do ente público é expressivo, não se havendo a mínima possibilidade de retornar a decisão ao *status quo ante*, no caso de decisão de improcedência da demanda, gerando uma cautela maior aos magistrados quando do pedido de seu deferimento.

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. DECISÃO

[135] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70006476287**, Quinta Câmara Cível, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, 14 de agosto de 2003. Acesso em: 18 ago. 2012.

[136] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70001975580**. Quinta Câmara Cível. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2001. Acesso em: 18 ago. 2012.

[137] ZAVASCKI, **Antecipação de Tutela**, p. 23.

> MONOCRÁTICA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. Não se verificam os requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada previstos no art. 273 do CPC, pois além da verossimilhança da alegação, também devem estar presentes o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O pedido de realização de cirurgia é questão que depende de dilação probatória, sob a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, não sendo possível, em juízo de cognição sumária, reconhecer a urgência e a necessidade de autorizar a cirurgia recomendada. Por fim, cabe ainda consignar que o indeferimento da tutela antecipada poderá ser reexaminado em qualquer momento no processo, em face da existência de novos elementos constantes nos autos.[138]

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. SEGUROS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. MANTIDO O INDEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. Não se verificam os requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada previstos no art. 273 do CPC, pois além da verossimilhança da alegação, também devem estar presentes o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O argumento de reajuste abusivo pela troca de faixa etária é questão que depende de dilação probatória, sob a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, não sendo possível no caso concreto, em juízo de cognição sumária, reconhecer a urgência e a necessidade para afastá-lo do valor das mensalidades do plano de saúde. Agravo de instrumento a que se nega seguimento, por manifestamente improcedente (art. 557, caput, do CPC).[139]

Também, há que se demonstrar, aqui, alguns dos vários casos nos quais tem-se dado a revogação da medida, por inobservância ou por análise superficial dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil pelos magistrados, nos mais diversos Tribunais do país.

> ACIDENTE DO TRABALHO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA PARA RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA, PORÉM, DO PREENCHIMENTO, NO CASO, DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC. INVIABILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REVOGAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO PROVIDO.273CPC.[140]

> RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REVOGADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL NÃO VERIFICADO. AUSENTE DEVER DE INDENIZAR. Não havia nenhum impedimento para a inscrição do nome da autora em cadastros restritivos de crédito, pois a antecipação de tutela foi revogada em sede de agravo de instrumento. APELAÇÃO DESPROVIDA.[141]

---

[138] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70039399670**. Sexta Câmara Cível. Relator Artur Arnildo Ludwig, Porto Alegre, 10 de dezembro de 2010. Acesso em: 18 ago. 2012.

[139] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70035118447**. Sexta Câmara Cível. Relator: Artur Arnildo Ludwig. Porto Alegre, 01 de junho de 2012. Acesso em: 18 ago. 2012.

[140] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n° 0155269-52.2011.8.26.0000**. Décima Sexta Câmara de Direito Público. Relator: Valdecir José do Nascimento. São Paulo, 17 de janeiro de 2012. Acesso em: 18 ago. 2012.

[141] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n º 70046993960**. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre em 29 março de 2012. Acesso em: 18 ago. 2012.

Verifica-se que o instituto da tutela antecipada abriu as portas para matérias polêmicas, como o provimento de liminar *inaudita altera pars* à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Segundo Zavascki[142], hoje tal polêmica ainda não foi superada e pacificada na doutrina e na jurisprudência. E o faz com a anotação de que não existe impedimento à concessão dessa medida quando da demonstração de perigo iminente e demais requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, visando à efetiva prestação jurisdicional.[143] Porém, adverte que o sacrifício da segurança jurídica, base da ordem jurídica vigente, tornar-se-ia elemento imprescindível ao alcance do bem maior que é a justiça por intermédio da efetividade processual, muitas vezes, com sacrifício dos princípios constitucionais.

Isso tem gerado decisões contraditórias, às vezes dentro de um mesmo Tribunal, como é o caso do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que a própria legislação deixa lacunas no que diz respeito ao seu deferimento, ficando a cargo do próprio julgador entender o que achar conveniente.

Há que se dizer que, por vezes, há necessidade de uma análise mais apurada dos fatos, seja, por meio de uma audiência de justificação com o réu ou por meio da oportunidade de manifestação escrita nos autos, de forma a ir ao encontro do princípio do contraditório e da ampla defesa.

3.3 Motivação da decisão como forma de controle de direitos do réu

Afirma o parágrafo 1° do artigo 273 que, "na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento". O mesmo alerta para a fundamentação está expresso no parágrafo 4°, que dita que "a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada".

Tal explicitação, à primeira vista, seria desnecessária, à medida que a obrigatoriedade da motivação está expressa na Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX. Entretanto, a realidade da vida forense tem mostrado que raramente as decisões que deferem ou indeferem

---

[142] ZAVASCKI, **Antecipação de Tutela**, p. 33.

[143] MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 86017/2011**, da Quinta Câmara Cível. Relator Des. Carlos Alberto Rocha. Cuiabá, 12 de janeiro de 2011. Acesso em: 15 ago. 2012..

a antecipação de tutela são fundamentadas. Eis a razão pela qual o legislador adverte o juiz sobre a necessidade da fundamentação das decisões ao tratar do instituto da antecipação de tutela.

Assim, buscou o legislador ressaltar a importância de o magistrado externar os motivos de sua decisão, procurando, precipuamente, evitar que haja parcialidade nas decisões ou que, por descuido ou excesso de trabalho, omita-se o julgador de cumprir seu dever constitucional de fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade.

As decisões interlocutórias que se inclinam pelo deferimento ou pelo indeferimento da tutela antecipada sem fundamentação devem ser invalidadas. A parte interessada não se deve conformar com fundamentações concisas, embora, lamentavelmente, tão comuns e admitidas na prática forense.

Nesse sentido é o descontentamento de Calmon de Passos, na citação de Reis Friede:

> Estamos todos acostumados, entretanto, neste nosso país que não cobra responsabilidade de ninguém, ao dizer de magistrados levianos, que fundamentam seus julgados com expressões criminosas como estas: 'atendendo a quanto nos autos está fartamente provado[...]', 'à robusta prova dos autos' ou 'ao que disseram as testemunhas' outras leviandades dessa natureza que,se fôssemos apurar devidamente, seriam antes de leviandades, prevaricações, crimes, irresponsabilidades e arbítrio, desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, cusparadana cara dos falsos cidadãos que somos quase todos nós. Espero que não se tolere antecipação de tutela com fundamentação desse tipo, que fundamentação não é pronunciamento judicial genérico, leviano ,impertinente, falseador da verdade dos fatos.[144]

Cabe destacar que o princípio do Estado Democrático de Direito é garantidor de uma postura clara e transparente por parte das instituições. A fundamentação da decisão dada pelo magistrado reveste-se de interesse de ordem pública, pois não basta deferir ou não uma pretensão: cabe esclarecer como as provas ou os fatos presentes no processo moldaram o seu livre convencimento. Ademais, somente com uma adequada compreensão do objeto da prova, diante da tutela antecipada, é que se possibilitará a correta fundamentação, bem como o controle pelo órgão revisor, fazendo com que o julgador, no momento da opção pelo deferimento da antecipação, em caso escancarado de que a mesma possa produzir um efeito fático irreversível, deva ser justificada. Ou seja, deve o magistrado demonstrar a razão pela qual o julgador optou pelo risco, inclusive considerando o valor dos bens envolvidos, para que

---

[144] FRIEDE, **Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória:** um guia completo sobre os requisitos e pressupostos constitucionais e legais, p. 75.

possa, assim, ser melhor objeto de recurso de agravo pelo réu em defesa dos diretos constitucionais e prerrogativas inerentes à sua figura no processo.

CONCLUSÃO

A introdução do instituto da antecipação de tutela no cenário jurídico nacional foi, sem sombra de dúvidas, a mais importante dentre todas as inovações ocorridas nos últimos anos, haja vista que veio ao encontro de uma preocupação que era constante, qual seja, a de uma justiça mais rápida.

Daí o objetivo do presente trabalho tenha sido o de demonstrar o instituto da antecipação da tutela avaliando seu surgimento, sua importância e os princípios que norteiam sua efetividade. Em seguida expostos os requisitos ao seu deferimento, aduziu-se a questão

que envolve os princípios do contraditório e da ampla defesa, com o escopo temático de investigar o alcance de aplicação do instituto da antecipação de tutela *inaudita altera pars,* em contraponto com os princípios constitucionais que garantem a atuação do réu, por meio da mostra de divergências ainda existentes nos tribunais do país, bem como sua aplicação nos ordenamentos jurídicos estrangeiros de Portugal e Itália. Além disso, considerou-se a respeito da possibilidade de reversão dos danos causados ao réu quando da utilização desmedida do instituto, evidenciando a importância da motivação da decisão pelo magistrado no momento da concessão.

Verificou-se, ainda, no decorrer do estudo que o instituto da antecipação de tutela não pode ser confundido com a medida cautelar, haja vista que cada uma tem regras e princípios disciplinadores distintos, razão pela qual fora abordada a distinção entre ambos.

Percebe-se que surgiram alguns desdobramentos polêmicos a respeito do assunto, como a concessão da medida *inaudita altera pars,* e daí provém a problemática jurídica a respeito de se a concessão sem a oitiva do réu causaria ou não violação ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa a ele inerentes, bem como, possibilidade de reversão desses danos no plano do direito material.

Verificou-se, pelo presente estudo, que a antecipação de tutela veio para o ordenamento jurídico como algo "remediador" da morosidade do Poder Judiciário. Porém, o que se tem de levar em conta é que a forma como esse instituto vem sendo utilizado é passível de causar danos aos princípios inerentes ao réu. Afirma-se isso com base na grande quantidade de demandas que invadem o Poder Judiciário diariamente em confronto com o número diminuto de servidores à disposição do Estado, desproporção que vem gerando decisões imotivadas no seu deferimento. Tal motivação que poderia, inclusive, ser objeto de recurso pelo réu, que fica desprovido de direitos a seu favor até que se cumpra a determinação deferida.

A morosidade judiciária, sem dúvida, vem sendo hodiernamente grande causa do pedido da antecipação de tutela nos processos, mesmo para casos que não demandem urgência ou mesmo comprovem ser portadores dos requisitos mínimos ao seu deferimento, o que, pelo mesmo problema, "passa em branco" ao magistrado que a elas dá grande importância, pela análise leviana dos fatores.

Ocorre que, além de causar ao Judiciário abarrotamento de ações que demandem urgência, outras de talvez caráter tão importante quanto as que comportam pedido de

antecipação de tutela são deixadas no esquecimento, por não conter indicação, em sua estrutura, de tratar-se de pedido de tutela antecipada.

Não fosse só isso, fica o réu no vago direito de espera em conseguir reaver o direito material que muitas vezes perde com o deferimento da antecipação de tutela, e que poderia ser evitado se, ao menos, tivesse ciência do ocorrido em audiência de justificação, que é uma prerrogativa em decadência, pela falta de pauta pelos Juízos existentes.

Surge daí a resposta de como conciliar as garantias constitucionais do autor e do réu em processo que demanda antecipação de tutela. Muito simples seria se fosse colocado em prática o legalmente previsto no artigo 5°, IX da Constituição Federal: a necessidade de motivação das decisões, forma de "ataque" da decisão pelo réu em segunda instância por meio de agravo de instrumento.

Com base em tudo o quanto se demonstrou, faz-se a sugestão no sentido de uso da antecipação de tutela somente para casos em que realmente demandem urgência e preencham os requisitos ao seu deferimento, bem como prévia audiência de justificação para casos em que claramente não houver perda do direito material requerido pelo autor, em caso de ciência do réu.

De tudo o que foi dito, fica a certeza de que antecipação de tutela é, sim, uma grande inovação ao ordenamento jurídico, especialmente se for usada da forma e com os objetivos para os quais foi criada, inovada e introduzida no Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**: antecipação de tutela na ação de reparação do dano. Curitiba: Editora Juruá, 2000.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Anotações sobre Alguns Aspectos das Modificações Sofridas pelo Processo Hodierno entre nós**. Revista de Processo, nº 97, 2000.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo:** Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela:** Considerações sobre a Antecipação da Tutela Jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais,

1997.

BENUCCI, Renato Luis. **A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001.

BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOTELHO DE MESQUITA, José Inácio. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Civil**, Belo Horizonte: Forum, ano 2011, vol. 56, 15, jul. / set, página 44.

BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br >. Acesso em Acesso em: 22 jul. 2012.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br >. Acesso em: 10 ago. 2012.

_____. **Lei Federal n. 8952, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em < http://www.leidireto.com.br/lei-8952.html>. Acesso em: 20 ago. 2012.

_____. **Lei Federal n. 10444 de 7 de maio de 2002**. Altera a Lei . 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.leidireto.com.br/lei-10444.html>. Acesso em: 20 ago. 2012.

_____. **Lei Federal n. 10352 de 26 de dezembro de 2001**. Altera dispositivos da Lei . 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Disponível em < http://www.leidireto.com.br/lei-10352.html>. Acesso em: 23 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 131.853**. Terceira turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 04 de dezembro de 1997. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/454417/recurso-especial-resp-131853-sc->. Acesso em: 19 ago. 2012.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo: Fórum, v. 7, n. 27, p. 12-26, jul./set., 1982.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CORREIA, Alexandre et. al. **Manual de direito romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: SEDEGRA – Sociedade Editora e Gráfica, série cadernos didáticos, (s/d).

CRUZ, André Luiz Vinhas da. **Evolução histórica das tutelas de urgência:** breves notas de Roma à Idade Média**.** Disponível em: <http://www.esmese.com.br/revistas.html>. Acesso em:

15 abr. 2012.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza Constitucional da Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DUARTE, Maércio Falcão. **Ação cautelar e satisfativa**. Tese publicada nos anais do III Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, realizado em Natal, de 16 a 18 de setembro de 1999.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira, **Inovações do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRIEDE, Reis. **Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória:** um guia completo sobre os requisitos e pressupostos constitucionais e legais. São Paulo: LTR, 2000.

GANDOLFI, Giuseppe. **Contribuição ao estudo do processo de interdição romano**. Milano: Giuffré, 1955.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 14. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ITÁLIA. **Codice di precedura civile**. Disponível em <www.legalset.it/Codici/ Codice_proc_civ.rtf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie, RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**: as mudanças introduzidas no CPC pelas Leis nº 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1980.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAGADAN, Yuri Grossi. **Hipóteses de antecipação de tutela:** exame do artigo 273 do Código de Processo Civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento:** a Tutela Jurisdicional por meio do Processo de Conhecimento. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Tutela antecipada:** julgamento antecipado, e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINS, Vítor A. A. Bonfim. Antecipação de Tutela e Tutela Cautelar. In: ALVIM, Teresa Arruda, **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 550-575.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 86017/2011**, da Quinta Câmara Cível. Relator Des. Carlos Alberto Rocha. Cuiabá, 12 de janeiro de 2011. Disponível em <http://aasp.jusbrasil.com.br/noticias/3119835/provas-devem-ser-claras-para-concessao-de-liminar>. Acesso em: 15 ago. 2012.

_____. _____. **Agravo de Instrumento nº 40194/2009**. Primeira Câmara Cível .Relator José Mauro Bianchini. Cuiabá, 25 de janeiro de 2012. Disponível em < http://direito-vivo.jusbrasil.com.br/noticias/2065242/so-urgencia-justifica-tutela-antecipada>. Acesso em: 19 ago. 2012.

MEIRA, Silvio. **A Lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo instrumento n° 1002402828127700 11**, da Décima Câmara Cível. Relator: Pereira da Silva. Belo Horizonte, 19 de setembro de 2006. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5895694/100240282812770011-mg-1002402828127-7-001-1-tjmg/inteiro-teor>. Acesso em: 18 ago. 2012.

_____. _____. **Agravo de instrumento n° 103130929416960011**, da Segunda Câmara Cível. Relator: Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, 24 de novembro de 2009. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5941768/104330620182320011-mg-1043306201823-2-001-1-tjmg/inteiro-teor>. Acesso em: 17 ago. 2012.

_____. _____. **Agravo de instrumento 104080801880270011 MG 1.0408.08.018802-7/001(1)**, Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Maurilio Gabriel. Belo Horizonte, 14 de agosto de 2008. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia / 5965422/104080801880270011-mg-1040808018802-7-001-1-tjmg/inteiro-teor>. Acesso em: 18 ago. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo Instrumento nº 0049155-8**, da Primeira Câmara Cível. Relator Ulysses Lopes. Curitiba, 06 de agosto de 1996. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4210830/agravo-de-instrumento-ai-491558-pr-agravo-de-instrumento-0049155-8-tjpr>. Acesso em: 15 ago. 2012.

PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINTO, Nelson. **Processo Cautelar**. São Paulo: Jurídica, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70039399670**.

Sexta Câmara Cível. Relator Artur Arnildo Ludwig, Porto Alegre, 10 de dezembro de 2010. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70039399670&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribuna=>. Acesso em: 18 ago. 2012.

_____. _____. **Agravo de Instrumento nº 70035118447**. Sexta Câmara Cível. Relator: Artur Arnildo Ludwig. Porto Alegre, 01 de junho de 2012. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70035118447&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal>. Acesso em: 18 ago. 2012.

_____. _____. **Agravo de instrumento n º 70046993960**. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegrem, 29 março de 2012. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21520201/apelacao-civel-ac-70046993960-rs-tjrs>. Acesso em: 18 ago. 2012.

_____. _____. **Agravo de Instrumento nº 70001975580**. Quinta Câmara Cível. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2001. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70001975580&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal>. Acesso em: 18 ago. 2012.

_____. _____. **Agravo de Instrumento nº 70048602346**. Primeira Câmara Cível. Relator: Jorge Maraschin dos Santos. Porto Alegre, 26 de abril de 2012. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70048602346&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal>. Acesso em: 18 ago. 2012.

_____. _____. **Agravo de Instrumento nº 70006476287**, Quinta Câmara Cível, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. Porto Alegre, 14 de agosto de 2003. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70006476287&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal>. Acesso em: 18 ago. 2012.

_____. _____. **Agravo instrumento nº 599228467**, da Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 09 de junho de 1999. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=599228467&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal>. Acesso em: 18 ago. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n° 0155269-52.2011.8.26.0000**. Décima Sexta Câmara de Direito Público. Relator: Valdecir José do Nascimento. São Paulo, 17 de janeiro de 2012. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/ filedown/dev6/files/JUS2/TJSP/IT/AI_1552695220118260000_SP_1326924166601.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2012.

SCHMIDT JÚNIOR, Roberto Eurico. A tutela antecipada e o MP enquanto *custos legis*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Aspectos Polêmicos da Tutela Antecipada**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 400-471.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva. In: **Revista da Ajuris** n. 72. Porto Alegre, 1998.

_____. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.