

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E SEU PAPEL NA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ASPECTS OF PROTECTION CONTROVERSIAL ANTICIPATED AND ITS ROLE IN THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

SORAYA REGINA GASPARETTO LUNARDI¹

NAIANA MARTINS PEREIRA²

1. Introdução

O meio processual denominado tutela antecipada fora introduzido no ordenamento jurídico processual civil brasileiro com o advento da Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, norma que se originou com a finalidade de implementar os novos paradigmas relatados no capítulo anterior, os quais buscam a concretização do modelo constitucional do processo civil.

Posteriormente, foram acrescentados alguns parágrafos ao mencionado artigo, em 07 de maio de 2002, pela Lei nº 10.444, não sendo eles revestidos de absoluta novidade, pois já existia tal possibilidade em outras ações, entretanto, desprovida da denominação de tutela antecipatória, como ocorria nas liminares possessórias, nas ações de alimentos, na liminar de

¹ Pós-doutora em direito pela Universidade de Atenas – Grécia. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora e Coordenadora da Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino (Bauru, SP). Bauru/SP – Rua Edu Chaves, 12-86 – Telefone (14) 3224.2212 – CEP 17017-480 – E-mail soraya_lunardi@terra.com.br

² Pós-graduanda em processo civil, Advogada, Ganhadora do Prêmio Maria do Carmo Leite Toledo pela melhor monografia de conclusão de curso de direito diurno da Instituição Toledo de Ensino (Bauru, SP). Bauru/SP – Rua Araujo Leite, 17-33 – Telefone (14) 3202.9265 – CEP 17015-341 – E-mail naianapereira@ig.com.br

busca e apreensão nos casos de descumprimento contratual da alienação fiduciária (Decreto-Lei nº 911/1969), a liminar na ação civil pública e a do despejo, que vieram com o Código de Processo Civil de 1973 e, ainda, a do artigo 84, §3º do Código de Defesa do Consumidor. Desta feita, o artigo 273 apenas converteu em regra geral o que regras especiais já previam.

Vale ressaltar que a doutrina e jurisprudência anteriores ao ano de 1994 evidenciavam a necessidade de uma tutela mais célere, uma antecipação da satisfação do direito material, que não podia ser obtida pela ação cautelar, razão pela qual o legislador introduziu o artigo em epígrafe no Estatuto Processual Civil, viabilizando uma tutela efetiva nos casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como de abuso do direito de defesa pelo réu.

Inconcebível utilizar a tutela cautelar com finalidade satisfativa ou ainda permanecer com a duplicidade de procedimentos para alcançar a tutela do direito material, somando-se a isto, são inaceitáveis os reiterados casos de impossibilidade de realização prática do direito material violado quando trazido para o seio da discussão processual.

Diante de tais fatos, a tutela antecipada surgiu para distribuir o ônus do tempo do processo, conforme ensina Gonçalves (2004, p. 290) “porque a demora no processo impossibilita que ele veja a sua pretensão apreciada e satisfeita em curto espaço de tempo”, concedendo-se, em caráter provisório, o pedido inicial, no todo ou em parte, assegurando ao autor o bem jurídico a que condiz seu direito material então violado e, naquele dado momento, o objeto da lide, sendo, desse modo, tal tutela jurisdicional retratada por uma decisão interlocutória que concede uma medida de caráter provisório e, esta sim, satisfativa.

Assim, essa tutela sumária, portanto provisória, permite a reparação imediata do direito violado.

Com esse direito subjetivo processual nas mãos, a parte pode requerer a efetividade da prestação jurisdicional, a qual pleiteia através de um processo, antes da sentença de mérito, denotando, assim, o poder que tal instituto possui de adiantar os efeitos da sentença final.

Insta lembrar que a cognição exercida pelo juiz no momento em que analisa os requisitos exigidos para sua concessão é sumária. Ademais, ao lado de seu caráter satisfativo, não há quaisquer razões que importam concluir que adquira definitividade, nem tampouco que faça coisa julgada.

Segundo Marinoni e Arenhart (2008, p. 203-204):

[...] É importante observar que o caráter da “satisfatividade” da tutela jurisdicional nada tem a ver com a formação da coisa julgada material. A tutela que satisfaz antecipadamente o direito material ainda que sem produzir coisa julgada material, evidentemente não é uma tutela que possa ser definida a partir da característica da instrumentalidade. No plano do direito material, a tutela antecipatória dá ao autor tudo aquilo que ele esperaria obter através do processo de conhecimento. A tutela antecipatória, ao contrário da tutela cautelar, embora seja caracterizada pela provisoriedade, não é caracterizada pela instrumentalidade, ou melhor, não é instrumento que se destina a assegurar a utilidade da tutela final.

Há que se ressaltar que a tutela em apreço é concedida em caráter precário e possui prazo determinado, bem como se caracteriza pela provisoriedade, a qual contempla a temporariedade e a precariedade.

Por fim, a antecipação de tutela pode ser definida, nas palavras de Bueno (2009, p. 09) como:

[...] a possibilidade da precipitação da produção dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, os quais, de outro modo, não seriam perceptíveis, isto é, não seriam sentidos no plano exterior ao processo – no plano material, portanto -, até um evento futuro: proferimento da sentença, processamento e julgamento do recurso de apelação com efeito suspensivo e, eventualmente, seu trânsito em julgado.

No mais, a antecipação da tutela se aplica no procedimento ordinário e, subsidiariamente, aos procedimentos especiais e ao sumário, tanto nos processo de conhecimento, como no cautelar e na execução, o que importa concluir que ela permeia todo o sistema processual civil, estando em consonância com os princípios e garantias constitucionais pertinentes àquele.

A antecipação de tutela, apesar de sua ampla e bem aceita utilização ainda dá margens

para uma série de dúvidas em relação aos seus requisitos e limites de sua utilização, abordaremos aquelas que consideramos as mais relevantes questões sobre a matéria.

2. Tutela antecipada nas ações declaratória, constitutiva, condenatória executiva e mandamental:

As tutelas jurisdicionais, de acordo com a classificação quinária se dividem em declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental. A antecipação de tutela é adequada para todos os de decisão? Poderia ser utilizada em relação a uma decisão meramente declaratória?

Vale dizer que as tutelas declaratórias e constitutivas bastam por si mesmas, dispensando quaisquer providências do réu ou dos serviços do Poder Judiciário para que seus efeitos sejam concretizados. O que, por vezes, pode ser necessário, é uma providência registrária, a fim de que terceiros tomem conhecimento do que fora decidido.

A ação declaratória tem como escopo a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica.

Dessa maneira, não há como antecipar os efeitos da declaração propriamente dita, não há a possibilidade de se reconhecer provisoriamente uma relação jurídica ou a eficácia desse provimento declaratório, bem como revogar a declaração do direito afirmado pelo autor.

Mas, é totalmente cabível antecipar os demais efeitos práticos da sentença declaratória.

Nos termos proferidos por Lopes (2007, p. 59):

Com efeito, toda sentença contém o elemento *declaração*, porque, para julgar a lide, terá o juiz de declarar que o direito disputado pertence a *A* ou a *B*. À eficácia declaratória somam-se outras eficácias (condenatória, traduzida na sanção; constitutiva, que implica alteração no estado da relação jurídica; mandamental, que se traduz em ordem emanada do juiz; executiva *lato sensu*, cujo cumprimento se fará por atos de sub-rogação.

Desse modo, resta impossível antecipar a declaração de nulidade do título, uma vez que tal declaração implica certeza, o que a tutela antecipada, por ser revogável e modificável a qualquer tempo, não poderá lhe trazer.

O que poderia ser concedido, a título de antecipação parcial da tutela, seria a proibição

de se protestar o título que tem chance de ser declarado nulo.

Quanto à tutela antecipada nas ações constitutivas, são estas que, além de trazerem em si a declaração, inerente a qualquer sentença, abarcam a alteração de um estado ou de uma relação jurídica, pois, para constituir necessita-se, num momento anterior, declarar.

Nestas, também, vê-se possível a antecipação dos efeitos práticos do provimento jurisdicional final pertinente a tais ações.

Sendo pedida a desconstituição de um ato, a decisão que suspende sua eficácia antecipa os efeitos da sentença que virá ao final do processo.

Se peticionada a constituição, tratando-se de causas relativas a estado e capacidade das pessoas, não é possível a constituição provisória, a não ser que haja utilidade prática com a concessão da tutela antecipatória, ou seja, efeito mandamental ou executivo que possa ser conseguido através do que dita o § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Acerca desse tema, vale transcrever o trecho da obra de Lopes (2007, p. 62):

Os requisitos exigidos para o deferimento do pedido foram resumidos em recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “Nos termos de precedente da Segunda Seção são exigidos três requisitos para que se defira pedido de vedação da inscrição do nome do devedor em cadastro negativo: (a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; (b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; (c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado (REsp 527.618/RS, Rel. Min. César Rocha, DJ 24.11.2003).

Zavascki (2008, p. 87):

[...] É o caso da eficácia meramente declaratória ou da meramente constitutiva que, pela própria natureza de cada uma, não se compatibilizam com deferimento em caráter provisório e, por isso mesmo, sua antecipação é medida absolutamente neutra em relação ao desiderato do legislador de alcançar utilidade e celeridade da

prestação da tutela definitiva. Assim, é incabível antecipar simplesmente efeitos declaratórios ou constitutivos.

A propósito, o artigo 273, em seu § 3º faz remissão aos artigos 588 (o qual fora revogado pela Lei 11.232/05, matéria tratada a partir desta pelo artigo 475-O), 461 e 461-A, todos do Código de Processo Civil, ensejando no entendimento de que a tutela antecipada deve se restringir a antecipar efeitos condenatórios, executivos e mandamentais.

Vale lembrar que há doutrina com este entendimento, a qual acredita que a declaração jurisdicional objetiva colocar fim a uma controvérsia concreta e, quanto à constituição, assevera que, tem por escopo criar novo panorama jurídico, não havendo razão para o cabimento da antecipação de tutela.

Entretanto, a sentença declaratória e a constitutiva também podem ser objeto de antecipação, pois, eventuais efeitos fáticos, práticos ou jurídicos de uma declaração ou constituição podem, muito bem, sofrer antecipação.

Já, no que tange às tutelas condenatória, executiva e mandamental, inevitável concluir que as três possuem a característica de condenar, impor a alguém uma sanção pela violação de uma norma, pela transgressão da ordem jurídica.

No entanto, nos termos utilizados por Bueno (2004, p. 107), “o saber como e em que medida é que estas consequências vão lhes ser impostas concretamente, vão virar realidade, vão ser ‘cumpridas’ ou ‘acatadas’ é que diferenciam as três espécies”. Assim, para serem eficazes, para se tornarem realidade externamente ao processo é que se concentra o ponto diferenciador dentre estas.

Convém esclarecer as peculiaridades que concernem às ações condenatórias, as quais também declaram primeiramente uma relação jurídica, para ao final, condenar. Tal condenação não pode importar em antecipação de tutela. Como tal provimento somente poderá advir da sentença final, a antecipação de tutela tem, neste caso, o poder de antecipar provisoriamente efeitos práticos executivos.

Tais efeitos práticos serão obtidos através de um procedimento de cumprimento de sentença, visando o cumprimento da obrigação que é uma espécie de tutela executiva.

A tutela executiva relativa a título judicial hoje denominada cumprimento de sentença, a qual se caracteriza como um prolongamento do processo de conhecimento realiza-se via de regra através da expropriação de bens do devedor, entretanto, com uma diferença, a satisfação do direito pela apropriação imediata dos bens para fruição direta pelo credor.

A tutela mandamental também depende de um processo de execução anterior, no entanto, por sua vez, a obtenção do resultado se dá por intermédio de coação psicológica sobre o réu.

Dessa maneira, sua finalidade é obter do próprio réu aquilo que tem o dever de prestar ou não prestar, utilizando procedimentos que podem influenciar suas ações. Através destes procedimentos como, por exemplo, a imputação de multa ou a decretação da prisão civil, o réu tem a oportunidade de avaliar se realiza ou não aquilo que fora determinado judicialmente.

De acordo com o entendimento obtido através do § 3º do artigo 273, esclarece-se que, quando o réu for condenado a pagar determinada quantia em dinheiro, tal tutela será obtida através de um processo de execução, nos termos do artigo 475-O do Código de Processo Civil.

Já a tutela executiva será entregue ao seu beneficiado através dos procedimentos previstos nos artigos 461, § 5º e 461-A, em seu § 2º, os quais aduzem à possibilidade de o juiz se valer de medidas aptas, se impossível a tutela específica da obrigação, à obtenção do resultado prático equivalente, bem como quando determina a expedição dos mandados de busca e apreensão e de imissão na posse para a apreensão do bem.

Quanto à tutela mandamental, sua realização prática virá através do que resta previsto nos artigos 461, especificamente em seu § 4º, e 461-A, em seu § 3º, os quais tratam da multa a ser aplicada caso o réu não cumpra o que fora a ele determinado, fazer, não-fazer ou entregar alguma coisa, o que denota a característica cominatória desta multa.

Cumpre transcrever alguns acórdãos de relevância para o presente capítulo:

Conquanto para alguns se possa afastar, em tese, o cabimento da tutela antecipada nas ações declaratórias, dados o seu caráter exauriente e a inexistência de um efeito prático imediato a deferir-se, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a antecipação nos casos de providência preventiva, necessária a assegurar o exame do mérito da demanda (STJ, REsp, 201.219/ES, Rel Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, jul. 25.06.2002, DJU 24.02.2003, p. 236) (apud THEODORO JUNIOR, 2008, p. 222).

A tutela antecipada é cabível em toda ação de conhecimento, seja ela declaratória, seja constitutiva (negativa ou positiva), condenatória,

mandamental, se presentes os requisitos do art. 273, do CPC (STJ, AGRMC 4.205/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJU 04.03.2002) (apud THEODORO JUNIOR, 2008, p. 222).

Importante salientar que, analisando as decisões em apreço juntamente com o exposto durante o presente capítulo, resta perfeitamente cabível a tutela antecipada nos processos que possuem por objeto a declaração da existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica, ou seja, naqueles que ensejarão numa decisão final meramente declaratória.

3. Pressupostos e requisitos da tutela antecipada

Examinaremos, agora algumas questões sobre os requisitos da antecipação de tutela nos termos do artigo 273 do Estatuto Processo Civil, e posteriormente o art. 461 § 3º do CPC para verificar-mos as diferenças e peculiaridades dessas duas formas distintas de antecipação de tutela.

O art. 273 do CPC exige a observância de requisitos para a concessão da antecipação de tutela, de requisitos como, o pedido da parte, a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Diante das palavras introduzidas no artigo 273 do Código de Processo Civil, ao juiz, no caso da presença dos requisitos ali constantes, cabe tão-somente deferir a antecipação da tutela pleiteada, não havendo faculdade na concessão ou rejeição deste pedido.

Conforme aduz Bueno (2009, p.10), “ele deve deferir o pedido porque está diante dos pressupostos ou ele deve rejeitá-lo à falta de seus pressupostos autorizadores: não há meio-termo, não há uma terceira alternativa para o magistrado”.

Importante registrar que tais pressupostos são ora necessários, no tocante à prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação, ora cumulativo-alternativos, como o que ocorre com o receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, sendo que estes devem cumular com o disposto no *caput* do supracitado artigo, mas alternar com as disposições dos incisos I e II.

3.1. Legitimado Ativo para Requerer Antecipação de Tutela – a Intervenção de Terceiros:

O Ministério Público, seja nos casos em que figurar como autor, nos quais é legítimo para postular a tutela antecipada, ou quando intervir como fiscal da lei, em consonância com sua finalidade institucional, não há qualquer motivo para considerá-lo impedido de requerer a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, a favor daquele que detém o interesse ou direito que motivou sua participação, nos termos do que preceitua o artigo 82 do Código de Processo Civil.

Vale, nesse momento, trazer à baila o exposto por Bueno (2004, p. 51) quanto à legitimidade do *Parquet*:

O Ministério Público, quando for autor, tem legitimidade para formular o pedido de tutela antecipada. Basta que comprove que estão presentes os pressupostos específicos. Dúvida existe, entretanto, quanto à sua legitimidade quando age na qualidade de *custus legis*. Dadas as finalidades institucionais do Ministério Público, mas que hipertrofiadas e desejadas pela Constituição Federal, deve prevalecer o entendimento de que, também nesses casos, o Ministério Público detém legitimidade desde que, evidentemente, seu pedido vá ao encontro dos interesses e direitos que motivam sua participação no feito naquela qualidade. Pensar diferentemente não é, apenas, apequenar o Ministério Público e seus misteres constitucionais, é muito mais do que isto. É apequenar a função social do processo e o interesse do próprio Estado – imposto pela própria Constituição Federal – de que ele, o processo, seja eficaz, de que ele produza os efeitos que deve surtir em prol daquele que, procedimentalmente, apresenta-se com “melhor direito” do que o outro.

Ademais, os terceiros interessados também possuem legitimidade para esta postulação, de acordo com as regras específicas de cada tipo de intervenção de terceiros.

Primeiramente, no que concerne ao assistente litisconsorcial, o qual participa como substituto processual ou legitimado extraordinário do assistido, não há qualquer fator que o impeça de requerer a tutela antecipada, o que, ocorre diferentemente com aquele assistente que não possui legitimidade para representar todas aquelas pessoas que figuram no pólo, como ocorre nas ações coletivas.

Quanto ao assistente simples, sua atuação resta limitada pelo § único do artigo 53 do

Código de Processo Civil, sendo legitimado para requerer o direito ora em estudo somente quando o assistido for revel, enquanto sua revelia perdurar.

No que tange ao oponente, considerando que a oposição é uma ação distinta, este se encontra totalmente apto para pleitear o instituto previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Em se tratando da nomeação à autoria, frente a suas regras, não há dúvida de que seja completamente inconcebível o requerimento de tutela antecipatória pelo réu que a iniciou.

Entretanto, Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 52) elenca uma possibilidade de cabimento deste pedido quando da postulação da nomeação à autoria:

[...] A relação que acredito ser possível de ser feita entre a tutela antecipada e esta modalidade de intervenção de terceiros é a hipótese de o autor da ação, verificando que a nomeação indicada pelo réu é meramente protelatória – nunca é demais lembrar que o pedido de nomeação *suspende* o processo (art. 64) -, formular pedido de tutela antecipada, com base no art. 273, II. À luz deste dispositivo, é bom lembrar, não basta que a nomeação à autoria seja utilizada, pelo réu, como mecanismo para “ganhar tempo”. A esta circunstância deve ser somada a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” de que trata o *caput* do art. 273. Se a iniciativa do réu for “só” protelatória, ele deve responder por perdas e danos no que é claro o art. 69, II, mas não ensejar, com isto, a antecipação da tutela.

A denúncia da lide, modalidade de intervenção de terceiros no processo, que, eventualmente, pode ensejar numa ação de regresso contra o denunciante, pode abarcar um pedido de antecipação da tutela.

Ocorre que, embora o denunciante seja legítimo para peticionar a tutela antecipada, o deferimento dela depende da real necessidade dele exercer seu direito de regresso, por ser esta eventual, ou seja, seu julgamento depende do exercício do direito de regresso que o motivou a denunciar a lide.

De outro lado, o chamamento ao processo, por depender de pedido do réu, não admite que o mesmo promova o pedido de tutela antecipatória, sendo imperioso lembrar que, de acordo com alguns doutrinadores, por ser uma forma de ação de regresso contra co-obrigados, o réu pode peticioná-la quando na ação principal já houver antecipação da tutela em seu

desfavor. No esteio deste entendimento, Bueno (2004, p. 53):

[...] O único meio de se entender pertinente a tutela antecipada em casos de chamamento ao processo é sustentar que esta forma de intervenção de terceiros não é mecanismo de introdução de litisconsortes passivos facultativos posteriores face ao mesmo autor, mas, muito diferentemente, tratar-se de verdadeira ação de regresso proposta pelo réu originário em face de co-obrigados. Assim entendido o instituto – e é bom que se diga que este entendimento é minoritário na doutrina brasileira –, circunstancialmente pode se entender viável a tutela antecipada reconhecendo-se legitimidade ao réu naqueles casos em que, a exemplo do que escrevi no parágrafo anterior com relação à denúncia da lide, “na ação principal”, houver, já, antecipação da tutela em desfavor do réu-chamante.

No que concerne à concessão de ofício pelo magistrado da tutela antecipada, reconhece-se que, uma vez presentes os pressupostos pertinentes e previstos legalmente, não será o pedido que impedirá a efetividade da tutela jurisdicional, sendo este o modo pelo qual se realizará efetivamente os valores constitucionais do direito processual civil.

3.2. Verossimilhança da Alegação e Prova Inequívoca:

Outro requisito para concessão da tutela antecipada é a denominada prova inequívoca, aquela prova categórica, segura, que proporciona ao magistrado maior segurança sobre a existência ou não do fato alegado e suas consequências jurídicas, que represente a probabilidade do direito pretendido.

Quanto ao mencionado pressuposto Marinoni e Arenhart (2008, p. 211) assim aduzem:

Deixe-se claro, destarte, que estamos estudando a “prova inequívoca” suficiente para o surgimento da “verossimilhança” necessária para a concessão da tutela antecipatória de *cognição sumária* baseada em fundado receio de dano.

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

Carreira Alvim (2009, p.61):

Postas essas premissas, pode 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 prova cuja autenticidade ou veracidade seja provável.

Em relação ao tipo de prova a ser utilizado para convencer o juiz, tendo em vista o princípio constitucional da prova obtida por meio lícito, prevista no artigo 5º, inciso LVI, são admissíveis quaisquer delas, seja documental, pericial, anteriormente realizada, ou até testemunhal, desde que respeitado o referido princípio.

O processo nesses casos procura encontrar a verdade real com os meios e as limitações juridicamente impostas. Esse resultado é denominado, por alguns, de “verdade processual” não para sustentar seu caráter artificial ou ficcional, mas para indicar as limitações estruturais-jurídicas impostas na busca da verdade, e deixar claro que o julgador baseia sua decisão nos elementos de prova que se encontram nos autos (Dimoulis, Lunardi, 2007, p. 179).

Ademais, convém lembrar que os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil prevêm a audiência de justificação prévia para oitiva de testemunhas que conheceram o fato, o qual será inequivocadamente, a base para a concessão do instituto, razão pela qual, impossível impedir a realização desta audiência para comprovar o fato ensejador do deferimento da tutela antecipada do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Marinoni e Arenhart (2008, p. 211-212) dissertam acerca do valor dos diversos tipos de provas que podem ser utilizadas como prova inequívoca:

A prova documental é a única que pode ser utilizada no procedimento do tipo documental, ou seja, é a única prova que pode ser utilizada pelo autor quando ao réu também é proibida a produção de prova diferente da documental, o que evidentemente não ocorre no procedimento comum. Mas a prova pericial ou testemunhal anteriormente realizada, ou produzida em outro processo, é prova legitimada pela participação das partes em contraditório e, assim, tem valor evidentemente superior ao do laudo técnico unilateralmente obtido pelo interessado (laudo fornecido por especialista).

Desta feita, o pressuposto “verossimilhança” pode ser obtido por vários meios de prova e a dita prova inequívoca, anteriormente explicitada, é o que leva o magistrado a verossimilhança da alegação. Este caráter repousa naquilo que parece ser verdadeiro a partir do que fora provado. Assim, deve ser demonstrada que a alegação tem aparência de ser verdadeira, uma certeza relativa.

Nesse momento, imperioso colacionar o exposto por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 212):

A verossimilhança a ser exigida pelo juiz, contudo, deve considerar: (i) o valor do bem jurídico ameaçado, (ii) a dificuldade de o autor provar sua alegação, (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência, e (iv) a própria urgência descrita. Quando se fala em antecipação de tutela, pensa-se em uma tutela que deve ser prestada em tempo inferior àquele que será necessário para o término do procedimento. Como a principal responsável pelo gasto de tempo no processo é a produção da prova, admite-se que a tutela seja concedida antes que as provas requeridas pelas partes tenham sido produzidas (tutela antecipada). Nesse sentido, afirma-se que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova, ou com a postecipação do contraditório. *Em casos como estes, “prova inequívoca” somente pode significar a prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida.*

Ademais, o juízo de verossimilhança exigido pelo artigo 273, não acarreta certeza, e tampouco verdade absoluta acerca do que se pretendeu provar, devendo, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 212), “significar juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes, o mais correto é falar de ‘juízo-provisório’”.

A verossimilhança é admitida em razão da impossibilidade de se alcançar, especialmente nesse caso de cognição não exauriente nada além de um “juízo provisório”:

(Dimoulis, Lunardi, 2007, p. 179):

Temos aqui uma teoria sobre a verdade processual que não abandona a pretensão de alcançar a verdade, mas reconhece as limitações legais e as imperfeições humanas que afetam o processo probatório. Isso se exprime com o emprego dos termos “verossimilhança” ou “aparência de verdade”.

Quando defronte à tutela antecipada, a cognição a ser exercida pelo juiz é sumária, reservando-se a exauriente para quando proferir a sentença. É no esteio deste raciocínio que o processo se desenvolve buscando esta cognição exauriente para a obtenção da tutela jurisdicional efetiva.

3.3. O Fundado Receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o Manifesto propósito protelatório

Além da prova inequívoca, há que se demonstrar, ainda, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, aqui entendido como o perigo na demora da prestação jurisdicional que pode vir a causar dano ao direito material pertencente à parte.

Nos termos utilizados por Bueno (2009, p.16), “[...] a tutela jurisdicional deve ser prestada (e, para os fins presentes, antecipada) como forma de evitar a perpetuação da lesão a direito ou como forma de imunizar a ameaça a direito do autor.”

A Constituição Federal impõe ao processo a realização do direito, a concreta possibilidade de o postulante obter os efeitos práticos decorrentes do provimento jurisdicional quando aquele direito restar ameaçado de violação ou já se encontrar violado, princípio constitucional a ser resguardado pelo Direito Processual Civil juntamente com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nesse ínterim, importante lembrar que, ao conceder liminarmente a tutela antecipada, portanto, sem a oitiva do réu, alguns princípios jurídicos, como o do contraditório e do devido processo legal, cedem lugar para os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da economia processual. Destarte, decidir por não citar o réu demonstra a tentativa de evitar dano irreparável ou de difícil reparação pelo decurso do tempo.

O referido requisito, nas palavras de Bueno (2004, p. 45), pode “ser assimilado ao *periculum in mora*, típico e constante da tutela de urgência”.

Tal autor lembra que “se o caso for de urgência no sentido de que ou se antecipa os

efeitos práticos da tutela jurisdicional, ou o processo será ineficaz, a situação deverá ser resolvida à luz do art. 273, I” (BUENO, 2004, p. 48).

No que tange ao dano, pode ser ele irreparável ou, ainda, de reparabilidade dificultosa, implicando na antecipação da tutela para proteger um específico direito ou, não o fazendo, a tutela jurisdicional a ele proporcionada será ineficaz. Está-se diante de uma tutela que visa imunizar situação de ameaça, uma vez que a lesão que poderá advir não será devidamente reparada pela tutela final.

Zavaschi (2008, p. 77) denomina a hipótese prevista no inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil referente à tutela antecipada, como antecipação assecuratória, pois a tutela que viria ao final é antecipada por segurança, ou seja, visa “evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou a danificação do direito afirmado”.

Há, ainda, que se aduzir ao requisito constante do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil, no qual consta o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, combinado com os pressupostos do *caput* do citado dispositivo legal, podendo ensejar na antecipação da tutela nele baseada.

Cumprе ressaltar que o réu, nesse caso, agindo de má-fé, poderá estar presente no processo, ou seja, agirá naqueles termos após ser citado, ou praticar atos concernentes à litigância de má-fé antes mesmo de integrar a lide, as quais importarão em abuso do direito de defesa.

Para tal hipótese não há a exigência de demonstração da urgência, requisito do inciso I, pois a tutela antecipada é concedida a título de sanção, a fim de punir o réu por aquela atitude indevida.

Novamente, o mencionado autor traduz a previsão que pode trazer a concessão do instituto ora em apreço, o que se passa a transcrever:

Deixa tudo para o último dia de prazo, retira os autos e só devolve depois de muito tempo, protocola as petições, nos locais em que há o protocolo integrado, o mais longe possível para que elas demorem a chegar no juízo de origem, manda os autos com frequência assustadora, ao setor de reprografia e peticiona pra tudo, absolutamente tudo, pelo mero gosto de os autos nunca estarem onde deveriam estar, mas “no expediente”, mais especificamente, “na costura” ou “na juntada”. Uma situação clássica é a de interpor recursos absolutamente infundados – daqueles que se faz não para

contrariar uma decisão mas para dizer que seu pedido não deveria ser indeferido porque o pedido é bom por si só -, só para “ganhar tempo” nos Tribunais de segundo grau ou nos Superiores (BUENO, 2004, p.48).

Não há como negar que atos praticados pelo réu extraprocessualmente com o intuito de postergar a solução jurisdicional da demanda, também são suscetíveis de se amoldarem ao requisito ensejador para deferimento da medida antecipatória.

Nesse caso, Zavascki (2008, p. 77-78) classifica essa tutela antecipada como “antecipação punitiva”, revelando-se de suma importância transcrever seu entendimento:

[...] Embora não se trate propriamente de uma punição, dado que sua finalidade tem o sentido positivo de prestar jurisdição sem protelações indevidas, a medida guarda semelhança, no que diz com as respectivas causas determinantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, previstas no Código de Processo Civil (v.g., arts. 16 e 17, 538, parágrafo único e 601). Daí a razão da denominação aqui adotada.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ilustra a referida hipótese com o acórdão abaixo transcrito, mantendo a decisão que deferiu a antecipação de tutela ante o preenchimento dos requisitos necessários para tal:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. OBSERVÂNCIA DO RITO ORDINÁRIO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA. NECESSIDADE DE ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ART. 927 E DO ART. 273 DO CPC. POSSE ANTERIOR VERIFICADA POR MEIO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ESBULHO CARACTERIZADO COM O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES ESTAMPADA NA PROVA DOCUMENTAL

TOCANTE AO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELA AGRAVANTE. RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO CONSUBSTANCIADO NA POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DO BEM A TERCEIROS TRAZENDO TUMULTO PROCESSUAL. **ABUSO DO DIREITO DE DEFESA** CONFIGURADO PELAS RESPOSTAS EVASIVAS COM RELAÇÃO AO PAGAMENTO DA DÍVIDA QUE PERDURA POR CERCA DE QUATRO ANOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO A *QUO* EM COGNIÇÃO SUMÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 131 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REQUISITOS DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Em regra, para o deferimento da liminar de reintegração de posse, deve o Magistrado certificar-se da existência dos requisitos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil. Todavia, quando a reintegração de posse é pleiteada como consequência da rescisão de contrato de compra e venda, esta cumulação de pedidos acarreta a necessidade de adoção do procedimento ordinário, no qual não cabe liminar possessória, e sim, antecipação dos efeitos da tutela, somando-se aos requisitos possessórios as exigências do art. 273 do Código de Processo Civil.

(Agravo de Instrumento n. 2008.033311-6, de Navegantes - Relator: Marcus Tulio Sartorato - Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil - Data: 27/07/2009). (grifei)

Passemos a analisar o § 4º do artigo em questão, no qual encontra-se prevista a possibilidade de revogação ou modificação da tutela antecipada a qualquer tempo. Revogá-la implica dizer negar a produção de efeitos da antecipação anteriormente concedida, ou seja, a tutela não pode mais ser antecipada e, em contrapartida, modificá-la significa alterar parcialmente, antecipar somente em parte a tutela que fora anteriormente concedida em sua totalidade, sempre mediante provocação para tanto.

Nos casos de deferimento de antecipação de tutela *inaudita altera pars*, o magistrado,

postergando o princípio da ampla defesa e abrindo espaço ao da efetividade do processo, sequer ouviu o réu, razão pela qual, quando da citação dele, após o estabelecimento do contraditório, e com a apresentação de sua defesa, cabe ao juiz reavaliar e redecidir a questão outrora antecipada.

A jurisprudência assim revelou:

O juiz pode revogar a antecipação de tutela, até de ofício, sempre que, ampliada a cognição, se convencer da inverossimilhança do pedido (REsp 193298-MS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 1º.10.01) (NEGRÃO, 2008, p. 417).

Legitimada também a revogação ou a modificação da decisão que antecipou a tutela com o recurso de agravo de instrumento, quando de sua apresentação perante o juízo de 1ª (primeira) instância para apreciação dos pressupostos de admissibilidade, nos termos e para os fins do artigo 526 do Código de Processo Civil.

Entende-se que a sentença final também revoga a tutela antecipada concedida no decorrer do processo, uma vez que a cognição exauriente exercida para proferir a decisão final se sobrepõe àquela sumária utilizada para a decisão antecipatória da tutela.

Será posteriormente analisado se o autor não continuará se beneficiando da tutela antecipada imediatamente ou se o recurso de apelação interposto seria capaz de evitar a revogação da tutela antecipada antes mesmo dela ser revogada pela sentença.

No que diz respeito às consequências da revogação e da modificação, não há qualquer dúvida de que haverá retorno ao *status quo ante*, por força dos artigos 475-O, incisos I e II, e 574, ambos do Código de Processo Civil, inclusive com a obrigação de ressarcimento pelos danos sofridos por aquele que suportou os efeitos da tutela então antecipada.

Há que se ressaltar que existem dificuldades quanto ao requerimento da parte e a verdadeira natureza daquela tutela a ser peticionada, as quais podem ser daquela tutela antecipatória que atua interinamente no processo até que a tutela declaratória ou a constitutiva sejam devidamente proferidas ou, ainda, aquelas baseadas no artigo 461 do Código de Processo Civil e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.

3.4. A fungibilidade entre as medidas cautelares e a antecipação de tutela:

O princípio da fungibilidade, previsto no § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, fora instituído a fim de permitir que o juiz garanta a satisfação do direito ou que seja

idônea para permitir a antecipação do bem da vida almejado.

Assim, ao magistrado é permitido que se conceda a tutela de urgência necessária no processo de conhecimento, naquele momento e conforme o caso concreto, levando em conta o teor do requerimento então pleiteado, fugindo do pedido para tutelar o direito.

Pode surgir dúvida acerca da natureza da providência a ser concedida para satisfazer o direito, se antecipatória ou cautelar.

Nesses termos, Marinoni e Arenhart (2008, p. 227):

[...] Nesses casos, ademais, o autor pode requerer, como tutela antecipatória, *providência diversa* da pedida como tutela final, mas que também seja capaz de *garantir a satisfação de seu direito*, ou, em outros termos, *que também seja idônea para permitir a antecipação do bem da vida almejado*. Nessa última hipótese, embora a providência solicitada como tutela antecipatória não seja idêntica àquela postulada como tutela final, não é certo dizer que a providência que pode ser concedida antes de finalizado o contraditório não configure tutela antecipatória, uma vez que a própria lei, como já foi dito, permite ao juiz fugir do pedido para tutelar o direito. Ora, se o juiz pode, ao final, determinar providência diversa da solicitada, *é lógico que ele pode determinar, no curso do processo, providência requerida como tutela final, que, configurando medida capaz de satisfazer o direito em questão, terá natureza antecipatória*. Porém, como nessas hipóteses o juiz pode, no bojo do processo de conhecimento, determinar providência diversa da solicitada como tutela final, poderá ser razoável a dúvida a respeito da natureza dessa providência (se cautelar ou antecipatória).

O mencionado § 7º do artigo ora em estudo traduz a idéia de que pode haver confusão entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, visto que se trata de institutos completamente distintos, sendo imperioso deixar consignado que, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela de urgência cabível, aplicar-se-á o princípio da fungibilidade, ou seja, admitirá a concessão da tutela antecipada mesmo sendo requerida cautelar ou vice-versa.

Marinoni e Arenhart (2008, p. 229) expõem: “[...] A concessão de tutela antecipatória no caso em que houver sido pedida cautelar somente é possível em hipóteses excepcionais, ou

seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente.”

Outra questão importante para reflexão é se a fungibilidade da antecipação de tutela nesse caso seria uma via de mão dupla, ou seja, também valeria para as medidas cautelares em relação a antecipação de tutela. Nos parece que em caso de dúvidas do advogado a antecipação de tutela é sempre mais segura pois permite ao juiz com base em norma inequívoca que receba a antecipação de tutela como medida cautelar, mas o mesmo não ocorre em relação ao pedido de cautelar onde a medida processual correta seria a antecipação de tutela.

A interpretação sistemática do CPC permite concluir que sim o juiz pode receber a medida cautelar como antecipação de tutela, mas desde que esteja presentes os requisitos da antecipação de tutela. Não podemos esquecer que a antecipação de tutela tem muito mais requisitos que a medida cautelar, especialmente para a proteção dos direitos do réu, afinal não podemos esquecer que nem sempre é o autor o detentor do bom direito. Dessa forma estando presentes os requisitos, da antecipação de tutela, suficientes para impedir graves danos ao réu, o juiz poderá receber a medida cautelar como se fosse antecipação de tutela.

3.5. O Pedido Incontroverso ou Infundado e a Antecipação de Tutela:

Passemos a analisar o § 6º do artigo 273, os quais informam um “terceiro tipo” de tutela antecipada ou, nas palavras de Bueno (2009, p. 88), o “julgamento antecipado parcial da lide com efeitos imediatos”, no qual a inércia do réu, representada pela sua revelia ou omissão, poderia ensejar na concessão da tutela antecipatória, frente ao fato de que o réu não está autorizado a se beneficiar pelo tempo que deixou de se manifestar.

Assim, não seria equânime que o tempo inerente ao exercício do contraditório frustrasse a eficácia de uma decisão que beneficiaria o autor.

Importante salientar as considerações de Marinoni e Arenhart acerca destas previsões legais que ditam as regras pertinentes à terceira espécie de tutela antecipatória:

Duas são as técnicas que se fundam no inciso II do art. 273: i) a técnica da reserva da cognição da exceção substancial indireta infundada e ii) a técnica monitoria. O novo §6º do art. 273 também se baseia em duas técnicas distintas: i) a técnica da não-contestação ou do reconhecimento parcial e ii) a técnica do julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados.

A técnica denominada por Marinoni como a reserva da cognição da exceção substancial indireta infundada é baseada na existência de um direito e na defesa infundada que necessita de dilação probatória, sendo requisito essencial para a concessão da antecipação o abuso do direito de defesa pelo réu.

Essa atitude do réu aumentaria o lapso temporal do processo para produzir provas infundadas, implicando no retardamento da satisfação de um direito ora evidente.

Desta feita, primeiramente merece ser lembrado que ao alegar fato impeditivo modificativo ou extintivo do direito do autor, o réu provoca a inversão do ônus da prova para si, o que acarretará dispêndio de tempo no processo.

De outro lado, devendo o autor provar o fato constitutivo, ao ser este considerado incontroverso pela ausência de impugnação, o réu pode, para alastrar o lapso temporal gasto para a obtenção da tutela, alegar que necessita demonstrar seu direito através da produção de provas infundadas.

Entretanto, o direito de defesa do réu não pode servir de escudo para a efetivação da tutela jurisdicional.

Nesse ínterim, vale acostar o raciocínio de Marinoni e Arenhart (2008, p. 232):

Porém, é possível partir do enfoque da prova do fato constitutivo. Se o fato constitutivo está provado por meio da prova suficiente, e a defesa de mérito não tem fundamento, mas exige prova e, assim, tempo, a tutela antecipatória também pode ser concedida. Nesse caso fala-se em técnica monitoria exatamente para salientar a necessidade de prova do fato constitutivo.

Também resta possível antecipar a tutela no procedimento monitorio no caso de o fato constitutivo mostrar-se incontroverso, bem como quando os embargos forem infundados ou meramente protelatórios.

Reconhece-se que, ao permitir que o réu produza prova acerca de um direito já evidente, está-se diante de violação ao direito constitucional à tutela jurisdicional tempestiva.

Referentemente ao §6º, quanto à técnica da não-contestação ou do reconhecimento jurídico parcial, imperioso aduzir ao fato de que se o réu reconhecer parte de um pedido, na contestação, aquela parte pode ensejar julgamento.

Ademais, a não-contestação se manifesta pela ausência de impugnação dos fatos

suscitados pelo autor em sede de contestação, descumprindo seu ônus previsto no artigo 302 do Código de Processo Civil, o que importa na admissão daquele pedido não contestado como incontroverso. Tal pedido incontroverso, então, admite antecipação de tutela, conforme reza o aludido §.

Já a técnica denominada julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados é aquela que permite a concessão da antecipação de tutela quando defronte a uma parcela da demanda já devidamente comprovada ou reconhecida e a defesa, em relação a esta parte do peticionado, for infundada.

No que tange às implicações constitucionais desta técnica, Marinoni (2008, p. 235) relata:

Após a Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu o direito fundamental à duração razoável do processo, uma melhor análise impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa adquire estabilidade. O postulado constitucional autônomo que dá fundamento ao direito fundamental à duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), vinculando a interpretação judicial e, desta forma, a compreensão da regra do §6º do art. 273, faz obrigatoriamente surgir a interpretação de que a tutela da parte incontroversa da demanda, apesar de instrumentalizada através da técnica antecipatória, não pode ser modificada ou revogada ao final do processo.

Conclui-se, desse modo, não haver qualquer óbice ao julgamento antecipado de parte dos pedidos de uma demanda, os quais não carecem de produção de provas ou, em caso de o réu não apresentar sua contestação ou a apresentando, sua defesa mostrar-se infundada e, além disso, quando há reconhecimento de um pedido pelo réu (princípio da não-impugnação específica).

Assim, trata-se de uma tutela definitiva e não provisória, como a inerente a tutela de urgência, não havendo razão para se possibilitar a revogação ou modificação (art. 273, § 4º do Código de Processo Civil) da tutela antecipada concedida, nem tampouco para admitir que o juiz confirme seus termos na decisão final.

Convém esclarecer sua divergência com o julgamento antecipado da lide do artigo 330 do Código de Processo Civil, pois neste se suprime a fase instrutória por ser ela desnecessária;

na tutela antecipada, diversamente, os efeitos da decisão, que viria ao final do processo, podem ser sentidos imediatamente, ocasionando a fragmentação do julgamento.

O mencionado § 6º, em estudo, requer que o pedido seja incontroverso, portanto, a cognição será exauriente com julgamento definitivo a respeito daquele, denotando que a parte contrária resta dispensada do ônus da prova (artigos 334, inciso II e III e 330, inciso I), pois sua comprovação fora suficiente a ponto de restar desnecessária qualquer prova em contrário posteriormente. O direito do autor tornou-se evidenciado, incontroverso, passível de julgamento e patente de produzir coisa julgada material.

Conforme Bueno (2009, p. 91), “a ‘incontrovérsia’ do pedido (ou de parcela dele) deve ser entendida como a *desnecessidade* de qualquer outra prova a respeito dos fatos alegados pelo autor.”

Importante esclarecer se a dita incontrovérsia é pertinente especificamente ao pedido ou à causa de pedir. Uma vez que são os fatos que possuem aptidão para se tornarem incontroversos ao longo do processo, indubitável que o dispositivo legal se refere à causa de pedir. Portanto, não havendo impugnação quanto aos fatos alegados pelo autor, a causa de pedir, sua correspondente processual, ficará incontroversa e autorizará o autor a pleitear a tutela antecipada com base no § 6º.

Este § 6º diverge do inciso II do artigo 273, principalmente, no que concerne a duas questões: primeiro que o inciso II exige, para sua concessão, a verossimilhança do direito alegado pelo autor diante do comportamento do réu; e, segundo, face à possibilidade de prosseguimento normal do processo, se concedida ou não a antecipação da tutela com base no inciso II (§ 5º do art. 273, CPC), entretanto, se fundamentada no aludido §, a incontrovérsia resulta no julgamento do pedido precoce e definitivamente.

Passemos a esclarecer sua pertinência através de caso concreto já julgado:

Em ação cujo pedido se funda na revisão de contrato bancário, só é cabível a antecipação de tutela, como meio para obstar a inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, quando cumpridos os seguintes requisitos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito; que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do

magistrado (REsp n. 527.618, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 22/11/2003). (STJ, AgRg no Ag 770.480/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, jul. 27. 03.2007, DJ 30.04.2007, p. 325). No mesmo sentido: STJ, REsp, 522.282/SP, Rel Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, jul. 23.11.2004, DJ 17.12.2004, p.555) (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 222).

Não se aplica nesse “tipo” de tutela antecipada o pressuposto negativo do § 2º, pois, em se tratando de decisão proferida com o exercício de cognição exauriente, como é o caso, o perigo de dano não será experimentado pelo réu.

Conforme o entendimento de Bueno (2009, p. 94-95):

Ademais, nos casos de aplicação do § 6º do art. 273, não há, rigorosamente, qualquer “dano” a ser suportado pelo réu porque sua incidência pressupõe o reconhecimento do direito em prol do autor com ânimo de definitividade. Inexiste, aqui, risco de reversão do quadro fático que, para os fins dos incisos I e II do art. 273, justifica, quando os bens jurídicos conflituosos são de idêntica *qualidade*, a aplicação daquela regra de sopesamento.

Insta salientar a natureza jurídica da decisão que antecipa a tutela nos termos do § 6º do art. 273, a qual, indubitavelmente, diante de sua função processual, é decisão interlocutória, pois não põe fim a nenhuma etapa de cognição, limitando-se, tão somente, a analisar os pressupostos e resolver aquela questão. Embora tenha conteúdo de sentença, o processo prosseguirá em relação ao que ainda precisa ser resolvido e julgado.

Diante de tal assertiva, o recurso cabível para combater a decisão fundamentada no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil é o agravo de instrumento (art. 522, também do Código de Processo Civil). Zavascki (2008, p. 123-124):

Essa orientação, portanto, prevalece mesmo em face do que dispõe o art. 522 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.187, de 2005, segundo a qual o agravo será, em regra, na forma retida, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será

admitida a sua interposição por instrumento. É que, conforme visto, em se tratando de decisão que defere ou indefere antecipação da tutela, o futuro julgamento do agravo retido (quando a causa já estiver decidida) não terá qualquer consequência prática, a significar que tal forma de interposição acarreta a inutilidade do próprio recurso. Presente tal circunstância, impõe-se entender por ‘lesão grave e de difícil reparação’, indicada no art. 522, não apenas a que se origina diretamente da decisão recorrida e da sua execução, mas também a que decorre da inutilidade da interposição do recurso retido.

Alguns autores, como Teresa Arruda Alvim Wambier, entendem ser esta decisão uma típica sentença, por resolver uma parte do mérito, cabendo, desse modo, ser recorrida por intermédio do recurso de apelação.

Com entendimentos doutrinários divergentes quanto a natureza jurídica do ato jurisdicional, a parte não pode ser prejudicada ao peticionar sua reavaliação através da interposição de um recurso, frente a tais óbices procedimentais, resolvendo-se esta questão por meio do princípio da fungibilidade recursal, inclusive no que concerne a forma de processamento do recurso.

Nesse sentido, Bueno (2009, p. 97) explica:

Não obstante as considerações já expostas, não há como tirar razão desses autores, sobretudo dos últimos que, mantendo a coerência do sistema processual civil, eliminam os óbices de que a *forma* tradicional de processamento da apelação tem, às claras, condições de propiciar para o regular andamento do processo em que proferida a decisão antecipatória da tutela. Justamente por isso é que a hipótese, ao menos enquanto doutrina e jurisprudência a analisam para chegar a algum consenso, comporta ampla aplicação do princípio da *fungibilidade recursal*, inclusive no que diz respeito à própria *forma* de processamento do recurso. O jurisdicionado não pode ser prejudicado no reexame de uma decisão jurisdicional porque há fundada dúvida, na doutrina e na jurisprudência, acerca da natureza jurídica do ato jurisdicional em exame e, conseqüentemente, do recurso interponível e de sua disciplina procedimental correspondente.

O § 2º do artigo 273 prevê, como entende a doutrina, um pressuposto negativo, ou seja, uma situação fática que não deve estar presente para que haja a concessão da antecipação. Tal irreversibilidade não se confunde com a possibilidade de revogação ou modificação da decisão que antecipa a tutela, pois o que não pode acontecer é que o resultado, os efeitos práticos da decisão de antecipação restem irreversíveis.

A referida vedação é totalmente pertinente face ao fato de que a tutela antecipada será deferida com base numa cognição sumária exercida pelo juiz, razão pela qual é provisória, podendo ou não ser confirmada pelo provimento final.

Desse modo, “o ideal é que seus efeitos práticos não provoquem qualquer situação irreversível porque se ela, durante o processo, for ‘revogada’, ou ‘modificada’ ou, a final, não for ‘confirmada’ pela sentença, é possível que tudo volte ao *status quo ante*” (BUENO, 2009, p. 22).

Entende-se, a partir disso, que caso o deferimento da antecipação, favorecendo o autor, cause maiores prejuízos ao réu, deve o juiz indeferí-la.

Entretanto, convém ressaltar que o direito à adequada tutela jurisdicional não pode ser sacrificado sob o argumento de que será irreversível o prejuízo causado pela tutela antecipatória concedida.

Quando devidamente provado o provável direito do requerente, bem como o fundado receio de um dano irreparável que pode vir a lesioná-lo, não há que se falar em indeferimento do pleito antecipatório quando já presentes seus requisitos autorizadores, sob pena de, conforme Marinoni (2008, p. 229), aquele direito verossímil dever “sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao *direito improvável*”.

No tocante a este requisito, o Superior Tribunal de Justiça assim entendeu no acórdão a seguir:

Em verdade, diante de tais fatos, noticiados na petição dos embargos de declaração, imperioso concluir que a manutenção da antecipação de tutela, suspendendo a execução do julgado rescindendo, pode ocasionar danos irreparáveis à parte ré, em razão da demora do processo. Trata-se, pois, de irreversibilidade de fato, que impede a concessão da tutela antecipatória, porquanto insuscetível de ser resolvida em perdas e danos (artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil) (STJ, EDcl no AgRg na AR 3.163/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia

Barbosa, Terceira Seção, jul. 08.03.2006) (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 219).

Importante lembrar que o Código de Processo Civil não previu o prazo em que o pedido pleiteando a tutela antecipada deva ser formulado, entretanto, o procedimento revela momentos cabíveis a esta postulação.

Desta feita, em se tratando de dano preexistente à propositura da ação, o autor deverá apresentar a exordial com o pedido ali encartado, fundamentadamente nos termos do inciso I do artigo 273.

Quando a base jurídica para o pedido for a previsão do inciso II do citado dispositivo legal, deverá ele vir acompanhando a petição de réplica ou na ocasião da apresentação de contra-razões de apelação, no caso de a tutela antecipada ter sido requerida em decorrência do efeito suspensivo do citado recurso.

4 - As diferenças da Antecipação de Tutela do § 3º do art. 461 e do art. 273 do CPC

Uma dúvida que pode ocorrer em relação à antecipação de tutela é: qual o motivo para termos duas vezes a previsão desse instituto na legislação, qual o motivo de o legislador indicar o § 3º do art. 461 e o art. 273 como duas formas diversas de antecipação de tutela? Mais que isso, nos deparamos com duas formas muito distintas de antecipação de tutela, no que diga respeito aos requisitos exigidos, enquanto a antecipação de tutela tradicional do art. 273 do CPC apresenta quatro requisitos difíceis de serem demonstrados a) prova inequívoca, b) verossimilhança da alegação, c) risco de dano irreparável ou de difícil reparação e d) reversibilidade do provimento), a antecipação de tutela do § 3º do art. 461 apresenta apenas dois requisitos muito mais simples: Sendo a) relevante o fundamento da demanda e b) havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente.”

A resposta nos parece clara se analisar-mos a utilização do art. 461 do CPC: é a forma mais adequada para a proteção de direitos fundamentais e não pode ser limitado por questões como a reversibilidade do provimento. Dessa forma sempre que aquilo que o autor buscar for a proteção à vida, à educação, à saúde, irá utilizar o art. 461 e não o art. 273 do CPC. Sempre que for necessária a tutela para a realização de uma intervenção cirúrgica, construção de creche, construção de rede de esgoto, sendo chamado o poder judiciário para fazer cumprir

estaremos diante de uma tutela específica, de uma obrigação de fazer ou de não fazer. É o caso do acórdão transcrito a seguir que demonstra como o art. 461 é a forma adequada de tutelar direitos fundamentais em razão de sua ampla gama de possibilidades e sua eficácia:

Processo AgRg no REsp 1002335 / RS

2007/0257351-2 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento
21/08/2008

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. O art. 461, §5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

2. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento do medicamento RI-TUXIMAB (MABTHERA) na dose de 700 mg por

dose, no total de 04 (quatro) doses, medidas executivas assecuratórias ao

cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor da recorrente, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas do ora recorrido, depositadas em conta corrente.

3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

Essa característica especial da tutela específica faz da antecipação de tutela do § 3º art. 461 uma forma muito mais importante e, portanto, não pode estar sujeita a muitas das limitações e exigências previstas no art. 273 que deve ficar limitado à questões de cunho patrimonial. Os direitos humanos normalmente exigem uma tutela distinta e em razão disso o legislador lhe atribuiu uma proteção distinta.(LUNARDI 2002, p.56)

Certamente é muito mais fácil para o jurisdicionado conseguir a antecipação de tutela do art. 461 § 3º do que do art. 273, já que os requisitos são muito mais simples de comprovar e de demonstrar do que aqueles previstos no art. 273, cabendo ao operador do direito buscar através dessa importante vantagem legal a efetivação dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

Visando garantir os princípios constitucionais do acesso à ordem jurídica justa e da efetividade da prestação jurisdicional, as perdas e danos não se mostram mais suficientes para solucionar o inadimplemento ou ameaça dele nas obrigações, razão pela qual o credor pode, para garantir que a obrigação será cumprida, obter do Judiciário a imunização de uma situação de ameaça e, dessa maneira, evitar que a situação ameaçadora aconteça.

Com isso, fora criado um mecanismo apto a obstar a ameaça a direitos, abarcado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, significando que o direito material enquadrado nas obrigações de fazer e não-fazer está devidamente assegurado no plano processual, evitando que o tempo configure obstáculo a prestação de tutela jurisdicional adequada e eficaz.

A tutela antecipada prevista no aludido § do artigo 461 se presta a antecipar os efeitos práticos da tutela final que seriam sentidos quando o processo estivesse em fase recursal, desde que livre de efeito suspensivo ou quando transitada em julgado a decisão que deferiu o pedido para o autor.

É perfeitamente possível a concessão liminar da tutela específica e do resultado prático equivalente, uma vez que o segundo garante a tutela jurisdicional ao direito do autor mesmo quando a tentativa de compelir o réu a prestar ou se abster de fazer alguma coisa fosse impossível ou restasse frustrada.

Importante colacionar os ensinamentos de Eduardo Talamini (2003, p. 349):

Entre as razões da reiteração da possibilidade de antecipar, no art. 461, está a preocupação em destacar a relevância da tutela urgente para as situações materiais protegidas pelo sistema ali estabelecido e a necessidade de um especial modelo de efetivação da tutela nesses casos. Houve a explícita previsão de mecanismos especiais para efetivar a tutela dos deveres de fazer e de não fazer. Com a repetição da autorização para antecipar – desnecessária, em princípio, diante da regra geral do art. 273 -, eliminou-se qualquer dúvida quanto a aplicar-se ao provimento antecipador da tutela *ex art. 461* o regime de atuação material previsto nesse dispositivo.

O § em questão apresenta lacunas e, por isso, o artigo 273 do Código de Processo Civil é a ele aplicado subsidiariamente.

Antecipar-se-á a tutela relativa às obrigações de fazer ou não-fazer quando o fundamento no qual está baseado o pedido for relevante e houver justificado receio de ineficácia do provimento final. Assim, os requisitos para concessão da tutela antecipada são cumulativos.

O primeiro requisito não se confunde com a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, pertinente ao artigo 273, sendo, muito mais simples e de se demonstrar – relevante fundamento é por exemplo a necessidade de proteção ao direito à vida, logo a prova não precisa ser inequívoca mas ser apenas razoável é o que a lei exige. Desse modo, suficiente que o juiz se convença da alegação do autor com base na cognição sumária. (LUNARDI 2002, P. 58)

Já, no tocante ao segundo pressuposto cumulativo, o “risco de ineficácia do

provimento final” corresponde ao *periculum in mora*, e dá base inclusive à possibilidade de concessão liminar da antecipação, sem oitiva e antes da citação do réu.

O § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil não é aplicável a tutela antecipada do artigo 461 § 3º. Esse requisito não encontra-se previsto no dispositivo legal já que ambos têm finalidades distintas, por ter o art. 461 a finalidade de proteção de direitos como a saúde, vida e educação. O pedido certamente deverá ser cuidadosamente analisado pelo juiz quando em conflito princípios constitucionais mas é possível antecipar a tutela quando o dano a ser suportado pelo autor for superior, em sua qualidade, ao eventual dano que o réu pode sofrer ou mediante prestação de caução pelo autor.

Ao se antecipar a tutela da obrigação de fazer ou de não fazer e o réu cumprir a tutela específica, inevitavelmente a irreversibilidade estará presente, a não ser que o resultado material obtido com a atuação do réu pudesse ser revertido.

Melhor explica Talamini (2003, p. 352-353):

Constatado que não é possível conferir parâmetro de irreversibilidade as mesmas feições que assume na antecipação de tutela relativa a deveres de outra natureza, resta definir como se deve considerá-lo, no âmbito da “tutela específica” ex art. 461 que não conduza a resultado material. A solução parece estar em tomar diretamente a ponderação de bens envolvidos (aspecto do princípio da proporcionalidade) como o único balizamento legítimo – e não mero fator de mitigação ou flexibilização de um prévio limite. Assim, dever-se-á reputar que a antecipação da “tutela específica” do dever de fazer e de não fazer gera resultado irreversível – sendo, por isso, vedada - apenas quando, *cumulativamente*: a) não houver como ser recomposta a situação anterior à efetivação da tutela, senão por equivalente pecuniário; b) a situação atingida e que não pode ser restaurada tiver caráter não patrimonial, de modo que o ressarcimento pecuniário revele-se-lhe incompatível; c) a inadequação do ressarcimento pecuniário revelar-se mais intensa e grave, perante os valores consagrados no ordenamento, do que eventual inadequação resultante da conversão em perdas e danos do dever que seria antecipadamente tutelado.

Essa tutela antecipada concernente às obrigações de fazer e não-fazer também merece

ser deferida quando preenchidos requisitos do inciso II e do § 6º, ambos do artigo 273 do Código de Processo Civil, exatamente pelo fato de o artigo 461 consagrar meios eficazes de proporcionar a tutela específica e a celeridade para prestar as obrigações de fazer ou não fazer.

O requerimento, assim como no pertinente a tutela antecipada do artigo 273, pode ser feito por qualquer parte, aplicando-se aqui todas as considerações feitas àquela, podendo ser concedida até de ofício. Entretanto, o pleito formulado pela parte permite que o magistrado analise a necessidade e os pressupostos com maior cuidado e interesse.

Em sentido diverso, Talamini (2003, p. 359):

A antecipação de tutela *ex art.* 461 não pode ser deferida de ofício. Aplica-se-lhe a parte inicial do *caput* do art. 273. A falta de expressa previsão a respeito, no art. 461, § 3º, não autoriza outra conclusão. O adiantamento parcial ou total da tutela definitiva pode gerar sacrifícios na esfera jurídica do réu, que terão de ser ressarcidos, caso a sentença final não seja de procedência. E o autor responde objetivamente pelo ressarcimento. Daí que lhe incumbe, e a mais ninguém, avaliar se pretende assumir tal risco. Portanto, para que fosse admissível a antecipação de tutela sem requerimento do interessado, precisaria haver regra explícita nesse sentido.

A decisão deferitória e a indeferitória, tanto a de 1º (primeiro) quanto a de 2º (segundo) graus, merecem ser devidamente fundamentadas, cumprindo o que reza o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

Essa tutela antecipada pode ser concedida liminarmente, a qualquer momento durante o trâmite do processo ou mediante justificação prévia, a qual se destina a demonstrar o fundamento relevante e/ou o perigo de irreversibilidade da medida. Nesta audiência se produzirá provas orais, através da oitiva de testemunhas e do depoimento pessoal do autor.

Em atendimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o réu deve participar dessa audiência, devendo, ante a fase em que ela ocorre (antes de sua devida citação para os termos da demanda), sua atuação ser limitada a verificar a legitimidade da prova colhida, podendo contraditar e inquirir as testemunhas.

Uma vez deferida a tutela antecipada aqui analisada, sua efetivação será feita através de qualquer dos meios executivos previstos nos §§ 4º a 6º do mesmo artigo do Código de

Processo Civil. São estes os mecanismos que melhor tutelam o direito da parte de acordo com as peculiaridades do caso concreto. (LUNARDI 2002 p. 69).

Essa antecipação de tutela também pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, caso necessário.

Entende-se que a tutela outrora antecipada será adaptada para melhor tutelar o direito a que condiz ou que ela não mais produzirá efeitos, todos ou parte deles, quando, após concessão, for reavaliada e restar verificado que os pressupostos que ensejaram na concessão não mais subsistem.

O acima exposto também se aplica a tutela relativa à obrigação de dar, entregar ou restituir coisa, que não dinheiro, direito material preceituado pelo artigo 461-A do Código de Processo Civil.

Desta feita, comprovada a presença dos pressupostos do § 3º do artigo 461, também do Código de Processo Civil, cabe o pedido de tutela jurisdicional para que o réu dê, entregue ou restitua coisa certa ou incerta devida, antecipadamente, sob pena de expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, dependendo da natureza, móvel ou imóvel, do bem objeto da obrigação firmada entre eles, respectivamente.

Tabela 1 – Síntese dos requisitos atinentes aos diversos tipos de tutela antecipada

	Art. 273, <i>caput</i> e inciso I, CPC.	Art. 273, <i>caput</i> e inciso II, CPC.	Art. 273, § 6º, CPC.	Art. 461, § 3º, CPC.
Legitimados	Autor, réu, Ministério Público, terceiros interessados e, em casos excepcionais, concessão de ofício pelo juiz.			
Requisitos específicos	Prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundamento de dano	Prova inequívoca, verossimilhança do direito alegado diante do comportamento do réu e abuso do direito de defesa ou manifesto	Réu reconhece parte do pedido em sua contestação ou fora	Fundamento do pedido relevante e justificado receio de ineficácia do provimento final.

	irreparável ou de difícil reparação.	propósito protelatório. (inércia do réu, omissão ou revelia).	devidamente comprovado ou sua defesa fora infundada.	
Provas	Qualquer tipo de provas (art. 5º, LVI, CF). Produção de prova inclusive por meio da audiência de justificação prévia.			
Cognição	Sumária	Sumária	Exauriente, pois a tutela é definitiva.	Sumária
Concessão liminar	Possível concessão sem oitiva do réu.			Sem oitiva do réu ou após justificação prévia.
Finalidade	Evitar que ocorra perecimento ou danificação do direito afirmado.	Concedida a título de sanção, ou seja, para punir o réu pela atitude indevida de postergar a solução do provimento jurisdicional.	Como o pedido restou incontroverso, será julgado precoce e definitivamente.	Especial tutela para direitos fundamentais. Visando Imunização de uma situação de ameaça, ou obrigando o cumprimento de obrigação.
Fundamentação da decisão - § 1º	Tanto as decisões deferitórias, como as indeferitórias devem vir devidamente fundamentadas (artigo 93, CF)			
Art. 273, § 4º	Possível revogação ou modificação da medida antecipatória a qualquer tempo – arts. 475 - O, I e II e 574, ambos do CPC.			
Art. 273, § 7º	Aplica-se princípio da fungibilidade, desde que haja razoável e fundada dúvida em relação á correta identificação da tutela urgente.			
			Não se aplica, pois	Tutela

Art. 273, § 2º	Tutela provisória, portanto pode ou não ser confirmada pela sentença final.		proferida com cognição exauriente, portanto o perigo de dano sequer será experimentado.	provisória, portanto pode ou não ser confirmada pela sentença final.
Recurso cabível da decisão que defere ou indefere o pedido	Agravos de Instrumento		Agravos de Instrumento – há discussão doutrinária, mas prevalece o entendimento de que a decisão tem natureza interlocutória.	Agravos de Instrumento
Prazo para requerimento.	Se o dano for preexistente, o pedido deve vir com a exordial ou incidentalmente.	Na réplica ou em sede de contra-razões de apelação.	Após apresentação da defesa pelo réu, por petição, incidentalmente.	Com a exordial ou incidentalmente.

5 - CONCLUSÃO

A partir do presente estudo, primeiramente, delineou-se o sistema processual civil através da exposição de todos os princípios e garantias constitucionais que lhe dizem respeito, revelando a importância do princípio do acesso à justiça, o qual explicita que os cidadãos possuem o direito de acesso à ordem jurídica justa. Tal direito quer significar que todos têm direito de acessar o Poder Judiciário e dele obter uma resposta jurisdicional que efetivamente produza efeitos concretos na vida do jurisdicionado.

Surgiram as tutelas diferenciadas, as quais possuem por missão atender aos direitos evidentes de forma urgente, sob pena de violação ou perecimento, assegurando aos cidadãos o atendimento efetivo ao direito fundamental do acesso à justiça, decorrente da inafastabilidade da tutela jurisdicional. No esteio desse raciocínio, a tutela antecipada, além de ser cabível em todos os procedimentos, proporciona à parte a antecipação dos efeitos executivos da tutela jurisdicional que viria tão somente com a sentença final, distribuindo, desse modo, o ônus do tempo do processo entre os litigantes, evitando que a ameaça a um direito evidente se concretize ou que ele venha a perecer, reparando imediatamente o direito violado e, ainda, servindo como meio sancionador da atitude protelatória e desleal do réu.

Quando da exposição pormenorizada de todas as suas características, pressupostos e peculiaridades, deduz-se que, são os efeitos práticos, executivos decorrentes do provimento final que são antecipados, através de uma decisão interlocutória, tanto quando o processo está na 1ª (primeira) instância, quanto em fase recursal – mesmo que a sentença esteja sujeito ao recurso de apelação com duplo efeito ou em reexame obrigatório - ou na própria sentença. Esses aludidos efeitos práticos podem estar presentes na sentença condenatória, na declaratória, na constitutiva, na mandamental e na executiva *lato sensu*.

A importância de reconhecer e entender as diferenças e peculiaridades da utilização da antecipação de tutela do art. 461 § 3º, especial para assegurar direitos fundamentais nos permite entender os motivos pelos quais seus requisitos são mais fáceis de serem preenchidos do que a antecipação de tutela tradicional do art. 273 do CPC. O legislador agiu bem ao estabelecer esta distinção permitindo ao julgador e às partes a concretização dos direitos fundamentais com base num procedimento adequado às suas necessidades especiais.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário e Efetividade da Tutela Jurisdicional. In: **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

AZEVEDO, André Jobim de. **Efetividade do processo, tutela cautelar e antecipação de tutela**: suporte constitucional. Porto Alegre, 2002. Disponível em: <http://www.mauroroberti.hpg.ig.com.br/artigos/andre_j_azevedo/efetividade_processo.doc>. Acesso em: 21 mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tutela antecipada**. São Paulo: CPC, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1

CAPPELLETTI, Mauro; GRANTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela antecipada**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça**: tutela coletiva de direitos pelo ministério público: uma nova visão. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo:

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.47, n.58, p.107-144, jul./dez. 2012.
LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; PEREIRA, Naiana Martins. Aspectos controvertidos da antecipação de tutela e seu papel na efetividade de direitos fundamentais

Malheiros, 2005.

_____. **Instituições de direito processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.

|DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Regina. A verdade e a Justiça constituem finalidades do processo judicial? Revista Sequência, Ano XXVII Dezembro de 2007, Fundação Boiteux, 2005pp. 175 a 193,.

FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUNARDI, Soraya Regina. **Tutela Específica no código de defesa do consumidor diante das garantias constitucionais do devido processo legal**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Tutela inibitória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **A antecipação de tutela**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.47, n.58, p.107-144, jul./dez. 2012.
LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; PEREIRA, Naiana Martins. Aspectos controvertidos da antecipação de tutela e seu papel na efetividade de direitos fundamentais

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDONÇA JÚNIOR., Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de processo civil comentado e interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008.

NEGRÃO, Theotônio et al. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

Data do recebimento: 15/12/2012

Data da aceitação: 17/03/2013