

*DIREITO EVIDENTE E DIREITO CERTO COMO
HIPÓTESES DE TUTELA ANTECIPADA E SUA
NECESSÁRIA APLICAÇÃO*

*EVIDENT RIGHT AND CORRECT RIGHT AS
HYPOTHESIS OF PRELIMINARY INJUNCTION
AND ITS FULL IMPLEMENTATION NEED*

Natalia Zatz Tosi

Estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo. Advogada não-militante. Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Cogear/PUC-SP.

Resumo

A antecipação da tutela como medida distributiva do ônus processual. As hipóteses de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e de pedido incontroverso. Importância da técnica enquanto garantidora da tempestividade e efetividade jurisdicionais. Viés constitucional. Necessidade de aplicação plena.

Palavras-Chave

Tutela antecipada. Hipóteses. Propósito Protelatório. Pedido Incontroverso. Aplicação.

Abstract

The preliminary injunctive relief as a distributive measure of the procedural burden. The hypothesis of abuse of the rights of defense or evident dilatory purpose of the defendant and of uncontested request. Importance of the technique as a guarantee of jurisdictional timeliness and effectiveness. Constitutional bias. Full implementation need.

Keywords

Preliminary injunction. Hypothesis. Abuse of defense. Dilatory purpose. Uncontested. Implementation.

Sumário

Introdução. 1. Constitucionalização do processo civil. 2. Processo civil de resultados. 3. Principais aspectos da tutela antecipada. 3.1. Conceito e natureza. 3.2. Objeto da antecipação. 3.3. Pedido da parte. 3.4. Momento da concessão. 3.5. Cabimento liminar *inaudita altera pars*. 3.6. Perigo de irreversibilidade. 3.7. Revogabilidade e Provisoriedade. 4. Das hipóteses de cabimento previstas no inciso II e § 6º. 4.1. Da hipótese de cabimento prevista no inciso II. 4.2. Da hipótese de cabimento prevista no § 6º. Conclusão

INTRODUÇÃO

O instituto da tutela antecipada foi introduzido ao Código de Processo Civil brasileiro em seu artigo 273, pela Lei nº 8.952/1994. Posteriormente foram a ele introduzidos os §§ 3º, 6º e 7º pela Lei nº 10.444/2002.

A técnica antecipatória visa à antecipação dos efeitos práticos da decisão satisfativa quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, presentes os requisitos da prova inequívoca e verossimilhança da alegação (inciso I); quando houver abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, presentes também os requisitos da prova inequívoca e verossimilhança (inciso II), ou, ainda, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, restar incontroverso (§ 6º).

O objetivo precípua do legislador ao introduzir tal técnica ao sistema processual civil é beneficiar o autor para que não tenha seu direito – tido como provável, evidente ou certo – frustrado em decorrência exclusivamente do tempo do processo, de atual morosidade, ou de conduta protelatória do réu, situações essas corriqueiras no sistema judiciário brasileiro.

Em outras palavras, destina-se a tutela antecipada a melhor repartição do ônus processual¹, como se demonstrará neste estudo.

Importante registrar que a finalidade da antecipação tem seu fundamento de validade na Constituição Federal. Está alicerçada nos princípios da tempestividade da jurisdição e da efetividade jurisdicional, ambos previstos no inciso LXXVIII do artigo 5º², introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04, como também no princípio implícito da proporcionalidade³.

Todavia, o que se constata é que tal direito fundamental do jurisdicionado carece ainda de concretização, muito embora disponha de mecanismo jurídico apto e eficaz a sua garantia.

A concessão da tutela antecipada fundada em perigo de dano irreparável ou de difícil reparação é de larga aplicação, o que não se observa nos casos de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório e de pedido incontroverso. Em tais hipóteses vislumbra-se tímida, para não falar inexistente, sua utilização, e também sua difusão, pelos operadores do direito, quadro que merece mudança, máxime considerando seu viés constitucional.

E esse será o objetivo deste trabalho: alertar e chamar à discussão a comunidade jurídica para realização plena da técnica antecipatória, haja vista medida distributiva do ônus processual e garantidora de direito fundamental que é.

1. MARINONI, Luis Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 e *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

2. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

3. No escólio de Gilmar Ferreira Mendes, *o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. (...) esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito, pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens e valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo*. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142 e 143).

1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal de 1988 revestiu-se de novos contornos, pois promulgada sob a concepção do *Neoconstitucionalismo*, também denominado *Constitucionalização do Direito*.

Essa nova era do constitucionalismo, difundida em nível global, prega a supremacia da constituição, de modo que é base fundamental de todo ordenamento jurídico a exigir do legislador, do administrador, do juiz e demais operadores do direito interpretação e aplicação prévia – chamado controle vertical.

Teve sua origem em 1803, nos Estados Unidos, com o famoso caso *Marbury x Madison*, marco histórico do constitucionalismo, ocasião em que o juiz Marshall consignou: *Não se esquecer nunca que o que se está falando é da Constituição*⁴.

Assim é que doutrinadores do ramo de processo civil passaram a defender a *constitucionalização do processo*, que não pode ser entendida necessariamente como nova disciplina, mas como nova forma sistemática de estudo do processo civil, qual seja, partindo-se do texto constitucional.

A *constitucionalização do processo* significa que o trâmite processual é regido por princípios constitucionais, garantidores da concretização da justa, igualitária e eficaz tutela jurisdicional. Nesse sentido, bem ressalta ADA PELLEGRINI GRINOVER que

A própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização de justiça.⁵

Sobre o tema, destacam-se, dentre outros, os princípios da inafastabilidade da jurisdição⁶; da imparcialidade do juiz⁷; do contraditório e ampla defesa⁸; da ce-

4. O caso “Marbury contra Madison” foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo considerado como principal referência para o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário. Na eleição presidencial dos EUA de 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams. Após a derrota, John Adams resolveu nomear vários juízes a cargos relevantes, dentre eles Wiliam Marbury, nomeado Juiz de Paz. Todavia, Adams, à época secretário de Justiça, não entregou o diploma de nomeação a Marbury. Já com Jefferson presidente, seu novo secretário de Justiça James Madison se negou a intitular Marbury, que apresentou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte Norte-Americana exigindo a entrega do diploma. O processo foi relatado pelo presidente da Suprema Corte, juiz John Marshall, que concluiu que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir o *mandamus* contrariava a Constituição, exercendo controle de constitucionalidade sem previsão constitucional. http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Marbury_contra_Madison. (26-9-2011).

5. CINTRA. Antonio Carlos de Araújo: GRINOVER. Ada Pellegrini: DINAMARCO. Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 86.

6. Art. 5º, XXXV, CF/88.

7. Art. 5º, XXXVII e LIII, CF/88.

8. Art. 5º, LV, CF/88.

leridade processual⁹; da efetividade da tutela jurisdicional¹⁰, da motivação das decisões judiciais¹¹, do duplo grau de jurisdição¹², ramificações do princípio do devido processo legal¹³, os quais não serão objeto de estudo específico neste trabalho.

No entanto, vale sucinto esclarecimento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quanto ao princípio norteador do devido processo legal:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, (...), mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.¹⁴

2. PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS

O conceito de processo vem passando por significativa reformulação, eis que já não é mais entendido como mero instrumento técnico de prestação jurisdicional.

As exigências da vida moderna tornaram patente a necessidade de conferir-lhe função social mais ambiciosa, de modo que seja apto a solucionar conflitos de interesse com o mais alto grau de eficácia possível. Ou, nas palavras de JOÃO BATISTA LOPES, há de ser *meio de fazer atuar plenamente a ordem jurídica*¹⁵.

É a ideia de processo civil de resultados.

Para concretização da efetiva prestação jurisdicional, não deve o juiz ser mero aplicador da lei ao caso concreto. O método de subsunção, atualmente, mostra-se insuficiente. Deve-se buscar solução mais adequada à hipótese, valendo-se dos princípios e normas previstos no ordenamento, especialmente na Constituição, de modo que o deslinde da causa seja fruto, em tempo razoável, de um mecanismo jurídico de sopesamento de interesses.

Abrilhanta, nesse ponto, JOÃO BATISTA LOPES,

Se é certo que o plexo jurídico não se exaure na ideia de justiça (outros valores, como a certeza, a segurança, a paz social devem ser perseguidos pelo juiz) não menos exato é que o valor justiça ocupa posição de relevo na atividade jurisdicional.¹⁶

9. Art. 5º, LXXVIII, CF/88.

10. Art. 5º, LIV, CF/88.

11. Art. 93, IX, CF/88.

12. Arts. 102, II e III; 105, II e III; 108, II, CF/88.

13. Art. 5º, LIV, CF/88.

14. CINTRA. Antonio Carlos de Araújo: GRINOVER. Ada Pellegrini: DINAMARCO. Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

15. LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 31.

16. LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 29.

Complementa LUIZ GUILHERME MARINONI:

(...) a noção de uma tutela jurisdicional descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo. Ou seja, é insuficiente a ideia de direito à tutela jurisdicional como direito a uma sentença. Não é por razão diversa que a doutrina contemporânea passa a falar em tutela jurisdicional dos direitos. A expressão tutela jurisdicional dos direitos revela um compromisso com a instrumentalidade substancial do processo; constitui um alerta contra o dogma da neutralidade do processo em relação ao direito substancial.¹⁷

É nesse contexto que a técnica antecipatória deve ser analisada.

3. PRINCIPAIS ASPECTOS DA TUTELA ANTECIPADA

3.1. Conceito e natureza

A tutela antecipada está prevista no art. 273 do CPC, que dispõe:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É técnica processual, cabível em todas as ações de conhecimento¹⁸, que, a requerimento e em juízo provisório, em regra, antecipa, total ou parcialmente,

17. MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 26.

18. STJ, Resp. 595172/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU 21-10-2004.

os efeitos práticos da decisão (e não propriamente a decisão de mérito), de modo que satisfaz, de imediato, a realização de direito provável ou evidente, afastando que a parte que tem razão suporte, sozinha, prejuízos decorrentes do *iter* processual, prolongado quer pelo vagaroso serviço judiciário, quer pelo leque de recursos.

É dizer que se há demonstração, já naquele momento, que o direito é provável, evidente ou incontroverso, o ônus do trâmite do processo há de recair sobre a outra parte e não ser ela indevidamente beneficiada com o tempo restante ao deslinde do feito para, só então, satisfazê-lo.

Dessa conceitualização vislumbra-se a finalidade última da técnica antecipatória que é *medida de distribuição do ônus processual*¹⁹.

Nessa senda, explicita LUIZ GUILHERME MARINONI que

em última análise, é correto dizer que a técnica antecipatória visa apenas a distribuir o ônus do tempo do processo. É preciso que os operadores do direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. (...) É que as novas situações de direito substancial, ou melhor, os conflitos próprios da sociedade contemporânea, não podem suportar o tempo necessário para definição do processo de conhecimento. Pense-se, por exemplo, no direito à higidez do meio ambiente²⁰.

Quanto à natureza jurídica da decisão concessiva de tutela antecipada é de decisão interlocutória, nos termos do artigo 162 do CPC²¹. Isso porque tal ato do juiz não extingue o processo, nem tampouco é de mero impulso oficial. É ato pelo qual o juiz antecipa a realização da pretensão sem necessariamente implicar o encerramento do feito, de modo que apenas soluciona questão incidente.

É o que se extrai do § 5º do artigo 273, que estabelece: *concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento*.

Aliás, o caráter provisório da antecipação²², inexistente no ato de sentença, reforça sua natureza de decisão interlocutória.

A embasar o entendimento, confirma o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL – RECLAMAÇÃO – TUTELA ANTECIPADA POSTERIOR SENTENÇA DE MÉRITO – PREVALÊNCIA. 1. O juízo provisório outorgado por liminar ou tutela antecipada, oriundo de Tribunal ou por ele cancelado,

19. MARINONI, Luis Guilherme. Antecipação de Tutela. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

20. MARINONI. Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 196/197 e 206.

21. Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

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

§ 2º Decisão interlocutória é 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.

22. Art. 273, § 4º do CPC: A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

não perde a natureza jurídica de precariedade, sendo substituído inteiramente pela sentença de mérito, após cognição exauriente.²³

3.2. Objeto da antecipação

Considerando que o pedido de tutela antecipada, muitas vezes, se confunde com o próprio pedido da ação e, consequentemente, com o provimento final ou parte dele, necessária distinção entre os objetos.

A decisão concessiva de tutela antecipada tem por objeto a antecipação dos efeitos práticos da decisão e não propriamente a decisão. Isso quer dizer que seu escopo é apenas possibilitar a experimentação do direito provável, evidente ou incontroverso, que será reconhecido definitivamente somente quando da decisão final de mérito (sentença ou acórdão).

Destaca JOSÉ DOS SANTOS ROBERTO BEDAQUE que a tutela antecipada *permite ao autor usufruir de seu suposto direito antes mesmo do reconhecimento de sua existência*²⁴.

Acrescenta JOÃO BATISTA LOPES que

(...) não se afigura razoável interpretação que estenda, indiscriminadamente, o âmbito da tutela antecipada a todos os efeitos da sentença como se se cuidasse de julgamento antecipado da lide. A provisoriedade e a revogabilidade que marcam a tutela antecipada estão a impedir que o juiz, ao concedê-la, antecipe, em sua integralidade, a eficácia da sentença de mérito. (...) A antecipação de tutela, se não permite ao autor usufruir plenamente de seu direito, representa tutela satisfativa no sentido de abreviar o *iter processualis* permitindo, desde logo, a execução (que a lei prefere chamar de efetivação), ainda que provisória.²⁵

Para elucidar, tem-se ajuizamento de ação condenatória, instruída com prova robusta, com pedido de tutela antecipada em razão de desabamento, por imperícia, de edifício residencial. A condenação ao pagamento de indenização pelos danos sofridos é o pedido da inicial. Em sede de tutela antecipada, pede-se condenação apenas em quantia suficiente para garantir que as vítimas tenham condições de se realocar em local seguro, dado que assim não podem aguardar até a prolação da sentença. O reconhecimento do direito e a integralidade da indenização somente ocorrerão no futuro, com o provimento final, mas possibilita-se às vítimas, desde logo, usufruir de parcela da pretensão.

Nesse caso, o objeto da tutela antecipada coincide parcialmente com o objeto do provimento final.

23. STJ, Rcl. 1444 / MA, S1, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 23-11-2005.

24. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 338.

25. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 51 e 53.

Por outro lado, há situações em que a tutela antecipada representa completa satisfação do direito pleiteado na inicial, como ocorre, por exemplo, quando o magistrado autoriza, via antecipação, realização de cirurgia inadiável em ação onde se discute amplitude de cláusula de plano de saúde. Aqui, os efeitos experimentados pelo requerente são os mesmos quando do proferimento da sentença, embora somente nessa última fase processual é que se reconhecerá a nulidade da cláusula contratual.

3.3. Pedido da parte

Há exigência legal, prevista no *caput* do artigo 273²⁶, de requerimento do autor para que a tutela antecipatória lhe seja concedida.

Admite a doutrina e a jurisprudência que na reconvenção também é permitido ao seu autor formular pedido de tutela antecipada, vez que figura no polo ativo como verdadeiro demandante.

Vale mencionar que parcela da doutrina entende ser possível concessão de tutela antecipada de ofício. As razões fundam-se na efetividade do processo, no caráter satisfativo da técnica e na aplicação analógica do regramento atinente às medidas cautelares²⁷.

Nesse sentido, elucida JOÃO BATISTA LOPES: *Em princípio, como a antecipação está atrelada à ideia de efetividade do processo, seria cogitável a concessão da providência independentemente de pedido do autor (...).*²⁸

Na mesma linha, frisa CASSIO SCARPINELLA BUENO que é *irrecusável a questão sobre ser possível ao juiz conceder a tutela antecipada de ofício, isto é, sem pedido expresse para aquele fim.*²⁹

Todavia, mostra-se ainda refratária a jurisprudência, apontando que há vedação expressa contida no *caput* do artigo 273³⁰.

3.4. Momento da concessão

Primeiramente, oportuno mencionar que diante das hipóteses de concessão e do preenchimento de seus requisitos, deve o juiz, e aqui não se trata de liberdade, deferir a antecipação. É o que a doutrina denomina de “poder-dever”.

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

27. Art. 797 do CPC: *Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.*

28. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 76.

29. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual Civil: Tutela antecipada. Tutela cautelar. Procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, p. 11.

30. TJSP, Ag. 7277763200/SP, Rel. Desembargador Luis Carlos de Barros, DJU 22-9-2008; TRF 5, Ag. 2002.04.01.041881-4/RS, Rel. Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJU 28-5-2003.

Aclara, sob esse aspecto, CASSIO SCARPINELLA BUENO que o magistrado *deve deferir o pedido porque está diante dos pressupostos ou ele deve rejeitá-lo à falta de seus pressupostos autorizadores: não há meio-termo, não há uma terceira alternativa para o magistrado. Não há em uma palavra faculdade jurisdicional*.³¹

Quanto ao momento de concessão, o legislador não fixou limite temporal. Pelo contrário, dispôs que ela pode ser modificada e revogada a qualquer tempo³², de sorte que poderá ser outorgada em qualquer fase processual e em qualquer grau de jurisdição.

O termo *antecipada* não significa que ela deva ser deferida apenas liminarmente, mas antes do momento ideal, que é a decisão final de mérito.

Não de outro modo, assenta o STJ a possibilidade de concessão somente quando da sentença:

Antecipação de tutela. Deferimento por ocasião da sentença. Precedentes da Corte. 1. A Corte admite o deferimento da tutela antecipada por ocasião da sentença, não violando tal decisão o art. 273 do Código de Processo Civil. 2. Recurso especial não conhecido.³³

Direito processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial. Ação de imissão de posse. Tutela antecipada concedida quando da prolação da sentença. *Possibilidade. (...) Consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência do STJ*.³⁴

Em consonância, admite o TJSP o deferimento em grau recursal:

Ação de revisão contratual – Contrato de empréstimo bancário – Taxa pré-fixada – Alegação de ocorrência da prática de capitalização mensal de juros, cobranças de juros abusivos, comissão de permanência e demais irregularidades, diante da reconhecida inadimplência – Julgamento antecipado – Cerceamento na produção da prova – Ocorrência – Existência de questões controvertidas que justificam a ampliação probatória – Sentença anulada, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem, para a produção de prova pericial contábil – Concessão de tutela antecipada para a exclusão do nome do autor dos órgãos de restrição creditícia com relação ao contrato em discussão até o pronunciamento judicial definitivo. Recurso do autor provido para esse fim.³⁵

Alerta ainda ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO:

(...) como fica a situação daquele requerimento recém-ingresso de tutela antecipada, fundado em urgência urgentíssima, onde se percebe que a demora da

31. BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil: Tutela antecipada. Tutela cautelar. Procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, p. 10.

32. Art. 273, § 4º do CPC: *A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada*.

33. STJ, REsp 473.069/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 19-12-2003.

34. STJ, AgRg no Ag 940317/SC – Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJU 19-2-2007.

35. TJ/SP, Apelação 1294227-9, Rel. Desembargador Elmano de Oliveira, DJU 24-6-2009.

formalização e assinatura do acórdão, somada ao tempo que se gasta até que os autos cheguem à primeira instância para execução, represente perigo de perecimento do próprio direito que o tribunal está prestes a reconhecer. Nesse contexto, estando caracterizado o *periculum in mora*, não há outra saída para o órgão colegiado, senão suspender o julgamento para permitir que o relator aprecie o pedido de cautela. Afinal de contas, o próprio órgão colegiado, cuja cognição é exauriente, é que não pode deferir a antecipação.³⁶

Fato é que a possibilidade de concessão em qualquer outro momento processual que não *in limine* está em perfeita harmonia com o anseio da Constituição de 1988, porquanto garante efetividade e satisfatividade na prestação jurisdicional.

3.5. Cabimento liminar *inaudita altera pars*

A tutela antecipada pode ser concedida antes da citação do réu.

É a interpretação do *caput* conjugada com o inciso I do artigo 273³⁷, dada a urgência que pode caracterizar o requerimento de antecipação, direcionado ao afastamento de dano irreparável ou de difícil reparação.

Pertinente consignar que o deferimento liminar *inaudita altera pars* ocorre exclusivamente na hipótese do inciso I, haja vista que nos casos do inciso II e § 6º necessita-se, ao menos, de alguma manifestação do réu.

3.6. Perigo de irreversibilidade

Estatui o § 2º do artigo 273³⁸ que não será concedida tutela antecipada se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

O perigo de irreversibilidade é pressuposto negativo para concessão³⁹. É dizer que o que legitima o deferimento é a reversibilidade da decisão.

Cabe registrar, *concessa venia*, a impropriedade técnica da redação legal, posto que não se trata de irreversibilidade do provimento antecipado, mas de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento antecipado, como já entendeu o STJ⁴⁰.

36. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 563.

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

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; (...).

38. Art. 273, § 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

39. STJ, AgRg na SL 33/SP, Rel. Min. Edson Vidgal, DJU 25-10-2004: Veda-se a concessão da antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

40. STJ, Resp 737047/SC, Rel Min. Nancy Andrighi, DJU 16.02.2006.

Nessa esteira, preconiza ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO:

Realmente, na medida em que o ato de antecipação da tutela corresponde a uma simples decisão interlocutória, que pode ser revogada ou modificada pelo seu próprio prolator no curso do procedimento ou na sentença (art. 273, § 4º, ou, ainda, revista pelo segundo grau de jurisdição por meio de agravo de instrumento (art. 522), parece óbvio que a proibição que nos ocupa não tem nada a ver com o provimento em si, mas apenas com os efeitos fáticos que por ele são produzidos fora do processo, ou seja, na esfera do comportamento das partes em conflito.⁴¹

Mesmo entendimento é compartilhado pelo TJSP:

*LOCAÇÃO – DESPEJO – TUTELA ANTECIPADA – ARTIGO 273, CPC – RECURSO IMPROVIDO. Por força do art. 273 da lei processual, devem ser veementemente evidenciados não só o direito à tutela jurisdicional invocada e o risco de dano iminente e irreparável ou dificilmente reparável, mas também, nos termos do § 2º, a reversibilidade da medida, o que não se verifica nos autos, sendo o despejo, em si, medida irreversível.*⁴²

Observa-se que a preocupação do legislador é evitar que a medida crie fato consumado e consolidado, antes mesmo de cognição exauriente, sem possibilidade de retorno precedente, o que certamente feriria o princípio do devido processo legal.

Elucida, a esse respeito, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO:

Em outras palavras, para contrabalancear a antecipação que neutraliza um provável dano irreparável a ser perpetrado contra o autor (art. 273, inciso I), a lei estipula que tal neutralização só é lícita na medida em que ela própria não faça nascer a probabilidade de outro dano irreparável, agora contra o réu (art. 273, § 2º).⁴³

Entretanto, há situações em que o pressuposto da irreversibilidade é mitigado⁴⁴.

Trata-se de casos excepcionais envolvendo direitos fundamentais em que estes colidam, por exemplo, com direitos patrimoniais, como em ação onde se questiona cláusula de contrato de prestação de serviços à saúde com pedido de tutela antecipada consistente na realização imediata de cirurgia inadiável.

Nessas hipóteses tem-se que a providência capaz de gerar efeitos irreversíveis (no exemplo, autorização para realização do procedimento cirúrgico) é a única capaz de neutralizar o perigo que a demora acarretará – dano verdadeiramente ir-

41. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 481.

42. TJ/SP, AI nº 1274887-0/8, Rel. Desembargador Clovis Castelo, DJU 8-6-2009.

43. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 483.

44. STJ, Resp. 242816/PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 4-5-2000; STJ, Resp. 417005/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 25-11-2002; TJ/SP, AI nº 0158571-26.2010.8.26.0000, Rel. Desembargador Décio Notarangelo, DJU 18-8-2010.

reparável a direito fundamental, o qual, pela relevância que a Constituição lhe atribuiu, deve prevalecer em detrimento de eventuais prejuízos econômicos, os quais, em regra, como entende o STJ, podem ser resolvidos em perdas e danos⁴⁵.

Resume JOÃO BATISTA LOPES que:

Em verdade, mesmo de lege lata, não pode o juiz negar proteção ao autor em situações excepcionais como essa, sob pena de condená-lo à morte, esta sim situação verdadeiramente irreversível. (...)

Tem-se, pois, que a irreversibilidade é via de mão dupla: se a concessão da medida pode causar dano irreparável ao réu, a negativa também poderá provocar o mesmo efeito em relação ao autor.⁴⁶

A esse respeito, oportuna a observação de V. SERGIO CHIARLONI:

Imaginar que as garantias nada retiram de alguém é desprezar o 'lado oculto' do processo, o lado que não pode ser visto pelos processualistas que olha apenas para o plano normativo.⁴⁷

Está-se diante de real e necessária ponderação dos interesses em conflito.

Nas palavras da ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, *O perigo da irreversibilidade, como circunstância impeditiva da antecipação dos efeitos da tutela, deve ser entendido* cum grano salis⁴⁸.

Aferirá o juiz, em cada caso concreto e à luz do princípio da proporcionalidade, qual direito merece posição de destaque, se o direito provável, *evidente* ou *certo* do autor, que corre risco de perecimento pela urgência ou demora processual, ou se o direito do réu, o qual poderá sofrer prejuízos eventualmente irreversíveis.

3.7. Revogabilidade e Provisoriedade

Dispõe o § 4º do art. 273: *A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

A lei autoriza que o magistrado, fundamentadamente, revogue ou modifique a tutela anteriormente concedida diante de novas circunstâncias. Essas ou já não mais preenchem os pressupostos ou continuam a demandar a antecipação, mas, agora, em outros termos.

Ressalta-se que o juiz não irá se corrigir ou retratar. Não se está a falar de nova decisão sobre os mesmos fundamentos. Nas palavras de CASSIO SCARPINELLA

45. STJ, EDcl no AgRg na AR 3163/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 8-3-2006.

46. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 85.

47. CHIARLONI, V. Sergio *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 276.

48. STJ, Resp 737047/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 16-2-2006.

BUENO, não é um *mero pensar de novo ou pensar melhor*⁴⁹. São novos elementos que darão asno ao reexame da questão.

Novas circunstâncias podem surgir em qualquer fase do processo, seja após o contraditório, durante ou ao fim da instrução, na sentença ou, ainda, em grau recursal.

Não destoia, nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao destacar que na matéria inexistente preclusão:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Inviável na estreita via do recurso especial, o reexame dos requisitos autorizadores da concessão de tutela antecipada se essa tarefa envolver a revisão das premissas de fato adotadas pelas instâncias ordinárias, em razão da incidência da súmula nº 7/STJ. 2. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, de modo que não há espaço para se falar em preclusão do órgão julgador. Exegese do art. 273, § 4º, do CPC. Precedentes. 3. Agravo Regimental não provido.⁵⁰

A revogabilidade dá ensejo a outra característica da medida que é a provisoriidade. O caráter provisório da antecipação dos efeitos da tutela decorre justamente da possibilidade de ser revogada ou modificada a qualquer tempo, como também do fato de ser apreciada, em regra, em cognição sumária.

Sobre esse aspecto, assenta o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL – RECLAMAÇÃO – TUTELA ANTECIPADA POSTERIOR SENTENÇA DE MÉRITO – PREVALÊNCIA. 1. O juízo provisório outorgado por liminar ou tutela antecipada, oriundo de Tribunal ou por ele chancelado, não perde a natureza jurídica de precariedade, sendo substituído inteiramente pela sentença de mérito, após cognição exauriente.⁵¹

Tais traços da tutela antecipada são vislumbrados facilmente na passagem a seguir de LUIZ GUILHERME MARINONI:

O juiz, quando afirma que um direito é provável, aceita, implicitamente, a possibilidade de que o direito, que foi reconhecido como provável, possa não ser declarado existente ao final do processo de conhecimento (ou vice-versa).⁵²

4. DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO PREVISTAS NO INCISO II E § 6º

Ao autor é assegurado o direito de pleitear tutela antecipada não apenas contra situação de perigo (inciso I do artigo 273 do CPC).

Há outras duas hipóteses de cabimento, sobre as quais pouco se debruça.

49. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: Tutela antecipada. Tutela cautelar. Procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, v.4, p. 34.

50. STJ, AgRg no Ag 1301735 / SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJU 15-9-2011.

51. STJ, Rcl 1444 / MA, S1, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 23-11-2005.

52. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

4.1. Da hipótese de cabimento prevista no inciso II

Prevê o inciso II do art. 273 hipótese de tutela antecipada fundada em abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

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:

(...)

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

O abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu se configuram com utilização de meios processuais destinados unicamente a retardar a prestação jurisdicional.

Como bem aponta CASSIO SCARPINELLA BUENO, *são variadíssimas as formas pelas quais as situações descritas no inciso II do art. 273 podem aparecer*⁵³.

Configuram-se, em síntese, quando o réu, em defesa de mérito, se vale de argumentos totalmente infundados e sem qualquer articulação ou mesmo quando faz uso constante e desarrazoado de objeções, como interposição de recursos, oposição de exceções e apresentação de impugnações, dentre outras.

ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO entende por abuso de direito de defesa o uso exorbitante ou excessivo da faculdade de defesa prevista no art. 300 do CPC⁵⁴ e por manifesto propósito protelatório o uso exacerbado do direito de responder previsto no art. 297 do mesmo diploma^{55,56}

Para LUIZ GUILHERME MARINONI o abuso do direito de defesa subdivide-se em defesa de mérito indireta e defesa de mérito direta infundada.⁵⁷

Defesa de mérito indireta é aquela que afirma fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, de sorte que equivale a não contestação dos fatos constitutivos, os quais, dessa maneira, serão tomados por incontroversos, germe justificador da antecipação.⁵⁸

Exemplifica MARINONI: quando o autor afirma que possui um crédito em virtude da venda de determinada mercadoria, o réu, ao alegar que essa mercadoria

53. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: Tutela antecipada. Tutela cautelar. Procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4., p. 19.

54. *Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir*.

55. *O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção*.

56. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 8. ed. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 198.

57. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 228.

58. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 280.

apresenta vícios, não contesta os fatos constitutivos. Ao dizer que a mercadoria tem vícios, o réu automaticamente admite que realizou um contrato de compra e venda e recebeu a mercadoria, que são os fatos constitutivos.⁵⁹

Já a defesa de mérito direta é aquela que nega fato constitutivo do autor, suficientemente comprovado (exemplo, prova documental), sem apontar fundamentos da sua alegação.⁶⁰

Aduz MARINONI que documento particular escrito é prova, mas, quando impugnado, não é prova suficiente a ensejar a antecipação dos efeitos da tutela. Essa somente será cabível quando o réu, sem contestar o documento trazido aos autos, apresenta defesa de mérito visivelmente infundada⁶¹.

Para aclarar, propõe situação onde comerciante promove demanda em face de outra pessoa que não exerce atividade comercial, instruída com extratos contábeis autênticos. Se o embargante, não comerciante, contesta afirmando que não adquiriu a mercadoria, cujo preço está sendo dele exigido com base nos extratos contábeis apresentados pelo autor, descabe nesse caso a antecipação dos efeitos da tutela por ausência de prova do fato constitutivo, já que dispõe o art. 283 do CPC que *os livros comerciais, que preenchem os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litúgio entre comerciantes*.

Todavia, se o embargante apresenta defesa de mérito sem qualquer impugnação aos extratos, é possível, nessa hipótese, a antecipação, pois a prova escrita apresentada pelo autor (extratos autênticos bancários) deixa de ser apenas prova escrita cedendo lugar à prova suficiente para concessão, vez que os argumentos trazidos pela parte contrária, sem objeção à prova, se revelam manifestamente procrastinatórios.

Preconiza MARINONI que tais defesas — indireta e direta — devem ainda ser infundadas. Infundada, segundo o autor, é a defesa que não apresenta raciocínio lógico ou que não revela vinculação legal entre fato e norma ou que seu oferecimento seja claramente desnecessário, de onde se constata o intuito meramente procrastinatório⁶².

Oportuno destacar que a concessão fundada no inciso II, diferentemente do que ocorre na hipótese do inciso I (perigo de dano irreparável ou de difícil reparação), não pode se dar liminarmente. Para que o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório se caracterizem é necessário, naturalmente, ao menos uma manifestação do réu.

Aliás, importante consignar que o intuito procrastinatório do réu pode configurar-se em qualquer momento do *iter* processual, daí também a razão de inexistir limite temporal para a concessão, revogação ou modificação da tutela antecipada.

59. *Op. Cit.*, p. 279

60. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 278.

61. *Op. cit.*, p. 283.

62. *Op. cit.*, p. 278.

A conduta protelatória do réu aliada à prova inequívoca⁶³ corrobora a evidência do direito do autor. Está-se diante não de direito provável (hipótese do inciso I), mas, nas palavras de LUIZ GILHERME MARINONI, de *direito evidente*.

Assim, tendo em vista a evidência do direito, vislumbra-se a finalidade da técnica antecipatória tendente a melhor distribuição do ônus processual.

O legislador inverte o ônus do tempo do processo que, agora, diante de *direito evidente*, deverá ser suportado exclusivamente pelo réu e não mais pelo autor, como comumente ocorre.

Não soa lógico, muito menos razoável, postergar a satisfação de direito já evidenciado por força de postura unicamente infundada e protelatória. Faz jus o autor, nessas condições, à experimentação dos efeitos práticos da decisão desde logo e não somente quando do julgamento final, intencionalmente retardado pelo réu.

Pondera com maestria LUIZ GILHERME MARINONI:

Por isso, o sistema processual civil, para atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. Ora, a defesa é direito nos limites em que é exercida de forma racional e justa ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.⁶⁴

Portanto, não trata a tutela antecipada fundada no inciso II de medida sancionatória, como defende maioria da doutrina⁶⁵.

É medida distributiva do ônus processual.

A repressão e punição ao réu que de má-fé *opuser resistência injustificada ao andamento do processo ou provocar incidentes manifestamente infundados* já foram disciplinadas nos artigos 17, incisos IV e VI, e 18 do CPC.

Os requisitos e destinatários das normas são distintos.

Para concessão da tutela antecipada, diferentemente da condenação em litigância de má-fé, necessita-se não apenas de defesa infundada e manifesto propósito protelatório do réu como também de prova inequívoca dos fatos alegados – *direito evidente*.

Ademais, enquanto a condenação em litigância de má-fé tem por destinatário o réu, dado que visa punir reprovável conduta processual sua, a tutela antecipada tem por destinatário o autor, pois objetiva melhor repartir o ônus do processo em benefício daquele que demonstra ter razão.

63. Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida na inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...)

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

64. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, 10ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008, p. 274.

65. Cassio Scarpinella Bueno, José Roberto dos Santos Bedaque, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes e Antônio Cláudio da Costa Machado.

Todavia, em que pese sua magnitude, realçada ainda mais quando a lide envolver direitos fundamentais, a técnica antecipatória fundada no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu é ainda pouco fomentada pela doutrina e de aplicação praticamente inexistente pelo Poder Judiciário.

Este quadro pode até ser justificável pela possível confusão entre os institutos da tutela antecipada e da litigância de má-fé, que, como se demonstrou, são independentes e possuem finalidades distintas.

Por outro lado, não é menos correto afirmar que sua aplicação carece de maior audácia.

Em pesquisa à jurisprudência do STJ e do TJSP não foram encontrados julgados envolvendo a hipótese de concessão em apreço. Localizou-se inúmeras decisões referentes apenas à hipótese de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Exceção há de ser feita ao Eminent Desembargador Décio Notarangeli, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que nas demandas de sua relatoria faz, ao menos, menção à existência dessa outra hipótese de antecipação da tutela⁶⁶, como se observa da ementa a seguir:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. 1. A antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial pressupõe a concorrência dos requisitos da verossimilhança do alegado em face da existência de prova inequívoca e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, caracterização de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. (art. 273, I e II, CPC). 2. Pretensão à suspensão de multa e de declaração de inidoneidade para contratar com o poder público. Concorrência dos requisitos legais. Tutela antecipada concedida. Admissibilidade. Recurso desprovido⁶⁷.

Tal postura retraída do Judiciário não pode permanecer, sob pena de ferir o próprio objetivo que a técnica visa garantir: a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, que somente a ele cabe concretizar.

Há condições confortáveis ao deferimento. Trata-se de *direito evidente*, que, em juízo de certeza, é superior a direito provável (inciso I). Os efeitos do provimento antecipado são reversíveis. A decisão antecipatória é revogável e modificável a qualquer tempo e grau de jurisdição. E, por fim, é dotada de provisoriedade.

Cabe igualmente aos procuradores mais atuação. Hão de formular o que ainda é incipiente: pedido de tutela antecipada com fundamento na hipótese tratada, pois dele depende o provimento.

66. TJSP, AI n. 0219202-96.2011.8.26.0000, DJU 5-10-11; AI n. 0207167-07.2011.8.26.0000, DJU 28-9-2011; AI n. 0165041-39.2011.8.26.0000, DJU 10-8-2011.

67. TJSP, AI n. 0184666-59.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador Décio Notarangeli, DJU 10-8-2011.

Cumprе ressaltar, nesse momento, que a utilização indevida dos inúmeros recursos existentes no sistema jurídico brasileiro é realidade já consolidada. Tanto que o eminente ministro do STF Cesar Peluso, visando a combater o que chama de *uso perverso da indústria dos recursos* propôs, em abril de 2011, a PEC nº 115/11, conhecida por “PEC dos Recursos”, que fará parte do III Pacto Republicano. A proposta de emenda, que objetiva reduzir o número de recursos ao Supremo e ao STJ e garantir maior executoriedade às decisões de 2ª instância⁶⁸, foi apresentada durante mesa-redonda organizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) sobre o tema “Caminhos para um Judiciário mais eficiente”.

Deste cenário, verifica-se, ainda mais, a importância e a necessidade de utilização da técnica antecipatória.

Se faz pungente, portanto, a conscientização e união de esforços dos operadores do direito para concreta aplicação dessa vertente do instituto.

4.2. Da hipótese de cabimento prevista no § 6º

É possível ainda a concessão de tutela antecipada fundada em pedido incontroverso. Trata-se da terceira e última hipótese de cabimento.

Dispõe o § 6º do artigo 273, introduzido pela Lei nº 10.444/2002, que:

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

Inicialmente, recorda-se que cabe ao réu, conforme preceituam os arts. 300, *caput*⁶⁹, e 302⁷⁰ do CPC, quando da apresentação da contestação, alegar toda a ma-

68. Propõe a alteração da Constituição para nela inserir os artigos 105-A e 105-B que dispõem:

Art. 105-A. A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial não obsta o trânsito em julgado da decisão que os comporta.

Parágrafo único. A nenhum título será concedido efeito suspensivo aos recursos, podendo o relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento.

Art. 105-B. Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de quinze (15) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga processo de competência originária:

I – de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente;

II – de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal.

69. Art.300, *caput*: Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

70. Art. 302: Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

téria de defesa sob pena de preclusão e de serem considerados verdadeiros os fatos não impugnados, ressalvadas as hipóteses do art. 320⁷¹ também do CPC.

Assim, se no momento em que compete ao réu contra-argumentar especificadamente os fatos alegados pelo autor só o fizer quanto a alguns deles, os demais, não impugnados, serão tidos por incontroversos.

Tal postura omissão do réu culminará ou na não-contestação de determinado(s) fato(s) ou no reconhecimento jurídico parcial do pedido.

É desta situação que se está a tratar no § 6º.

ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO elenca algumas condutas configuradoras:

- a) O réu contesta a ação, mas não impugna, sob o ângulo fático e jurídico, um ou mais dos pedidos cumulados (o réu impugna perdas e danos, mas não o pedido de reintegração de posse);
- b) O réu contesta a ação, mas reconhece em parte a juridicidade do pedido do autor (o réu nega que o crédito seja de R\$ 10.000,00, mas admite que é de R\$ 5.000,00);
- c) O réu contesta a ação, mas confessa certos fatos que, por si só, dão sustentação ao direito em que se funda o pedido ou um dos pedidos;
- d) O réu contesta a ação, mas deixa de impugnar certos fatos suficientes, por si sós, para dar amparo ao direito em que se funda o pedido ou um dos pedidos;
- e) O réu contesta a ação e impugna todos os fatos, mas no curso do processo reconhece em parte a juridicidade do pedido ou de um dos pedidos do autor;
- f) O réu contesta a ação e impugna todos os fatos, mas no curso do feito confessa certos fatos suficientes, por si sós, para dar amparo ao direito em que se funda o pedido ou um dos pedidos.⁷²

LUIZ GUILHERME MARINONI avilta ainda possibilidade de caracterização quando, pelo conjunto da peça contestatória, não se extrair a vontade do réu de contestar o pedido não impugnado e quando ele confessa, no curso do processo, parcela dos pedidos.⁷³

Outra situação autorizadora é apontada pelo ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial nº 552691/MG, DJU 3-5-2005:

A tutela antecipada pressupõe direito evidente (líquido e certo) ou direito em estado de periclitção. É líquido e certo o direito quando em consonância

71. Art. 320. *A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:*

I – se, havendo pluralidade réus, algum deles contestar a ação;

II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

72. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa Machado. *Código de processo civil interpretado*, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 303 e 304.

73. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2., p. 223.

com a jurisprudência predominante do STJ, o guardião da legislação infra-constitucional.

Observa-se que da mesma forma com que ocorre com a hipótese do inciso II (abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu) e diferentemente da hipótese do inciso I (perigo de dano irreparável ou de difícil reparação), a antecipação embasada em pedido incontroverso não pode ser concedida liminarmente. Necessita-se de manifestação do réu para sua deflagração.

Aliás, como também ocorre no caso do inciso II, o pedido pode restar incontroverso em qualquer fase processual, daí porque a autorização inserta no § 4º: *A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

Dimensionando-se o que se está a falar, LUIZ GUILHERME MARINONI se refere ao § 6º como hipótese de *direito certo*⁷⁴.

Portanto, diante de pedido incontroverso, sobre o qual não recai dúvida, o juiz, a requerimento do autor, pode antecipar-lhe os efeitos da decisão de mérito, vez que desnecessário, para esse fim, o prosseguimento do feito até final julgamento.

Há de se indagar por qual motivo deveria o autor suportar todo o desenvolvimento processual restante se determinado direito ou parcela dele já está *maduro para julgamento*⁷⁵?

Não seria razoável, além de estar longe do que se entende por justiça, em qualquer acepção que se defenda, ser o autor obrigado a esperar o tempo de elucidação de todos os pedidos, ainda controversos, para então ver deferido aquele que já está incontroverso.

Enfatiza LUIZ GUILHERME MARINONI que:

Não é devido processo legal aquele que, tendo que prosseguir para elucidação de parte do litígio, não possui técnica capaz de viabilizar a imediata realização da parcela do direito que está pronta para definição. Ora, se o jurisdicionado tem direito ao processo justo, ele não pode esperar para ver definido um direito que está pronto para julgamento.⁷⁶

Daí contata-se, às claras, o real objetivo da técnica que, igualmente ao das outras duas hipóteses, é de distribuição do ônus processual.

Nesse passo, coerente é a reflexão de LUIZ GUILHERME MARINONI:

O § 6º do art. 273, quando interpretado de acordo com o direito fundamental à duração razoável, faz ver que a técnica da tutela da parte incontroversa da demanda foi instituída para dar à jurisdição o poder de proteger de forma adequada um direito cuja tutela final não pode ser adiada pela necessidade da instrução probatória.⁷⁷

74. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

75. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2., p. 230.

76. *Op. cit.*, p. 230.

77. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 294.

Todavia, como igualmente ocorre no caso de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, a tutela antecipada fundada em *direito certo* afigura-se quase inexistente.

Em pesquisa à jurisprudência do TJSP e do STJ, colacionou-se tão somente os seguintes trechos de ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO REGIDO PELO SFH. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DEPÓSITO DOS VALORES INCONTROVERSOS. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. PRECEDENTES. Entende a jurisprudência desta Corte ser possível a concessão de tutela antecipada em ação revisional de contrato regido pelo Sistema Financeiro de Habitação, a fim de que sejam depositados os valores tidos por devidos pelos mutuários e afastadas, assim, tanto a possibilidade imediata de perda do bem, quanto a inclusão do nome dos mutuários no rol dos cadastros de devedores. Recurso especial provido.⁷⁸

(...) Assim, sabendo-se que cabe ao Judiciário, em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, verificar a regularidade administrativa, e isso sem entrar no mérito do ato administrativo, considerando toda a documentação juntada, ausente a possibilidade de, via cautelar e antecipatória, suspensão da r. decisão impugnada e isso até porque a antecipação da tutela (CPC artigo 273) constitui-se em provimento tendente a realizar, de forma imediata, o direito afirmado, antecipando, pois, ainda que provisoriamente, os efeitos da prestação jurisdicional ser entregue a final, por conta da natureza eminentemente satisfativa, não pode ser deferida se controversa a questão litigiosa(...).⁷⁹

Cogita-se, e essa parece ser a única razão plausível, que tal retração possa ser justificada pela insegurança jurídica causada pela indefinição da natureza substancial e formal dessa decisão (se de decisão interlocutória ou de sentença); seus efeitos (se produz efeitos de coisa julgada material ou não); e qual recurso cabível (se agravo de instrumento ou apelação), o que, de certo modo, é compreensível.

Mas, por outro lado, não se pode, por tal motivo, nulificar a aplicação do instituto.

A uma porque se está diante de grandiosa técnica processual apta a satisfazer o direito em tempo hábil e de forma efetiva.

A duas porque se os magistrados largamente concedem tutela antecipada em caso de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, onde o direito é provável, com muito mais razão e em maior número deveriam ser as decisões fundadas em hipótese de pedido incontroverso, onde o direito é *certo*.

O primeiro passo, senão o crucial, para resolver tais questões técnicas é fomentar a discussão científica, para que a hipótese integre, o quanto antes, as prestações jurisdicionais.

78. STJ, Resp nº 455933, T3, Rel. Ministro Castro Filho, DJU 25-9-2006.

79. TJSP, Agravo de Instrumento nº 801.766.5/3-00, Rel. Desembargador José Habice, DJU 8-6-2009.

CONCLUSÃO

Regulada no artigo 273 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada pode ser concedida em três hipóteses: a) em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I); b) em caso de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (inciso II); e c) em caso de um ou mais pedidos, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (§ 6º).

É técnica que cuida de antecipar os efeitos práticos da decisão e não propriamente a decisão final de mérito, tendo em vista que satisfaz, de imediato, a realização do direito invocado pelo autor.

Tem por finalidade precípua a distribuição do ônus processual, já que proporciona ao autor que demonstra direito provável, evidente ou certo, experimentação de seus efeitos práticos em tempo adequado, de tal modo que o trâmite do processo, com os meios e recursos a ele inerentes, por mais contraditório que possa parecer, não o frustre nem o faça perecer.

Há de se desatrelar a ideia de que tutela antecipada só pode ser concedida em caso de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Existem duas outras hipóteses de cabimento tão relevantes quanto e que têm pressupostos de concessão mais seguros, e, portanto, mais confortáveis que aquela.

Por esse motivo, deveria a incidência das hipóteses de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e de pedido incontroverso ser, no mínimo, equivalente a da de perigo de dano, senão superior. Mas, não é o que se constata. Pelo contrário, mostram-se praticamente inexistentes.

Faz-se necessária a alteração dessa realidade o quanto antes, máxime considerando o interesse (e sua natureza) em conflito e o viés constitucional do instituto.

Sugere-se iniciar com fomento do trabalho da doutrina, visando conscientizar a comunidade jurídica, em especial os membros do Poder Judiciário, haja vista seu relevante papel concretista, como também os advogados, sem os quais o pedido não pode ser formulado, da existência, magnitude e alcance da técnica antecipatória nessas relegadas hipóteses. Após, abrir discussão jurídica aos segmentos da área, com possibilidade de participação da sociedade civil.

A incorporação da tutela antecipada no processo civil é de grandioso avanço, o que demanda, sem sobra de dúvidas, aplicação em sua plenitude.

Com especial licença, aloca-se astucioso apontamento de LUIZ GUILHERME MARINONI:

Não há motivos para timidez no seu uso, pois o remédio surgiu para eliminar um mal já instalado, uma vez que o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário – no qual

alguns imaginam que ele não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos ‘novos direitos’ e que também tem que entender – para cumprir sua função sem deixar de lado sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás.⁸⁰

Conclui-se, por fim, que urge aos operadores do direito atentar à técnica antecipatória fundada no inciso II e § 6º do art. 273 do CPC, haja vista ser medida adequada e satisfatória ao que se busca em toda provocação jurisdicional: efetividade e tempestividade.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela antecipada. Tutela cautelar. Procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *As Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- JUNIOR, Nelson Nery. *Atualidades sobre o Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Tutela Antecipada Sancionatória (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil)*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa Machado. *Código de Processo Civil Interpretado – Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*. 8ª ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

80. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2., p. 197.

- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 3ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. São Paulo: Safe, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil – Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1990.

Sites consultados

- www.stj.jus.br – Superior Tribunal de Justiça, consultado em 27-10-2011.
- www.tj.sp.gov.br – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consultado em 27-10-2011.