

TUTELA ANTECIPADA NOS PEDIDOS INCONTROVERSOS

*Luciana Ribeiro Freire**

SUMÁRIO: 1. Apontamentos iniciais. 2. Das tutelas jurisdicionais. 3. Da tutela antecipada no Brasil. 4. Tutela antecipada nos pedidos incontroversos. 5. Considerações finais.

RESUMO: A demora na solução dos conflitos jurídicos é hoje um dos maiores problemas enfrentados pela justiça brasileira. Tal fato induz ao descrédito de nossos órgãos jurisdicionais, levando as pessoas a deixarem de procurar a justiça, vez que uma tutela intempestiva não leva a satisfação dos direitos buscados pela parte. Busca este artigo compreender as formas introduzidas no ordenamento jurídico nacional para solucionar tal problema.

ABSTRACT: The delay in the solution of legal conflicts is today one of the major problems faced by the Brazilian legal system. Such situation discredits the country's legal apparatus, leading people to avoid official justice, once that untimely decisions do not satisfy the parties involved. This article seeks to understand the procedural ways introduced the national legal system to solve this problem.

* Bacharel em Direito (FDC)

1. Apontamentos iniciais

A princípio o processo foi criado para garantir a segurança jurídica, através de um rito ordinário lento, mas que com ele trazia a certeza necessária às relações comerciais. A sociedade industrial tinha interesse em um provimento seguro, baseado em um juízo de certeza, que não causasse instabilidade nas indústrias. Por tal razão, Chiovenda entendia que o único processo capaz de formar um juízo de certeza no julgador, era o ordinário. O rito ordinário trazia a segurança conclamada pela sociedade daquela época.

Com o passar do tempo, a evolução das sociedades em geral trouxe consigo uma mudança de interesses, preferindo um processo rápido e eficaz a um processo lento e certo. As pessoas que vivem em uma sociedade globalizada, onde as informações se transmitem em alta velocidade, onde a tecnologia, a medicina, a biologia e o direito, crescem em ritmo acelerado, não podem ficar a mercê de uma prestação jurisdicional demorada e, portanto, ineficaz. O tempo do processo passou a ser um fator importantíssimo nas relações sociais.

Pensando sob essa ótica, os processualistas passaram a vislumbrar formas, maneiras de dar à sociedade um processo capaz de atender as suas necessidades, ou seja, uma tutela tempestiva. Para isso, mudanças legislativas foram necessárias, pois, como já dito, o processo foi criado para que o julgador formasse um juízo de certeza, sem qualquer preocupação com o tempo.

O sistema processual passou então a se dotar de meios que pudessem dar mais efetividade à prestação jurisdicional, como as liminares, as cautelares e, mais recentemente, as formas de antecipação da tutela jurisdicional. Procedimentos criados para satisfazer as situações de urgência, que não podem esperar até o final da demanda, sob pena de se tornarem irrealizáveis.

As medidas antecipatórias de urgência, apesar da importância, não davam solução àquelas situações em que parte daquilo que estava sendo discutido em juízo, tornava-se incontroverso. Nesse caso, a parte teria que esperar até o final da demanda para ver satisfeito o direito que já se encontrava incontroverso, dada à impossibilidade de cisão do julgamento.

O legislador brasileiro, ciente do problema, e atendendo ao pedido de boa parte da doutrina, cria o §6º do art.273, do CPC, na tentativa de solucionar o problema.

Apesar do esforço legislativo, problemas surgiram com relação à interpretação do dispositivo, dentre eles, qual seria o provimento adequado para se conceder a tutela antecipada da parte incontroversa da demanda, já que a cognição em que se baseia é a exauriente.

2. Das tutelas jurisdicionais

Como forma de introduzir o instituto da tutela antecipada no contexto jurídico brasileiro é necessário fazer um estudo das formas de tutela jurisdicionais existentes e seus conceitos. Tutela Jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, ou seja, uma das formas pelas quais o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou outra posição jurídica de vantagem. Assim sendo, só tem direito à tutela jurisdicional (como de resto, à tutela jurídica) aquele que seja titular de uma posição jurídica de vantagem.

O conceito de tutela jurisdicional havia sido banido da obra de diversos processualistas, preocupados com a idéia de que a natureza abstrata da ação (que significa que tem direito de ação não só aquele que vai a juízo em busca de tutela para um direito efetivamente existe, como também aquele que vai a juízo sem ter razão) seria incompatível com a afirmação de que só tem direito à tutela jurisdicional aquele que efetivamente tem razão.

Modernamente, porém, o conceito de tutela jurisdicional voltou a ser alvo dos processualistas, sendo definido por Cândido Dinamarco como “*o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo*”.¹

Em outras palavras, e segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “*tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do Direito Processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado*”.²

O direito à tutela jurisdicional, porém, deve ser entendido como direito à tutela jurisdicional adequada. Tal direito é corolário do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) e encontra amparo no art. 75 do Código Civil, com a interpretação que se lhe dá atualmente. Assim é que o Estado só presta verdadeira tutela jurisdicional quando esta é adequada a proteger o direito material lesado ou ameaçado de lesão. Isto porque, como se sabe, a todo direito deve corresponder uma forma de tutela jurisdicional (ação, como diz o art. 75 do CC) capaz de assegurá-lo.

Diversas são as formas de se classificar a tutela jurisdicional. Uma primeira forma de classificação pode ser feita levando-se em conta a pretensão do demandante, podendo ser cognitiva, executiva e cautelar. A tutela jurisdicional também pode ser classificada quanto à intensidade, podendo ser plena ou limitada. Ou ainda, quanto ao meio de prestação da tutela, sendo comum ou diferenciada. Por fim, quanto à satisfatividade, a tutela jurisdicional pode ser satisfativa ou não-satisfativa.

¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*, in Revista de Processo, vol. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 61.

²BEDAQUE, José Roberto dos Santos *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, p. 76.

Tutela jurisdicional cognitiva se caracteriza por conter a afirmação da existência ou inexistência de um direito, se adicionando, muitas vezes, a esta declaração um outro elemento, condenatório ou constitutivo, mas é a declaração que exerce a função de característica essencial desse tipo de tutela. Já a executiva se caracteriza pela satisfação de um crédito, operando-se a realização prática de um comando contido em um título executivo judicial ou extrajudicial. Por fim, a cautelar é a que se limita a assegurar a efetividade de outro tipo de tutela, com o fim de evitar dano irreparável ou de difícil reparação.

Tutela jurisdicional plena é aquela capaz de assegurar a mais ampla intensidade possível, alcançando-se com ela o acolhimento e a satisfação das pretensões legítimas levadas a Juízo. Já a limitada é aquela que não for suficiente para garantir a plena satisfação do direito material, sendo necessário que o Estado preste depois um outro tipo de tutela que a complemente.

A tutela jurisdicional comum é prestada através dos métodos tradicionalmente postos à disposição do jurisdicionado, como a que se presta através do procedimento comum, ordinário ou sumário, no procedimento de conhecimento.

Todavia, a diferenciada é uma forma de prestação de tutela jurisdicional por métodos diversos dos tradicionais, em que a tutela antecipada é um exemplo dessa tutela.

E para finalizar, a tutela satisfativa é aquela que permite a atuação prática do direito material. O professor Ovídio Baptista da Silva ensina que “*satisfazer o direito, para nós, é realizá-lo no plano das relações humanas. É fazer com que o núcleo de seu conceito passe a ter existência efetiva no plano da realidade social.*”³ Já a tutela

³SILVA, Ovídio Baptista da *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, p. 76.

não-satisfativa se limita a assegurar a efetividade de um provimento destinado a outro tipo de tutela jurisdicional.

3. Da tutela antecipada no Brasil

A tutela antecipada foi introduzida na legislação processual civil brasileira, de forma genérica, pela Lei 8.952/94. Deve, contudo, mesmo diante do medo da aplicação distorcida do instituto no Brasil, ser ressaltado que sua introdução no Código de Processo Civil advém de uma permanente preocupação com a presteza da tutela jurisdicional, equivocadamente conduzida sob os auspícios de impróprias providências de cunho cautelar.

Nesse diapasão é o entendimento do i. Professor José Carlos Moreira Alves, que entende que *é muito antiga a preocupação pela presteza da tutela que o processo possa oferecer a quem tem razão. Os interdicta do direito romano clássico, medidas provisórias cuja concessão se apoiava no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já eram meios de oferecer proteção ao provável titular de um direito lesado, em breve tempo e sem as complicações de um procedimento regular.*⁴

Ademais o professor Carreira Alvim também demonstra claramente que a introdução do instituto da antecipação de tutela no CPC tem o propósito de agilizar a prestação jurisdicional, em que o Código de Processo Civil sofreu alterações da maior importância, que, bem compreendidas e aplicadas, virão a atender plenamente aos aclamos jurisdicionais, mantendo-nos na vanguarda das modernas legislações processuais.⁵

⁴ALVES, José Carlos Moreira *apud* FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996, p. 41.

⁵ALVIM, José Eduardo Carreira. *A antecipação de tutela na reforma processual*. In: CPC – Modificações. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 2-3.

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. Sim, porque as modernas conquistas processuais, ante a ausência de informações sobre a fisionomia dos novos institutos, são muitas vezes deturpadas, na prática, pela sua má utilização pelos advogados das partes, quando não permanecem no papel, por não encontrarem juízes dispostos a aplicá-los. O processo cautelar constitui disso um flagrante exemplo.

A doutrina, numa tomada de posição, buscou, para esse processo, contornos mais compatíveis com o seu potencial do meio resolutório de conflitos, com o que provocou um choque de idéias, com tal reflexo na jurisprudência, que entra em cena a antecipação de tutela sem que hajam cessado, de todo, as divergências sobre a extensão e profundidade da tutela cautelar.

A antecipação, enquanto fenômeno processual, ensejou no Brasil, num primeiro passo, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória com o que se sepultaram as provas procrastinatórias e, agora, num passo de gigante, antecipa *initio litis* a própria tutela jurisdicional, com o que diminuirá o número das defesas infundadas, também imbuídas de propósitos meramente protelatórios.

Assim, é preciso observar que o principal objetivo da introdução do referido instituto no nosso país se encontra na preocupação em buscar uma prestação jurisdicional mais célere e, sob esse aspecto, dotado de maior efetividade no sentido amplo, ao passo que a busca de uma tutela mais rápida se dá em homenagem à efetividade de direito de ação. Mas se falamos em efetividade do direito de ação para indicar a necessidade de efetividade da tutela dos direitos, queremos também deixar claro que a morosidade do processo é fator potencializador das disparidades entre as partes.

Como já lembrou Cappelletti, a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta. Na realidade, a demora do processo é um benefício para o economicamente mais forte, que se torna, no Brasil, um litigante habitual em homenagem à inefetividade da justiça⁶.

Existem modalidades diversas de antecipação, estruturadas de maneira diferentes e voltadas para situações específicas.

3.1. Diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada

É necessário, contudo, não apenas demonstrar o objetivo da tutela que ora se estuda, mas também diferenciá-la da tutela cautelar.

A tutela antecipatória tem por características a natureza de tutela cognitiva, alusiva a uma efetiva jurisdição própria de conhecimento, diferente, pois, da tutela assecuratória cuja natureza é essencialmente cautelar, alusiva a uma jurisdição extensiva.

Ademais ela tem conteúdo de antecipação de lide meritória, referenciada à demanda, diversa da cautelar que é assecuratória, se aludindo a uma lide de dano. Ainda tem natureza intrínseca satisfativa do direito reclamado, ao contrário da tutela assecuratória, que tem, como natureza intrínseca, a cautelaridade referencial ao direito reclamado.

Trata-se, também, de natureza cognitiva sumária (e excepcionalmente urgente) e relativamente exauriente (somente existe a tutela absolutamente exauriente na

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.55.

decisão definitiva relativa ao grau de jurisdição em questão), sendo então diferente da cautelar que, embora seja de cognição sumária, sendo em regra urgente, não é exauriente. E por fim, tem natureza reversível relativa, diferenciando-se da cautelar que tem natureza de reversibilidade absoluta, uma vez que não atinge o *mérito causae*.

O ilustre professor Marinoni, no que tange à tutela cautelar afirma que “*é imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do processo principal para que possa a mesma adquirir o perfil de cautelar*”.⁷

Assim, a tutela cautelar alude a uma forma de jurisdição impropriamente considerada (uma jurisdição essencialmente extensiva) que, em nenhuma hipótese, permite a caracterização efetiva de uma lide de caráter meritório.

Por via de conseqüência, a sentença de cunho cautelar não pode e, de fato, não objetiva, em nenhum caso, a obtenção de um resultado concreto que venha, de alguma maneira, a antecipar os efeitos próprios da sentença da ação principal, salvo em situações muito excepcionais, em que a proteção cautelar concedida – sempre por vias transversas – esvazia indiretamente o conteúdo meritório da lide cognitiva. A tutela cautelar tem como objetivo assegurar a plena efetividade do pronunciamento judicial de caráter meritório a ser oportunamente proferido.

As medidas propriamente cautelares enquanto tutela apenas de segurança limitam-se a assegurar a possibilidade de realização, para o caso de vir a sentença final e reconhecer a procedência da pretensão assegurada.⁸

⁷MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, 2002, p.77.

⁸SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao CPC*. 2ª ed., Rio Grande do Sul: 1986, p.66.

A tutela antecipada, diferente, pois da tutela de segurança cautelar, alude a uma jurisdição propriamente considerada (de conhecimento) e a uma efetiva lide de natureza meritória. A tutela antecipatória é, portanto, sempre satisfativa do direito reclamado, especialmente quando este mesmo direito é evidenciável *prima facie* sem a necessidade de se proceder a uma instrução probatória tradicional.

Portanto, a natureza jurídica da tutela antecipatória não se trata de medida de natureza assecuratória e de índole cautelar que tenha por objetivo a preservação do direito do reclamado para a futura possibilidade de exercício.

Trata-se, ao contrário, “*de incontestes forma de provimento jurisdicional de conhecimento com cognição sumária, relativamente exauriente de cunho satisfativo do direito reclamado, ainda que com matizes de restrita provisoriedade e relativa reversibilidade*”⁹.

A técnica engendrada pelo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor.

3.2. Tutela antecipada: hipóteses legais

O instituto da tutela antecipada modificou sensivelmente a forma de se requerer e de se obter a tutela jurisdicional urgente. Basta dizer que foi eliminada a necessidade das medidas cautelares para obter a tutela

⁹FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996, p.47.

antecipada, a qual passou a ser concedida no curso do processo de conhecimento.

Necessário ressaltar, contudo, que antes mesmo da reforma de 1994 o Direito Processual brasileiro já vislumbrava algumas hipóteses de antecipação em procedimentos especiais. É o que ocorria, por exemplo, com as liminares possessórias, os alimentos provisórios, a fixação provisória de aluguel etc.

De qualquer maneira, a possibilidade de aplicação genérica da tutela antecipada somente surgiu com a alteração do art. 273 do CPC pela Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994.

Nos termos do art. 273 do mencionado diploma legal, a antecipação da tutela pode ocorrer havendo: a existência de prova inequívoca, ou seja, prova clara, evidente, manifesta; a verossimilhança da alegação, o que corresponde a uma alegação que pareça ser verdadeira; receio de um dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda um abuso no direito de defesa ou propósito evidentemente protelatório do réu. Sem a presença destas condições não se justifica a antecipação de tutela. Segundo Roberto Armelin¹⁰, o legislador brasileiro teve dois objetivos ao criar a tutela antecipatória: um sistêmico e um pragmático. O primeiro foi o de “dar a César o que é de César” ou, em outros termos, fazer cessar a generalização do processo cautelar em tutelas satisfativas. O segundo foi o de evitar duplo processamento para a produção de um resultado único. Deixou de ser necessário, portanto, o ajuizamento de uma ação cautelar (com fim liminar) e de uma ação principal (de conhecimento) para se chegar a um mesmo objetivo.

Conforme entendimento de Humberto Teodoro Jr.¹¹, o que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas

¹⁰ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 439 e 440.

¹¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. Revista dos Tribunais 742, agosto de 1997, p. 44.

hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.

Na verdade, como a autotutela havia sido proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, precisava-se encontrar uma forma de se atender os conflitos urgentes, que não pudessem esperar até uma decisão de mérito definitiva. A antecipação de tutela se justifica, pois “sem ela a espera pela sentença de mérito importaria em denegação da justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida”.¹²

Justamente por permitir a própria satisfação do direito, alguns juristas consideram-na como uma forma de execução *lato sensu*. “Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos”.¹³

3.3. Requisitos necessário a concessão da tutela antecipada

O legislador foi mais rigoroso ao elencar os requisitos determinantes para a concessão da tutela antecipada. No processo cautelar, é cediço, bastam dois requisitos para a concessão da cautela: o *fumus boni jús* e o *periculum in mora*. Na tutela antecipada não. Além do perigo da

¹²THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 188.

¹³NERY JÚNIOR, Nelson. *Procedimentos e tutela antecipada*. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 383.

demora, não se exige apenas que a parte seja detentora de um indício de bom direito, mas que haja, dentre outros requisitos, a “prova inequívoca” do alegado e seja verossímil essa alegação. Agiu acertadamente o legislador ao exigir pressupostos mais consistentes para a concessão da tutela antecipada. O que se está antecipando é justamente o que, anteriormente à modificação do artigo 273, só se obtinha com a sentença. Os efeitos dessa antecipação são, dessa forma, sobremaneira potencialmente mais contundentes que aqueles oriundos de uma decisão proferida em medidas cautelares.

Os requisitos previstos no art. 273 do CPC são os seguintes:

- a) requerimento da parte;*
- b) identidade total ou parcial da tutela com a tutela final pleiteada;*
- c) existência de prova inequívoca;*
- d) verossimilhança da alegação;*
- e) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;*
- f) caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu;*
- g) possibilidade de reversão da medida antecipada.*

Ressalte-se, que os requisitos “e” e “f” são alternativos, os outros são cumulativos e devem, obrigatoriamente, estar presentes para que a medida possa ser concedida.

3.3.1. Do requerimento da parte

Disciplina o artigo 273 do CPC, que a antecipação da tutela poderá ser concedida a “requerimento da parte”.

Esse requisito está diretamente ligado ao nosso sistema jurisdicional, que se embasa no princípio da demanda, pelo qual cabe à parte a iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional, que é inerte. Para tanto,

deve o pedido ser feito pela parte, já que no entendimento da doutrina e jurisprudência, o juiz não poderá concedê-la de ofício. Esse preceito também está consolidado em nossa legislação nos arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil.

3.3.2. Identidade total ou parcial da tutela com a tutela final pleiteada

Esse requisito serve somente como nota diferencial da tutela cautelar, já que nesta o pedido não coincide com o do processo principal, ao passo que na antecipação de tutela há coincidência entre a tutela antecipada total ou parcialmente e a tutela final.

Neste requisito, devemos prestar atenção para o fato de que quando a lei se refere à antecipação parcial, está prevendo a hipótese de que possa haver pedidos cumulados e que não seria o caso de concessão *citra petita*, que não se admite. Neste aspecto, entende-se que a lei ficou incompleta quanto a esse requisito, pois não estabeleceu os critérios para dimensionar os parâmetros que devem ser observados para concessão total ou parcial do pedido. Dessa maneira, os ensinamentos de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO são pertinentes: “Ficam ao critério discricionário do juiz, que ele exercerá prudentemente e motivadamente em cada caso, a outorga da tutela antecipada total ou parcial e, na segunda hipótese, a determinação do âmbito desta”¹⁴.

3.3.3. Existência de prova inequívoca

Para o doutrinador J. E. CARREIRA ALVIM, a expressão prova inequívoca deve ser entendida em termos,

¹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo, Malheiros, 1995, p.144.

se “inequívoco” traduz aquilo que não é equívoco, ou o que é claro, ou o que é evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, possui, pois, toda ela, qualquer que seja a natureza, deve passar pelo crivo do julgador¹⁵.

Seguindo essa linha de raciocínio, para o doutrinador CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a expressão “prova inequívoca” parece traduzir, em princípio, prova tão robusta que não permita equívocos ou quaisquer dúvidas.¹⁶

Contudo, a cognição sumária na hipótese de pedido de antecipação da tutela, diferentemente da que ocorre no mandado de segurança, em que se baseia no juízo de probabilidade de que a afirmação do autor não será elidida pelo réu, funda-se precisamente no juízo de probabilidade de que a afirmação do autor será comprovada no curso do procedimento ordinário. Com efeito, a denominada “prova inequívoca”, mencionada no art. 273, caput, deve ser interpretada com menos rigor, sendo suficiente que retrate a existência da situação jurídica exposta na inicial, devendo guardar, por analogia, uma razoável identidade conceitual com a do “direito líquido e certo” do mandado de segurança ou com a definição de liquidez da obrigação que está inserida no artigo 1.533 do Código Civil, ou seja, “certa, quanto à existência; e determinada, quanto ao objeto”.

Para LUIZ FUX, “a ‘prova inequívoca’, para a concessão da tutela antecipada, é a alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É a prova estreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada.”¹⁷

Na mesma trilha, LUIZ GUILHERME MARINONI assim se posiciona:

¹⁵ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada na Reforma Processual*. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 1999. p.58.

¹⁶DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 143.

¹⁷FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p.109.

A denominada 'prova inequívoca', capaz de convencer o juiz da 'verossimilhança da alegação', somente pode ser entendida como a 'prova suficiente' para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.¹⁸

Segundo ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, "... a rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável. Mesmo a escritura pública, lavrada por notário conceituado e revestida de todos os requisitos formais, é passível de ser impugnada em ação anulatória."¹⁹

Com relação à prova testemunhal, não se pode esquecer que existe uma grande probabilidade da incerteza, posto que esta pode estar comprometida, que o depoente pode não estar dizendo a verdade ou, no caso de várias testemunhas, podem estas se enganar quanto ao que esclarecem ou não ter compreendido corretamente o acontecimento sobre o qual testemunham, gerando, também nesse caso, equívoco quanto aos fatos.

A sentença, por sua vez, também não é prova inequívoca, posto que, se assim fosse, não caberiam recursos ou mesmo a propositura de ação rescisória fundada em prova falsa, possibilidade prevista no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Conclui-se, portanto, que não existe prova inequívoca revestida de absoluta certeza, o que impediria, por conseguinte, a

¹⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.155.

¹⁹CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.19.

antecipação de tutela, se interpretado de modo restritivo o significado da expressão “prova inequívoca”.

Nesse sentido, a intenção do legislador foi considerar como prova inequívoca aquela que, ante aos fatos expostos, fosse suficiente para a formação de juízo de probabilidade, capaz de antecipar a medida buscada. A prova inequívoca a que se refere o legislador não é aquela que baste para a prolação da sentença. Se assim fosse, não estaria se concedendo a tutela pretendida, e sim, julgando antecipadamente o mérito da causa.

Esse entendimento é defendido por LUIZ GUILHERME MARINONI e também por ESTEVÃO MALLET, que vai além, dizendo que:

Se a sentença pode fundar-se, até mesmo, em ausência completa de prova, decidindo o juiz apenas com apoio nas regras sobre ônus da prova, dizer que prova inequívoca é a prova suficiente à prolação da sentença equivale a incluir, no conceito de prova inequívoca, a hipótese de ausência de prova, o que soa exorbitante.²⁰

Desta forma, “... pode-se concluir que prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável; ou, em outros termos, aquela cuja autenticidade ou veracidade seja provável.”²¹

3.3.4. Verossimilhança da alegação

Quanto à verossimilhança da alegação a que se reporta a lei, é juízo de convencimento a ser feito sobre a

²⁰MALLET, Estevão. *Tutela antecipada no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998, p.54.

²¹ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada na Reforma Processual*. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 1999. p. 59.

realidade fática apresentada pelo autor. Inicialmente, cabe destacar que o termo alegação, usado pelo legislador, abrange “*todo e qualquer requerimento, petição, razões, enfim tudo que for formulado pelos procuradores das partes.*”²²

Diz textualmente J. E. CARREIRA ALVIM:

Quem buscar, pela primeira vez, o sentido dessa expressão – verossimilhança – formará sobre ela um juízo equivalente ao de ‘aparência de verdade’. E não deixará de estar certo, porque, no vernáculo, verossimilhança é o mesmo que verossímil (do latim *verosimile*), que significa semelhante à verdade; que tem aparência de verdade; que não repugna à verdade; ou ‘provável’.²³

CALAMANDREI, por seu turno, afirma que o “juízo de verossimilhança é um juízo emitido não sobre o fato, mas sobre a afirmação do fato, quer dizer, sobre a alegação (positio) do fato, proveniente da parte que pede seja admitida a prová-lo e que o afirma como historicamente aconteceu.”²⁴

Embora não seja posição unânime, alguns doutrinadores têm aceitado com simpatia a idéia de aproximar a “verossimilhança” do “direito líquido e certo”, entendido como o “*direito vinculado a fatos e situações comprovados de plano, e não a posteriori. A prova é preconstituída*”, requisito imprescindível à concessão do Mandado de Segurança. Dessa forma, torna-se irrefutável

²²LIMA, Alcides de Mendonça. *Dicionário do código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 42.

²³ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.* p. 39.

²⁴CALAMANDREI, Piero *apud* ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 1999. p. 41.

que a parte traga, na primeira oportunidade em que falará nos autos (Autor – petição inicial e Réu – contestação), provas inequívocas e suficientes para crer que esta realidade construída na exordial corresponde à verdade material.

Para tanto, poderá utilizar-se de diversos elementos idôneos de convicção, tais como: a) prova preconstituída da relação jurídica; b) reconstrução do conteúdo da relação jurídica, os fins por ela visados, o sentido das palavras que exteriorizaram a manifestação de vontade, as conseqüências esperadas e as conseqüências verificadas; c) precedentes judiciais fundados em circunstâncias que se identifiquem ou se assemelhem ao caso concreto mediante confrontação analítica, indicando a razoável tendência da solução a ser definida; d) ofensa a dispositivo legal exposto; e e) violação a princípio ou garantia constitucional.

Muito embora tais elementos de convicção tenham conteúdo meramente exemplificativo, oferecem o balizamento necessário e adequado para convencer o juiz acerca do elevado grau de certeza moral e da potencialidade e consistência jurídica de que se reveste o direito a ser tutelado, ensejando o convencimento da verossimilhança da alegação, e a conseqüente obtenção do adiantamento da tutela definitiva de mérito.

Assim sendo, ao examinar um pedido de liminar, deve o julgador trabalhar à luz da lógica maior, da lógica material, da lógica crítica. Deve o juiz considerar as diferentes atitudes que a inteligência pode assumir em face da verdade: a ignorância, a dúvida, a opinião e a certeza. A ignorância é a situação de pleno desconhecimento, de absoluta falta de motivos, a favor ou contra, do objeto cognoscendi. Nesse caso, a mente está *in albis*; simplesmente, inexistente representação mental em qualquer sentido. A dúvida é a situação em que a inteligência oscila entre o sim e o não, frente a razões favoráveis a cada uma das hipóteses contraditórias.

Essa situação, que pode ser traduzida como possibilidade, é um tormento para o juiz, quando se vê diante dela e precisa resolvê-la. Como o juiz precisa quebrar a dúvida em prol do sim e do não, forma-se a opinião. Na opinião, o assentimento pende para uma das alternativas consideradas, em que pese alguma 'inquietação' que possa restar nessa tomada de posição. Essa situação pode ser traduzida como probabilidade. Por fim, a certeza, que representa uma firme convicção, fundada na evidência do objeto.²⁵

Demais disso, o juízo de verossimilhança para o deferimento ou não da antecipação da tutela reside num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis e dos que lhe são contrários. Deste modo, se os motivos convergentes são superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui.

Um exemplo elucidará melhor a hipótese. Coloca-se cinco bolas brancas e cinco vermelhas numa caixa, é difícil prever se vou tirar bola branca ou vermelha, porque o seu número é equivalente (são idênticos os motivos convergentes e divergentes). É possível que eu tire uma bola branca, mas é possível também que eu tire uma vermelha. A situação é de dúvida. Estaria no âmbito de mera possibilidade. Aumenta-se as bolas brancas e diminuo as vermelhas, começo a adentrar-me no campo da probabilidade. Coloca-se seis bolas brancas e quatro vermelha, é possível que eu tire uma bola branca, mas é possível que eu tire uma vermelha. À medida que vou colocando mais bolas brancas e diminuindo as vermelhas (sete brancas e três vermelhas, oito brancas e duas vermelhas, etc), irei elevando o grau de probabilidade, chegando até uma situação próxima da certeza. Destarte,

²⁵ALVIM, José Eduardo Carreira, *op.cit.* 1999, p. 44-45.

se coloco nove bolas brancas e uma vermelha, é possível que eu tire uma bola vermelha, porque ela está ali (há um motivo convergindo para isso), mas é provável (99,99%) que eu tire uma bola branca (há nove motivos convergindo para tanto).²⁶

Portanto, a verossimilhança da alegação não pode apenas estar fundamentada no alinhamento das opiniões sobre a questão ora tratada nem, tampouco, a busca de se encontrar solução para o caso pode tornar incerto o direito. Além disso, o artigo 126, do CPC, é objetivo ao citar que não se exime o julgador de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, o que, em outras palavras, implica dizer que tal situação não pode obstaculizar a antecipação da tutela. Em conseqüência, *“ainda que controvertida a interpretação propugnada pelo requerente da tutela antecipada, se o juiz a tiver por acertada deverá deferir o pedido, não cabendo, em virtude da assinalada controvérsia, acoimar-se de inverossímil a alegação”*.²⁷

Nesse diapasão, PONTES DE MIRANDA anotou que:

A certeza e liquidez de um direito não podem depender de não haver dúvida quanto à lei que rege esse direito, porque tal dúvida é que subjetiva, existe e depende de elementos interiores, de estados de consciência e de convicção dos juízes, e não da relação jurídica.²⁸

Assim, a norma jurídica não pode se tornar duvidosa só por se constituir em discussão doutrinária. Em outras

²⁶ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.* 1999, p.47-48.

²⁷MALLET, Estevão. Tutela antecipada no direito do trabalho. São Paulo, LTr, 1998, p. 58.

²⁸MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Comentários à constituição de 1967. Rio de Janeiro: Forense, 1987, tomo V, p.363.

palavras, juízo de verossimilhança nada mais é do que um juízo de probabilidade, mais do que o óbvio. Para CALAMANDREI, a verossimilhança vem a ser um grau de convencimento superior à possibilidade e inferior à probabilidade. Essa situação do legislador ter vinculado o convencimento da verossimilhança da alegação à prova inequívoca, é forte indício de que a probabilidade identificada na verossimilhança não significa, de forma alguma, um grau mínimo da provável realidade da alegação.

Muito pelo contrário. Na antecipação da tutela, o grau de probabilidade que deriva da prova inequívoca se não é, está muito próximo do máximo. Certo é, que a antecipação da tutela exige probabilidade e esta há de ser intensa, capaz de induzir a identificação plena entre probabilidade e verossimilhança.

3.3.5. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

A norma estabelecida no inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil, “... *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;*”, é em parte, semelhante, ao disposto no § 3º, do artigo 461 do mesmo código “... *havendo justificado receio de ineficácia do provimento final...*”, cujo parágrafo foi introduzido no Código de Processo Civil, pela Lei 8.952, de 13.12.94.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação aparece, no cenário jurídico, como um risco que pode ser considerado palpável, no sentido de que a demora da prestação jurisdicional possa conduzir a uma injustiça, de forma que, não se restabelecendo o equilíbrio, nem fazendo cessar a lesividade, logo que possível e quando necessário, resultaria daí uma decisão inócua, que nada resolveria.

Com efeito, para que seja concedida a antecipação da tutela pretendida, na hipótese do inciso I, do artigo 273,

justifica-se somente quando se torna evidente que possa ocorrer um dano irreparável ou de difícil reparação. Assim, não seria possível o deferimento da medida com vistas somente à possível vantagem que poderá advir da entrega da prestação jurisdicional, ainda que precária. O objetivo de tal inciso é a necessidade, e não a utilidade que o efeito possa vir a trazer ao autor.

HUMBERTO THODORO JÚNIOR entende que:

Receio fundado é o que provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Os simples inconvenientes da demora processual, aliás, inevitáveis, dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.²⁹

Cumprido destacar que a justificativa do perigo da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação deve ser muito bem demonstrado, não bastando o mero temor desacompanhado de elementos que corroborem para com as assertivas deduzidas no pedido. Logo, existindo o perigo, este deve ser provado, sob pena de não ser deferida a antecipação. Dessa forma, deve haver, por parte do magistrado a quem couber a decisão da concessão, ou não, da antecipação da tutela, cognição exauriente da

²⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, 1997. p.196.

alegação, não podendo se valer, apenas, de apreciação sumária do alegado.

Conforme o pensamento jurídico de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO se o dano já ocorreu, a AT poderá fazer com que cesse, apagando ou minimizando seus efeitos: em ação declaratória de inexigibilidade de débito, v.g., ou revisional de contrato, poderá a parte autora postular, invocando fundado receio de dano, a concessão de AT para que seu nome seja expungido, até ulterior decisão, dos cadastros de inadimplentes, assim salvaguardando provisoriamente seu crédito comercial e sua 'existimatio' (a medida, além de acautelar 'lato sensu', antecipa efeitos decorrentes necessariamente da procedência da demanda proposta).³⁰

Para concluir este tópico, é pertinente trazer o posicionamento de J. E. CARREIRA ALVIM:

A circunstância que no âmbito da tutela cautelar, revela a presença do periculum in mora encontra, na antecipação da tutela, equivalência no receio de dano, pois, tanto quanto no processo cautelar, o provimento antecipatório só se faz necessário pela impossibilidade de concluir-se o processo ordinário uno octu, com a subsunção, de imediato, do fato ao direito. Da mesma forma, o fumus boni iuris, no processo cautelar, encontra correspondência, em sede de antecipação de tutela, na verossimilhança da alegação. Se bem que – e não é demais ressaltar – a 'probabilidade' da existência do direito (verossimilhança) seja mais do que simples 'aparência' do bom direito (fumus boni iuris).³¹

³⁰CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p.28.

³¹ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 88.

Portanto, é indispensável para a concessão da tutela antecipada que ocorra um risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

3.3.6 . Caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Inicialmente, é necessário dizer que a norma insculpida no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, prevê duas situações distintas entre si, quais sejam, “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”, e assim serão analisadas separadamente, para uma melhor interpretação de cada situação.

O significado do abuso do direito de defesa seria a prática, no curso do processo, de atos indevidos e desnecessários ou impertinentes. Sobre a temática os ensinamentos de CALMON DE PASSOS são pertinentes, que entende que talvez a melhor maneira de definir o abuso do direito seja dizer-se que ele ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida a seu titular, sem outro fim, mesmo lícito que seja ou moralmente justificável. Todo desvio de finalidade é um abuso.³²

Para LUIZ FUX, “... *defesa abusiva é a inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas.*”³³

Da mesma forma as palavras de ANDREA PROTO PISANI, brilhantemente citada por LUIZ GUILHERME MARINONI, que assim se manifesta:

³²PASSOS, José Joaquim Calmon de. Inovações no código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 18.

³³FUX, Luiz, *op. cit.*, p. 107.

Tal antecipação é possível quando os fatos constitutivos do direito do autor estão provados e os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu, em avaliação (de cognição) sumária, são considerados infundados. O critério é racional, e tem por objetivo evitar que o réu 'abuse do direito de defesa' (exceção substancial indireta infundada) para protelar a realização de um direito que aparece desde logo evidente (fatos constitutivos do direito devidamente provados).³⁴

Oportuno recorrer, novamente, aos ditames de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em que afirma que o abuso de direito pode revelar-se também no uso protelatório de recursos previstos em lei, quando inanes seus fundamentos. Vale lembrar que um dos maiores fatores do absurdo acúmulo de recursos nos tribunais superiores é a interposição, por entidades de direito público, de recursos com base em normas já declaradas inconstitucionais, ou com fundamento adversos à jurisprudência sumulada nos tribunais e, portanto, cuja improcedência já se pode antever como certa. O abuso chegou a tal ponto que motivou a edição de norma – Lei nº 9.469, de 10.07.1997, art. 4º, autorizando o Poder Público a não recorrer nestes casos.³⁵

Desse modo, seria conveniente punir aquele que, litigando de má-fé, pretende procrastinar ainda mais a realização do direito. Assim sendo, passando para a análise da segunda parte, do inciso II, do art. 273, do CPC, acerca do manifesto propósito protelatório do réu, segundo J. E. CARREIRAALVIM haverá abuso de direito de defesa

³⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Novidades sobre a tutela antecipatória*. Revista de Processo, São Paulo, jan./mar. 1993. p. 110-111.

³⁵CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p.32.

ou manifesto propósito protelatório do réu sempre que a jurisprudência firma-se em determinado sentido, nas Cortes Superiores de Justiça, mormente através de orientação sumulada, e o demandante insistir em negar, através de contestações estereotipadas (mimeografadas, micrografadas, xerocopiadas), o direito do autor, com o único propósito de retardar a prolação da sentença.³⁶

O manifesto propósito protelatório do réu é muito bem definido pelo Prof. COSTA MACHADO, nos seguintes termos:

Manifesto propósito protelatório do réu é a intenção clara do demandado de procrastinar o andamento do processo e a outorga do provimento final, intenção cuja evidência é revelada pela utilização exorbitante do direito de resposta, que não a contestação e do direito de provocar incidentes, bem como pela prática de quaisquer atos isolados de caráter temerário. Acerca do direito de resposta, chamamos a atenção para o fato de que ele é exorbitante, ou excessivo, tanto na hipótese de o réu se valer de uma só de suas modalidades com intenção flagrantemente procrastinatória, como no caso dele se valer do oferecimento simultâneo de várias respostas (reconvenção, exceção, impugnação ao valor da causa, denúncia, etc.) descabidas, todas ou algumas, ou desprovidas de razoável fundamento ou articulação.³⁷

³⁶ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 90-91.

³⁷MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A reforma do processo civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1996. p. 25.

CALMON DE PASSOS apresenta um conceito que diferencia “o abuso de direito” de “propósito protelatório do réu”:

A par do abuso de direito, também pode fundamentar a antecipação a comprovação nos autos de que há, por parte do réu, manifesto propósito protelatório. No já mencionado art. 17, fala-se em provocar incidente manifestamente infundado; é uma hipótese capaz de configurar intuito protelatório. Quem postula sem fundamento sério, abusa do direito de demandar; inclusive quem, no curso da demanda, provoca incidentes infundados, além do abuso do direito, revela propósito manifestamente protelatório. Também quem opõe resistência injustificada ao andamento do processo exterioriza manifesto intuito protelatório. Protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do feito. E esse instituto é manifesto quando desprovido do ato, tido como protelatório, de justificação razoável, vale dizer, quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática.³⁸

Diante do exposto, pode-se afirmar que o “abuso do direito de defesa” é o exercício impertinente do direito de contestar ou recorrer e o “propósito protelatório do réu” é todo e qualquer ato, não relacionado à contestação, que tenha por fim retardar o processo.

³⁸PASSOS, José Joaquim Calmon de, *op. cit.*, p. 25.

3.3.7. Possibilidade de reversão da medida antecipada

O § 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, estabelece que, “... *não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”. Trata-se de um requisito negativo, que deve ser cumprido, para que possa ser concedida a medida, devendo a parte que a pediu, demonstrar e convencer o juiz que a medida é possível de reversão. No que se refere à natureza do requisito da irreversibilidade, os doutrinadores em quase sua maioria defendem a idéia de que se trata de irreversibilidade apenas fática.

Segundo J. E. CARREIRA ALVIM no fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário -, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no status quo ante, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte beneficiada não estaria em condições de suportar.³⁹

De acordo com LUIZ FUX:

A denegação da tutela antecipada é sempre obrigatória quando irreversíveis os efeitos do deferimento. Trata-se, a seu ver, de uma impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei, uma vez que, em grande parte dos casos da prática judiciária, a tutela urgente é irreversível sob o ângulo da realização prática do direito. *A irreversibilidade significa a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior acaso a decisão*

³⁹ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 98.

antecipada seja reformada. Registra o jurista as hipóteses de providências cujos resultados são irreversíveis, mas urgente a necessidade de tutela. Sob esse prima, o juízo, desincumbindo-se do seu poder-dever, há de responder de tal maneira que, malgrado irreversível o estado de coisas, a decisão não cause prejuízo irreparável ao demandado. Em essência, é a contrapartida da regra que não permite ao juízo, para conjurar um perigo, criar outro de maior densidade.⁴⁰

Por seu turno, J. E. CARREIRA ALVIM entende que o perigo da irreversibilidade, como circunstância impeditiva da tutela antecipada, deve ser entendido *cum grano salis*, pois, sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória não poderia nenhuma sentença ser executada de forma definitiva, dada a possibilidade de sua desconstituição⁴¹

Cabe trazer à baila que existem certas situações em que, mesmo que a medida tenha caráter irreversível, se permite que seja concedida a satisfatividade da antecipação da tutela, sob pena do perecimento do direito a que se busca, como é o caso da negativa de prestação de assistência médico-cirúrgico nos contratos de Plano de Saúde, sob o fundamento de que o contrato exclui a cobertura de doenças congênitas. Para essas situações, pertinentes são os ensinamentos de OVÍDIO BAPTISTA, “... se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador, entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-la como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima.”⁴²

⁴⁰FUX, Luiz, *op. cit.*, p. 111.

⁴¹ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 97.

⁴²SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A 'antecipação' da tutela na recente reforma processual in Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 42.

No mesmo diapasão a jurisprudência do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, senão vejamos:

TUTELA ANTECIPADA – SEGURO SAÚDE – ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ – ADMISSIBILIDADE – Ordinária. Plano de saúde. Paciente que se utiliza do serviço ‘home care’, vital à sua sobrevivência. Concessão da antecipação da tutela. Atendimento aos pressupostos preconizados pelo artigo 273, incisos I e II, do Código de Processo Civil. Deferimento, como poder discricionário e de livre convencimento do juiz. Ausência de violação do parágrafo 2º do mencionado dispositivo. Ausência de irreversibilidade diante da provisoriedade e da revogabilidade da decisão. A morte, diante da retirada dos aparelhos essenciais à sobrevivência, é que se afigura como perigo irreversível. Manutenção do ‘decisum’. Conhecimento e improvimento do recurso.⁴³[grifei].

Nessas situações de antecipação da tutela não há o que se falar em desrespeito ao princípio do contraditório, que será assegurado pelo juiz, como o que se dá com a possibilidade de reversão da medida antecipatória. Assim sendo, o juiz pode aplicar os princípios da execução provisória, podendo também em algumas situações, com

⁴³TJRJ – AI 1346/99 – (Reg. 260599) – 17ª C. Cív. – Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva – J. 28.04.1999.

muita prudência, utilizar-se de caução prévia, como forma de garantia da reversibilidade do provimento antecipado, sob pena de inviabilizar-se a antecipação dos efeitos da tutela pretendida e denegar o acesso à jurisdição.

2.4. Faculdade do julgador

Em qualquer hipótese, o deferimento da antecipação de tutela, pelo menos em princípio, constitui-se em faculdade do julgador que, no âmbito (e nos limites) do legítimo exercício do seu poder discricionário, decidirá, por intermédio de seu livre convencimento, quanto à absoluta adequação da medida, *vis-a-vis* com a efetiva comprovação, pela parte requerente, de todos os requisitos legais, positivos e negativos, expressamente contemplados no art. 273 do CPC, para a concessão da tutela cognitiva antecipada.

Consoante ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, "a lei não especificou o modo de conceder a antecipação de tutela, com o que deixa um leque indefinido de possibilidades à disposição do juiz segundo as peculiaridades do caso".⁴⁴

Se, mesmo anteriormente ao advento do novo instituto processual, parte expressiva da doutrina e da jurisprudência já se inclinava, quanto ao caso vertente do denominado julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), pela ampla faculdade do magistrado quanto ao eventual deferimento da tal forma pouco condicionada de antecipação (não obstante a existência de algumas controversas importantes sobre o tema), nenhuma razão jurídica poderia existir para afastar a conclusão lógica pela ampla liberdade discricionária do juiz para o exame de admissibilidade do pedido de tutela antecipatória com fulcro no art 273 do CPC.

⁴⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 141-142.

4. Tutela antecipada nos pedidos incontroversos

Dentre as inovações trazidas pela Lei 10.444/02, há o parágrafo 6º do artigo 273, do Código do Processo Civil, que parece ter possibilitado a cisão da sentença de mérito, pondo fim ao antigo dogma do direito positivo.

Como é de conhecimento geral, a sentença de mérito, como definida pelo artigo 162, § 1º do CPC, “é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito”, observados os requisitos intrínsecos do artigo 458 do CPC.

Assim, segundo a regra processual citada e antes do advento da reforma, a sentença era única e definitiva, vale dizer, não permitia que o ato judicial especificado fosse cindido, possibilitando que dentre as questões postas à apreciação do Poder Estatal, o que fosse incontroverso, possibilitasse a realização do direito material.

Antes, porém, do aprofundamento nesta seara, imperioso é demonstrar a diferença entre tutela antecipada e antecipação de tutela, com o claro objetivo de justificar o entendimento em relação à possibilidade de cisão da sentença na hipótese do § 6º do artigo 273 do CPC.

Ao se buscar distinguir antecipação da tutela, não se pode olvidar o regramento específico, que não só a define, como, ainda, vincula expressamente condições para a sua concessão. Da leitura do artigo 273 e seus parágrafos 1º, 2º., 3º., 4º. e 5º., pode-se inferir, sem grande esforço, tratar-se de decisão interlocutória, concedida como adiantamento provisório do pedido do autor, sem audiência da parte contrária, desde que presente à verossimilhança, o perigo de dano irreparável e a aparência do direito.

Ademais, tal medida pode vir a ser revogada a qualquer tempo, porque compreende análise cognitiva sumária, exclusivamente sobre a ótica do pedido do autor. É, pois, medida de urgência ou tutela de urgência, cuja aplicação é restrita as hipóteses de grave lesão ao direito controvertido ou litigado.

Por tutela antecipada, linguagem adotada pelo legislador na redação do § 6º, deve-se entender a **entrega definitiva** da pretensão do autor (ou do réu em situações específicas), por prestação jurisdicional de mérito específico e limitado – que doravante será denominada como sentença de mérito parcial –, depois de e quando superado o contraditório da fase postulatória e presente a incontrovérsia sobre parte de um ou mais dos pedidos. Distingue-se da antecipação da tutela, **pela ausência dos requisitos intrínsecos**, ou seja, de prova de verossimilhança, do periculum in mora e da aparência do direito, que dão lugar a **condicionante única, a incontrovérsia**, que significa “**ausência de um confronto de afirmações em torno de um fato alegado pelo autor**”⁴⁵.

Vale dizer, enquanto na antecipação da tutela são indispensáveis os requisitos do perigo de dano, da aparência e da verossimilhança para a sua concessão, na tutela antecipada basta a incontrovérsia de uma parte ou um dos pedidos.

Portanto, é requisito essencial da tutela antecipada, estabelecida no parágrafo 6º, do artigo 273, do CPC, **a instauração do contraditório**, limitada a **fase postulatória (contestação)**, de tal sorte a possibilitar ao Estado-Juiz a aferição da ausência de litígio em torno de um dos pedidos ou parte do pedido.

Assim é, porque:

Ao aludir a incontrovérsia, o juiz estará analisando mais do que a simples verossimilhança; estará fundado num exame de certeza.

Não se deve, igualmente, perquirir acerca da presença de perigo de dano

⁴⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.95.

irreparável ou de difícil reparação, nem vindo a pêlo cogitar-se da ausência de risco de irreversibilidade.

Não se exige, da mesma forma, o manifesto propósito protelatório do réu. Basta, apenas, a incontrovérsia e a desnecessidade de produção de outras provas para que se aplique o § 6º do art. 273 do CPC, podendo, inclusive, a decisão conter matiz irreversível.

É que, sendo a decisão fundada na incontrovérsia, decorre de juízo de certeza, dando azo a uma cognição exauriente.⁴⁶

O ilustre professor Marinoni afirma que incontrolado é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, imediata tutela. É nesse sentido que se diz que o parágrafo 6º do art. 273 é a base para a tutela dos direitos evidentes.⁴⁷

Cumprido esse requisito e presente a incontrovérsia que estabelece a ausência de lide em torno do pedido ou de parte do pedido, poderá o juiz conceder a tutela antecipada, por meio de sentença de mérito limitada ou específica.

É irrefutável que a decisão da sentença de mérito, com escopo de constituição de título executivo, está longe de ser recepcionada, até por força do conservadorismo reinante, que se agarra a dogmas estabelecidos e que raramente são enfrentados e desmistificados.

Ao discorrer sobre esse tema específico, afirma Cândido Rangel Dinamarco, que:

⁴⁶CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O parágrafo 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?* Disponível em www.cpc.adv.br, acesso em 10/11/05.

⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 345.

Quando essa incontrovérsia abranger todos os fatos relevantes para julgar o *meritum causae*, daí decorre a total desnecessidade de provar e o juiz estará autorizado a antecipar o próprio julgamento da causa, mediante sentença e não em termos de tutela antecipada (art. 330, I).⁴⁸

Mais adiante, porém, afirma o renomado Processualista que:

O legislador não quis ousar mais, a ponto de autorizar nesses casos um parcial julgamento antecipado do mérito, prevalecendo à rigidez do procedimento brasileiro, no qual o mérito deve ser julgado em sentença e a sentença será sempre uma só no processo (art. 459, c/ c art. 269, II e art. 162, § 1º).⁴⁹

Marcato, tal qual Cândido Dinamarco, assegura que a solução ainda é muito tímida:

Como a falta de impugnação especificada gera conseqüências semelhantes às da revelia (CPC, art. 302), deveria haver permissão para que, em relação ao pedido incontroverso, houvesse verdadeiro julgamento antecipado, nos moldes do art. 330.⁵⁰

Teríamos hipótese de decisão interlocutória de mérito, perfeitamente compatível com o sistema

⁴⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 96.

⁴⁹*Ibidem*, p. 96.

⁵⁰MARCATO, Antônio Carlos. *CPC interpretado*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 804.

processual, que define os atos decisórios não pelo conteúdo, mas pelos efeitos gerados no processo (art. 262). Simples antecipação de efeitos não gera resultado definitivo, pois nada obsta que o juiz, durante a instrução, entenda inexistente o direito, embora incontroversa a afirmação do autor.

É claro que a contestação parcial torna altamente provável o acolhimento da pretensão não atacada, mas não está afastada a improcedência do pedido, cujos efeitos foram antecipados por força do par. 6º.

4.1. É possível a cisão da sentença de mérito para a concessão da tutela antecipada?

É possível verificar, no entanto, a limitação à crítica, não admitindo a possibilidade de cisão do processo, mesmo porque pela precariedade poderia o juiz revogar a medida.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves, da mesma forma, lança críticas à nova redação do artigo, mas apegando-se ao texto literal afirma que a redação:

Traz a falsa impressão de que a antecipação só cabe na hipótese de pedidos cumulados, em que um ou mais deles tenham ficado incontroversos. Mas não é assim: ainda que haja um único pedido, a medida poderá ser concedida se parte dele ficar incontroversa. Por exemplo, se o credor ajuíza uma demanda de cobrança, e o réu impugna apenas parte do débito, tornando o restante incontroverso, o autor pode pedir que o juiz antecipe a tutela em relação a essa parte.⁵¹

⁵¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 297.

E prossegue:

A nova sistemática, adotada pelo par. 6º. do art. 273, não foi a ponto de permitir uma cisão do julgamento, autorizando o juiz a desmembrar a sentença em duas partes: a primeira, em que julga a parte incontroversa; e a segunda, e posterior, em que julga o restante.

A sentença continua sendo única, e nela o juiz apreciará, em caráter definitivo, todos os pedidos formulados. No entanto, a pretensão incontroversa poderá ser atendida desde logo, por meio da concessão de tutela antecipada, que terá caráter provisório e deverá ser substituída, ao final, pela sentença.⁵²

O que se percebe, pelas posições doutrinárias até aqui citadas, é que se procurou preservar uma exceção, isto é, a possibilidade de ocorrer um caso isolado ou um entre mil, a possibilidade ou necessidade de reversão da tutela antecipada, o que, efetivamente, se afigura pouco provável, se levado em consideração os poderes, deveres e responsabilidade do juiz (Cap. IV, Seção I, do CPC).

Em que pese o renome e a cultura dos doutrinadores citados, não se pode olvidar que o Direito é construído sob divergências e disparidades de opiniões. Há quem entenda que as posições antes transcritas revelam excessiva timidez e conservadorismo.

Refletindo sobre a questão, há quem divirja da postura adotada por parte da doutrina e afirme, ainda que com ousadia, que o novo regramento (§ 6º, art. 273), estabeleceu, sim, a revogação do dogma do direito positivo em relação à sentença única, possibilitando a cisão da sentença de mérito.

⁵²*Ibidem*, p. 297/298.

Diz, com efeito, o § 6º: “**A tutela antecipada também poderá ser concedida** quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles **mostrar-se incontroverso**” (grifei).

Custa crer que da dicção do dispositivo não se possa inferir a intenção clara do legislador em estabelecer mecanismo para tornar efetiva a prestação jurisdicional, quando presente a condição estabelecida – incontrovérsia.

Contrariamente, qual seria a função do dispositivo, se a decisão não assegurasse, por antecipação, a execução do direito material incontroverso?

Seria razoável (sem questionar se justo), que mesmo com uma tutela antecipada o titular do direito material se sujeitasse as artimanhas recursais (ou furor recursal) e seus efeitos, para só então, depois, iniciar a execução do incontroverso?

Ora, “se o pedido é incontroverso e é mínima a probabilidade de que aquilo que foi antecipado não seja reafirmado no julgamento” como afirma Marcus Vinicius (ob. cit. p. 298, em contradição até com o entendimento esposado), não se mostra razoável, então, não admitir a cisão do julgamento, possibilitando o surgimento de um título executivo judicial, que permitirá a satisfação mais rápida do direito material.

É bem verdade que dessa construção que aqui se buscou denominar de sentença de mérito parcial ou específico, surgem questões a serem resolvidas, como, por exemplo, o recurso cabível.

Leonardo José Carneiro da Cunha, apregoa, com efeito, que:

Por muito tempo se firmou o entendimento segundo o qual a sentença contém os atributos da unicidade e unidade. Constituiu-se verdadeiro dogma a proibição de ser cindido o julgamento, com a

antecipação da decisão quanto àquele pedido que já se encontra apto para apreciação. Tal entendimento incrustou-se na mente de doutrinadores e magistrados, fazendo erigir a unicidade e unidade da sentença a postulado intangível e impenetrável. Com a previsão da tutela antecipada no artigo 273 do CPC, houve o rompimento dessa unidade da sentença, permitindo seja decidida uma parte do pedido, protraindo-se a análise da outra parte para o momento final do processo.⁵³

Em sua exposição, ao defender sua convicção, o citado professor afirma, citando exemplos de julgamentos com lastro nos artigos 267 e 269 e a regra do artigo 14, V, todos do CPC, que “não é o conteúdo contido no ato judicial que o qualifica, mas o momento em que proferido”.

E nesse sentido, arremata:

À evidência, para que um ato judicial seja identificado como sentença, é preciso que todo o procedimento em primeiro grau desencadeado com o processo seja extinto. Não importa o conteúdo desse ato, mas sim a extinção de todo o procedimento que tramitou perante o juiz de primeira instância. O sistema processual brasileiro não impede que uma decisão interlocutória, por exemplo, trate de matéria de mérito, não pré-fixando conteúdo para cada tipo de ato judicial.⁵⁴

⁵³GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *op. cit.*, p. 297/298.

⁵⁴*Ibidem*, p. 297/298.

Muito embora o artigo 522 do CPC indique apenas as decisões interlocutórias como passíveis de recurso instrumental e tais decisões não tenham conteúdo pré-fixado, é legítimo interpretar que tal ato judicial – sentença de mérito parcial – seria agravável, porque não põe termo ao processo como um todo, mas a uma questão dentro dele, vale dizer, questão incontroversa.

Entretanto e se estando a apregoar aqui a cisão da sentença de mérito como meio de possibilitar a execução definitiva da tutela antecipada, o recurso instrumental se revela um contra-senso, porquanto a decisão interlocutória não se insere no rol dos títulos executivos judiciais, justamente o que se anseia ao defender esta posição.

O recurso aplicável para esse fim específico, então, só poderá ser o de apelação (art. 513).

Assim deve ser entendido, dado que se trata de ato judicial que decide matéria incontrovertida, gerando coisa julgada material e, por conseguinte, um título executivo judicial, possibilitando a satisfação da parte interessada.

A questão – por termo ao processo – como quer o artigo 162, § 1º, ante a nova regra do § 6º do art. 273, merece ser interpretada de forma mais abrangente, uma vez que, instaurado o conflito (exercício do direito de ação) e ocorrendo a incontrovérsia acerca de parte do pedido ou de um dos pedidos, aferível depois de esgotado o contraditório da fase postulatória, o ato judicial (sentença por via de tutela antecipada) coloca fim ao processo, senão como um todo, mas parcialmente, isto é, naquilo que não mais paira conflito ou, ainda que conflitante, tenha restado incontroverso.

Não pode ser esquecido que nesses casos, o juiz deverá determinar, segundo os poderes conferidos pelos artigos 125 e 262 do CPC e o poder geral de cautela, o desmembramento do processo em caso de recurso contra tal ato (sentença de mérito parcial ou limitado), possibilitando o prosseguimento da ação em relação à parte do pedido ou pedidos controvertidos.

Essa providência já ocorre no procedimento penal e não esbarraria em vedação legal no âmbito civil, dado que das hipóteses enumeradas no artigo 125 defluem outras, como, por exemplo, aquelas previstas nos artigos 105, 110 caput, 407, 418, 437 e 440, isto porque, não se exime de sentenciar ou despachar o processo, por força de lacuna ou obscuridade da lei.

De qualquer forma, não sendo a cisão da sentença de mérito a melhor interpretação, sem dúvida, estamos diante de uma antinomia entre a regra geral (art. 162, § 1º) que se constitui num verdadeiro dogma do direito processual e a peculiar ou especial (§ 6º, art. 273).

Se, ao dispor a lei, sobre poder-dever do Juiz em antecipar o pedido naquilo que restar incontroverso – evidentemente, reforça-se, depois de superado o contraditório da fase postulatória, quando se verificará a condição imposta pelo dispositivo – não se afigura lógico ou razoável entender que não poderá o Juiz proferir sentença de mérito parcial ou limitado e específico na parte da pretensão que não houver lide.

As sentenças a que referem os artigos 162, § 1º, 269, II e 459, compreendem, é inegável, sentença terminativa do processo, por meio da qual a prestação jurisdicional **põe fim ao litígio instalado**.

Na hipótese do § 6º, **não há que se falar em litígio** justamente em face da incontrovérsia. Inexistente o litígio, a sentença é de mérito específico, não se confundindo com aquela outra cuja função é a pacificação dos **interesses antagônicos ou controvertidos**.

Na interpretação dos dispositivos legais, não se pode deixar de buscar amparo na obra do Professor Carlos Maximiliano, que ensina:

Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o

assunto de que se trata. Prefere-se o trecho mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e mais em harmonia com a lei em conjunto, os usos, o sistema do Direito vigente e as condições normais de coexistência humana. Sem embargo da diferença de data, origem e escopo, deve a legislação de um Estado ser considerada como um todo orgânico, exeqüível, útil, ligado por uma correlação natural.⁵⁵

O que se pretende afirmar, ao citar a lição acima, é que o dispositivo criado, dado o seu contexto específico e restrito à parte incontrovertida do pedido – esgotado o contraditório da fase postulatória –, gerou antinomia com a regra geral (artigos 162, § 1º, 269, II e 459) ou, quando não, uma inconciliabilidade parcial entre as normas, o que importa em derrogação absoluta no ponto em contraste.

O legislador foi inovador, na busca da solução do direito material, pois o que realmente importa e deve prevalecer é a pacificação do controvertido e não do incontrovertido; a ordem material sobre a processual.

Embora se cuide de parágrafo de artigo específico, leve-se em conta a coerência do instituto criado, com vista à efetividade do processo como meio de atingir o direito material, quer dizer, dar a cada um o que é seu, sem apego a formalismos que a vida contemporânea não mais tolera.

A manutenção do dogma sobre a unicidade da prestação jurisdicional – uma só sentença – é de ordem cultural e conservadora, que deve ser afastada em face das disposições novas e atuais, que atendam com maior eficiência aos interesses dos jurisdicionados.

⁵⁵MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Livraria Globo, 2ª ed., 1933, p. 150/151.

Antes de merecer uma análise progressista, mantêm-se o conservadorismo, sob a falsa premissa da segurança, quando, parece evidente, que do dispositivo se depreende efetiva técnica de aceleração e de instrumentalidade do processo, como meio de atingir o direito material objetivado.

Em suma, não se defende a instabilidade ou a insegurança ou, ainda, a criação de um direito alternativo, mas a flexibilização de um dogma ultrapassado, insensível e conservador, absolutamente detrimetoso para a vida contemporânea.

4.2. Da discussão sobre a produção de coisa julgada material

É preciso também analisar a coisa julgada, na medida que “não é correto pensar que a decisão que concede a tutela antecipada com base na cognição de verdade produz, apenas por isso, coisa julgada material.”⁵⁶

O fato de uma decisão ter plenas condições de produzir coisa julgada material - instituto técnico e jurídico que objetiva impedir a rediscussão dos litígios, visando conferir segurança aos litigantes e estabilidade às decisões judiciais - não quer dizer que ela realmente a produz, pois a coisa julgada não é uma conseqüência inexorável da cognição exauriente. O que interessa, em relação a uma decisão proferida no curso de um processo de conhecimento, é saber se ela pode ser revogada, em que termos e com base em que critérios.

No mesmo sentido encontra-se o ilustre Sérgio Cruz Arenhart que entende que a decisão que concede a medida prevista no art. 273, parágrafo 6º do CPC não se sujeita à coisa julgada. Pensa ainda que a lei não quis dar à figura

⁵⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 350.

em questão a condição de transitar em julgado, não se podendo, pois, no caso, falar em coisa julgada parcial ou instituto que o valha. Ademais, a coisa julgada não é o único caminho existente para tornar indiscutível ou imutável um ato, tendo em vista que outros institutos têm esta finalidade como a preclusão, a perempção, a prescrição, a decadência, o direito adquirido e outros.⁵⁷

O legislador - ao inserir a tutela antecipada no par. 6º a subordinou à revogação ou modificação, nos termos do par. 4º do mesmo art. - atribuiu ao julgamento parcial o status de tutela antecipatória capaz de ser revogada ou modificada.

4.3. Da sujeição de parágrafo 4º

Discute-se se a antecipação com base no parágrafo 6º do artigo já mencionado estaria ou não sujeita à regra de reversibilidade contida no parágrafo 4º do mesmo artigo. Em trabalho recente, publicado na Revista de Processo nº 116, José Henrique Mouta Araújo traz posicionamento no sentido de que não só a reversibilidade não se aplica aos casos previstos no parágrafo 6º, mas também que este não configura, na realidade, situação de antecipação de tutela:

Nesse momento, é necessário, mais uma vez, enfrentar a seguinte indagação: trata-se de mais uma modalidade de antecipação (de efeitos) da tutela? Evidentemente que não, por várias razões: a uma pelo fato de que não é baseada em cognição sumária, mas exauriente; a duas, porque não

⁵⁷ARENHART, Sérgio Cruz. *A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002*. In *Processo civil, aspectos relevantes*: Coord. DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. São Paulo: Editora Método. 2005, p.277.

se aplica o requisito negativo da tutela antecipada (perigo de reversibilidade), a três pelo fato de que é tutela definitiva, inclusive com força de coisa julgada, não permitindo a sua revogabilidade e, por fim, a execução da decisão não será provisória e sim definitiva, não se aplicando o art. 588 do CPC.⁵⁸

Importa esclarecer, entretanto, que nem sempre será fundada em cognição exauriente⁵⁹ a tutela antecipatória com base no parágrafo 6º, já que como dito acima, poderá o juiz chegar à conclusão diversa quando finda a instrução. Nesses casos, parece não haver razão para a inaplicabilidade do parágrafo 4º do art. 273 do CPC.

Se a antecipação for concedida na sentença – em qualquer dos casos previstos no art. 273, e não apenas na situação do parágrafo 6º -, terá ocorrido por meio de cognição exauriente, e não há permissão legal, ou mesmo referência à exceção, para que, nesses casos (quando concedida na sentença), a tutela antecipada não possa ser revogada pelo Tribunal a que couber conhecer o recurso dela interposto.

De toda sorte, mesmo se entendendo que sobre a medida concedida com base no parágrafo 6º não deva incidir a regra do parágrafo 4º, esta poderá ser modificável por meio de recurso: agravo, caso deferida em decisão interlocutória, e apelação, se concedida na sentença.

Athos Gusmão de Carneiro faz a seguinte observação:

⁵⁸ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Tutela antecipada no pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual?* In Revista de Processo nº 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 218.

⁵⁹"A providência visa a permitir que o autor possa usufruir desde logo da eficácia prática da tutela altamente provável, pois os fatos em que parte a pretensão está fundada restaram incontroversos". (g.n.) BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 331.

Parte do mérito seria sujeito ao crivo da segunda instância mediante recurso de agravo, sob o prazo de 10 dias e provado de efeito suspensivo, com julgamento sem revisor e sem sustentação oral; o restante do mérito seria ao final objeto da sentença, com apreciação pelo colegiado de segundo grau através de apelação com prazo de 15 dias e sob a garantia de um contraditório mais acentuado.

Além disso, é de se sublinhar que nem sempre a questão relativa à 'amplitude' da contestação se ostenta com suficiente nitidez, e podem surgir controvérsias sobre se (ou qual) determinada parcela do pedido realmente não mereceu contradita, ou se talvez terá sido impugnada implicitamente.

Diante de tais percalços, a melhor solução, pelo menos na aguarda de novidades legislativas, será admitir a AT das parcelas ou do(s) pedido(s) não contestados, em decisão que será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno.⁶⁰

No entanto, José Roberto dos Santos Bedaque informa que o legislador poderia ter ido além:

A solução do legislador é ainda muito tímida. Como a falta de impugnação específica gera conseqüências

⁶⁰CARNEIRO, Athos Gusmão. Apud ARAÚJO, José Henrique Mouta. Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual? *In*: Revista de Processo nº 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 216.

semelhantes às da revelia (CPC, art. 302), deveria haver permissão para que, em relação ao pedido incontroverso, houvesse verdadeiro julgamento antecipado, nos moldes do art. 330. Teríamos hipótese de decisão interlocutória do mérito, perfeitamente compatível com o sistema processual, que define os atos decisórios não pelo conteúdo, mas pelos efeitos gerados no processo (art. 262). Nenhum óbice existe, portanto, ao julgamento antecipado parcial. O processo continuaria seu curso, apenas para exame e julgamento da parte controvertida.⁶¹

No mesmo sentido, afirma Dinamarco que é pouco provável que os juízes dêem esse passo além, por conta do apreço à rigidez do procedimento da ordem processual brasileira, quando “o mérito deve ser sempre julgado em sentença e a sentença será sempre uma só no processo (art. 459, c/c art. 269, inc. I e art. 162, par. 1º).”⁶²

4.4. A tutela antecipada nos pedidos incontroversos na hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito

Inicialmente, para que possa ser compreendido a presente situação, é necessário distinguir duas modalidades de decisão que julga parcialmente o mérito da causa: a) ausência de controvérsia por aceitação expressa ou tácita de um dos pedidos (ou de parte deles) cumulados, como é o caso de reconhecimento do pedido;

⁶¹BEDAQUE, *op. cit.*, p. 332.

⁶²DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 96.

b) ausência de controvérsia por inexistência de dúvida a respeito da causa de pedir de um dos pedidos cumulados (ou de parte dele), como ocorre com a revelia, confissão e admissão.

O que ocorre na primeira hipótese, segundo Arenhart é que a estabilidade gerada com a antecipação do pedido incontroverso (ou de parte dele) é decorrência do ato jurídico perfeito formado. O que se tem propriamente é um acordo de vontades entre autor e réu, já que este aceita, de forma tácita ou expressa, parte da pretensão manifestada por aquele.⁶³

Assim, nesses casos haveria, praticamente, um contrato processual (um pacto celebrado dentro do processo) em relação a alguns pedidos ou parte deles. Após a análise e admissão dos aspectos formais ocorreria uma espécie de homologação pelo juiz, por meio da decisão descrita no art. 273, par. 6º do CPC, em que este ato gozaria da mesma estabilidade do ato judicial revestido de coisa julgada. Não produziria coisa julgada, como já defendido acima, mas teria estabilidade em virtude do ato jurídico perfeito.

Importante ressaltar, que é o ato jurídico perfeito consistente no acordo das partes que gera a estabilidade e não a decisão antecipatória. Assim, se existentes vícios ou irregularidades formais na aceitação, esta não terá validade, não podendo o magistrado autorizar a antecipação. Caso esta seja concedida, poderá ser atacada por ação anulatória autônoma. Daí entende-se que a estabilidade está na dependência de que, efetivamente, se esteja diante de um ato jurídico perfeito.

A aceitação que faz surgir o ato jurídico perfeito se mostra estável ainda diante de eventual sentença ulterior de extinção ou improcedência do pedido do autor, já que se está diante de ato de disposição, que se torna autônomo

⁶³ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, p. 278.

em relação ao processo em que ocorre. Existindo um negócio jurídico subjacente, este terá que ser respeitado e, portanto, seus efeitos deverão ser mantidos em nome da segurança jurídica.

A decisão que decide parcialmente a lide é tão estável como a decisão final, transitada em julgada, prevalecendo, até mesmo, a eventual extinção do processo ulterior, por alguma questão processual.

Todavia, no que toca a segunda hipótese, o mesmo não ocorre, já que aqui o réu não aceita o pedido manifestado pelo autor, mas apenas a certeza dos fatos que dão base a tal pretensão. Nestes casos, o pedido continua recebendo resistência por parte do réu, de modo que não se pode cogitar na espécie de negócio jurídico processual.

5. Considerações finais

A demora na entrega da prestação jurisdicional é hoje, um dos maiores problemas enfrentados pela justiça brasileira. Tal fato induz ao descrédito de nossos órgãos jurisdicionais, levando as pessoas a deixarem de procurar a justiça, vez que uma tutela intempestiva não leva a satisfação dos direitos buscados pela parte.

Muitos, entretanto, são os problemas que levam a uma prestação jurisdicional lenta, incapaz de fazer justiça sem prejudicar a uma das partes. Geralmente o autor que tem razão, é quem mais sofre com a demora.

Além dos problemas de ordem legislativa, outros como a falta de material e o número insuficiente de funcionários (exemplificativamente), também colaboram com a lentidão de nossos processos.

Os processualistas brasileiros, preocupados com essa situação, começaram a estudar formas de minimizar o problema da demora processual, o que culminou com a introdução, em nosso ordenamento, da tutela antecipada (art.273) pela Lei 8.952, em 1994.

Houve nessa época um substancial avanço legislativo, melhorando relativamente o problema do atraso na entrega da prestação jurisdicional. A partir dessa data, tornou-se possível antecipar os efeitos da sentença através de um provimento provisório, concedido por meio de decisão interlocutória.

Mostrou-se um eficiente meio de racionalização do tempo do processo entre o autor e o réu, capaz de diminuir os problemas causados pela demora na entrega da tutela jurisdicional.

Para que se possa verificar a tutela antecipada, esta deve ser requerida pela parte, não podendo o juiz, concedê-la *ex officio*. Há, portanto, a necessidade do pedido da parte, pois só assim o magistrado estaria autorizado a conceder o provimento antecipatório (art.273).

A tutela antecipada, prevista no art. 273, *caput*, exige, para ser concedida, alguns pressupostos positivos e um negativo, que devem ser obrigatoriamente observados, quais sejam: A prova inequívoca; a verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, como pressupostos positivos; e como pressuposto negativo o perigo de irreversibilidade do provimento.

No que diz respeito ao momento, a tutela antecipada pode ser deferida liminarmente, antes de citado o réu, ou depois de citado o réu. Pode ainda, ser deferida na sentença, ou até mesmo em grau de recurso. Em conclusão, verifica-se a tutela antecipada em qualquer fase processual.

Não se pode restringir o uso da tutela antecipada somente às ações condenatórias, porque é possível também nas ações constitutivas e declaratórias. Para se verificar tal hipótese, deve-se diferenciar a pretensão processual da pretensão material (o que se quer alcançar por seu intermédio), pois esta última pode ser passível de execução. Aquilo que o autor busca em juízo, em

determinados casos, pode ser alcançado pela tutela antecipada.

Que a tutela antecipada foi um grande avanço, é incontestável. Mas, apesar do esforço legislativo, algumas questões ficaram desabrigadas, como a tutela antecipada da parte incontroversa da demanda.

Verificando o prejuízo que era causado à parte, que mesmo depois de ter comprovado o seu direito, não podia vê-lo satisfeito, Marinoni sugeriu uma mudança legislativa prevendo essas situações. O legislador brasileiro, sensível aos problemas acarretados por tal omissão, inseriu no art.273 o §6º, que prevê a tutela antecipada nos casos de incontrovérsia.

Com a introdução do §6º, ao art. 273, o instituto da tutela antecipada passou a ser um meio ainda mais eficaz na prestação da tutela jurisdicional. Verifica-se uma verdadeira aplicação do princípio constitucional da tempestividade, com uma tutela mais rápida e eficaz.

A previsão legal do art. 273, §6º, deve ser vista do modo mais amplo possível, abrangendo todos os casos de incontrovérsia, como a tutela baseada na não-contestação, no reconhecimento jurídico parcial do pedido e na apreciação de um dos pedidos cumulados, ou parcela de um único pedido.

Tendo em vista tratar-se de cognição exauriente, não foi criada para atender as hipóteses de urgência, e nem exige para a sua concessão a reversibilidade da demanda. Nesse caso, a tutela deve ser concedida mesmo que a demanda não seja reversível, pois a decisão do magistrado está baseada em um juízo de certeza, e não de probabilidade (art.273, caput).

O provimento adequado para a concessão da tutela antecipada é a decisão interlocutória, e não a sentença de mérito, como defende Marinoni. Apesar da cognição ser exauriente, não há como se admitir a tutela antecipada por meio de sentença de mérito, pois não há previsão legal que autorize uma cisão de julgamento dentro do ordenamento jurídico nacional.

Se o provimento adequado para se deferir a tutela antecipada é a decisão interlocutória, esta deve ser confirmada quando da prolação da sentença. O magistrado, nessa hipótese, não poderá revogar, nem modificar a decisão que deferiu a tutela antecipada, devendo apenas confirmá-la.

Somente no caso de se tratar de matéria de ordem pública, como a falta de uma das condições da ação, estaria o juiz autorizado a revogar a decisão.

O legislador brasileiro, nessa última reforma (art.273, §6º), não quis ser mais ousado a ponto de permitir um julgamento antecipado parcial, o que é lamentável. A cisão de julgamento, nessa hipótese, traria mais força e eficácia para o instituto. Se a tutela antecipada é baseada em cognição exauriente, seu deferimento deveria se dar através de sentença de mérito, e não por meio de decisão interlocutória, o que só não acontece por falta de ousadia legislativa.

Referências:

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada na Reforma Processual*. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

_____. *A antecipação de tutela na reforma processual*. In: CPC – Modificações. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Tutela antecipada no pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual?* In Revista de Processo nº 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002*. In Processo civil, aspectos relevantes: Coord. DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. São Paulo: Editora Método. 2005.

ARMELIN, Roberto. *Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição*. Coord. Teresa Arruda Alvim Walbier *in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

BRASIL. Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

BRASIL. Constituição Federal. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

BRASIL. TJRJ – AI 1346/99 – (Reg. 260599) – 17ª C. Cív. – Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva – J. 28.04.1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O § 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?* Disponível em www.cpc.adv.br, acesso em 10/11/05.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*, in Revista de Processo, vol. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *A reforma da reforma*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996.

FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2004.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Dicionário do código de processo civil brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A reforma do processo civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1996.

MALLET, Estevão. *Tutela antecipada no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

MARCATO, Antônio Carlos. *CPC interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A antecipação da tutela*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Novidades sobre a tutela antecipatória*. Revista de Processo, São Paulo, jan./mar. 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Livraria Globo, 2ª ed., 1933.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Procedimentos e tutela antecipada*. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANTANA, Paulo Afonso de Souza. *Hipóteses para a concessão da tutela antecipatória da parte incontroversa da demanda* (art. 273, parágrafo 6º, CPC). In *Revista de Processo* nº 121. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. *A 'antecipação' da tutela na recente reforma processual in Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Comentários ao CPC*. 2ª ed., Rio Grande do Sul: 1986.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. *Revista dos Tribunais* 742, agosto de 1997.

_____. *Tutela antecipada in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

