



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MATHEUS HENRIQUE PAIÃO

TUTELA ANTECIPADA E O ABUSO DE DIREITO DE DEFESA

ASSIS

2013

TUTELA ANTECIPADA E O ABUSO DE DIREITO DE DEFESA

MATHEUS HENRIQUE PAIÃO

Projeto de pesquisa apresentado ao Departamento do curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA como requisito do Curso de Graduação.

Orientador: Me. Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Área de Concentração: Direito Processual Civil

ASSIS

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

PAIÃO, Matheus Henrique.

Tutela Antecipada e o abuso do direito de defesa / Matheus Henrique Paião. Fundação Educacional do Município de Assis – Fema – Assis, 2013.

Págs. 40.

Orientador: Professor. Me. Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Trabalho de conclusão de curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA

1. Tutelas jurisdicionais 2. Tutela Antecipada 3. Abuso de direito

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

TUTELA ANTECIPADA E O ABUSO DE DIREITO DE DEFESA

MATHEUS HENRIQUE PAIÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA, como requisito do Curso de Graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Prof. Me. Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Examinador: Prof. Me. Leonardo de Gênova

ASSIS

2013

DEDICATÓRIA

Dedico este projeto primeiramente a Deus, por dar sabedoria e perseverança para realizar este trabalho; aos meus pais Sydnei e Marlene e minha irmã Raisa, por eles darem amor e carinho e também incentivando e apoiando para que eu não desanimasse no meio do caminho.

Amo muito vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a *Deus* que é fonte de vida e esperança, sem ele não estaria aqui.

Aos meus pais a quem eu devo a minha vida a eles, minha irmã que sempre vou amar, os meus avós paternos e maternos que ajudaram na minha criação em especial o meu avô Josino (*in memoriam*).

A minha namorada Suzane que está ao meu lado na tristeza e na alegria; aos meus amigos que não esquecerei, André Toledo, Eder Bruno, Gustavo Rocha, Júlio César, Matthews Augusto, Paulo Henrique e Roberval.

A todos os professores do curso de Direito da Fema que contribuíram para a minha formação e também no crescimento profissional.

Ao professor e orientador Me. Fernando Antônio Soares de Sá Junior tenho muito a agradecer, pela orientação na realização de trabalho.

Pois o Senhor é quem dá sabedoria; de sua boca procedem ao conhecimento e o discernimento.

(Provérbios 2)

RESUMO

A tutela jurisdicional de urgência denominada como “tutela antecipada” foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº. 8.952 de 13 de dezembro de 1994, que acrescentou no Código de Processo Civil em seu art. 273, com o escopo de antecipar os efeitos da sentença, resguardando o direito da parte até a decisão final da demanda judicial, evitando-se prejuízos à parte, quando presente os pressupostos de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e, a prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Isto, em decorrência da morosidade do Poder Judiciário em prestar a tutela jurisdicional definitiva e, afastando-se conseqüentemente o descrédito do aparelho estatal tendo em vista a ineficácia do poder judiciário brasileiro na solução dos litígios.

Diante disso, buscamos analisar no presente trabalho, a possibilidade de nos casos submetidos à jurisdição estatal em que há que manifesto propósito protelatório do réu ou abuso do direito de defesa do réu, em que ele se utiliza de meios para postergar o andamento do processo, é plenamente cabível a concessão da tutela antecipada de ofício, de acordo com os mais renomados autores processualistas. Isto, com o fito de atender o direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva, a fim de afastar as defesas abusivas apresentadas pelo réu a quem não tem a razão, resguardando o direito da parte contrária, evitando-se assim a morosidade da concessão da tutela jurisdicional e conseqüente insegurança jurídica provocada por ela.

Tudo isto, em atenção, ao pressuposto de admissibilidade desse instituto, qual seja, a reversibilidade, no qual deve existir a possibilidade de retorno ao estado “*quo ante*”, caso o juiz se convença ao final da demanda de que o requerente da antecipação de tutela não estava munido de razão.

Palavras-chave: tutelas jurisdicionais; tutela antecipada; abuso de direito

ABSTRACT

The judicial protection of urgency referred to as "injunctive relief" was introduced in the Brazilian legal system with the enactment of Law no. 8,952 of December 13, 1994, that added to the Code of Civil Procedure in its art. 273, with the aim of anticipating the effects of the judgment, protecting the right of the party to the final decision of the lawsuit, avoiding damage to the part when the assumptions of the present danger of irreparable or difficult to repair and unequivocal proof the likelihood of the claim. This, due to the slowness of the judiciary to provide a definitive judicial and consequently away from the discrediting of the state apparatus in view of the inefficiency of the Brazilian courts in resolving disputes.

Therefore, in this paper we analyze the possibility of the cases submitted to State jurisdiction in which it is manifest postponing purpose of the defendant or abuse of the right of defense of the defendant, in which he uses means to delay the progress of the process, is fully applicable to the injunctive relief craft, according to the most renowned authors processualist. This, with the aim of meeting the fundamental right to effective judicial protection, in order to avoid abusive defenses presented by the defendant who has no reason, protecting the right of the other party, thus avoiding the slow granting of judicial and consequent legal uncertainty caused by it.

All this in mind, the assumption of admissibility of this institution, namely, reversibility, which should be possible to return to the status "quo" if the judge is convinced the end of the demand that the applicant's anticipated protection was not provided with reason.

Keywords: guardianships jurisdicionais; guardianships earl; abuse of rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	122
1. ASPECTOS GERAIS DAS TUTELAS JURISDICIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO	144
1.1 DA TUTELA DEFINITIVA.....	14
1.2 DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA.....	155
1.3 DISTINÇÃO ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA.....	188
2. DA TUTELA ANTECIPADA E O MANIFESTO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA PELO RÉU	20
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA DE TUTELA ANTECIPADA	20
2.2 REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA	211
2.2.1 Requerimento da parte	211
2.2.2 Prova inequívoca da verossimilhança da alegação	23
2.2.3 Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação	24
2.3 CARACTERÍSTICA E CABIMENTOS DA TUTELA ANTECIPADA	25
2.4 REVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA.....	25
2.5 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA DO ART. §7º, DO CPC	277
2.6 REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	288
2.7 O MOMENTO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA	29
2.8 DAS ÉSPECIES DE TUTELA ANTECIPADA	30
2.8.1 A tutela antecipada em caso de incontrovérsia de um dos pedidos	30
2.8.2 Tutela Antecipada Inibitória	31
2.8.3 Tutela antecipada contra a fazenda pública	32

2.9 DO MANIFESTO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA DO RÉU	34
3. A CONCESSÃO DE OFÍCIO NA HIPÓTESE DE ABUSO DO DIREITO DE DEFESA	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS.....	39

INTRODUÇÃO

Com a evolução social o Estado aboliu do sistema o instituto da autotutela, conhecido também como “justiça pelas próprias mãos”, chamando para si a responsabilidade de solucionar os conflitos de interesses da sociedade, isto é, o monopólio da jurisdição, com o escopo de garantir uma boa convivência entre os membros sociedade.

Assim, o poder jurisdicional do Estado reflete seu poder de regulamentar e aplicar a norma jurídica no caso concreto quando chamado para solucionar conflitos de interesses, os litígios de forma imparcial e coerente, meio este denominado de processo judicial.

Logo, o particular passou a não poder mais se utilizar de meios para fazer justiça pelas próprias mãos, mas a recorrer ao Poder Judiciário para resolver sua lide, seus conflitos de interesses.

Ocorre que, nos dias atuais com o crescente número de demandas levadas para solução ao Poder judiciário tendo em vista a globalização, o aumento de circulação de bens e mercadorias, e das relações humanas, acarretou inúmeros problemas ao poder jurisdicional estatal, entre os quais destacamos como um dos principais problemas a morosidade do poder judiciário em solucionar os conflitos, o que leva muitas vezes os litigantes a renunciar ou até mesmo a desistir de seus processos judiciais, o que gera a injustiça, a insatisfação das partes conflitantes ante a demora de decisão da lide e, conseqüentemente o descrédito do poder judiciário por parte dos jurisdicionados.

Diante da dificuldade em questão, o presente trabalho destina-se a ressaltar e esclarecer a importância do instituto denominado de Tutela Antecipada, descrito no artigo 273 do Código de Processo Civil, que adveio da Lei n. 8.952/94.

O objetivo do presente trabalho é estudar as formas de tutelas jurisdicionais de caráter de urgência previstas no direito brasileiro, mas especificadamente com enfoque na tutela antecipada.

Nesta esteira, salienta-se que o trabalho apresenta às características, as hipóteses de cabimento, finalidade e as formas de concessão da tutela antecipada no âmbito

processual e, finalmente busca-se demonstrar a existência do abuso do direito por parte do réu.

O texto abordou o benefício da tutela antecipada, em garantir o direito material do autor em razão de consequências advindas do andamento do processo e também analisar todos os requisitos necessários para a concessão.

Dessa forma, ressalta-se que a principal finalidade deste trabalho é demonstrar que a tutela de ofício em caso de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu é totalmente cabível, onde a lei federal, a jurisprudência da guarida a concessão da antecipação da tutela.

1. ASPECTOS GERAIS DAS TUTELAS JURISDICIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 DA TUTELA DEFINITIVA

Parafrazeando Fredie Didier Jr., pode-se dizer que o estudo da tutela definitiva passa por uma bipartição se subdividindo as tutelas em satisfativas e não satisfativas 01 (2012, p.513).

As primeiras destinam-se a certificar ou mesmo a efetivar o direito material que fora discutido dentro dos autos pelas partes, através de um devido processo legal, predispondo à satisfação do bem da vida esperado, que é o direito material pretendido pelas partes.

As não satisfativas, por sua vez, são aquelas que pretendem por a salvo o bem jurídico que será ou já está sendo litigado em outro processo a fim de assegurar futura satisfação, protegendo-o contra eventuais riscos a que possa estar exposto.

Estas últimas tutelas distinguem-se das demais por serem eminentemente instrumentais, ou seja, considerando que o processo já é um instrumento que viabiliza o acesso a direitos, estas tutelas visam apenas servir como meio de preservação do resultado útil esperado dentro de um processo, podendo assim ser chamadas de instrumento do instrumento.

São também temporárias porque visam vigorar apenas até que a questão principal seja definida, momento após o qual, a questão seguirá os contornos fixados pelo juízo em cognição exauriente.

Explicando tais características Fredie Didier Jr. Nos agracia com lições de didática única que por isso merecem transcrição, vejamos:

É instrumental por ser meio de preservação do direito material e do resultado útil e eficaz da tutela definitiva satisfativa (de certificação e ou efetivação). É instrumento de proteção de um outro instrumento (a tutela jurisdicional satisfativa), por isso comumente adjetivada como "instrumento ao quadrado (...).

A tutela cautelar não tem um fim em si mesma, pois serve a uma outra tutela (cognitiva ou executiva), de modo a garantir-lhe a efetividade.

É, ainda, temporária por ter sua eficácia limitada no tempo. Sua vida dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Mas, cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia (...).

Mas essa temporariedade não exclui sua definitividade. Já dissemos e repetimos, a decisão cautelar concede uma tutela definitiva, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável.

Temporários são seus efeitos fáticos, práticos, afinal a cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando negado), mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo. (2012, p.461-465)

Portanto, pode-se concluir que a tutela não satisfativa, diferentemente do que acontece com as satisfativas, não gozam de definitividade material, mas meramente processual razão pela qual são também caracterizadas pelo caráter provisório, eis que não produzem coisa julgada material.

1.2 DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

Está cada vez mais difícil resolver conflitos de interesses sem que haja razoável espaço de tempo entre a formação do processo e a sentença proferida pelo juiz. Em razão de tal necessidade temporal, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de concessão de medidas de urgência quando há perigo de risco eminente ao provimento final da sentença por decorrência da demora.

Neste sentido orienta o processualista Misael Montenegro Filho:

(...) percebemos que convivemos com dois primados antagônicos: de um lado a necessidade da rápida solução do conflito de interesses, sabido que justiça tardia é sinônimo de injustiça; de outro lado, a necessidade de que sejam observados requisitos formais de validade do processo, de que ao réu sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa em todos os seus contornos estruturais. A ordem de coisa reclama que o magistrado aja com equilíbrio, de modo a garantir a entrega da prestação jurisdicional no tempo certo, nem antes nem depois dele (...). (2005, p.36)

Tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada geram a possibilidade de concessão de medidas liminares que se enquadram como verdadeiras medidas de urgência, sendo utilizadas de forma que se permita alcançar os resultados esperados dentro do processo, sem riscos de ver a morosidade infectar de injustiça da tutela jurisdicional.

No mesmo lado adverte Humberto Theodoro Junior que:

(...) ora, tanto na tutela cautelar como na antecipatória, a parte pede uma providência urgente para fugir das consequências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar de ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito (...). (2006, p.666)

A partir do momento em que o Estado chamou para si o monopólio da prestação da tutela jurisdicional, todo jurisdicionado para garantir os seus direitos deve buscar e invocar a tutela jurisdicional do Estado para que ele julgue de maneira mais justa e sábia em uma decisão, porém, com a demora do processo ou de um procedimento para que conduza até a sua solução, a expectativa deste tempo para que a lide seja definitivamente apreciada judicialmente, leva o autor à nova frustração de passar anos na expectativa de reconhecimento de um direito que se eterniza no julgamento de um processo que nunca alcança um fim, de modo que o processo, mero instrumento a se alcançar o escopo fundamental obstinado pelo jurisdicionado passa a ser em muitos casos o fim em si, pois não alcança o sujeito a tempo de garantir-lhe aquilo e exatamente aquilo que teria direito no momento reclamado.

As medidas de urgência foram assim criadas para assegurar o importante e relevante bem da vida, sendo de grande importância dentro do processo legal de forma a desburocratizar com o intuito de minimizar o risco, autorizando o deferimento das tutelas cautelares e antecipatórias, facilitando ao autor alcançar mais rapidamente a determinada providência. (seja acautelatória ou satisfativa).

Na visão do professor Cássio Scarpinella Bueno:

(...) O que, para o momento presente da exposição, justifica a menção às chamadas tutela cautelar e tutela antecipada é que, em ambas, o elemento constante, que legitima a pronta e imediata, até mesmo, enérgica atuação do Estado-juiz, é a "urgência", isto é, a necessidade de atuação jurisdicional antes da consumação do dano (...). (2008. P.283)

A tutela cautelar ou medida cautelar tem como finalidade prevenir a eficácia do processo principal, afastando os riscos eminentes por decorrência demora que ocorre nos trâmites do processo, garantindo a sua efetividade buscada pela pretensão de autor. Tem como pressupostos: o perigo da demora do provimento, ou seja, o risco de que a letargia processual inviabilize o direito obstinado, e a fumaça do bom direito, que nada mais é do que a existência de sérios indícios de que aquele que pede a providência é efetivamente seu titular, autorizando o julgador a

concluir em juízo de plausibilidade que realmente a situação deva ser tal qual é narrado pelo peticionário, ou muito próximo a isso.

O procedimento de índole cautelar é por isso bastante sumário, permitindo ao Estado-juiz acesso rápido a instrumentos que lhe viabilizem a formação de um juízo de verossimilhança, sendo possível sua propositura tanto antes do debate principal, ocasião em que será chamada de cautelar preventiva, como também admissível sua utilização quando já instaurada a lide principal por meio de processo incidental.

Lado outro, a tutela antecipada é um dos institutos mais recentes inseridos no Código do Processo Civil, surgindo com o advento da Lei nº 8.952/94, e que tem por intuito proceder à antecipação do próprio pedido, ou parte do pedido formulado pelo autor em sua petição inicial em caso de situação de evidenciada urgência.

É uma medida de urgência satisfativa, pois concede a antecipação dos efeitos da decisão final e assim tem busca garantir a efetividade do processo, posto que há ameaça eminente em desfavor ao direito do demandante, que exara risco de um prejuízo irreparável ou de difícil reparação, ou então quando resta verificada a existência abuso do direito de defesa ou manifesto intento protelatório da parte adversa que põe em risco a tutela jurisdicional.

Seguindo os ensinamentos de Giuseppe Chiovenda, pode-se afirmar que:

A vontade da lei tende a realizar-se no domínio dos fatos até as extremas consequências praticamente e juridicamente possíveis. Por conseguinte, o processo deve dar quanto for possível praticamente a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir. (1996, p 67)

Em relação à medida liminar que é também confundida com a medida cautelar ou medida antecipatória, há dizer que a mesma faz parte das tutelas de urgência, mas com uma peculiaridade. Esta medida tem caráter de provimento jurisdicional de resguarda a resultado útil ou antecipar os efeitos da sentença do processo, de maneira a impedir a ineficácia da tutela definitiva.

A liminar pode qualificar qualquer medida judicial que é tomada em momento inicial do processo, podendo ter tanto características acautelatórias quanto satisfativas, ou seja, protegendo o bem para posteriormente ter-se o que satisfazer ou ao inverso, satisfazendo-se o direito para que o bem seja protegido.

Assim entende-se o Orione Neto:

As medidas cautelares somente podem ser deferidas pelo juiz dentro de uma ação cautelar. As liminares, ao revés, podem ser concedidas nos mais variados tipos de ação como, por exemplo, na antecipação de tutela, no mandado de segurança individual e coletivo, nas ações possessórias, na ação popular, na ação civil pública, nos embargos de terceiro, etc. (...). (2000, p. 13)

As medidas liminares são informadas pela provisoriedade, pois tendem a produzir seus efeitos até serem substituídas por um provimento definitivo ou serem revogadas por superação dos pressupostos que deram ensejo à sua concessão.

1.3 DISTINÇÃO ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA

A tutela cautelar preventiva visa garantir a eficácia do processo principal, de modo em afastar o periculum in mora e o fumus boni juris do processo, assim garantindo a pretensão do autor, já a tutela antecipada satisfaz de imediato a pretensão, podendo ser total ou parcial os seus efeitos concedidos pelo juiz, desta forma não tem o âmbito de assegurar um direito a ser pretendido em outra fase posterior.

A medida cautelar tem características a instrumentalidade e a dependência do processo principal, podendo ser intentada de forma incidental no decorrer da marcha processual, ou antes, do ajuizamento ação principal, pois tem caráter definitivo.

Isso já não ocorre à antecipação da tutela tem que ser requerida na petição inicial com todos os seus pressupostos onde o juiz dará uma decisão interlocutória nos autos, dessa decisão é passível de agravo.

Cada uma dessas medidas urgência tem a suas peculiaridades, a tutela cautelar tem como pressupostos específicos o fumus boni juris e periculum in mora, já a tutela antecipada é prescindível a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

A medida cautelar tem por finalidade evitar ou de minimizar o risco de eficácia da sentença definitiva, tal providências tomada ao seu deferimento destina-se em conservar uma situação para afastar o perigo a fim de proteger.

Na opinião de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

O resultado cautelar está sempre atrelado ao de outro processo; não tem um fim em si mesmo. Daí sua natureza acessória. Ninguém o objetiva, como fim último, como pretensão principal; o que se busca, por intermédio, é proteger o provimento principal. O processo cautelar é um instrumento que serve a outro processo, pois visa assegurar e garantir o que neste se postula. (2008, p.244)

Já a medida antecipatória pressupõe direito que é aparente evidente e por isso deve ser amparado antes de uma situação de perigo de prejuízo irreparável.

Fundamentos e explicação da eminente professora Patrícia Miranda Pizzol:

Por exemplo: o autor promove uma ação pedindo que o réu seja condenado a lhe pagar determinada quantia em razão de algum ilícito por ele praticado e pleiteia a tutela antecipada. Se o juiz conceder a tutela antecipada, o autor receberá antecipadamente a quantia requerida, satisfazendo-se desde logo. Assim, a tutela antecipada não serve apenas para assegurar um resultado útil, mas para satisfazer a pretensão do autor. Ressalte-se que esta realização é provisória. A concessão da tutela se faz por meio de decisão interlocutória que pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo. (2006, p.101)

Entende-se que as características das tutelas a cautelar e antecipada tem a natureza emergências. Mas a cautelar tem a finalidade de assegurar a pretensão, enquanto a antecipatória é realizada a sua pretensão, de forma sumariamente de caráter satisfativo e se executa provisoriamente.

2. DA TUTELA ANTECIPADA E O MANIFESTO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA PELO RÉU

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA DE TUTELA ANTECIPADA

É no direito romano que encontramos os primeiros vestígios do instituto da tutela antecipada, sendo que este instituto foi inserido pelo pretor com o intuito de solucionar a morosidade da prestação jurisdicional, tornando-a mais célere e eficiente.

A tutela antecipada tinha a finalidade de solucionar os casos que necessitavam de uma tutela de urgência, onde o pretor por meio deste instituto decidia a lide através de uma cognição superficial, em virtude do perigo eminente ao bem jurídico, tal decisão era provisória, portanto poderia ser reexaminada, sendo que neste caso se prolataria uma sentença definitiva. Importante salientar que para que fosse concedida a tutela eram necessários três requisitos: o perigo da demora, a existência de fatos que caracterizassem ser verdade o alegado e a possibilidade de reversão da decisão.

O instituto da tutela antecipada era utilizado com a função de manter a ordem social, pois mesmo sendo um meio provisório de solucionar os litígios, a sociedade o aceitava como um meio célere, justo e eficaz.

O princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição este claramente descrito no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, onde está expressa a proteção eficaz a todos os direitos e mesmo a prestação da tutela jurisdicional para caso de ameaça a estes direitos.

Para ter acesso a esta jurisdição com o fator de ter a segurança jurídica por parte do texto constitucional, deve conter qualidades como eficácia e efetividade.

Com a elucidação por parte de Chiovenda, o processo será efetivo se for capaz de proporcionar ao credor a satisfação da obrigação, como se ela tivesse sido cumprida espontaneamente e, assim, dar-se ao credor tudo aquilo a que ele tem direito.

Para Luiz Rodrigues Wambier (2012, p.380), é intuitivo que garantir as pessoas, a tutela jurisdicional e prestar-lhes tutela inefetiva e ineficaz é quase o mesmo que não prestar a tutela.

A partir da Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, que deu a origem ao artigo 273 do Código de Processo Civil que traz a redação da tutela antecipada a qual foi introduzida no ordenamento jurídico. Vem com o conceito de um processo mais célere, pois a morosidade por parte da justiça é clara, trazendo prejuízos que pode acarretar dano à parte.

A tutela antecipada é um benefício que dá possibilidade de antecipar os efeitos da sentença onde o juiz analisará de forma que pode concedê-la integralmente ou mesmo parte daquilo pretendido em uma decisão interlocutória, cabendo em qualquer tipo de processo e de procedimento.

Tem como objetivo a decisão judicial de antecipação de tutela salvaguardar o direito evidente da parte, com a finalidade de diminuir um dano eminente que pode decorrer da demora do processo.

Como a tutela é satisfativa quando ela é concedida pelo o juiz, os seus efeitos ainda que sejam provisórios, fundada em cognição sumária que é passível de ser comprovada ou até mesmo negada em seu curso.

A possibilidade de um fato apresentado pelo autor, que tenha o direito de ser deferido o benefício da tutela antecipada, deve se basear por uma prova cabal de que seja aparentemente verdadeira as suas alegações.

2.2 REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA

Para a concessão da tutela antecipada é preciso estar demonstrada a efetiva presença dos pressupostos legais que estão elencados no artigo. 273 do Código de Processo Civil, a saber:

2.2.1 Requerimento da parte

No art. 273 caput do CPC tem-se que, para conseguir os efeitos que a tutela antecipada a parte deverá formular requerimento expresso neste sentido, de modo

pela interpretação literal do aludido artigo, pode-se concluir que a tutela antecipada sujeita-se ao princípio da demanda não podendo o Juízo de ofício concedê-la.

Por algum tempo foi uníssono o pensamento no sentido de que a antecipação da tutela não poderia ser concedida de forma *ex officio*, entretanto, hodiernamente, tem despontado corrente que entende por sua viabilidade, principalmente nos casos de evidenciado manifesto protelatório.

Nas palavras do professor Fernando Luis França:

Para a defesa da tese, invocam o intuito protelatório e abuso de defesa pelo réu, em verdadeiro assédio processual, fundamentando o deferimento, também, no poder do Magistrado de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, nos termos do art.125, do CPC, bem como na aplicação de normas que permitem a entrega da medida cautelar de ofício, conforme art. 797 e 798, e art. 4º da Lei n. 10.529/01, consubstanciando no poder geral de cautela. (2003, p.178)

Adotando este posicionamento a jurisprudência apresenta vários arestos onde a antecipação da tutela é feita de forma não provocada, verifique-se:

“PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PROVA MATERIAL E PROVA TESTEMUNHAL. VALIDADE. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Em homenagem à busca de uma real e efetiva prestação jurisdicional, conjugada com a necessária imediatidade que o fato concreto exige (a pretendente ao benefício de natureza alimentar tem sessenta e nove anos de idade), é viável a possibilidade da concessão da medida antecipatória de ofício[...].” (Tribunal Regional Federal, 5ª Região. Apelação Cível nº 345950 (2000.81.00.001652-0), da 4ª Turma. Relator: Desembargador Luiz Alberto Gurgel de Faria. DJ 07/03/2005).

Conquanto haja a viabilidade excepcional de concessão da medida sem requerimento, é fato que a maioria delas são expressamente solicitadas pelas partes, assim, faz-se de bom alvitre analisarmos também a questão da legitimidade para requerê-la.

Com olhos na obra de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, constata-se que todo aquele que litiga buscando uma tutela jurisdicional definitiva estará, em tese, legitimado a pedir a antecipação do seus efeitos:

Assim, autor, réu, terceiros intervenientes (que a partir da intervenção, se tronam partes) podem requerer a antecipação dos efeitos da tutela, pois todos têm o direito à tutela jurisdicional e uma vez preenchidos os

pressupostos do art. 273, também à antecipação dos efeitos. Até mesmo o assistente simples pode fazê-lo, condicionando-se, entretanto, à vontade do assistido, que não quer, por qualquer motivo, a decisão antecipatória (...).

O réu pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela quando for reconvinte e denunciante; quando formular pedido contraposto ou ação declaratória incidental; ou quando a ação for dúplice, hipótese em que a sua simples defesa já se constitui o exercício de sua pretensão. Até mesmo quando simplesmente contestar demanda não-dúplice, pode o réu, preenchidos os pressupostos legais, requer a antecipação dos efeitos da tutela declaratória negativa (improcedência do pedido do autor) em homenagem ao princípio da isonomia.

Também tem legitimidade o substituto processual, pois se ele está legitimado a defender o direito de outro, porque disso lhe resulta um proveito que a ordem jurídica assegura, mediante tutela definitiva, por que não lhe reconhecer legitimidade para requer tutela antecipada (...). (2012, p.513).

Com relação ao Ministério Público, ele pode postular a tutela antecipada se for parte, mas na qualidade de *custos legis* (art.82, II e III, do CPC), ele somente poderá auxiliar apoiando a parte, mas falta-lhe legitimidade para formular o pleito antecipatório.

2.2.2 Prova inequívoca da verossimilhança da alegação

A prova inequívoca da verossimilhança, não pode ser entendida com uma prova definitiva ou conclusiva do direito material, pois se assim o fosse, o Juízo estaria apto a dar uma sentença definitiva e não uma mera decisão liminar. Tal requisito assim deve ser interpretado como a necessidade de provas consistentes quanto a aparência do direito alegado, suficiente para gerar convencimento superficial do juiz.

Em análise do requisito em verso, expõe Misael Montenegro Filho que:

A prova produzida pelo autor – geralmente – deve conferir ao magistrado um alto grau de probabilidade de que o direito pende em seu favor, de que as alegações trazidas aos autos pelo promovente possivelmente são verdadeiras (2005, p.54).

O entendimento do Humberto Theodoro Jr, também se faz no mesmo sentido, verifique-se.

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que inequívoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a acusa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de exaurido todo o debate e toda a

atividade instrutória, no momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quando de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá que julgar a lide contra o autor (THEODORO JR, 2008, v II, p. 758).

Quanto à verossimilhança, esta é decorrente da prova inequívoca sobre as alegações apresentadas ao juiz, e tem com intuito de convencer de maneira que o fato pareça verdadeiro, de modo que conduz o juiz a uma cognição sumária sobre o assunto deferindo os benefícios dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida pela parte.

Para Theodoro Junior (2001, p. 56) as provas devem ser claras e objetivas, tendo certo grau de convencimento e não meramente ensejadoras de dúvidas presumíveis.

2.2.3 Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação

É quando existe um perigo concreto e eminente, e não hipotético ou um talvez eventual, que com o transcorrer do curso do processo poderá acarretar um grave prejuízo à parte, ou seja, caso não deferida a tutela antecipada a parte sofrerá dano que não pode mais ser reparado ou então o mesmo será de difícil e improvável reparação.

Quanto ao perigo da demora e o dano irreparável (art 273, I do CPC) Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira dispõem sobre o tema:

O receio de dano irreparável ou difícil reparação mencionado no art. 273, do CPC, que justifica a antecipação de tutela assecuratória é aquele risco de dano; I) concreto (certo), e, não hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; II) atual, que está na iminência de ocorrer; e enfim III) grave, que tem aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito. Dano irreparável é aquele cujos efeitos são irreversíveis. Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa por ex.: dano decorrente de desvio de clientela (2012, p.507-508).

Portanto, entende-se o requisito estará adimplido quando a parte conseguir demonstrar que existência de uma instabilidade sobre uma situação concreta lhe

pode ensejar a probabilidade de dano muito grave que provavelmente não poderá ser reparado no futuro.

2.3 CARACTERÍSTICA E CABIMENTOS DA TUTELA ANTECIPADA

2.3.1 REVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

O § 2º do art. 273, do Código de Processo Civil exara que: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

O texto da lei buscou demonstrar que a tutela liminar de índole satisfativa tem por uma de suas principais características a possibilidade reversão, ou seja, em superadas as condições iniciais que geraram sua concessão, permite-se ao julgador que volte atrás, restabelecendo o *status quo ante*, de modo que o juiz não fica adstrito eternamente a sua decisão e assim poderá odifica-la caso o pedido de tutela antecipada e a sua probabilidade da situação fática não poderá mais se restabelecer.

Entretanto é preciso considerar que, poderão existir ocasiões de irreversibilidade recíproca. Como bem anota Athos Gusmao Carneiro:

Com certa frequência, o pressuposto da irreversibilidade ficará ‘superado’ ante a constatação da ‘recíproca irreversibilidade’. Concedida à antecipação de tutela, e efetivada, cria-se situação irreversível em favor do autor; denegada, a situação será irreversível em prol do demandado. (2005, p.87)

É de salientar também o posicionamento de alguns doutrinadores, aqui lembrados na pessoa de Misael Montenegro Filho, para os quais o requisito da irreversibilidade poderá ser superado mediante a prestação de caução cabal pela parte interessada.

Neste sentido:

Assim é que não faltam para que se conclua que a possível irreversibilidade da tutela antecipada pode ser resolvida através da imposição da prestação de caução, em valor igual ao da repercussão econômica da medida judicial, providenciando-se a intimação do autor para que ofereça caução ou

fidejussória, como condição para o deferimento ou da manutenção dos efeitos da tutela antecipada já deferida. (2005, p.62)

É certo que em algumas ocasiões aquele que pede a tutela o faz justamente por estar necessitando do amparo econômico, o que faz com que o mesmo não esteja em condições de oferecer a caução dita essencial para a eliminação do requisito reversibilidade. Assim, para estes casos, acrescentando alusões ao requisito, Luiz Guilherme Marinoni entende que a reversibilidade deve ser analisada no ângulo exclusivamente processual sem referência aos efeitos empíricos da medida, vejamos o pensamento do processualista:

O que o art 273 do Código de Processo Civil veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado” – que nada tem a ver, repita-se com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias.(...)

Quando o art. 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, a antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento. (2011, p.192-193)

Assim, para que a análise da medida seja informada pelos bons ares da justiça é indispensável que o julgador aja com razoabilidade na análise das medidas e proporcionalidade na verificação dos direitos e bens que se encontram em risco, procedendo à devida ponderação dos mesmos a fim de primar por aqueles mais relevantes no momento da decisão.

Ao deferir a tutela antecipada, o juiz em cognição sumária afastará um perigo iminente de dano irreparável ou de difícil reparação. Assim pode ocasionar um prejuízo ao réu, em cumprimento as obrigações. Mas como o juiz não tem elementos suficientes para decidir definitivamente quem tem ou não a razão, o art. 273 do CPC tem as exigências legais para informar a prova inequívoca da verossimilhança e o receio de fundado de dano.

De modo que aplicará o princípio da proporcionalidade para formar a decisão mais certa no caso, para a segurança jurídica.

2.4 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA DO ART. §7º, DO CPC

Com advento da Lei n. 10.444/2002, e com a reforma do Código de Processo Civil foi introduzido o § 7º, no art. 273, do CPC, que traz a possibilidade da fungibilidade da tutela antecipada que tem por objetivo satisfativo, e a tutela cautelar que tem caráter preventivo.

A tutela antecipada busca antecipar os efeitos da sentença antes mesmo de ser prolatada pelo o juiz, já a cautelar tem objetivo de assegurar o resultado pertinente da ação principal.

Com este instituto dá a oportunidade de ser deferida a medida mais adequada no caso concreto, na hipótese de que o autor entre com uma ação de conhecimento com o pedido de tutela antecipada, mas o juiz analisará e verá que é um pedido de liminar no âmbito de ação cautelar, em atenção do §7º do art. 273 do CPC, o juiz poderá deferir o pedido como se estivesse diante de uma ação cautelar preparatória ou incidental. Fica claro que neste caso o requerente almeja a medida preventiva e não há satisfativa, de forma que não foram preenchidos os requisitos da tutela antecipada, mas tão somente os requisitos de menos relevância processual, “fumus boni juris e periculum in mora”.

O entendimento do Marcus Vinicius Rios Gonçalves é bem claro sobre a função da fungibilidade em face às tutelas de urgência descrito abaixo:

A fungibilidade afasta esse risco, permitindo que o juiz conceda a tutela postulada, independentemente da qualificação utilizada pelo requerente; mas vai além, e autoriza que ele conceda tutela de urgência diferente da pretendida desde que mais adequada para alcançar os fins colimados. (2012, p.696)

A espécie de fungibilidade tem como intenção de que o litigante não fique impedido da proteção jurisdicional, e ainda atende ao princípio da economia processual, pois a parte não tem a necessidade de ingressar novamente ação mais adequada no caso.

Para Humberto Theodoro Junior demonstra a forma como poderia ser aplicado o instituto da fungibilidade do §7º do art. 273 do CPC, vejamos:

- a) Requerida a medida cautelar sob o rotulo de medida antecipatória e satisfeito os requisitos de prova pré-constituída e demais exigências do art. 273 e §§, o juiz deferirá, de imediato, como incidente do processo principal, da mesma maneira com que atua frente ao pedido de tutela antecipada;
- b) Se não houver urgência que torne inadiável ou se faltar algum requisito dos elencados pelo art. 273 e §§, o juiz não indeferirá o pedido cautelar disfarçado em providência antecipatória; determinará seu processamento apartado, dentro dos padrões procedimentais da ação cautelar;
- c) Será objeto de autuação à parte, também, a medida cautelar que se requerer incidentalmente no processo principal, em estagio em que não mais será viável formar-se o contraditório próprio das ações cautelares, a não ser fora daquele feito;
- d) De maneira alguma, porem poderá o juiz indeferir a medida cautelar sob o simples pretexto de que a parte pleiteou erroneamente com se fosse antecipação de tutela; seu dever sempre será o de processar os pedidos de tutela de urgência e de afastar as situações perigosas seja qual for o rotulo e o caminho processual eleito pela parte. O que lhe cabe é verificar se há um risco de dano grave ou de difícil reparação. Havendo tal perigo, não importa se o caso é de tutela cautelar ou de tutela antecipada; o afastamento da situação comprometedora da eficácia de prestação jurisdicional terá de acontecer (2004, p.343)

Desta forma este princípio tem a flexibilidade entres os institutos de medida de urgência, visando a eficácia e agilidade dentro do processo, assim deve salientar-se que o Direito não tem como acompanhar a tecnologia e a rapidez do mundo globalizado e digital, e sim, adaptar-se, com a finalidade de conciliar ao cidadão a efetividade na prestação jurisdicional.

2.5 REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A decisão dada pelo juiz poderá conceder de forma integralmente ou parcialmente, ou até negando os efeitos da antecipação da tutela, o § 4º do art. 273 do Código de Processo Civil dispõe essa característica da alteração da medida de urgência.

Para o doutrinado o Cassio Scarpinella Bueno sobre o entendimento da Revogação e Modificação:

A "revogação" de que trata o dispositivo deve ser entendida como a decisão que nega efeitos a anterior decisão antecipatória da tutela, isto é, que tira do mundo jurídico decisão a ela anterior. Antecipou-se a tutela e, agora, decide-se que ela não pode mais ser antecipada; volta-se atrás. É isso deve ser entendido por revogar.

O “modificar”, por seu turno, é significativo de alteração parcial. O pedido de tutela antecipada havia sido atendido integralmente; agora, a tutela antecipada deve limitar-se a determinada parte do pedido. Inversamente, a tutela havia sido concedida parcialmente, apenas para obrigar o réu a não fazer algo; agora, concede-se a tutela antecipada para que ele se abstenha também de outras atividades. (2009, p.33-34)

Assim esta decisão proferida pelo juiz poderá ser alterada a qualquer tempo, em decisão justificada. Além disso, a modificação deve entender que pode mudar a circunstância do processo alterando o seu curso, por exemplo, desapareçam os pressupostos da tutela concedida, ou surjam de modo que determinem a sua concessão.

A revogação ou modificação do benefício da antecipação poderá ser alterada no curso do processo por elementos novos apresentados, que mudará as circunstâncias originárias ou convencimento do juiz.

Com relação à decisão que concede ou nega a tutela, caberá o recurso de agravo de instrumento, no qual a possibilidade de haver a retratação do juiz, isto é, reconsiderar a sua decisão, ou tribunal poderá alterar a decisão do juiz *a quo*.

2.6 O MOMENTO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O pedido de antecipação de tutela normalmente está vinculado à petição inicial formulada pelo autor, onde o juiz dará uma decisão interlocutória concedendo total ou parcial dos efeitos da medida, ouvindo ou mesmo sem ouvir o réu.

Entretanto, advirta-se que esta concessão e mesmo o pedido, pode acontecer a qualquer momento no processo, desde que presentes os requisitos pertinentes do art.273 do Código de Processo Civil.

Quando feito no curso do processo, de forma incidental ou até mesmo em fase recursal, com a tramitação pode aparecer circunstâncias que comprovem o requerimento da tutela antecipada, como o manifesto propósito protelatório do réu.

A decisão que defere ou indefere a antecipação da tutela é passível impugnação por meio de recurso de agravo, que neste caso dada a urgência da medida deverá ser interposto na forma de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC.

No entanto, o juiz poderá proferir a antecipação de tutela na própria sentença, neste ponto há muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência sobre qual é o recurso cabível, o agravo ou apelação, já que a decisão fora tomada junto com a própria sentença que põe fim ao processo.

Após várias discussões, vem prevalecendo o entendimento de que a regra prima pela aplicação do art.520, VII, do Código de Processo Civil .

Entretanto, enquanto não se tem absolutamente pacificada a questão, a melhor maneira de não se prejudicar os interesses da parte junte-se na aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2.7 DAS ÉSPECIES DE TUTELA ANTECIPADA

2.7.1 A tutela antecipada em caso de incontrovérsia de um dos pedidos

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

Mas o pedido de incontroverso aplica-se de forma diferentes dos requisitos do caput do art. 273, deve-se entender com a ausência de contestação de forma se comprova a revelia, ou os fatos narrados pelo autor, e o réu deixa de impugnar deixando de negar alguns pontos do autor, de modo que afirma incontroversos todos os fatos alegados na petição inicial.

Para compreender sobre as hipóteses de um dos pedidos de incontrovérsia o exemplo dado pelo Misael Montenegro Filho ajuda entender:

A citação do réu abre em seu favor a prerrogativa de se comportar de varias formas diferenciadas no processo, facultando-lhe a lei não apresentar a defesa, caracterizando-se a revelia; apresentar a defesa de forma parcial, deixando de rebater alegações contidas na inicial, oque impõe a revelia parcial, ou apresentar defesa ampla, rebatendo um a um todos os pontos constantes da peça inicial, oque em maior repetição na dinâmica forense.

Na situação em que o réu apresenta defesa incompleta, presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados de forma direita, por aplicação do art. 302 do CPC, salvo. (...). (2005, p.63)

Se ficar comprovado que não há controvérsia sobre os pedidos formulados pelo autor, não há necessidade de antecipação da tutela, e sim o julgamento antecipado da lide. Entretanto, já a incontroversa parcial dos pontos rebatidos pelo réu, o juiz não poderá proferir a sentença, mas poderá conceder a tutela de forma provisória, para debater os demais conflitos controversos no curso do processo.

2.7.2 Tutela Antecipada Inibitória

Com advento no arts. 461, §3º e 461-A do CPC, faz presente a antecipação dos efeitos da tutela, tanto nas obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa, esta garantindo a efetividade do processo com relação a anteriormente que convertia-se em perdas e danos, face à demora da prestação e efetivação da tutela, nos processo de conhecimento, execução, cautelar.

A concessão dessa tutela específica da obrigação, determinará as providências que resguardarão o resultado prático que se equivale ao adimplemento. O art.461, §3º está estabelecido que: “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

A tutela inibitória é oportuna quando deseja proteger a integridade do direito, assegurando assim uma degradação, isto é, ressalvar, ou impedir a prática de um ilícito, modo que garantindo a essência do direito.

Com ensinamento do Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenahr:

As novas situações substancias evidenciaram a necessidade de se tutelar apenas contra o ato contrario ao direito, e, assim, contra o ilícito que prescinde da sua normal consequência, isto é, o fato danoso. Basta lembrar que o Estado constitucional tem o dever de editar normas proibidoras ou impositivas de condutas capazes de, respectivamente, produzir ou impedir danos aos direitos fundamentais. Para que os direitos protegidos por estas normas sejam efetivamente protegidos, é imprescindível a tutela jurisdicional contra o ato contrário ao direito que deixou efeitos concretos que se propagam no tempo, como, por exemplo, o despejo de lixo tóxico em local proibido pela legislação ambiental, ou a exposição à venda de produto com composição afirmada nociva por norma de proteção a saúde. O mesmo ocorre em relação a outras normas que, por exemplo, protegem contra a concorrência desleal ou contra a usurpação de direito de marca ou de patente de invenção. (2009, p.71)

Quanto aos pressupostos para a concessão da tutela inibitória, há dizer que são semelhantes aos da tutela antecipada, ou seja, a “relevância do fundamento” é que se equipara com prova inequívoca da verossimilhança das alegações e outro que é “justificado receio de ineficácia do provimento final” em vez de risco de dano irreparável. Aceita-se também quando houver abuso do direito de defesa, manifesto intuito protelatório e pedidos incontroverso.

2.7.3 Tutela antecipada contra a fazenda pública

A tutela antecipada que esta preceituada no art. 273 do CPC, é um instrumento que traz uma importância ao processo dando ao ensejo a tutela jurisdicional, com a finalidade obter a possível celeridade processual e evitar danos imediatos de difícil reparação.

Na interpretação deste artigo tem como intuito de efetividade da justiça assegurando o direito material, assim de modo que não pereça por decorrência da morosidade processual.

Entende-se que a tutela antecipada é possível de ser concedida em qualquer ação desde que preenchidos os seus requisitos conforme o artigo citado acima, assim há possibilidade da sua concessão em face de ente público.

Mas um dos argumentos contrário à antecipação que era levantada que a decisão proferida contra a Fazenda Pública não teria eficácia, pois era necessário o reexame necessário (o duplo grau de jurisdição). Com base também no art. 100 da CF/88 as execuções contra a Fazenda Pública teriam que fundamentar em uma sentença judiciária e não no despacho interlocutório, para haver pagamentos dos precatórios.

Para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini,(2010, p.390) entende-se que na maioria dos pedidos de antecipação de tutela não versa sobre pagamento de quantia, e sim sobre dever de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa, hipótese essas absolutamente alheias ao sistema dos precatórios previstos no art.100 da CF/88.

O doutrinador Misael Montenegro Filho (2005, p.70) a qual se baseou nas Leis nº. 4.348/64, 5.021/66, 8.437/92, 9494/97, entendeu-se que não caberiam os benefícios da tutela contra a Fazenda Publica, sendo uma expressão que englobam todas as

entidades públicas, (a União, os Estados, o Distrito Federal, Território e Município, entre outras mantidas pelo Poder Público), mas para ele a regra não é absoluta, com orientações jurisprudenciais dos tribunais admitisse o seu deferimento de da tutela antecipada, desde que não se encaixa nas restrições das leis transcritas abaixo.

Lei nº. 4.34/64

Art. 5º. Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgada em julgada a respectiva sentença.

Art.7º. O recurso voluntário ou ex officio, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Lei nº. 5.021/66

Art. 1º. O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se venceram a contar da data do ajuizamento da inicial. § 4º Não se concederá medida liminar para efeito do pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Lei nº. 8.437/92

Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Art. 3º. O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. “

Art. 4º. Compete ao presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou de pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem à saúde, à segurança, e à economia públicas.

Lei nº. 9494/97

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos art. 273 e 461 do Código de Processo de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu paragrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021 de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 2º, 3º, 4º da Lei nº 8.437 de 30 de junho de 1992. ”

Assim, no entendimento da art. 7º, §2º, da Lei n 12.016/2009 determina que:

Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Desta lei a proibição é referente às liminares em mandado de segurança, no entanto se estende as tutelas antecipadas dos arts. 273 e 461 do CPC, em compreensão as demais leis supracitadas.

Para concluir sobre o assunto os argumentos trazidos pelo Luiz Guilherme Marinoni é de uma relevância uma, onde o juiz analisará o caso e comprovada a real necessidade em deferir a medida em favor do autor.

Portanto para conciliar o art. 100,§3º, e o art., 5º, XXXV – que estabelece o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva - , ambos da CF, é preciso entender que o precatório deve ser dispensado diante de obrigação – de qualquer natureza – definida na lei como de pequeno valor, mas que diante da tutela antecipada, a sua dispensa deve ocorrer quando o próprio juiz tiver critérios capazes de demonstrar que o exequente necessita imediatamente de alimentos ainda que em valor superior a 60 salários mínimos. (2011, p.261)

Isto posto, há restrições para a concessão das tutelas antecipadas em face a Fazenda Pública, de modo que se enquadra no ordenamento da lei cita acima.

2.8 DO MANIFESTO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA DO RÉU

É o pressuposto estritamente de caráter punitivo ao réu que assume um comportamento proposital em desviar o foco ou até mesmo retardar a marcha processual, de modo em que o réu vai buscar vantagens impróprias para evitar a solução do litígio, assim trazendo prejuízo a parte e também indiretamente ao Estado que não consegue prestar o dever de sua função jurisdicional.

A tutela antecipada é um meio de obter uma celeridade processual, já o ato protelatório tem com finalidade dificultar o bom andamento processual, caracterizando com uma atitude desleal ou até a má-fé por parte do réu.

2.9 A CONCESSÃO DE OFÍCIO NA HIPÓTESE DE ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

O artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de concessão de antecipação dos efeitos da tutela nos casos onde a parte utilizar-se de abuso no direito de defesa ou mesmo na hipótese de manifesto propósito protelatório do réu, conforme abaixo se observa:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Desta forma, caracterizadas e materializadas tais condutas, alias, diga-se de passagem, também atentatórias ao princípio da lealdade processual, bem como, a dignidade da Justiça, estas devem ser integralmente reprimidas.

Ocorre que estabelece o artigo 273, II do Código de Processo Civil que o magistrado deve agir apenas após o requerimento da parte, ou seja, deve o autor pleitear tal concessão de tutela.

Também neste ponto, estatui o artigo 128 do Código de Processo Civil que:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Esclarece ainda o art. 460 do mesmo Código que:

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Desta forma, estaria o magistrado limitado ao pleiteamento da parte para a concessão de tal benefício, mesmo sendo tais condutas essencialmente desleais.

Porém, a doutrina amplamente majoritária entende que tal benefício possa ser concedido de ofício, ou seja, sem qualquer pedido formulado pela parte, conforme salienta Cassio Scarpinella Bueno:

Se o juiz, analisando o caso concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei reputa suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, à exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor “efetividade”, máxime nos casos em que a situação fática envolver a urgência da prestação da tutela jurisdicional (art. 273, I), e em que a necessidade da antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial. Ademais, trata-se da interpretação que melhor dialoga com o art. 797 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II), tornando mais coerente e coeso o sistema processual civil analisado de uma mesma perspectiva. (2009, p.74)

Ao entender por parte do subscritor, melhor seria a imediata, ou seja, a concessão da tutela antecipatória de Ofício por parte do magistrado, haja vista ser o alvo principal de tal instituto a coibição de artifícios para procrastinar o prosseguimento do feito.

Tal concessão de ofício ainda não fere a inércia da jurisdição, eis que esta já devidamente instada através do processo, devendo ainda o magistrado, sempre, cuidar para o devido andamento da marcha processual.

Aos que entendem que a condenação inculpada no artigo 18 do Código de Processo Civil seria o bastante, tal condenação não se mostra efetiva, ou mesmo satisfatório, até por seu valor ínfimo, ou seja, 1% [um por cento].

Saliente-se ainda que o manifesto propósito protelatório do réu não pode encontrar guarida da Jurisdição.

Hoje em dia as relações entre a sociedade encontram-se cada vez mais instantâneas, rápidas, céleres, ao passo que a Jurisdição também deve caminhar neste sentido.

Os cidadãos que batem as portas do Poder Judiciário esperam ver sua demanda decidida o mais breve possível, inclusive, totalmente admissível tal comportamento.

O processo deve ser efetivo sob pena de corromper sua razão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bom desempenho da justiça é tão somente direito público difuso, uma vez que afeta a sociedade. Em virtude disto, o Poder Judiciário deve ser ágil e dinâmico, por meio destas qualidades se constrói uma sociedade mais justa e imparcial, favorecendo a democracia e também o estado de direito.

Assim o poder judiciário tem a responsabilidade social em minimizar a morosidade na prestação Jurisdicional.

Visando esse objetivo, o Código de Processo Civil com as suas últimas alterações, encontra-se em um processo de desburocratização, isto é, há uma anuência entre os legisladores e a doutrina que o processo é o mecanismo para aquisição ou proteção do direito das partes que litigam.

O tema abordado pelo presente trabalho esta interligado com agilidade e proteção em face aos direitos do individuo no decurso do processo, a tutela antecipada que é um instituto que esta foi introduzida no Código de Processo Civil no artigo 273, que tem como finalidade a proteção jurisdicional de forma efetiva e eficaz.

A tutela antecipada, pode nos casos em que esta é assistida, criar um mecanismo de paz social, veja que todos batem as portas do Judiciário para verem seus conflitos resolvidos, sendo que estes devem ser palpáveis, ou seja, o objetivo deve ser alcançado não apenas no mundo jurídico, mas na vida das pessoas.

Contudo, foi necessário esclarecer e demonstrar os requisitos, cabimentos necessários para o deferimento dos benefícios da tutela antecipada.

Demonstrar que a tutela antecipada tem o condão de ser concedida de "ex officio" nos casos em que ficar caracterizado a procrastinação por parte do réu, entende-se que esse posicionamento é devidamente legitimo.

Por fim, o trabalho busca demonstrar a importância da tutela antecipada de ofício, pois não gera nenhum prejuízo ao réu, onde ele demandou com atitudes abusivas e de má-fé.

A tutela antecipada é um instituto que guarda consigo uma enorme efetividade para o processo, efetividade esta tão desejada atualmente.

A devida aplicação da tutela antecipada traz uma prestação jurisdicional mais justa e eficaz, sendo de importante relevância sua abrangência e aplicação.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil, Tutela Antecipada, Tutela Cautelar, Procedimentos Cautelares Específicos**. 2009.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Apelação Cível nº 345950 (2000.81.00.001652-0), 4ª Turma. Relator: Desembargador Luiz Alberto Gurgel de Faria. DJ 07/03/2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/41353735/trf-2-jud-jfes-11-10-2012-pg-437>. Acesso em 18/05/13.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de Tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni de Diritto Processuale Civile**. Tradução por Paolo Capitanio. 2. Ed. Bookseller, 1998.

Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 09-41. Material da 5ª aula da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Processual Civil – UNIDERP/IBDP/REDE LFG.

DIDIER JR, Fredie; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Refael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Editora: JusPodivim, 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Editora: JusPODIVIM. 7. Ed. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12. Ed. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Fernando Luís. **A antecipação de tutela ex officio**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: Medidas de Urgência, Tutela Antecipada e Ação Cautelar, Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: Medidas de Urgência, Tutela Antecipada e Ação Cautelar, Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: Medidas de Urgência, Tutela Antecipada e Ação Cautelar, Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante**. 2. Ed. São Paulo: Lejus, 2000.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 2.ed. Editora Saraiva: 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Cumprimento de Sentença, Cautelar e Tutela de Urgência**. 39. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER RODRIGUES, LUIZ; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 11. Ed. 2010.