

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

Paula de Borba Rocha

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA FUNDADA NA EVIDÊNCIA:
um estudo sobre o inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil

Porto Alegre

2012

PAULA DE BORBA ROCHA

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA FUNDADA NA EVIDÊNCIA:
um estudo sobre o inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Adjunto Doutor Daniel Mitidiero.

Porto Alegre

2012

PAULA DE BORBA ROCHA

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA FUNDADA NA EVIDÊNCIA:
um estudo sobre o inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Adjunto Doutor Daniel Mitidiero
Orientador

Professor Adjunto Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Professor Adjunto Doutor Klaus Cohen-Koplin

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer ao meu orientador, Daniel Mitidiero, pela inspiração em estudar e escrever sobre Processo Civil, além do auxílio e orientação para a elaboração do presente trabalho. Agradeço ainda ao Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu por toda a ajuda, desde o início da pesquisa até a redação desta monografia e, especialmente, ao Renzo Cavani pelas inúmeras considerações e sugestões que tiveram grande importância na elaboração deste trabalho.

Agradeço também aos meus familiares e amigos, principalmente àqueles que acompanharam de perto a evolução desta pesquisa. Agradeço ainda ao Marcelo por estar sempre do meu lado, encorajando-me e auxiliando-me.

Por fim, agradeço especialmente aos meus pais pelo apoio incondicional e por todo o incentivo ao longo destes anos de faculdade.

RESUMO

O presente estudo versa sobre a antecipação de tutela fundada na evidência do direito do autor, dando especial destaque à problemática envolvendo a distribuição isonômica do ônus do tempo no processo. Assim sendo, busca-se compreender melhor a hipótese de antecipação de tutela presente no inciso II do artigo 273 do CPC. Inicia-se com uma análise sobre o desenvolvimento do instituto, especialmente as características do procedimento ordinário clássico e a insuficiência de mecanismos idôneos à concessão da tutela de urgência no Código Buzaid. Após abordar-se-á a reforma do CPC através da qual a técnica antecipatória foi inserida no procedimento ordinário. Feito isso, tratar-se-á especificamente da hipótese de antecipação da tutela por abuso do direito de defesa, com uma análise sobre a natureza controvertida do instituto, baseando-se em um cotejo entre os principais doutrinadores que se debruçam sobre o tema. Procura-se ainda delimitar as expressões contidas no inciso II do artigo 273 do CPC, de forma a adequar a interpretação do dispositivo com seu viés constitucional, bem como as explicar as características desta forma de antecipação de tutela. Por fim, serão analisadas as hipóteses em que se torna viável a concessão desta medida antecipatória.

Palavras-chave: antecipação de tutela, processo civil, abuso do direito de defesa, tutela da evidência, ônus do tempo no processo.

RIASSUNTO

Il presente saggio tratta dell'anticipazione della tutela fondata sull'evidenza del diritto dell'attore, mettendo in luce specialmente il problema della distribuzione isonomica dell'onere del tempo nel processo. Cercasi, quindi, di comprendere meglio i casi di anticipazione della tutela previsti dall'inciso II dell'articolo 273 del Codice di Procedura Civile brasiliano. Cominciarsi con l'analisi dello sviluppo dell'istituto, specialmente le caratteristiche del rito ordinario classico e la mancanza di meccanismi idonei alla concezione della tutela d'urgenza nel Código Buzaid. Poi, viene trattata la riforma del CPC brasiliano, attraverso la quale la tecnica anticipatoria è stata introdotta nel rito ordinario. Superata la questione, viene discussa specificamente l'ipotesi dell'anticipazione della tutela in ragione di abuso del diritto di difesa, con attenzione alla natura controversa dell'istituto, basandosi nella comparazione fra i diversi giuristi che hanno lavorato sul tema. Cercasi, pure, di delimitare le espressioni contenute nell'articolo 273, inciso II del Codice, in modo che si possa adeguare l'interpretazione del dispositivo colla sua matrice costituzionale, così come spiegare le caratteristiche di questa forma di anticipazione della tutela. Alla fine, saranno analizzati i casi in cui è possibile la concessione di questa misura anticipatoria.

Parole-chiave: anticipazione della tutela, processo civile, abuso del diritto di difesa, tutela dell'evidenza, onere del tempo nel processo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA: O SURGIMENTO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SEUS FUNDAMENTOS.....	10
2.1 O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO CLÁSSICO.....	11
2.2 INSUFICIÊNCIA DOS MECANISMOS EXISTENTES PARA CONCESSÃO DE TUTELA URGENTE: O USO IMPRÓPRIO DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA.....	15
2.3 A REFORMA DE 1994 E A VIRADA DE RUMO.....	21
2.4 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO E DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, ADEQUADA E TEMPESTIVA.....	26
2.5 A IMPORTÂNCIA DO TEMPO NO PROCESSO. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO DO PROCESSO COMO FUNDAMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM GERAL.....	33
3 ARTIGO 273, II, CPC: O ABUSO DO DIREITO DE DEFESA DO RÉU COMO FATOR LEGITIMADOR DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	38
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	38
3.2 “TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA”?.....	40
3.2.1 Críticas à chamada “tutela antecipada sancionatória”.	43
3.3 FUNDAMENTOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA.....	47
3.3.1 Tutela da evidência.....	48
3.3.2 O que significa abusar do direito de defesa?	52
3.4 CARACTERÍSTICAS DA TÉCNICA ANTECIPADA FUNDADA NO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA.....	60
3.4.1 Cognição sumária e provisoriedade	61
3.4.2 Verossimilhança e proibição de irreversibilidade dos efeitos	65

3.4.3 Momento para a concessão da antecipação	67
3.4.4 Legitimados a requerer a antecipação da tutela.....	68
3.5 HIPÓTESES EM QUE DEVE SER CONCEDIDA A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA.....	70
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o estudo sobre a antecipação da tutela no sistema brasileiro, mais especificamente sobre a hipótese de antecipação da tutela baseada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu.

O tema tem especial relevância tendo em vista que a antecipação de tutela tem tido cada vez mais espaço no direito processual civil, sendo uma importante técnica para distribuir o ônus do tempo durante o trâmite do processo. No entanto, apesar de existirem diversos estudos sobre o tema da antecipação de tutela, pouquíssimos processualistas dedicaram-se ao estudo sobre o inciso II do artigo 273, do Código de Processo Civil. Os autores tendem a tratar a questão unicamente sob o ponto de vista da urgência, ou seja, dão enfoque ao inciso I do artigo supramencionado, conferindo à antecipação de tutela fundada no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu papel extremamente secundário, quando não ignoram completamente a existência de técnica antecipatória que prescinde do requisito da urgência.

Ocorre que a antecipação de tutela fundada na evidência do direito do autor e não na urgência do direito material consiste em uma importante ferramenta para diminuir o ônus que o tempo de tramitação de todo e qualquer processo traz a ambas as partes e, em especial, ao autor que tem razão.

Trata-se, portanto, de instituto processual que está sendo subutilizado pelos operadores do Direito, posto que consiste em verdadeira técnica de distribuição do ônus do tempo no processo, sendo técnica que pode ser usada para oferecer às partes uma tutela jurisdicional mais adequada aos valores constitucionais. Observa-se, pois, a importância e necessidade dar um maior enfoque à esta hipótese de antecipação da tutela.

Dessa forma, na primeira parte do presente trabalho, será realizada uma análise sobre como ocorreu a evolução do instituto no direito processual brasileiro, especificamente as características principais do procedimento ordinário clássico e as dificuldades geradas pela ausência de autorização legislativa para a concessão de antecipação de tutela no âmbito do procedimento ordinário. A partir da reforma que o

Código de Processo Civil sofreu em 1994, a técnica antecipatória, antes presente em alguns procedimentos especiais, foi finalmente universalizada, passando a ser autorizada de forma genérica para qualquer procedimento ordinário.

Ainda na primeira parte do trabalho, os fundamentos constitucionais da antecipação de tutela serão estudados, de forma a inserir a técnica dentro da perspectiva instrumental do processo, o qual não pode ser estudado senão sob a perspectiva dos direitos constitucionais.

A partir da segunda parte do trabalho, a antecipação da tutela em razão do abuso do direito de defesa será especificamente abordada. Nesse momento a natureza do instituto, muito controversa entre a doutrina, será analisada, bem como os fundamentos específicos dessa forma de antecipação, de forma a tentar trazer uma melhor compreensão sobre as suas características principais e, principalmente, sobre em quais ocasiões deve ser concedida esta hipótese de tutela antecipada.

Desse modo, ao final do presente estudo, pretende-se ter uma visão completa sobre a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa, de forma a tentar destacar a sua importância e necessidade para a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA: O SURGIMENTO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SEUS FUNDAMENTOS

A técnica antecipatória, tal como conhecemos hoje, foi universalizada no ordenamento brasileiro somente em meados da década de noventa, por força da Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, a qual trouxe grandes modificações no processo civil brasileiro.

A reforma legislativa ocorreu em razão de um anseio dos juristas e da sociedade como um todo, vez que a legislação de 1973 tornou-se incompatível com as necessidades da sociedade contemporânea.

Com efeito, o sistema processual pré-reforma de 1994 mostrou-se insuficiente para resolver os litígios levados a juízo, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência passaram a dar uma finalidade “atípica” ao processo cautelar, pressionando o legislador a realizar uma reforma no procedimento até então estabelecido pela legislação brasileira.

Assim, em 1994, foi inserida a técnica antecipatória no processo ordinário brasileiro. No entanto, cumpre mencionar que, apesar de moderna e recente, a nova figura não era de todo desconhecida do Processo Civil. Desde o Direito Romano existem casos nos quais é permitida tutela de conhecimento em que, através de cognição *prima facie*, seria possível alguma interferência no plano concreto, possibilitando a antecipação dos efeitos materiais mesmo diante das limitações da cognição sumária¹. Assim, conforme registra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a possibilidade de se antecipar efeitos materiais mediante as limitações na investigação da evidência *prima facie* está presente desde cedo na história do Direito².

Assim, ao longo deste primeiro capítulo será analisado como se deu a generalização da técnica antecipatória no processo brasileiro e quais são os fundamentos deste importante instituto.

¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático das tutelas de urgência. In: *Revista AJURIS*. Porto Alegre, n. 70, julho de 1997. p. 214. Nesta obra, o autor apresenta e caracteriza diversas dessas formas de cognição *prima facie* no direito romano a partir da lição de Hans Karl Briegleb.

² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIÉRO, Daniel. *Curso de processo civil*. v.I. São Paulo: Atlas, 2010. p. 111.

2.1 O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO CLÁSSICO

O Código de Processo Civil de 1973, cujo autor foi Alfredo Buzaid, era dividido – e ainda o é até hoje – em três livros que fazem referência a três processos distintos: o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar. Os três processos faziam referência a três funções processuais distintas, que eram vistas de forma isoladas, quais sejam, a função de conhecimento, a função executiva e a função cautelar³.

Conforme é explicado por Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴, através do processo de conhecimento o juiz poderia somente declarar, constituir ou condenar, ou seja, outorgar tutela declaratória, tutela constitutiva ou tutela condenatória. Assim, ao proferir a sentença de mérito com alguma das três tutelas mencionadas, o processo de conhecimento encerrava-se e acabava o ofício jurisdicional.

De seu turno, no processo de execução era buscada uma pretensão já explicitada em algum título executivo, com a conseqüente modificação no mundo fático. Ou seja, através da função executiva era possível a realização prática de um direito da parte consubstanciado em um título. A atividade judicial, aqui, deixava de ser meramente ideal e passava a interferir nas realidades das partes. Em razão da separação completa da função jurisdicional de conhecimento e de execução, ambos os processos eram distintos e autônomos.

Já no processo cautelar (Livro IV do CPC), a pretensão da parte ativa era assegurar o resultado útil de algum dos processos mencionados anteriormente – conhecimento ou execução, de forma a impedir algum dano à parte enquanto não era proferida a sentença final em algum dos processos mencionados. Assim, a

³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. I. São Paulo: Atlas, 2010. p. 107.

⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. I. São Paulo: Atlas, 2010. p. 107.

função cautelar tinha função auxiliar, pois visava, na verdade, assegurar o resultado útil de outro processo (que poderia ter função de conhecimento ou executiva)⁵.

Importa observar que o Código a partir da reforma de 1994 não fez desaparecer essas funções processuais, no entanto, permite que, em um mesmo processo, seja possível obter diferentes tutelas jurisdicionais⁶. Isto significou uma ruptura na lógica do Código ao ponto de a doutrina chamar o CPC, a partir de 1994, de “Código Reformado”, referindo-se ao “Código Buzaid” para fazer alusão ao sistema vigente entre 1973 e 1994⁷.

Além da divisão conceitual do Código de Processo Civil em diferentes processos, cada qual com uma função bastante delimitada, cumpre ressaltar que o Código Buzaid, influenciado pelas concepções políticas liberais da época, preferiu o procedimento comum ordinário ao procedimento sumário, o qual era utilizado apenas nas raras situações em que a legislação o permitia⁸.

Ou seja, determinadas camadas da sociedade se beneficiavam do procedimento sumário, como por exemplo, a ação cambiária. Vale dizer que, em relação aos títulos de crédito, “[...] os empresários podiam livrar-se do tão elogiado procedimento ordinário, servindo-se do mais puro e bem-feito processo sumário que a doutrina moderna jamais concebeu”⁹.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni salienta que:

[...] o procedimento ordinário clássico (sem liminar ou tutela antecipada) jamais constituiu óbice às aspirações da classe dominante, à medida que esta, patrocinando o lobby, sempre conseguiu procedimentos diferenciados para a tutela de seus interesses.¹⁰

O autor ainda adverte que tal situação gerava uma desigualdade de procedimentos, pois grupos que tinham mais poder conseguiam ver seus interesses

⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. I. São Paulo: Atlas, 2010. v.I. p. 107-108.

⁶ Como pode ser observado pela redação do art. 461 do CPC após a reforma de 1994.

⁷ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n.183. p. 180 e seguintes.

⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. I. São Paulo: Atlas, 2010. p. 107-108.

⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 111

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20.

resguardados através de procedimentos processuais mais adequados aos seus objetivos¹¹.

A escolha pelo procedimento ordinário, o qual representa a mentalidade das codificações do Século XIX, por sua vez influenciadas pelas concepções políticas liberais que informaram a Revolução Francesa, explica-se pelo fato de que o procedimento sumário necessita de um juízo de verossimilhança que era proibido pelo sistema liberal da época. Com efeito, existia uma grande falta de confiança no juiz, não admitindo qualquer restrição à defesa e ao contraditório e exigindo, portanto, que a tutela do direito somente fosse viável após a plenitude da cognição¹².

Nesse mesmo sentido, Ovídio A. Baptista da Silva assevera que:

[...] a ordinariedade permite a plenariedade da demanda judicial, de modo a que o processo civil atenda às exigências e valores do individualismo liberal do século XIX, quais sejam, o respeito quase sagrado à liberdade individual do demandado, a quem se deveria assegurar ampla e exauriente defesa; e a segurança absoluta do vencedor contra quaisquer futuras investidas do vencido, representada pela intocabilidade da coisa julgada.¹³

Da mesma forma, se o processo não poderia conter uma decisão que fosse fundada em simples verossimilhança do direito, a técnica da antecipação de tutela mostrava-se impossível.

O juiz era considerado apenas um aplicador da lei. Não cabia ao Poder Judiciário, portanto, a tarefa de interpretar o texto normativo, razão pela qual um sistema processual em que o juiz pudesse tutelar um direito aparente e, inclusive, afirmar, em momento posterior, que não deveria ter concedido a tutela antecipada, seria um sistema em que a “justiça do juiz” não advém tão somente da “justiça da lei”, algo que era contrário aos princípios liberais que exigiam um controle intenso do

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. ressalta que a generalidade dos direitos eram tutelados pelo rito comum, mas existia a tutela antecipada para aqueles direitos excepcionais, tutelados por procedimentos especiais, como as ações possessórias e o mandado de segurança. (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 475)

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 51-52

¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 84

Judiciário como forma de garantir a liberdade dos cidadãos¹⁴. Dessa forma, Jaqueline Mielke da Silva resume que “o processo de conhecimento, com a exigência dos juízes de certeza, pressupõe a univocidade da lei, capaz de permitir apenas uma solução concreta”¹⁵.

Nesta senda, Luiz Guilherme Marinoni ensina que:

Na trilha do direito liberal, o processo, para não gerar insegurança ao cidadão, deveria conter somente um julgamento, que apenas poderia ser realizado após a elucidação dos fatos componentes do litígio. [...] A ‘certeza’ do juiz seria um pressuposto da sua capacidade de ‘enunciar a lei’. De modo que a garantia de liberdade e segurança, neste caso, estariam em um julgamento que, a partir da ‘descoberta da verdade’, pronunciasse as palavras da lei.¹⁶

Sendo assim, o procedimento ordinário clássico se caracterizava pela cognição sempre plena e exauriente isolando as peculiaridades do caso concreto¹⁷. Tal procedimento atribuía uma posição vantajosa ao réu, vez que “esse procedimento foi concebido a partir da necessidade de não se permitir a invasão da esfera jurídica do demandado antes da plena realização da oportunidade de defesa.”¹⁸

Sendo assim, no processo de conhecimento, a premissa fundamental, nas palavras do processualista gaúcho Ovídio A. Baptista da Silva,

[...] é a de que, nele não deve haver o menor vestígio de execução, de modo que ele acaba não podendo conter liminares (satisfativas), em homenagem ao princípio de que a cognição haverá de preceder sempre a execução (*nulla executio sine titulo*).¹⁹

Ocorre que o procedimento ordinário clássico com a divisão radical entre as funções de conhecimento e de execução e a concentração de toda a tutela de

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 51-52

¹⁵ SILVA, Jaqueline Mielke da. Tutela de urgência e pós-modernidade: a inadequação dos mecanismos atualmente positivados à realidade social. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 696

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 51-52

¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. I. São Paulo: Atlas, 2010. p. 112.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 367

¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 108

urgência no Processo Cautelar²⁰ não foi suficiente para as necessidades que a realidade foi demonstrando.

Dessa forma, Ovídio A. Baptista da Silva esclarece que:

As necessidades e contingências atuais de nossa realidade têm mostrado, muito mais do que suas possíveis vantagens [do procedimento ordinário], as enormes e insuportáveis desvantagens desse tipo procedimental, exacerbadamente moroso e complicado, a ponto de tornar-se inadequado ao nosso tempo e às nossas exigências decorrentes de uma sociedade urbana de massa.²¹

Sendo assim, principalmente em razão de sua morosidade, vez que o procedimento comum clássico é um instrumento de índole conservadora (exatamente como o consagrou o Código Buzaid), pois preserva o *status quo* anterior à propositura da ação durante todo o tempo em que o processo está em tramitação, e, em decorrência da passividade do juiz, o qual não tem poderes para intervir no objeto litigioso enquanto a demanda se processa, não podendo “dar regulação provisória ao estado de fato da lide”, o procedimento ordinário mostrou-se insuficiente para atender as exigências decorrentes da sociedade urbana de massa²².

2.2 INSUFICIÊNCIA DOS MECANISMOS EXISTENTES PARA CONCESSÃO DE TUTELA URGENTE: O USO IMPRÓPRIO DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

As características da sociedade contemporânea a diferenciam em muito da sociedade para a qual o Código Buzaid foi formulado. A sociedade atual é dinâmica e veloz, as relações interpessoais modificam-se com muita rapidez e o número de demandas judiciais aumenta vertiginosamente a cada dia²³. Assim, o

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 93

²¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 108

²² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 108

²³ De acordo com dados do CNJ publicados no site especializado Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-14/brasil-866-milhoes-processos-andamento-afirma-cnj>>. Acesso em 02/10/2012

direito processual teve que adequar-se às novas necessidades e anseios da sociedade.

Nesse sentido, Ovídio A. Baptista da Silva explica que as mudanças no contexto social levaram à insuficiência do procedimento ordinário para resolver as novas demandas, *in verbis*:

A civilização moderna pós-industrial, marcada pela pressa, pelas mudanças vertiginosas, que funciona preponderantemente com base na aparência determinada pela inevitável superficialmente de nossos contatos sociais, é a causa determinante desse fenômeno, que se acentua e avoluma na mesma proporção em que se exacerba a inadequação do procedimento ordinário, como resposta jurisdicional capaz de atender às exigências impostas pela consciência jurídica contemporânea.²⁴

Além desta evolução da sociedade, o Estado Constitucional, ao proteger os direitos fundamentais, fez com que surgissem novas situações materiais que careciam de proteção pelo Direito. Assim, esses “novos direitos” trazidos por esta transformação não só da sociedade, mas também do Estado, exigiram a proteção através de normas e tutelas jurisdicionais que visem a impedir e remover a sua agressão²⁵.

Luiz Guilherme Marinoni esclarece que o processo civil clássico, sem meios de antecipação da tutela final ou tutelas jurisdicionais mais adequadas ao direito material questionado em juízo, tornou-se inapto à prestação de justiça:

Ademais, a necessidade de maior celeridade de tutela dos direitos, advinda das características dos “novos direito” e das relações jurídicas próprias à sociedade contemporânea, colocaram em xeque o processo civil clássico – destituído de técnica antecipatória e de sentenças diferentes das declaratórias, constitutivas e condenatórias - , evidenciando a imprescindibilidade da adaptação do sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade, o qual era impotente para o alcance da antecipação da tutela final.²⁶

O direito processual deve ser adequado à realidade atual e não a outros momentos históricos. O processo civil é um instrumento de pacificação social,

²⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 79

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 54.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55.

devendo ser capaz de solucionar os impasses cotidianos dos cidadãos²⁷. Assim, a professora Jaqueline Mielke da Silva refere que: “O Direito Processual Civil deve ser o resultado de uma razão comunicativa, extraída a partir da práxis cotidiana, tanto no aspecto legislado quanto no referente ao direito interpretado pelos Tribunais”²⁸. Dessa forma, o direito processual tem que se atualizar, devendo o processo estar em harmonia com o direito material, vez que este depende daquele em nível de efetividade, com a implementação de mecanismos singulares que tornem mais ágil e efetiva a prestação da tutela.

Em coro aos demais processualistas, Arruda Alvim relata que:

Atentos ao descompasso entre a realizada vigente e a escassez dos instrumentos disponíveis à tutela urgente de direitos, os tribunais pátrios passaram a se valer do poder geral cautelar para conceder as medidas necessárias à minoração dos prejuízos sofridos pelo autor em razão da demora do desfecho desse processo.²⁹

E o jurista segue:

Nesse contexto, as medidas acautelatórias refletiram os próprios desígnios do Estado Social, ao restabelecer, no plano processual, o equilíbrio que os novos direitos, pautados na dignidade social, buscavam restabelecer no plano do direito material.³⁰

Assim sendo, apesar da falta de idoneidade do procedimento ordinário clássico para atender aos novos desafios trazidos pelo direito material, posto que permeado pelas concepções liberais de igualdade material e manutenção do *status quo*³¹, enquanto a legislação não se curvava aos anseios da nova realidade social, os juristas passaram a se utilizar da ação cautelar inominada para a obtenção da

²⁷ SILVA, Jaqueline Mielke da. Tutela de urgência e pós-modernidade: a inadequação dos mecanismos atualmente positivados à realidade social. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 698

²⁸ SILVA, Jaqueline Mielke da. Tutela de urgência e pós-modernidade: a inadequação dos mecanismos atualmente positivados à realidade social. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 699

²⁹ ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.171

³⁰ ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.171

³¹ ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.171

tutela inibitória, da tutela de remoção do ilícito e até mesmo para a obtenção da antecipação de tutela, que não era aceita no procedimento ordinário clássico³².

Luiz Guilherme Marinoni explica a razão pela qual a ação cautelar foi o meio encontrado para dar maior efetividade aos direitos:

Como o procedimento cautelar viabiliza a concessão de liminar, assim como o uso de meios executivos adequados às diferentes situações concretas – uma vez que a execução da tutela cautelar nunca se submeteu ao princípio da tipicidade dos meios executivos -, a prática forense passou a conceber, especialmente em razão das particularidades dos novos direitos, um uso não cautelar da ação cautelar inominada.³³

O processualista paranaense ainda destaca que o uso não cautelar da ação cautelar inominada não ocorreu apenas no Brasil, mas em todos os países em que o modelo clássico de processo de conhecimento esgotou sua funcionalidade³⁴.

O processo cautelar foi, portanto, uma “válvula de escape”³⁵ do procedimento ordinário, vez que o legislador de 1973 impossibilitou as vias alternativas de tutelas de urgência. Assim, para fugir da demora patológica do procedimento ordinário clássico, a cautelar inominada era usada em situações marcadas pela urgência, como um instrumento de sumarização processual³⁶.

Dessa forma, a tutela jurisdicional, que poderia ser prestada apenas ao final do processo de conhecimento, passou a ser concedida, através da ação cautelar inominada utilizada de forma autônoma e satisfativa, de forma antecipada³⁷.

Desta forma, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que:

Diante desta limitação importa ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias satisfativas, a tutela cautelar passou a ser desvirtuada.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56.

³⁵ COSTA, Guilherme RECENA. Entre função e estrutura: Passado, Presente e Futuro da Tutela de Urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 662

³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 110

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62

Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativas), como se cautelares fossem, criando-se, jurisprudencialmente, as chamadas ‘cautelares satisfativas’.³⁸

Ocorre que o uso da cautelar satisfativa extrapolou o âmbito clássico de aplicação do processo cautelar, qual seja, a função de assegurar o direito para uma futura execução³⁹.

Tal desvirtuamento da técnica processual foi criticado por alguns autores⁴⁰. Nesta senda, Teori Zavascki ressalta que o poder geral de cautela nas medidas cautelares satisfativas foi largamente questionado pelos processualistas, principalmente no que tange a legitimidade ou não dessas medidas no âmbito do processo cautelar⁴¹.

Entretanto, conforme salientam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, as cautelares satisfativas poderiam ser vistas como um desvirtuamento da técnica processual ou como a demonstração da força normativa do princípio da adequação, visto que “diante de um sistema inadequado para a tutela dos direitos em situação de urgência ou evidência, o Poder Judiciário viu-se na contingência de ‘adequar’ a legislação processual e sanar a lacuna legislativa”⁴².

A admissão da tutela de urgência de cunho satisfativo pelos Tribunais inicialmente encontrou resistência⁴³, sendo negada inclusive em casos em que fosse

³⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 475

³⁹ COSTA, Guilherme RECENA. Entre função e estrutura: Passado, Presente e Futuro da Tutela de Urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 662

⁴⁰ Como, por exemplo, Adroaldo Furtado Fabrício refere que: “Constituiu-se à margem da lei, um dispositivo de abreviação da entrega da prestação jurisdicional, ainda que em detrimento da segurança e qualidade dessa mesma prestação. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 16). E Guilherme Recena Costa que ainda observa que a cautelar satisfativa muitas vezes era prestada *inaudita altera pars*, sem respeito ao conteúdo mínimo do direito fundamento de defesa, quadro que se tornava ainda mais grave quando os efeitos dos provimentos eram irreversíveis. (COSTA, Guilherme Recena. Entre função e estrutura: Passado, Presente e Futuro da Tutela de Urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 664)

⁴¹ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42

⁴² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 475

⁴³ COSTA, Guilherme Recena. Entre função e estrutura: Passado, Presente e Futuro da Tutela de Urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 662

indispensável à realização do direito fundamental de ação, ou seja, em casos em que a prestação de tutela somente ao final do processo esvaziaria totalmente a prestação jurisdicional⁴⁴.

O Superior Tribunal de Justiça também possuía este entendimento, chegando a afirmar expressamente ser incabível a antecipação satisfativa da prestação jurisdicional em ação cautelar⁴⁵.

No entanto, Teori Zavascki relata que gradativamente o uso da cautelar satisfativa passou a ser aceito pelos magistrados: “[...] o que ocorreu nos tribunais, de um modo geral, foi a gradual passagem de uma linha de orientação nitidamente radical, de rejeitar medidas cautelares satisfativas, para outra exatamente oposta”⁴⁶.

O jurista Arruda Alvim esclarece que a mudança na posição jurisprudencial refletiram as prioridades eleitas pelo Estado Social, uma vez que as medidas cautelares satisfativas viabilizam a concreção de valores como saúde, habitação, alimentação⁴⁷.

Dessa forma, a legislação processual não foi capaz de obstaculizar a efetividade dos direitos e coube ao juiz, interpretando as normas de direito processual de acordo com as necessidades do direito material e em observância ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, desprezar a impropriedade da técnica processual com a finalidade de prestar tutela jurisdicional adequada àqueles que socorriam-se ao Poder Judiciário⁴⁸.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62.

⁴⁵ Conforme se observa pelo julgamento proferido pela Segunda Turma do STJ em 1994. Segue a ementa: AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. CRUZADOS NOVOS. LIBERAÇÃO. 1. INADMISSIVEL A ANTECIPAÇÃO SATISFATIVA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM MEDIDA CAUTELAR. 2. LIBERADA A ULTIMA PARCELA DOS CRUZADOS NOVOS RETIDOS, A AÇÃO RESTOU PREJUDICADA PELA PERDA DO SEU OBJETO. 3. AGRAVO IMPROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 39641/MG. Agravantes: Mario Bicalho e cônjuge. Agravado: Banco Central do Brasil. Relator: Ministro Peçanha Martins. Brasília, 11 abr. 1994. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=LIBERADA+A+ULTIMA+PARCELA+DOS+CRUZADOS+NOVOS+RETIDOS%2C+A+A%C7%C3O+RESTOU+PREJUDICADA+PELA+PERDA+DO+SEU+OBJETO&b=ACOR>. Acesso em 10 nov. 2012.)

⁴⁶ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44

⁴⁷ ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.173

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62

Cumpra mencionar que as experiências italiana e francesa também mostram que as medidas antecipatórias devem muito à elaboração jurisprudencial⁴⁹, conforme salienta José Carlos Barbosa Moreira:

No foro nasceu e cresceu o *référé*; e do foro receberam nutrição os *provvedimenti d'urgenza peninsulares*. Foi com arrimo em decisões judiciais, muito mais que na letra da lei, que estes e aquele se viram progressivamente alçados à posição dos últimos tempos, com certeza muito mais saliente do que cogitada de início pelo legislador.⁵⁰

O jurista ainda assinala que o juiz, no impulso de fazer justiça, por vezes acaba procurando na legislação algum remédio, ainda que não exista uma solução legal específica para aquela situação, de forma que a insuficiência dos textos legais não impede o Judiciário de dar proteção ao direito⁵¹.

É possível concluir, pois, que essas ações cautelares impróprias possuíram “um papel destacado no desenvolvimento do estudo da tutela de urgência no direito processual brasileiro e na remodelação do tratamento legislativo da matéria”⁵².

2.3 A REFORMA DE 1994 E A VIRADA DE RUMO

Como já foi mencionado, o Código de Processo Civil sofreu uma enorme modificação em 13 de dezembro de 1994 com o advento da Lei nº 8.952, a qual introduziu a técnica de cognição sumária prestada mediante técnica antecipatória no procedimento ordinário, alterando o artigo 273 do CPC⁵³.

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. In: *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*. Curitiba, abril/junho 2003, n. 28. p. 291

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. In: *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*. Curitiba, abril/junho 2003, n. 28. p. 290/291

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. In: *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*. Curitiba, abril/junho 2003, n. 28. p. 290

⁵² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 475

⁵³ Cumpra observar que a Lei nº 8.952/1994 também alterou o artigo 461 do CPC, acrescentando uma espécie de antecipação de tutela nos processos referente a obrigações de fazer e de não-fazer. No presente estudo, no entanto, trabalharemos com a reforma do artigo 273 do CPC.

Tal reforma representou o início de uma nova concepção de processo civil, mais preocupado com a problemática da inefetividade do procedimento ordinário clássico e com a adequação da prestação jurisdicional⁵⁴.

A redação do artigo 273 com o advento da Lei nº 8.952/1994 e, mais tarde, com a publicação da Lei 10.444/2002 resultou no seguinte dispositivo:

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.

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

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

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

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

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

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (este parágrafo foi acrescentado pela Lei n. 10.444/2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.⁵⁵

Para Luiz Guilherme Marinoni, essa alteração do CPC mostrava-se necessária em razão da resistência de parte da doutrina e jurisprudência em admitir a utilização da ação cautelar com a finalidade alcançar uma tutela satisfativa fundada em cognição sumária⁵⁶. No entanto, Arruda Alvim destaca a importância dos órgãos jurisdicionais que, seguindo os ensinamentos de juristas consagrados,

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 75

⁵⁵ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 63

anteciparam-se ao texto legal a fim dar maior efetividade às normas constitucionais⁵⁷.

Através dessa reforma processual, liderada pelos professores Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, a técnica da antecipação de tutela foi universalizada – já que a antecipação não foi criada com o dispositivo, pois já era prevista em alguns procedimentos especiais⁵⁸-, sendo permitido ao juiz, atendidos certos requisitos, antecipar os efeitos da tutela de mérito, que antes só poderia ser prestada ao final do processo, em qualquer processo de conhecimento⁵⁹.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira esclarecem que:

Com a reforma dos arts. 273 e 461, §3º, do CPC, pela Lei n. 8.952/1994, inseriu-se, no bojo do procedimento comum, o poder geral de antecipação (satisfativa), generalizando a autorização legislativa para a concessão da tutela antecipada satisfativa, agora permitida para “qualquer direito”, e não apenas para aqueles que se tutelavam por alguns procedimentos especiais. promoveu-se a “ordinarização” da tutela antecipada satisfativa – ou seja, o que antes era privilégio de alguns procedimentos especiais tornou-se regra no nosso sistema.⁶⁰

Sendo assim, refere Ovídio A. Baptista da Silva que os efeitos de uma eventual sentença de procedência, a partir desse momento, poderiam ser antecipados a partir de um juízo de verossimilhança sobre o pedido formulado pelo autor⁶¹, quebrando a “tirania da ordinaryness”⁶².

Após a reforma, o uso da cautelar satisfativa para a obtenção de qualquer medida de tutela de urgência não prevista expressamente no Capítulo II do

⁵⁷ ALVIM, Arruda. *A evolução do direito e a tutela de urgência*. In ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175

⁵⁸ ALVIM, Arruda. *A evolução do direito e a tutela de urgência*. In ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 172 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20

⁵⁹ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 45

⁶⁰ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 477

⁶¹ Importante observar que também é possível que seja deferida a antecipação de tutela em favor do réu. Ler MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 e DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. V. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011.

⁶² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed, rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 112

Livro III foi imensamente reduzido⁶³, já que a alteração do CPC eliminou a necessidade do uso distorcido da ação cautelar para a obtenção da liminar em ação de cognição exauriente⁶⁴.

A nova redação do CPC, portanto, atendeu aos reclamos dos processualistas e produziu uma importante mudança de concepção do próprio sistema processual. Segundo Teori Zavascki, a reforma acarretou mudanças não só no processo de conhecimento, mas em todos os demais processos, principalmente no processo de execução, com a incorporação da atividade jurisdicional executiva no processo de conhecimento – o que mitigou a separação das funções de conhecimento e execução própria do Código Buzaid⁶⁵.

Sendo assim o jurista ainda explica que:

Ora, antecipar a tutela, conforme se verá, nada mais significa que antecipar providências executórias que podem decorrer da futura sentença de procedência. Efetiva-se a antecipação mediante atos tipicamente executivos, vale dizer, atos que importam modificações no status quo, seja provocando, seja impedindo alterações no plano dos fatos. Sendo assim, a universalização do instituto da tutela antecipada importa necessidade de adaptação, pela via da hermenêutica, do regime do processo executivo à nova realidade, tarefa que demanda permanente engenho e criatividade da doutrina e da jurisprudência.⁶⁶

Assim, a lei de 1994 foi o início de uma evolução no direito processual brasileiro, superando a ideia de segurança amparada no texto da lei, o que permitiu a evolução das tutelas de urgência⁶⁷. Em 2002, com a inclusão do § 6º no artigo

⁶³ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p.476. Importa esclarecer que existem muitas controvérsias sobre as diferenças entre a ação cautelar e a antecipação de tutela, mas tal não é objeto no presente estudo. Ler BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 103

⁶⁵ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 73. No mesmo sentido, DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 477

⁶⁶ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 73

⁶⁷ ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 174

273⁶⁸, houve mais uma tentativa do legislador em abreviar o processo, em atenção ao direito fundamental à tutela efetiva, adequada e prestada em tempo razoável, dispondo que a tutela deve ser antecipada quando uma parcela do pedido mostrar-se incontrovertido⁶⁹.

A reforma do CPC culminou em 2005⁷⁰ com o rompimento definitivo da separação entre a função de conhecimento e de execução do órgão jurisdicional, sendo abolido o processo de execução autônomo nas sentenças condenatórias, com a instauração da fase de cumprimento de sentença (art. 475-J, CPC). Deu-se, assim, início à função jurisdicional executiva através de simples petição nos autos, sem a necessidade de instauração de um novo processo⁷¹.

Essas reformas legislativas demonstram a intenção do legislador ordinário em sanar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo⁷².

Se inicialmente a técnica antecipatória era voltada para combater à urgência, ou seja, era admitida quando presente perigo de dano irreparável ou de difícil reparação à parte, a partir do artigo 273, inciso II e do §6º do mesmo artigo, a evidência das posições jurídicas postas em juízo também passaram a ter relevância para a concessão da tutela antecipada⁷³.

Assim, José Roberto dos Santos Bedaque refere que:

Duas são as hipóteses que justificam a adoção desse mecanismo interlocutório no procedimento comum. Um seria o risco de inefetividade, assegurar o bem da vida necessário à efetividade do provimento final. Em outras situações, todavia, o legislador autoriza essa antecipação provisória independentemente desse risco. Contenta-se com a probabilidade de o autor ter razão. Convencendo-se o juiz de que a pretensão de deduzida na inicial tem boas chances

⁶⁸ Para aprofundar os estudos sobre antecipação de tutela da parcela incontrovertida: MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontrovertida da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁹ COSTA, Guilherme RECENA. Entre função e estrutura: Passado, Presente e Futuro da Tutela de Urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 675

⁷⁰ Com a promulgação da Lei n. 11.232/2005.

⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Bases teóricas para um novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrólio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Salvador: JusPodium, 2009. p. 33

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 27

⁷³ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 47

de ser atendida, poderá conceder-lhe a possibilidade de fruição provisória do bem da vida pretendido.⁷⁴

Sobre esses dispositivos processuais, Luiz Guilherme Marinoni destaca que “essas duas técnicas de tutela antecipatória, quando bem compreendidas, são capazes de conferir adequada distribuição do ônus do tempo, viabilizando o equilíbrio entre o direito de ação e de defesa”⁷⁵.

Nesse sentido, Daniel Mitidiero assevera que:

Embora inicialmente ligada tão somente à urgência, a técnica antecipatória hoje também tem lugar para sumarizar verticalmente a cognição a fim de outorgar adequado tratamento aos direitos evidentes no processo civil. Com isso, redimensiona-se inclusive o papel mais fundo da técnica antecipatória – a distribuição isonômica do ônus do tempo entre as partes no processo civil.⁷⁶

A antecipação de tutela, inserida de forma atípica no ordenamento, representou uma nova era do processo civil no Brasil, voltando-se não só às situações de urgência, como também as situações em que a posição jurídica apresentada é evidente. Dessa forma, os novos rumos ideológicos do processo civil passaram a dar ênfase ao princípio da efetividade da função jurisdicional, a qual deve ser buscada, primordialmente, pela prestação da tutela de forma efetiva, adequada e em tempo razoável.

2.4 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO E DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, ADEQUADA E TEMPESTIVA

A técnica de antecipação de tutela foi inserida no procedimento ordinário em razão da necessidade demonstrada pelo direito material. Seus fundamentos, portanto, estão diretamente ligados aos direitos fundamentais processuais contidos

⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 330

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 27

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 40

no art. 5º da Constituição Federal⁷⁷, tais com o direito à tutela efetiva, ao acesso à justiça, entre outros. A antecipação de tutela é, portanto, “um poderoso instrumento que visa garantir um acesso irrestrito e efetivo ao Poder Judiciário”⁷⁸.

Nesse sentido, Daniel Mitidiero resume que:

O direito ao processo justo é o direito ao processo civil no Estado Constitucional. O exercício de poder no Estado Constitucional só é legítimo se por ele pautado. Um de seus elementos é o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. O legislador infraconstitucional, ao prever a técnica antecipatória, realiza a um só tempo todo o cabedal conceitual ligado ao Estado Constitucional: a tutela sumária visa a distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo, adequando-o às necessidades nele evidenciadas a fim de que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva aos direitos e em prazo razoável.⁷⁹

Eduardo Arruda Alvim, por sua vez, conclui que:

Tem, assim, a antecipação de tutela por escopo possibilitar acesso mais rápido e justo – mais efetivo, por assim dizer – à tutela jurisdicional. Constitui preceito que visa a dar aplicação, na ordem prática, dentre outros, ao já mencionado art. 5º, XXXV, do Texto Supremo, e indiscutivelmente está relacionada com a ideia de devido processo legal.⁸⁰

Assim sendo, a técnica antecipatória é um direito do jurisdicionado garantido pela Constituição como um todo, sendo o direito fundamental à tutela

⁷⁷ É imperioso observar que o processo civil é uma disciplina que deve ser sempre compreendida na perspectiva dos direitos fundamentais. Neste sentido, assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, instrumento de realização de valores e especialmente valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2)

⁷⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. A raiz constitucional da antecipação de tutela. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 426

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. P.

⁸⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. A raiz constitucional da antecipação de tutela. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 434. Importa, no entanto, explicar que preferimos trabalhar com a ideia de *processo justo*, como será visto adiante.

adequada, efetiva e tempestiva dos direitos tão somente sua manifestação mais sensível⁸¹.

A Constituição Federal dispõe, no artigo 5º, LIV, XXXV e LXXVIII, o direito fundamental ao processo justo e o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos⁸². Assim, é dever do legislador no Estado Constitucional oferecer técnicas e procedimentos que possuam a capacidade de efetivar tais princípios no processo civil.

O direito fundamental ao processo justo e o direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos decorre da proibição de “fazer justiça com as próprias mãos”, surgindo como contrapartida ao monopólio jurisdicional do Estado, que passa a ter o dever de conferir aos particulares mecanismos de solução dos conflitos de forma eficiente⁸³.

Assim sendo, Luiz Guilherme Marinoni explica que:

O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflituos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido.⁸⁴

O artigo 5º, inciso LIV, dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A doutrina, no entanto, prefere se referir ao dispositivo como o direito fundamental ao *processo justo*⁸⁵.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 627 e seguintes.

⁸² art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁸³ ALVIM, Eduardo Arruda. A raiz constitucional da antecipação de tutela. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 435

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 23

⁸⁵ Parcela da doutrina divide o princípio do devido processo legal em devido processo legal substancial, ou seja, fundamento dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade; e devido processo legal procedimental, que seria a garantia de um processo adequado. No entanto, Humberto Ávila, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, entre outros, criticam a ideia de devido processo legal fora de sua dimensão processual, tendo em vista que os deveres de proporcionalidade e racionalidade tem seus fundamentos nos princípios de liberdade e igualdade, ou seja, o que se busca na dimensão substancial do devido processo já é conferido por outros princípios igualmente expressões na Constituição Federal. Mais sobre a questão em ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? In: *Revista de Processo*, vol. 163. São

Nesse sentido, o professor Humberto Ávila explica que:

A Constituição, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo. Nesse sentido, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo. E deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais.⁸⁶

Da mesma forma, Sérgio Luís Wetzel de Mattos assinala que o processo justo não se limita à necessidade de observância de procedimento criado por lei. O processo justo é aquele informado por direitos fundamentais, implícitos ou explícitos na Constituição⁸⁷. Nesse sentido, o autor conclui que:

[...] o direito fundamental ao devido processo legal deve ser concebido como direito fundamental a um processo justo, vale dizer, como direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, e, enfim, voltado para a obtenção de uma proteção judicial efetiva.⁸⁸

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero asseveram que “o direito ao processo justo é um direito de natureza processual. Ele impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva”⁸⁹. Ou seja, o legislador tem o dever de organizar, através de normas processuais, um processo idôneo à tutela dos direitos, enquanto que o juiz deve interpretar as normas e aplicar a lei em conformidade com o princípio⁹⁰.

Sendo assim, o direito ao processo justo trata-se de um princípio e, apesar de ser um termo indeterminado, tem um “perfil mínimo”⁹¹, que compreende

Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? In: *Revista de Processo*, vol. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55

⁸⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 194

⁸⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 201

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 617

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 617

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 619

principalmente um processo capaz que prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, com igualdade entre as partes, contraditório, ampla defesa, perante um juiz natural, através de um procedimento público, com decisões motivadas e dentro de um prazo razoável de duração⁹².

A tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, ainda que seja um dos elementos do processo justo, também é depreendida da CF, art. 5º, incisos XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O acesso à justiça⁹³, estabelecido no dispositivo supracitado, ocorre através do processo, que é o meio disponibilizado aos cidadãos pelo Estado, com a finalidade de solucionar os conflitos de interesses mediante decisões justas. No entanto, esses meios de solução devem ser adequados à realidade social e às finalidades pretendidas⁹⁴, vez que “é claro, não basta abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos⁹⁵”. Dessa forma, o dispositivo constitucional que traz a necessidade de que o processo tenha uma *duração razoável*, explicitando a importância da efetividade e, principalmente, da tempestividade da tutela jurisdicional estava consolidado pela doutrina muito antes de inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004⁹⁶.

Assim, muito mais do que assegurar o direito incondicionado e abstrato de ação, independentemente de qualquer condição pessoal, todos têm a real

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.. p. 619

⁹³ Para aprofundar os estudos sobre o tema: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris, 1988

⁹⁴ CAMEJO FILHO, Walter. Garantia do Acesso à Justiça. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 44

⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12

⁹⁶ Luiz Fux, em obra publicada em 1996, já menciona que: “O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige ‘efetividade’, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o ‘indevido’ processo.” (FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 319-320).

possibilidade de fazer uso de instrumentos adequados para obter o reconhecimento de um direito⁹⁷. Ou seja, a tutela jurisdicional tem que ser efetiva, adequada e tempestiva de acordo às necessidades do caso concreto.

Daniel Mitidiero assevera que:

O direito à satisfação do direito é o direito à sua realização concreta. Nada tem a ver com a formação da coisa julgada sobre a decisão que o reconhece. Satisfazer um direito não é declará-lo definitivamente existente. Apenas quem parte de uma compreensão puramente processual das relações entre direito e processo pode supor que o direito à satisfação do direito equivale à formação da coisa julgada. Quem consegue ver o processo sob um ângulo de visão externo – ligado à tutela do direito e não simplesmente às abstratas categorias processuais – percebe facilmente que semelhante compreensão do tema não passa de uma visão eclipsada da realidade.⁹⁸

Ademais, o processo, em seu caráter instrumental, deve ser capaz de promover a realização do direito material, não podendo de forma alguma ser neutro e indiferente em relação à realidade fática⁹⁹. O processo é o meio pelo qual um determinado fim é atingido, devendo, pois, ser idôneo a atingi-lo. Assim, as características da situação fática apresentada ao Judiciário devem ser analisadas para, após, o magistrado, à luz do ordenamento jurídico, adequar o processo ao direito material, adotando técnicas idôneas à prestação efetiva da tutela jurisdicional¹⁰⁰.

Sendo assim, o processo deve ser dotado de técnicas processuais, tal qual a técnica antecipatória, que permitam a realização da tutela do direito, bem como sejam aptas a produzir resultado prático dotado de utilidade¹⁰¹.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero também acrescentam que a tutela jurisdicional adequada também prestigia a isonomia entre os cidadãos, na medida em que:

⁹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63

⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.55

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 154

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 630-631

¹⁰¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63

A igualdade material entre as pessoas – e entre as situações substanciais carentes de tutela por elas titularizadas – só pode ser alcançada na medida em que se possibilite tutela jurisdicional diferenciada aos direitos.¹⁰²

Assim, os autores ainda exemplificam como o direito à tutela adequada deve aparecer no processo:

O direito à tutela jurisdicional adequada determina a previsão: i) de procedimentos com nível de cognição apropriado à tutela do direito pretendida; (ii) de distribuição adequada do ônus da prova, inclusive com possibilidade de dinamização da prova e inversão; (iii) técnicas antecipatórias idôneas a distribuir isonomicamente o ônus do tempo no processo, seja em face da urgência, seja em face da evidência; [...].¹⁰³

Ou seja, através da técnica antecipatória, a tutela jurisdicional será prestada de maneira adequada ao direito material apresentado no processo¹⁰⁴.

Além de adequada, para que o processo seja justo, a tutela deve ser efetiva, vale dizer, o resultado da prestação jurisdicional deve espelhar o máximo possível o direito material, produzindo assim resultados úteis a todos que necessitem da tutela estatal¹⁰⁵. Nesse sentido:

Trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional, já que é fácil perceber que a força normativa do Direito fica obviamente combatida quando esse carece de *atuabilidade*.¹⁰⁶

Importante observar que o direito à tutela efetiva não implica o direito ao acolhimento da pretensão formulada pela parte, mas tão somente no direito de que a

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 630

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 630

¹⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.134

¹⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 72 e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 637

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, em coautoria com SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 637

tutela seja prestada dentro de tempo hábil, e o direito deve ser realizado de forma específica e concreta¹⁰⁷.

A observância da tutela efetiva também não significa apenas a rápida prestação de uma tutela jurisdicional, no entanto, não é difícil concluir que uma tutela prestada de forma intempestiva não é efetiva e muito menos justa. Logo, o direito à tutela jurisdicional tempestiva é um desdobramento do princípio da efetividade e do próprio direito ao processo justo. Assim sendo, o legislador tem o dever de desenhar procedimentos que não permitam que quaisquer das partes seja prejudicada pela demora da tramitação do processo¹⁰⁸.

Convém, por fim, destacar o ensinamento do professor Sérgio Mattos, no sentido de que:

A observância do processo justo, por derradeiro, não constitui apenas garantia de justiça, mas é, igualmente, condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça. E essa confiança, por sua vez, investe-se como “elemento fundamental para a legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil”.¹⁰⁹

2.5 A IMPORTÂNCIA DO TEMPO NO PROCESSO. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO DO PROCESSO COMO FUNDAMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM GERAL

Na sociedade atual, tudo é instantâneo e as relações jurídicas se desenvolvem com espantosa rapidez. A influência do fator tempo evoluiu e, conforme exposto por José Rogério Cruz e Tucci¹¹⁰: “[...] na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo, time is money.” É necessário, pois, passarmos a considerar o tempo dentro dos novos desafios que a sociedade globalizada impõe

¹⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada e Efetiva, Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e Multa Processual para o Cumprimento das Obrigações de Pagar Quantia. In: MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 94-95

¹⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada e Efetiva, Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e Multa Processual para o Cumprimento das Obrigações de Pagar Quantia. In: MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 94-95

¹⁰⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 200-201

¹¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.18

ao Direito e, especialmente, ao direito processual civil¹¹¹. Nessa senda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta que:

O fator tempo vai ganhar papel de destaque nesse quadro, ainda mais com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema, a exigir uma solução mais ou menos premente do litígio.¹¹²

Este é o principal desafio do direito processual contemporâneo: conciliar a efetividade ínsita à tutela jurisdicional, com a exigência cada vez maior da sociedade em decisões jurisdicionais rápidas, com as garantias do contraditório e ampla defesa inerentes ao Estado Constitucional de Direito¹¹³. Por essa razão, os procedimentos de longa duração, de cognição plena e exauriente, estão perdendo cada vez mais espaço¹¹⁴.

Ocorre que o tempo é um fator inafastável do processo, conforme observado por Ovídio A. Baptista da Silva:

¹¹¹ Cumpre referir, no entanto, que o fator tempo no processo judicial já vem sendo tratado há muito tempo como um dos principais motivos de crise da justiça que atinge um grande número de países. José Rogério Cruz e Tucci refere, inclusive, que a história do processo é marcada por tentativas de tornar o procedimento mais célebre e menos complicado. (TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.18) No entanto, a importância do tempo no processo toma proporções ainda maiores em razão do progressivo aumento das demandas judiciais, bem como uma complexidade maior nas demandas atuais (que deixaram de ser principalmente patrimoniais, passando a abranger temas mais complexos com não raras colisões entre direitos fundamentais) colocam a demora na solução do em posição ainda mais destacada. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 22 e THEODORO Jr. Humberto. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 685)

¹¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13

¹¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, *passim*. Importante observar que, conforme destacado por Daniel Mitidiero, é mais adequado falar-se do desafio contemporâneo de conciliação entre a *certeza* e a *rapidez* tão desejadas à prestação da tutela jurisdicional do que referir-se ao clássico dilema entre efetividade e segurança, eis que, conforme explica Humberto Ávila a efetividade do Direito como um todo é um dos aspectos do princípio da segurança jurídica (juntamente com a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito). Não é difícil perceber que um Direito que mostra-se inefetivo (sem realizabilidade) será um Direito que não oferece segurança aos cidadãos. (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 256-262; MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 60-65)

¹¹⁴ José Roberto dos Santos Bedaque observa que no futuro o processo civil será dominado pelos provimentos urgentes e provisórios. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 115)

Como antes dissemos, a ideia de processo não se concilia com a instantaneidade. As leis de processos poderão reduzir os inconvenientes que o tempo provoca, inevitavelmente, na vida dos direitos, procurando afeiçoá-las às exigências dos casos concretos, porém jamais poderão suprimir inteiramente o fator temporal.¹¹⁵

O processo judicial requer a existência de encadeados e sucessivos atos procedimentais que desenrolam-se em várias fases ou etapas para atingir seu objetivo final¹¹⁶. Em respeito à segurança jurídica e ao processo justo, não podemos excluir as garantias das partes, nem retirar do réu o tempo necessário para defender-se, posto que somente desta forma chegar-se-á a uma decisão acertada¹¹⁷. Deve-se, portanto, equilibrar a questão da celeridade com a segurança jurídica, que exige um lapso temporal razoável para a tramitação do processo¹¹⁸. Dessa forma, um julgamento célere, ou seja, sem dilações indevidas, não pode ser confundido com um julgamento precipitado¹¹⁹.

Incumbe salientar que o tempo representa um fator que prejudica ambas as partes no processo, tendo em vista que:

Mesmo aquele que sai derrotado não deve lamentar-se da pronta resposta do Judiciário, uma vez que, sob o prisma psicológico, o possível e natural inconformismo é, sem dúvida, mais tênue quando a luta processual não se prolonga durante muito tempo.¹²⁰

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes refere que, em algumas situações, a demora da resposta do Judiciário pode ser fatal¹²¹. O autor ainda adverte que a lentidão do processo pode ser um fator de desigualdade social, tendo em vista que “os mais abastados têm melhores condições de suportar o tempo do processo e suas incertezas, o que faz os mais pobres aceitarem maus acordos ou desistirem de suas pretensões.”¹²²

¹¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 78/79

¹¹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 14

¹¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 29

¹¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66

¹¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66

¹²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 65

¹²¹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 23

¹²² LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 24

Sendo assim, tanto o legislador como o juiz e o doutrinador devem procurar desenvolver o processo civil de forma a reduzir a influência do tempo, evitando dilações desnecessárias e dando efetiva “vigência prática” aos direitos subjetivos reconhecidos pelo ordenamento jurídico¹²³. Dessa forma, “o tempo gasto na atividade processual apenas é justificável quando necessário e proporcional em face dos atos a realizar.”¹²⁴

Neste desiderato, é preciso fazer uso de alguns mecanismos, como a antecipação de tutela, tanto aquela fundada no risco, quanto a fundada na evidência de um direito. Dessa forma, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

Se a realidade contemporânea muitas vezes não comporta a espera do tempo despendido para a cognição exauriente da lide, em muitos casos, o direito ao devido processo legal somente poderá se realizar através de uma tutela de cognição sumária. Quem tem direito à tutela adequada tem direito à tutela antecipatória.¹²⁵

O procedimento ordinário, sem a possibilidade de antecipação de tutela, impõe unicamente ao autor o ônus da demora da jurisdição. A demora do processo, portanto, “sempre beneficia o réu que não tem razão”¹²⁶. Isso ocorre pela razão de que é o autor quem pleiteia uma modificação no mundo dos fatos enquanto o réu deseja justamente a manutenção da sua situação fática. Assim, quanto mais tempo dura o processo, mais tempo o bem da vida buscado em juízo permanece na esfera jurídica do réu, trazendo grandes prejuízos ao autor que tem razão¹²⁷.

As dilações indevidas no procedimento acabam por premiar a resistência do réu, uma vez que para ele é mais conveniente e vantajoso economicamente esperar uma decisão desfavorável tardia do que adimplir a obrigação com pontualidade¹²⁸.

¹²³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 79

¹²⁴ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 26

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p.136

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 16

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 18

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 273-274

Dessa forma, não é mais possível observar o fator tempo como “algo neutro e incapaz de prejudicar alguém”¹²⁹. O tempo despendido inevitavelmente em todo e qualquer processo, gera, por si só, um “dano marginal”¹³⁰.

Nesse panorama, a técnica antecipatória serve justamente como uma forma de distribuição do tempo do processo, afastando, em situações em que o autor pode sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação ou em que réu apresente uma defesa inconsistente, o ônus que antes era exclusivamente do autor. Assim sendo, Daniel Mitidiero, assinala que:

O legislador tratou o tempo do processo como fonte potencial de dano às partes, sugerindo a sua distribuição isonômica a fim de que não represente prejuízo ao demandante que tem razão – que seria obrigado a suportá-lo integralmente – e benefício para o demandado que não a tem.¹³¹

Dessa forma, “uma vez colocado o ônus do tempo sobre os ombros do réu, é este quem terá real interesse no prosseguimento do feito, de modo a obter uma sentença de improcedência que revogue a antecipação”¹³².

A distribuição ônus do tempo do processo é, portanto, a verdadeira função da técnica antecipatória. E tal fundamento da antecipação de tutela ganha ainda mais destaque na hipótese do art. 273, inciso II, do CPC, eis que nesse caso, ante a injustiça de que o autor que tem um direito provável suporte o ônus do tempo do tempo em benefício do réu que abusa do seu direito de defesa, deve o juiz antecipar a tutela jurisdicional, de forma a distribuir, conforme as situações fáticas, o pesado ônus da demora do processo entre as partes¹³³.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

¹³⁰ ANDOLINA, Ítalo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25. Cumpre salientar que o dano marginal não se assemelha ao dano que enseja a antecipação de tutela pelo art. 273, inciso I, do CPC, dano este que não depende unicamente da demora do processo e não é necessário a todos os processos.

¹³¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.134

¹³² COSTA, Guilherme RECENA. Entre função e estrutura: Passado, Presente e Futuro da Tutela de Urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 670

¹³³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

3 ARTIGO 273, II, CPC: O ABUSO DO DIREITO DE DEFESA DO RÉU COMO FATOR LEGITIMADOR DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após análise detida da história e desenvolvimento do instituto da antecipação de tutela no ordenamento jurídico brasileiro, bem como estudo sobre os fundamentos e a finalidade da técnica antecipatória como mecanismo de distribuição do ônus do tempo no processo, adentramos, a partir deste capítulo, no cerne do trabalho, qual seja, o artigo 273, II do CPC, sua natureza e características.

O inciso II, do artigo 273 do CPC, estabelece que 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 fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A problemática envolvendo o dispositivo, no entanto, gira em torno da sua natureza e do significado das expressões “*abuso de direito de defesa*” e “*manifesto propósito protelatório do réu*”, as quais não têm um conteúdo determinado, tratando-se, portanto, de hipótese de antecipação mais obscura que aquela presente no inciso I do artigo 273¹³⁴.

Ovídio A. Baptista da Silva adverte que o legislador deveria ter evitado utilizar termos como “*abuso do direito de defesa*” ou “*manifesto propósito protelatório*” no inciso II do artigo 273, tendo em vista que a experiência judiciária brasileira, bem como as raízes culturais do nosso processo civil, revelam que as reações dos operadores do Direito são excessivamente tolerantes com a litigância temerária¹³⁵.

¹³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Alcance e natureza da tutela antecipatória. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1997, v. 337. p. 48

¹³⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131

São, pois, expressões que estão sujeitas a um preenchimento conceitual pela doutrina e pela jurisprudência¹³⁶. Logo, a identificação das hipóteses subsumíveis ao preceito deve obedecer estritamente à finalidade da norma, qual seja, a busca de maior celeridade na prestação jurisdicional¹³⁷. Neste mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

[...] o significado de abuso de direito de defesa, necessário para a justa distribuição do tempo entre os litigantes, depende da interpretação judicial, que, como se sabe, é submetida aos direitos fundamentais, e, em particular, no caso específico que ora interessa, ao direito fundamental à duração razoável. [...] O dever de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à duração razoável confere ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à tutela tempestiva do direito material. O encontro desta técnica exige a interpretação da norma processual de acordo com o direito fundamental à duração razoável do processo.

138

O jurista ainda destaca que o processualista deve de ler as normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais e, além disso, é seu dever extrair do sistema processual as técnicas adequadas à realização concreta dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo.¹³⁹ Daniel Mitidiero ainda ressalta que a interpretação das normas no Estado Constitucional não é uma atividade livre¹⁴⁰, de forma que “podendo o intérprete optar entre duas ou mais interpretações, tem o dever de escolher aquele que otimize em maior escala os direitos fundamentais”¹⁴¹.

A doutrina, no entanto, em muito diverge a respeito da natureza do dispositivo. Essa diferença, conforme será analisado nos tópicos seguintes,

¹³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 181

¹³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 181

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22-24

¹⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. Tutela Antecipatória e Defesa Inconsistente. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de Urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 339. Importante observar que, na sua perspectiva jurídico-objetiva, os direitos fundamentais obrigam a realização de uma interpretação de todo o ordenamento jurídico conforme os direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 166 – 176)

¹⁴¹ MITIDIERO, Daniel. Tutela Antecipatória e Defesa Inconsistente. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de Urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 340

acarretará a interpretação distinta das expressões do artigo 273, inciso II e, conseqüentemente, das hipóteses em que seria possível a antecipação da tutela. Diante disso, apesar de vigente desde o ano de 1994, quando a técnica antecipatória foi generalizada no direito brasileiro, tal dispositivo processual ainda tem pouquíssima utilização no cotidiano forense. Dessa forma, um mecanismo que poderia estar sendo utilizado como um meio para outorga de proteção tempestiva às partes está sendo subutilizado pelos operadores do Direito.

3.2 “TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA”?

Não existe um posicionamento doutrinário sedimentado sobre a natureza jurídica da antecipação de tutela com base no abuso do direito de defesa ou manifesto interesse protelatório do réu.

Enquanto parte significativa da doutrina¹⁴² entende que tal instituto representaria uma punição ao réu que abusa de seu direito de defesa, possuindo, portanto, natureza sancionatória; há outra corrente¹⁴³ que afasta tal natureza punitiva, entendendo que o instituto “trata-se de tutela antecipatória fundada na simples evidência”¹⁴⁴.

Cumprido, entretanto, destacar a importância da definição sobre a natureza do instituto, eis que a opção por um posicionamento em detrimento do outro irá condicionar as características desta forma de antecipação dos efeitos da tutela, assim como será determinante para definir o conteúdo das expressões “*abuso de direito de defesa*” e “*manifesto propósito protelatório do réu*”, além de ter enorme influência sobre as hipóteses em que a doutrina entende como sendo cabível a adoção desta forma de técnica antecipatória.

Os autores que consideram o artigo 273, inciso II do CPC como sendo uma sanção ao réu, acreditam que o dispositivo atua como um reforço da

¹⁴² Possuindo entendimento neste sentido: Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, José Roberto dos Santos Bedaque, Fredie Didier Júnior, Cássio Scarpinella Bueno, entre outros.

¹⁴³ Entre outros, podemos mencionar: Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni, Ovidio A. Baptista da Silva e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

¹⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 57

observância do dever de lealdade processual, de forma a constituir uma maneira de desestimular a inobservância deste dever, o qual é imposto às partes em razão da natureza pública do processo e do interesse público na prestação de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva¹⁴⁵. Nesta linha, Athos Gusmão Carneiro, atenta para o caráter ético desta hipótese de antecipação¹⁴⁶.

Assim, tal dispositivo configuraria verdadeira punição à parte ré quando sua atitude é interpretada como abusiva e protelatória e o direito do autor é verossímil. Por exemplo, José Roberto dos Santos Bedaque afirma veementemente que “utilizou-se o legislador da técnica da antecipação provisória mediante cognição sumária, para punir ilícito processual”¹⁴⁷.

Nessa seara, a tutela antecipatória fundada no inciso II do artigo 273 consistiria em uma modalidade de incentivo a atitudes de lealdade e seriedade processual, de forma que os efeitos da tutela seriam antecipados com a intenção de apenar aquele que agiu com má-fé¹⁴⁸. Para Fredie Didier Júnior, Paula Braga e Rafael Oliveira “a conduta temerária é, aqui, comportamento ilícito que autoriza a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pela parte adversária”¹⁴⁹.

Cumprindo ainda observar que os autores aproximam tanto a hipótese do inciso II com as formas de punição por litigância de má-fé, que afirmam que conduta desleal da parte ensejará tanto a antecipação dos efeitos da tutela pelo inciso II como a aplicação da punição pecuniária pela litigância de má-fé prevista nos artigos 16 e 18 do CPC¹⁵⁰.

¹⁴⁵ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 55

¹⁴⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 32

¹⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 325

¹⁴⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 497

¹⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 497

¹⁵⁰ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 497. No entanto, cumpre observar que Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes discorda de tal posição, entendendo que a imposição dessas duas formas de punição seria uma violação ao princípio do *ne bis in idem*, de forma que a antecipação com base no abuso do direito de defesa do réu, em razão da sua natureza sancionatória só poderia ser cumulada com uma sanção de caráter reparatório. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p.132)

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes também compreende o artigo 273, inciso II, como uma punição, sendo o autor de extensa obra dedicada ao tema. O autor entende que o dispositivo processual tem natureza dúplice, podendo ser enquadrado tanto no gênero tutela antecipada como no gênero sanção processual. Sendo assim, assevera que:

Constitui ao mesmo tempo uma espécie de tutela antecipada, visto ser destinada a proporcionar ao demandante a satisfação antecipada de sua pretensão, e uma sanção, pois atua no reforço da observância do dever de lealdade processual e constitui eficaz remédio à inobservância desse dever. [...] A possibilidade de concessão da tutela antecipada sancionatória, caso a parte aja de forma desleal, constitui uma resposta, com a imposição de um mal, a essa conduta.¹⁵¹

Dessa forma, Bruno Carrilho Vasconcelos Lopes assinala que, a fim de resguardar o interesse público do processo, foram instituídos deveres processuais, cujo descumprimento é reforçado pela imposição de sanções de natureza punitiva. Assim sendo, para resguardar a observância do dever de lealdade no processo, a concessão da antecipação com fundamento no abuso do direito de defesa consistiria na imposição de um mal como consequência da conduta desleal da parte¹⁵².

Daniel Amorim Assumpção Neves compartilha do entendimento de que a antecipação de tutela com base no abuso do direito de defesa possui natureza sancionatória, argumentando que dita técnica “visa punir o litigante que com má-fé e deslealdade pratica atos sob a justificativa da ampla defesa tão somente como forma de postergar uma derrota inevitável”¹⁵³.

Portanto, a configuração de uma defesa abusiva implicaria atitude ilícita do réu, a qual ensejaria a aplicação de um mal, uma penalidade, que seria a antecipação da tutela. Dessa forma, a técnica, segundo essa interpretação, possuiria a finalidade de desmotivar a atitude desleal e má intencionada da parte.

¹⁵¹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 55

¹⁵² LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 51 - 55

¹⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Tutela antecipada sancionatória*. Disponível em: www.professordanielneves.com.br/ Acesso: 08/10/2012.

Apesar de tratar-se de posicionamento bastante respeitável, esta interpretação dada ao inciso II do artigo 273 é muito criticada por parte importante da doutrina processual, conforme se passará a analisar.

3.2.1 Críticas à chamada “tutela antecipada sancionatória”.

Existem normas que não impõem uma sanção, como podemos depreender da obra de Herbert L. A. Hart¹⁵⁴, vez que sua função social é distinta da punição¹⁵⁵. Algumas regras, segundo o autor, conectam determinadas ações humanas a uma consequência jurídica, sem que essa consequência seja uma sanção ou que ação humana seja um ilícito¹⁵⁶.

Assim, a antecipação de tutela com fundamento no artigo 273, inciso II é interpretada por muitos autores como um instituto que não visa à aplicação de uma punição, mas sim uma maior proteção ao direito evidente, sendo instrumento para distribuir o ônus do tempo do processo. Tal hipótese de antecipação seria uma proteção contra o dano marginal que o autor que tem razão sofre com o decurso do tempo e a consequente demora na prestação da tutela jurisdicional¹⁵⁷.

Seguindo esta interpretação, Ovídio A. Baptista da Silva afasta a natureza sancionatória desta hipótese de antecipação:

O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que

¹⁵⁴ Tal entendimento, no entanto, não é unânime. A escola positivista Hans Kelsen, por exemplo, assevera que toda a regra jurídica só pode ostentar função sancionatória. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* apud ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade (lendo um livro de Herbert L. A. Hart). In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 132).

¹⁵⁵ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 37/43. Nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira explica que: “Para Hart, o conteúdo das leis não se esgota nas regras que imponham às pessoas, independentemente dos seus desejos, “deveres” de abstenção de certa conduta, mediante ‘sanção’.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade (lendo um livro de Herbert L. A. Hart). In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 132)

¹⁵⁶ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 37- 43

¹⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. *passim*

se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é o que o aproxima da certeza.¹⁵⁸

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por sua vez, salienta que já existem no ordenamento brasileiro diversos institutos destinados a sancionar aquela parte que viola os deveres processuais litigando com má-fé¹⁵⁹, de forma que a tutela antecipatória não tem essa mesma destinação. Os artigos 16 e 18 do CPC¹⁶⁰ possuem justamente essa finalidade sancionatória atribuída à hipótese de antecipação do artigo 273, inciso II, punindo a parte que se comporta de maneira temerária, com o uso de técnicas como a responsabilização por perdas e danos e/ou a imposição de multa pecuniária. Da mesma forma, o artigo 14, parágrafo único, do CPC¹⁶¹ utiliza-se de outras técnicas para impor uma sanção por ato atentatório à dignidade da jurisdição¹⁶².

No entanto, mesmo reconhecendo a possibilidade de extração alguns elementos a colaborar com a caracterização do abuso do direito de defesa do artigo 17 do CPC, Luiz Guilherme Marinoni não deixa de advertir que “isto não significa que as hipóteses do art. 17 possam servir de guia para a compreensão da tutela

¹⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131

¹⁵⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Alcance e natureza da tutela antecipatória. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1997, v. 337. p. 48

¹⁶⁰ Art. 16 - Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente. Art. 18 - O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º - Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º - O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

¹⁶¹ Art. 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

¹⁶² MITIDIERO, Daniel. Tutela Antecipatória e Defesa Inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de Urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.338

antecipatória fundada em abuso do direito de defesa”¹⁶³. Salientando ainda que “não é possível confundir abuso de direito de defesa com litigância de má-fé”¹⁶⁴.

Dessa forma, o processualista é enfático ao exemplificar que:

Não é a indevida retenção dos autos, por exemplo, que autoriza a antecipação. A indevida retenção dos autos, se configura ilícito processual, pode abrir oportunidade para a penalização daquele que procede mal, mas jamais para a antecipação, que somente pode ter relação com a evidência do direito do autor e com a fragilidade da resistência do réu.¹⁶⁵

Da mesma maneira, Daniel Mitidiero também afasta a natureza punitiva da antecipação de tutela em razão do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, sob o fundamento de que o instituto processual tem finalidade distinta, que não deve ser confundida com a imposição de uma sanção ao réu:

Isso quer dizer que a tutela antecipatória fundada no art. 273, inciso II, CPC, não pode ser tomada como tutela antecipatória sancionatória. Não é essa a sua natureza. A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu constitui mais propriamente tutela antecipatória fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes. Trata-se de tutela antecipatória da simples evidência.¹⁶⁶

Fazendo coro aos demais autores supra mencionados, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira assevera que “também é importante destacar que a antecipação da tutela não é sanção, ao contrário do que entende parte da doutrina que a classifica como sanção em sentido lato”¹⁶⁷.

Dessa mesma forma, Marcelo M. Bertoldi é sucinto ao afastar a denominação dada por parte da doutrina ao dispositivo:

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 278

¹⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197 p. 36

¹⁶⁷ CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. Antecipação da tutela por abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu. In: ASSIS, Araken de. *et. al. Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1550

[...] a denominação punitiva não parece ser a mais apropriada, já que a possível punição que venha a sofrer o réu que faz uso malicioso ou temerário de seu direito de defesa com intuito protelatório nada mais é senão consequência natural do processo, que, por mostrar-se mais efetivo diante da evidência do direito do autor, precipita seus efeitos no tempo de modo a antecipar a prestação da tutela jurisdicional, o que, presumivelmente, deveria ocorrer somente ao seu final.¹⁶⁸

A antecipação de tutela por abuso do direito de defesa chamada por tantos processualistas de “*antecipação de tutela sancionatória*” seria, portanto, uma mera consequência do desenvolvimento do processo jurisdicional, sendo uma técnica processual apta a antecipar os efeitos que somente ocorreriam ao final do processo, em razão do preenchimento de certos requisitos legais¹⁶⁹.

Importante ainda observar que, apesar de Teori Zavascki aceitar e utilizar a classificação da hipótese do art. 273, inciso II, do CPC como sendo uma tutela antecipatória punitiva, o autor adverte que o dispositivo mencionado não traz propriamente uma punição ao réu que abusa do seu direito de defesa, pois o instrumento processual tem finalidade com sentido positivo, qual seja, de prestar jurisdição sem protelações indevidas. Nesse sentido, o autor explica que:

À outra hipótese de antecipação, decorrente de abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito do réu, poder-se-á denominar, pelo menos para efeitos classificatórios, de antecipação punitiva. Embora não se trate propriamente de uma punição, posto que sua finalidade tem um sentido positivo (de prestar jurisdição sem protelações indevidas), a medida guarda semelhança, no que diz respeito as respectivas causas originantes com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, previstas no CPC (v.g. art. 15 e seu §, art. 538, parágrafo único, e art. 601). Daí a razão da denominação aqui adotada.¹⁷⁰

No entanto, o autor é pouco preciso ao classificar o instituto como punição e, da mesma forma, afastar esta finalidade sancionatória da medida antecipatória.

Assim sendo, a hipótese de antecipação de tutela ora em debate não é um instituto dirigido a punir o réu que agiu com má-fé, mas sim a dar maior

¹⁶⁸ BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 312

¹⁶⁹ BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 312

¹⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 180

efetividade ao processo. A finalidade do dispositivo não deve ser confundida com a imposição de uma penalidade ao réu, devendo ser o artigo 273, inciso II entendido como uma técnica antecipatória que procura oferecer tutela adequada, efetiva e tempestiva à parte que demonstra desde logo ter maior probabilidade de ver seu direito reconhecido no processo. Nesse sentido, Daniel Mitidiero assinala que:

Tudo ponderado, em atenção ao direito fundamental ao processo justo e à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, o art. 273, inciso II, CPC, deve ser compreendido como um expediente que visa a promover a adequação em concreto da tutela jurisdicional e a igualdade entre os litigantes, constituindo sede normativa para tutela antecipatória fundada na evidência da posição jurídica de uma das partes e cujo pressuposto de aplicação reside na ausência de defesa séria articulada pelo demandado.¹⁷¹

Não restam dúvidas de que a antecipação de tutela fundada no abuso do direito de defesa tem como finalidade a distribuição do ônus que o fator tempo representa no processo.

Assim mesmo, a hipótese do inciso II visa a promover à igualdade substancial das partes, de forma a tratar diferentemente direitos evidentes e não evidentes de acordo com a maior ou menor probabilidade de que a parte tenha seu direito reconhecido ao final do processo. O tempo necessário para a prolação da sentença não deve ser suportado exclusivamente pelo autor¹⁷².

3.3 FUNDAMENTOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

Analisada a natureza da antecipação de tutela com fundamento no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, passaremos a verificar os fundamentos do instituto.

¹⁷¹ MITIDIERO, Daniel. Tutela antecipatória e defesa inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de Urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 341

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38-40

3.3.1 Tutela da evidência

O inciso II do artigo 273 do CPC, ao contrário do inciso I do referido artigo, no qual a antecipação é baseada no risco de lesão, não necessita do requisito da urgência, sendo desnecessária a prova de que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Trata-se, portanto, de tutela da evidência.

Configura, pois, hipótese de antecipação de tutela “pura”, ou seja, antecipação que não está vinculada aos pressupostos de urgência ou dano¹⁷³. Ou seja, “não se cogita, aqui, de risco de dano excepcional, causado por outro fator e que esteja a ameaçar a efetividade da tutela definitiva”¹⁷⁴.

Importa destacar que a possibilidade de antecipação da tutela sem existência de risco de dano já existia em nosso ordenamento antes da reforma de 1994, ainda que não de forma genérica. Existem alguns procedimentos especiais, como nos interditos possessórios, em que não é exigido a demonstração do perigo de dano para a concessão da medida antecipatória, a qual é fundada em ofensa datada de menos de ano e dia, e não necessita de outros requisitos, a não ser a verossimilhança do direito do autor (arts. 924 e 928, CPC). Ou seja, também nesse caso a “a antecipação do resultado prático não tem por objetivo assegurar sua utilidade, mas aumentar o grau de efetividade”¹⁷⁵. No entanto, foi através do inciso II, do artigo 273 que a antecipação de tutela despregada totalmente do perigo foi generalizada.

Os incisos I e II do art. 273 não são, portanto, requisitos cumuláveis. Tratam-se de formas independentes de produção imediata de efeitos da tutela pleiteada mediante cognição sumária e decisão provisória¹⁷⁶. Se na hipótese do inciso I há a necessidade de urgência na concessão da tutela, antecipando-se a tutela como “meio de evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou

¹⁷³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 31

¹⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p 328. No mesmo sentido: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 58

¹⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 327

¹⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.58

danificação do direito afirmado”¹⁷⁷; na tutela antecipatória fundada no inciso II, a antecipação deve-se mais a aspectos processuais¹⁷⁸, como o exercício abusivo do direito de defesa, outorgando o devido valor à evidência do direito posto em juízo¹⁷⁹.

Tratam-se, portanto, de hipóteses de técnica antecipatória que, apesar de produzirem situações de idêntico conteúdo, qual seja, a antecipação da tutela jurisdicional, são formas de antecipação com causas imediatas distintas e, por tal razão, não se confundem¹⁸⁰.

Assim, para a antecipação provisória dos efeitos da sentença no caso do inciso II do art. 273, basta que, existindo prova inequívoca, o juiz se convença que a pretensão deduzida na inicial tem boas chances de ser atendida (art. 273, *caput*), e que o réu abuse do seu direito de defesa.

Dessa forma, a técnica antecipatória por abuso do direito de defesa gera, a antecipação de tutela fundada somente na evidência do direito da parte¹⁸¹. Assim, podemos concluir que a tutela antecipada poderá ter fundamento na urgência da prestação jurisdicional ou na evidência do direito afirmado pelo autor.

Nesta senda, Daniel Mitidiero adverte que quando se insere as espécies de tutela satisfativa sumária e tutela cautelar no mesmo gênero de “*tutelas de urgência*”, não se percebe que esse elemento não está presente na tutela satisfativa sumária com base na evidência. Assim sendo, o autor destaca que a melhor forma de sistematizar os institutos seria destacando a sua semelhança em comum, qual seja, o equacionamento do ônus do tempo no processo¹⁸².

Apesar de possuírem as hipóteses presentes nos incisos I e II do art. 273 o mesmo objetivo, qual seja, tutelar o direito de forma idônea, fica bastante clara a intenção do legislador ao inserir a antecipação por abuso do direito de defesa em nosso ordenamento: tal hipótese de antecipação de tutela visa a proteger o autor

¹⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 180

¹⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 328

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 51

¹⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 328

¹⁸¹ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 34

¹⁸² MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 51. p. 34

exclusivamente do dano marginal do processo, vale dizer, proteger o autor que provavelmente tem razão no seu pleito daquele prejuízo causado pelo tempo normal e necessário a qualquer processo¹⁸³.

Importante ainda mencionar que em razão do réu deixar de ter o fator tempo como seu aliado no processo tal hipótese de antecipação dos efeitos da tutela de mérito tem a vantagem de favorecer a conciliação entre as partes, eis que impede que o réu que não tem razão obtenha vantagens com o longo e demorado procedimento ordinário¹⁸⁴.

Ocorre que, apesar da doutrina ser uníssona em afirmar que os requisitos dos incisos I e II do artigo 273 são alternativos, a antecipação de tutela em razão da urgência está tão arraigada em nossa cultura jurídica que, por vezes, os julgadores têm dificuldades em desassociar por completo a necessidade de urgência da hipótese de antecipação presente no inciso II do artigo 273, CPC.

Assim, é possível encontrar julgados em que, mesmo quando a parte autora requer a concessão de antecipação de tutela com fundamento no abuso do direito de defesa e/ou manifesto propósito protelatório da parte ré, o julgador ingressa na análise da existência ou não do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação – em clara confusão entre as hipóteses de antecipação de tutela. Exemplificando tal situação, segue julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. IMISSÃO DE POSSE CONCEDIDA EM TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. **AUSENTES OS REQUISITOS DO ART. 273, II, DO CPC.** Falta de verossimilhança na alegação do direito, pois embora a autora tenha comprovado o domínio do imóvel, não há provas acerca da injustiça da posse exercida pelo réu, nos termos do art. 1.228, caput, do CPC. **Inexistente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação com a demora na concessão da medida, uma vez que há apenas prejuízos relacionados às despesas com impostos e taxas do imóvel.** Momento adequado para se buscar a imissão de posse é o da fase de execução para a entrega de coisa certa. Revogação da decisão que concedeu a imissão de posse à autora, porque não estão presentes os pressupostos para a antecipação de tutela.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. *passim*

¹⁸⁴ Tal efeito benéfico foi constatado na França por Roger Perrot. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 371)

Doutrina e jurisprudência. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOVOS, CAPAZES DE ALTERAR A CONVICÇÃO FORMADA. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. UNÂNIME. (grifos nossos)¹⁸⁵

No caso, ainda que o Desembargador relator não tenha verificado a presença de verossimilhança nas alegações da agravante, importa destacar a confusão entre os requisitos dos incisos I e II do artigo 273 do CPC. Com efeito, o julgador argumenta que “inexistente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação com a demora na concessão da medida, uma vez que há apenas prejuízos relacionados às despesas com impostos e taxas do imóvel”. Tal alegação em nada afasta a concessão de tutela por abuso do direito de defesa que, conforme já analisado, não necessita da urgência para sua concessão.

Importante ainda destacar que o inciso II do artigo 273 do CPC não deve ser confundido com o §6º do mesmo artigo, o qual possui a seguinte redação: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”¹⁸⁶.

Tais dispositivos tratam-se de normas processuais que possuem a mesma finalidade e origem, porém apresentam consequências jurídicas diferentes¹⁸⁷.

Enquanto o inciso II do artigo 273 trata de hipótese de antecipação de tutela fundada na evidência do direito do autor, o §6º do mesmo artigo não deve ser considerado como outra hipótese de antecipação com o mesmo fundamento, apesar

¹⁸⁵ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 18 Câmara Cível. Agravo n. 70026173104. Agravante: Ana Maria de Sá Teixeira. Agravado: Vitor Sá Teixeira. Relator: Desembargador Nelson José Gonzaga. Porto Alegre, 31 de nov. de 2008. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70026173104%26num_processo%3D70026173104%26codEmenta%3D2635507+70026173104&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70026173104&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=13-11-2008&relator=Nelson+Jos%E9+Gonzaga>. Acesso em: 10 nov. 2012.

¹⁸⁶ Tal dispositivo foi incorporado na legislação somente em 2002, no entanto, já era reivindicado por alguns processualistas como Luiz Guilherme Marinoni, o qual afirmava ser a incontrovérsia em relação a uma parcela do pedido uma hipótese de antecipação de tutela com base no abuso do direito de defesa. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 276)

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 276

de que ambos têm por base a evidência do direito da parte e o direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva como fundamento¹⁸⁸.

Ocorre que, apesar de estar prevista no artigo 273 do CPC, a hipótese do §6º não traz regra relacionada com a técnica antecipatória, mas com uma decisão parcial sobre o mérito da causa¹⁸⁹. Assim, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

Portanto, a técnica antecipatória do §6º do art. 273 permite a tutela *final* da parte incontroversa (madura para julgamento) da demanda no curso do processo. O qualificativo antecipado, no caso, alude ao instante da concessão da tutela final, que é antecipado em relação ao momento do fecho do processo. Esta técnica antecipatória não tem a ver com a antecipação da tutela final.¹⁹⁰

Isso ocorre em razão do §6º do artigo 273 tratar de decisão proferida a partir de um juízo de cognição exauriente. A questão envolvendo aquela parcela do pedido do autor já está madura e não necessita aguardar a instrução necessária ao restante da lide. Daí o CPC dispensar de prova as alegações sobre as quais não houve controvérsia¹⁹¹. Não se trata, pois, de decisão fundada na probabilidade de um direito, como ocorre na antecipação de tutela fundada no inciso II do artigo 273, CPC¹⁹².

Dessa forma, a decisão proferida com base no §6º produz, inclusive, coisa julgada material¹⁹³, afastando-se da ideia da técnica antecipatória e se aproximando da hipótese de julgamento antecipado da lide.

3.3.2 O que significa abusar do direito de defesa?

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 276

¹⁸⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 533

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48-49

¹⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.137

¹⁹² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 534-535

¹⁹³ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 535

O significado das expressões contidas no inciso II do art. 273 tem grande relação com a interpretação de cada autor sobre a natureza dessa hipótese de antecipação de tutela, eis que o posicionamento de cada jurista sobre a natureza do instituto será determinante para definir o conteúdo das expressões *abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu*. Isso também condicionará as hipóteses em que os processualistas entendem como sendo cabível a adoção desta forma de técnica antecipatória.

Desta forma, veremos neste ponto um panorama geral sobre as interpretações sobre requisitos específicos para antecipação de tutela com base na hipótese do artigo 273, inciso II, com base nos principais autores que se debruçaram sobre o complexo tema da antecipação de tutela.

Muitos deles socorrem-se ao Direito Comparado, aproximando o art. 273, inciso II do CPC com o art. 809 do Código de Processo Civil francês. Isso porque a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa possui grande afinidade com a técnica antecipatória do direito francês, consubstanciada na segunda parte do 809 do Código de Processo Civil francês, uma vez que o chamado *référé-provision* também não exige o perigo de dano concreto para a utilização da técnica¹⁹⁴.

Assim sendo, no direito francês é possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela de mérito quando a existência da obrigação não é seriamente contestada pelo demandado:

Article 809: [...] Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.¹⁹⁵

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 277

¹⁹⁵ Tradução nossa: "Artigo 809: [...] Nos casos em que a existência da obrigação não seja seriamente contestada, ele [o juiz] pode conceder uma providência ao credor, ou ordenar a execução da obrigação, ainda que se tratar de uma obrigação de fazer. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006149697&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20121008>>. Acesso em 08 out. 2012.

A doutrina francesa ainda inclina-se no sentido de que não deve ser exigida uma incontestabilidade absoluta¹⁹⁶, procurando dar ainda maior efetividade ao dispositivo.

Dessa forma, parte da doutrina¹⁹⁷ ao afastar o caráter punitivo do instituto, entende que cabe ao juiz apenas um exame objetivo da defesa do réu, asseverando que a expressão “*abuso do direito de defesa*” deve ser compreendida como “manifestações de contestações ou defesas não-sérias”¹⁹⁸.

Dentre aqueles que afastam a natureza punitiva do instituto, Ovídio A. Baptista da Silva refere que tal hipótese de antecipação dos efeitos da tutela de mérito deve ser concedida quando o direito postulado pelo autor é verossímil e, em razão da conduta aventada pela parte ré, tal direito da parte autora torna-se muito mais do que simplesmente possível, se aproximando da certeza¹⁹⁹. Ou seja:

Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação de tutela.²⁰⁰

Assim sendo, o autor entende que o comportamento abusivo e indesejável do réu, na hipótese da antecipação de tutela do artigo 273, inciso II, do CPC, ocorre quando este não dispõe de nenhuma contestação séria que realmente possa abalar os argumentos trazidos de forma verossímil pelo autor na sua petição inicial, deixando o direito do autor ainda mais consistente a ponto de ser permitido

¹⁹⁶ PERROT, Roger. *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile*, apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 277

¹⁹⁷ Entre outros, Ovídio A. Baptista da Silva: “O legislador francês foi mais sábio, ao permitir a concessão de análogas medidas antecipatórias, sempre que o juiz não vislumbre a existência de alguma *contestação séria* a ser oposta ao direito invocado pelo autor (arts. 808 e 872 do Nouveau Code de Procédure Civile). [...] Mas nada impede que eles [provisórios] fossem empregados em nosso sistema, nos casos indicados pelo art. 273, II, sempre que o juiz, ante resposta do demandado, considere-a incapaz de abalar os fundamentos do direito invocado pelo autor, independentemente da alegação de *periculum in mora*.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7.ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131)

¹⁹⁸ MITIDIERO. Daniel. Tutela Antecipatória e Defesa Inconsistente. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de Urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 340. Outros juristas, no entanto, acreditam a defesa infundada do réu não poderá levar à incidência do art. 273, inciso II do CPC (Entre outros, ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 82).

¹⁹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7.ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131

²⁰⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7.ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131

que o juiz utilize a técnica da “antecipação de tutela fundada em simples verossimilhança do direito alegado pelo autor”²⁰¹.

Luiz Guilherme Marinoni possui interpretação bastante próxima àquela proferida pelo jurista gaúcho. Preocupado com a igualdade das partes no processo e com a repartição isonômica do fator tempo entre os litigantes, o processualista entende que a antecipação da tutela fundada no abuso do direito de defesa deve ser deferida quando o autor demonstra desde logo a evidência do seu direito, enquanto que o réu apresenta argumentos infundados em sua defesa²⁰².

Dessa forma, o autor é ainda mais preciso ao afirmar que:

Quando o autor se desincumbe do ônus da prova do fato constitutivo, e o réu alega, de forma infundada, um fato impeditivo, modificativo ou extintivo (que, como se sabe, lhe incumbe provar), a demora acarretada pela necessidade de produção de prova não pode ser suportada pelo autor.²⁰³

O autor teria que ter maior probabilidade de tornar-se vitorioso ao final do processo. Tal probabilidade seria verificada pela evidência do direito do autor e fragilidade da defesa apresentada pelo réu²⁰⁴.

Da mesma maneira, para Daniel Mitidiero, bastaria “a maior consistência de uma das posições jurídicas assumidas pelas partes no processo”²⁰⁵. Ou seja, se a parte autora apresenta a versão mais provável do direito questionado em juízo, merece a imediata tutela do seu direito (ainda que de modo provisório), de forma a evitar que o tempo do processo seja suportado exclusivamente por aquele que apresentou, desde logo, um direito mais provável²⁰⁶.

Assim sendo, a não concessão desta tutela antecipada representaria a tutela do direito improvável em detrimento da tutela de um direito provável. Nesse

²⁰¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 132

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 278 - 281

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39

²⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. Tendências em tema de tutela sumária: da cautelar à técnica antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 35

²⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.136

mesmo sentido, Marcelo M. Bertoldi argumenta que: “quanto mais evidente o direito do autor, mais nítido o abuso do direito de defesa perpetrado pelo réu”²⁰⁷.

A hipótese de antecipação da tutela presente no art. 273, inciso II, do CPC, portanto, representa técnica fundada na evidência da situação litigiosa, com a finalidade de evitar que o ônus do tempo do processo seja suportado exclusivamente pelo autor, ainda em situação em que este venha a ser muito provavelmente o vencedor da disputa judicial.

Assim, podemos afirmar resumidamente que, diante de tal interpretação, basta que o demandado exerça seu direito de defesa de forma inconsistente e que a petição do autor seja verossímil para que a antecipação seja concedida, “devendo ser encarado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu como manifestações de contestações ou defesas não sérias ao longo do processo”²⁰⁸.

Importante ainda destacar que a antecipação de tutela do inciso II, compreendida como a tutela do direito evidente em face da apresentação de uma defesa inconsistente, não viola de forma alguma o direito à ampla defesa, amparado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O réu, após a concessão da tutela continuará se defendendo no processo, podendo requerer todo o tipo de prova que julgar necessário, a defesa, como ocorre no processo cautelar e em diversos outros casos, é apenas postergada²⁰⁹.

Sendo assim, deve-se evitar uma preocupação excessiva com o direito de defesa, ultrapassando-se a visão clássica do liberalismo que ignorava o fato de que o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão, a fim de que se possa compreender o direito de defesa com as limitações impostas pelas necessidades do

²⁰⁷ BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 312; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 313

²⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.136

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 370

direito material e pelos princípios constitucionais²¹⁰. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni assinala que:

Por isso, o sistema processual civil, para atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. Ora, a defesa é direito nos limites em que é exercida de forma racional e justa ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.²¹¹

Nesta senda, Pedro Baptista Martins esclarece que o exercício da defesa, assim como o exercício da demanda, não é absoluto. Dessa forma, o réu que opõe uma resistência injustificada à demanda também está abusando do seu direito de defesa²¹².

No entanto, em que pese os argumentos acima destacados, não é possível deixar de mencionar que os autores que compreendem o art. 273, inciso II como uma tutela antecipada sancionatória entendem que a mera apresentação de uma defesa inconsistente não ensejará a antecipação.

Nesse sentido, Teori Zavascki, em contraposição às posições anteriores, entende que a invocação de razões infundadas pelo réu em sua contestação não justifica a adoção da técnica antecipatória, posto que para a sua aplicação seria necessária a prática por parte do réu de atos ou omissões que retardem o andamento do processo (e a defesa sem fundamentos sérios não poderia enquadrar-se em um destes atos). Para o autor, seria imperioso ainda que tal comportamento da parte ré importasse no efetivo retardamento do feito, pois somente a criação de sérios obstáculos ao seguimento do processo justificaria como necessária a antecipação da tutela²¹³.

Semelhante é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque e dos autores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, no sentido de que tal medida só deve ser concedida quando o comportamento inadequado do réu,

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 315

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 274

²¹² MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.71

²¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 81

ou seja, o ato abusivo, resultar no atraso indevido na entrega da tutela²¹⁴, de forma que “a mera dedução de razões completamente infundadas não autoriza a antecipação”²¹⁵.

Observa-se, contudo, que tal entendimento endossado por Teori Zavascki faz com que a utilidade do instituto processual praticamente desapareça, uma vez que o juiz dispõe de poderes para combater, por meios ordinários, atitudes que efetivamente retardem o andamento do processo, conforme evidenciado pelos artigos 125 e 130²¹⁶, em que o juiz tem o dever de indeferir providências inúteis ou protelatórias. Dessa forma, sobre a desnecessidade da técnica, compreendida desta forma, o próprio autor conclui que:

Desse modo, os casos de abuso do direito de defesa poderão ser prevenidos ou superados, no geral das vezes, ou pelo indeferimento de providências impertinentes ou pela técnica do julgamento antecipado da lide, o que tornará desnecessária a antecipação de tutela.²¹⁷

Importa observar que os autores que compreendem o instituto como uma sanção processual aproximam o conteúdo das expressões abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu com as situações que configuram a má-fé processual, previstas no artigo 17 do CPC²¹⁸. Ainda, seguindo esse entendimento, o comportamento inadequado do réu pode ser verificado através de ação ou omissão praticada dentro do processo e até mesmo fora dele (como, por exemplo, no caso de ocultação de alguma prova)²¹⁹.

²¹⁴ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 509

²¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 328

²¹⁶ Art. 125: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. E art. 130: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

²¹⁷ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 82

²¹⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011 p. 497; SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Tutela Antecipada*. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45

²¹⁹ Essa é a diferença que a maioria dos autores atribuem às expressões “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório do réu”. Assim, aquela somente só poderia ocorrer em relação a atitudes do réu no decorrer do andamento do processo, enquanto que esta estaria se referindo a atitudes extraprocessuais que visem a protelar injustamente a satisfação do direito (e não necessariamente do processo). DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael.

Assim sendo, na interpretação de Bruno Carrilho Vasconcelos Lopes, o fundamento da tutela antecipatória por abuso do direito de defesa seria a probabilidade da existência do direito do autor, cumulada com a atitude desleal do demandado. Contudo, ao contrário das outras interpretações já mencionadas, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes entende que o abuso “não precisa estar direcionado à protelação do desfecho do processo ou provocar efetivamente uma demora adicional”²²⁰. A necessidade de efetivo retardamento na prestação da tutela jurisdicional só estaria presente quando a atitude protelatória do réu ocorre antes da propositura da ação. Nesse sentido, o autor ainda acrescenta que:

Ademais, a ocorrência do abuso do direito de defesa não depende necessariamente do intento do demandado de protelar a concessão da tutela jurisdicional, razão pela qual não há sentido em condicionar a antecipação ao efetivo retardamento.²²¹

No entanto, é importante destacar que para Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes o abuso de direito de defesa remeteria a uma importante distinção entre uma defesa infundada e uma defesa manifestamente infundada, de forma que somente a defesa manifestamente infundada, ou seja, aquela defensora de tese absurda, que não poderia ter sido proposta senão a título de chicana, daria espaço para a antecipação da tutela de mérito²²².

Dessa forma, podemos concluir que, em relação ao significado das expressões contidas no inciso II do artigo 273, existem posições mais conservadoras, as quais exigem um efetivo retardamento do processo para que o juiz possa deferir a antecipação; enquanto outras posições estão mais atentas à adequação do dispositivo aos princípios constitucionais e, principalmente às características do direito substancial apresentado na lide, procurando apresentar uma solução às preocupações atuais sobre o altíssimo custo que o tempo de duração de todo processo exige do autor que tem razão.

Curso de direito processual civil. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011 p. 497; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 2006 p. 123-124

²²⁰ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 2006 p. 117

²²¹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 2006 p. 128

²²² LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 2006 p. 118

Portanto, adotando-se o entendimento de que o abuso do direito de defesa pode ser interpretado como a apresentação de uma defesa inconsistente, se passará a analisar algumas características dessa forma de antecipação de tutela, bem como as hipóteses em que será cabível a concessão de tal medida.

3.4 CARACTERÍSTICAS DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA FUNDADA NO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

A antecipação de tutela por abuso do direito de defesa, como vimos, constitui simples técnica processual e, como tal, possui todas as principais características próprias da técnica antecipatória, tendo as mesmas consequências da antecipação fundada na urgência. Ou seja, o provimento que concede a medida, antecipará os efeitos da decisão final, posto que somente interessa à parte a prestação de tutela específica ao direito²²³. Assim sendo, a técnica antecipatória diz respeito ao momento em que a tutela é prestada, de forma que pouco importa qual é a natureza da tutela que será antecipada, o importante é que seus efeitos executivos, ou seja, as providências práticas tendentes à efetiva satisfação do direito material reconhecido mediante cognição sumária, serão executados de forma provisória²²⁴. Dessa forma, Luiz Guilherme Marinoni refere que:

[...] a decisão concessiva da tutela antecipatória está longe de ser o resultado procurado pelo autor. A tutela antecipatória somente é prestada quando o processo produz efeitos no plano do direito material e, portanto, apenas adquire relevância quando é executada. [...] de modo que a real concessão da tutela antecipatória depende de sua execução.²²⁵

Da mesma forma, a hipótese do inciso II também se submete aos requisitos positivos e negativos para a concessão da medida, respectivamente, dispostos no *caput* do artigo 273 e no seu parágrafo 2º. Justamente algumas dessas características e os requisitos serão analisados neste ponto.

²²³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 138

²²⁴ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 86-92

²²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 295

3.4.1 Cognição sumária e provisoriedade

A tutela antecipada, tanto fundada no inciso I quanto no inciso II do artigo 273, do CPC é formada sob cognição sumária e, por essa razão, não tem o caráter da definitividade, sendo destinada a durar enquanto não sobrevier o provimento definitivo²²⁶.

É importante, inicialmente, diferenciar cognição sumária de procedimento sumário. Nos procedimentos sumários há cognição exauriente, no entanto, a cognição é limitada no plano horizontal, ou seja, há limitação do objeto cognoscível. Na sumariedade procedimental, portanto, ocorre que o processo é abreviado em razão de um limite em relação à natureza da situação controvertida²²⁷.

A cognição sumária é, pois, aquela que possui uma limitação no plano vertical, ou seja, é uma cognição superficial, encontrando limites na profundidade da cognição da causa²²⁸. Tal cognição conduz, portanto, ao juízo de verossimilhança, de aparência, limitando-se a afirmar a probabilidade a respeito das alegações fáticas e jurídicas trazidas pelas partes. Assim, Daniel Mitidiero refere que, nas decisões proferidas mediante cognição sumária, “contenta-se a ordem jurídica com a fundada possibilidade de a parte ter razão nas suas alegações.”²²⁹.

Assim sendo, cognição sumária diferencia-se da cognição exauriente, porque esta busca um juízo de certeza sobre as alegações processuais, privilegiando a segurança jurídica, garantindo a plena realização do contraditório e

²²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 58

²²⁷ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 33

²²⁸ Kazuo Watanabe explica que a cognição pode ser dividida em dois planos: o vertical e o horizontal. O plano horizontal diz respeito aos pontos que o juiz conhece, ou seja, à matéria que será conhecida pelo juiz pode ser limitada, dando origem a uma cognição limitada, ou ampla, dando origem a uma cognição plena. Já o plano vertical, se refere à forma através da qual o juiz irá conhecer o caso – podendo ser exauriente, quando o magistrado decide com base em um juízo de certeza, analisando profundamente os fatos, ou sumária, quando a decisão tem base em um juízo de probabilidade. (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999. *passim*)

²²⁹ MITIDIERO, Daniel. Tendências em tema de tutela sumária: da cautelar à técnica antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 36

sendo prestada ao final do procedimento²³⁰. Por essa razão, a decisão proferida com base em cognição exauriente faz coisa julgada, ao contrário do que ocorre nas decisões proferidas mediante cognição sumária.

Importa ainda salientar que “a sumarização da cognição pode ter graus diferenciados, não dependendo da cronologia do provimento jurisdicional no iter do procedimento, mas sim da relação entre a afirmação fática e as provas produzidas”²³¹.

Dessa forma, podemos observar que “a evidência do direito para fins de antecipação de tutela é aferida mediante cognição sumária e não mediante cognição exauriente”²³². Isso porque, apesar de a defesa do réu carecer de seriedade, o advento da instrução poderá demonstrar que a defesa tinha fundamentos, fato que determinará a revogação da medida e o julgamento de improcedência do pedido formulado pela parte autora²³³.

Luiz Guilherme Marinoni também compreende que a técnica antecipatória prevista no inciso II do artigo 273 é concedida mediante um juízo de cognição sumária²³⁴, no entanto o autor ainda menciona que:

O juiz, para conceder a tutela antecipatória, deve ter juízo de cognição exauriente - ou de verdade – em relação aos fatos constitutivos e juízo de cognição sumária – ou de verossimilhança – no que respeita aos fatos cuja prova recai sobre o réu e que não há verossimilhança, carece de fundamentação”. A alegação do réu ainda deve ser objeto de prova.²³⁵

Cumpra esclarecer que há autores que entendem tal hipótese de antecipação não trata-se de medida fundada em cognição sumária. Nesse sentido, Luiz Fux entende tratar o inciso II do artigo 273 de cognição exauriente:

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 32

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 33

²³² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 135

²³³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 135

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 135

²³⁵ Frise-se que, no direito italiano, parte da doutrina sustenta a possibilidade da repartição do ônus do tempo do processo mediante a transferência da cognição da defesa indireta infundada (falando em condenação com reserva das exceções do demandado), exatamente com base no fato de que o réu, nesses casos, estaria abusando do seu direito de defesa (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 281)

A liminar, *in casu*, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (*fumus boni iuris*) peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança.²³⁶

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também entende que a hipótese de antecipação da tutela em razão do abuso do direito de defesa seria propícia quando a causa já estivesse madura para julgamento. Nesse caso, segundo o autor, deveria ser prolatada desde logo sentença, cujos efeitos seriam antecipados (retirando-se, assim, o efeito suspensivo próprio do recurso de apelação)²³⁷.

É óbvio que qualquer juízo de cognição sumária acarreta a assunção de riscos, contudo “a lógica da técnica antecipatória está na assunção do risco a favor do direito provável em detrimento do direito improvável.”²³⁸. Athos Gusmão Carneiro salienta que, assim como o juiz pode errar ao conceder um provimento antecipatório, também não será o magistrado infalível ao sentenciar²³⁹.

Assim, o juiz, aprofundada a cognição, poderá revogar a medida concedida, entendendo que o direito que supôs que existia, na verdade, não existe²⁴⁰. Justamente em razão de ser proferida com base em juízo de probabilidade, sem um exame mais aprofundado a respeito dos fatos, tal decisão não faz coisa julgada, sendo, portanto, provisória.

Sobre a provisoriedade do provimento que concede a tutela antecipada, Daniel Mitidiero assinala que a questão é importante tanto para evidenciar a revogabilidade da decisão que concede a medida no decorrer do processo (artigo 273, §4º, CPC), quanto para determinar o termo final da eficácia da medida antecipada (artigo 273, §5º, CPC)²⁴¹.

Em relação à revogabilidade, em razão de mudança no estado de prova ou no estado de fato, poderá ser necessária a modificação ou revogação da medida

²³⁶ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 310

²³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Alcance e natureza da tutela antecipatória. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1997, v. 337. p. 48

²³⁸ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 35

²³⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 34

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 32

²⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112

que concedeu a antecipação. Assim, Teori Zavascki assinala que a revogação da decisão deve ocorrer quando:

[...] aprofundado o nível de investigação probatória, ficar comprovado que os fatos que aparentemente eram verdadeiros, na verdade não o são, ou que os fatos que antes aparentavam não serem verdadeiros, agora têm sua existência efetivamente comprovada.²⁴²

Assim, a qualquer tempo ao longo do procedimento, poderá o órgão jurisdicional revogar a antecipação em decisão fundamentada. No entanto, tal revogação não poderá ter como base o mero reexame da questão jurídica sob pena de colocar em risco o direito à segurança jurídica²⁴³. Sendo assim, Ovídio A. Baptista da Silva destaca que “seria recomendável que o legislador tivesse condicionado a modificação ou revogação da tutela antecipada à ocorrência de modificações nas circunstâncias”²⁴⁴.

Contudo, ainda que não seja o provimento revogado, a sua eficácia está limitada no tempo. Isso porque, concedida ou não a antecipação, o processo prosseguirá até a prolação da sentença (de mérito ou não), uma vez que a tutela antecipada é incapaz de definir a controvérsia²⁴⁵. Sobrevindo, assim, a tutela definitiva, esta sucederá a tutela antecipada, cuja eficácia terá fim²⁴⁶. Dessa forma, a partir da prolação da sentença, qualquer eficácia da tutela jurisdicional terá suporte na decisão final, proferida mediante cognição exauriente, e não mais no provimento antecipado²⁴⁷.

Cumprе mencionar, no entanto, que Luiz Guilherme Marinoni discorda dessa posição, asseverando que a tutela antecipada “não encontra limite no trânsito em julgado da sentença de procedência, mas sim no trânsito em julgado da sentença de improcedência”²⁴⁸. Sendo assim, para o autor, a antecipação de tutela

²⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34

²⁴³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112.

²⁴⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 133

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 194

²⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34

²⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 114

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 166

somente se estabiliza com a decisão final de procedência, a qual empresta carga declaratória à decisão antecipada²⁴⁹.

3.4.2 Verossimilhança e proibição de irreversibilidade dos efeitos

Além do já visto requisito de abuso do direito de defesa e/ou manifesto propósito protelatório do réu, há mais um requisito positivo e um negativo para que seja concedida a antecipação prevista no inciso II do artigo 273: a existência de verossimilhança e prova inequívoca do direito do autor e a ausência de irreversibilidade dos efeitos do provimento.

Os conceitos das expressões verossimilhança das alegações e prova inequívoca contidos no *caput* do artigo 273, CPC, são, no entanto, bastante difíceis.

Em relação à verossimilhança, esta se dá com a adequação da hipótese afirmada pela parte com as provas desde logo presentes nos autos, exigindo-se um juízo de probabilidade a respeito das alegações da parte²⁵⁰. Ou seja, há uma convicção do juiz (ainda que em menor grau) a respeito das questões de fato e de direito que o fazem crer que a parte merecerá a prestação jurisdicional²⁵¹.

Athos Gusmão Carneiro adverte que: “é certo por fim que a verossimilhança é um conceito relativo: aquilo que é verossímil para o juiz A, pode não sê-lo para o juiz B”²⁵². No entanto, ao aplicar tais conceitos no caso concreto, o juiz não tem um poder discricionário, ou seja, verificando o preenchimento dos requisitos, o magistrado possui o dever de deferir o pedido de antecipação de tutela e, se não ocorrer o preenchimento das condições impostas pela lei, deverá negar a medida²⁵³.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 166

²⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 105. O autor critica o termo “verossimilhança”, afirmando que, no contexto, é mais apropriado o uso da expressão “probabilidade”.

²⁵¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24

²⁵² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24

²⁵³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24

O conceito de prova inequívoca deverá, por sua vez, ser interpretado de forma relativa, sendo exigida apenas uma prova robusta o bastante para, ainda que no âmbito da cognição sumária, ser capaz de aproximar o juízo de probabilidade de um juízo de certeza²⁵⁴.

Ocorre que, na hipótese do inciso II, a verossimilhança das alegações do autor se torna ainda mais robusta que na hipótese fundada na urgência em razão da conduta do réu²⁵⁵. Isso se dá em razão de que, além da verossimilhança das alegações do autor, a conduta do réu, ao apresentar uma defesa inconsistente, torna ainda mais provável a existência do direito do autor. Ora, se existissem argumentos fortes e sérios para a improcedência do pedido formulado na inicial, o réu teria exposto os mesmos na sua contestação²⁵⁶. Assim, pode-se dizer que o direito do autor será, na hipótese de concessão da medida antecipatória fundada no abuso do direito de defesa, evidente.

Outro requisito comum a ambas hipóteses de antecipação é o do parágrafo 2º do artigo 273, CPC, o qual dispõe que a antecipação não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Primeiramente, cumpre observar que o dispositivo se refere à irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento, ou seja, quando a providência gerar uma situação de fato irreversível.

No entanto, tal requisito negativo à concessão da antecipação de tutela é compreendido de forma relativa pela doutrina, que, em observância ao direito à tutela efetiva, adequada e tempestiva, admite a superação do requisito dependendo do caso concreto²⁵⁷. Dessa forma, Ovídio A. Baptista da Silva explica que:

Pode ocorrer que o risco de irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar significativamente em

²⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34

²⁵⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 132

²⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada sancionatória. Disponível em: www.professordanielneves.com.br/ Acesso: 08/10/2012

²⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125.

favor do auto, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito provável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil.²⁵⁸

Ocorre que tal flexibilização do requisito é melhor justificável na hipótese do inciso I, do artigo 273, quando há o perigo de dano ou de ilícito. É mais difícil afastar tal requisito na hipótese da antecipação por abuso do direito de defesa, uma vez que não há risco de dano concreto à parte que legitime a postergação do contraditório.

3.4.3 Momento para a concessão da antecipação

Enquanto a doutrina é quase unânime em afirmar a possibilidade de concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars* com fundamento no receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o mesmo não ocorre quando se trata da hipótese com base no inciso II do artigo 273, CPC. Inexiste, nesse caso, a urgência que legitima a antecipação antes da oitiva do demandado²⁵⁹.

Outrossim, o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, normalmente, só irá surgir com a apresentação da sua contestação, não podendo ser o contraditório postergado²⁶⁰. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira assevera ser inconcebível a antecipação de tutela, nesta hipótese, antes que o réu atue no processo:

É evidente a existência de um termo inicial. Só se pode conceder a antecipação da tutela, com este fundamento, a partir do instante em que o réu ofereça uma defesa capaz de ser classificada como abusiva ou pratique algum ato do que se possa inferir um manifesto propósito protelatório.²⁶¹

No entanto, alguns autores acreditam que, em casos excepcionais, até mesmo a antecipação com fundamento na defesa inconsistente do réu poderá ser

²⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 132

²⁵⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.85

²⁶⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24; MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 38

²⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, n. 81. p. 206

concedida antes da efetiva participação da parte no processo²⁶². Sendo assim, quando for provável o oferecimento de uma defesa não séria, a tutela antecipada fundada na evidência do direito poderia ser prestada liminarmente²⁶³. Nesse sentido, Daniel Mitidiero oferece como exemplo a situação em que o autor ingressa com uma ação em que sua pretensão está fundada em precedente da Corte Superior, tratando-se de situação em que a defesa do demandado é normalmente abusiva, com exclusiva finalidade de dilatar a realização do direito do autor²⁶⁴.

3.4.4 Legitimados a requerer a antecipação da tutela

De lado a óbvia possibilidade do autor requerer a antecipação da tutela fundada no inciso II do artigo 273, surge uma questão: poderá a antecipação de tutela com base no abuso do direito de defesa ser postulada pelo réu?

A doutrina responde afirmativamente à esta questão quando o réu for reconvincente e denunciante, quando formular pedido contraposto ou ação declaratória incidental ou ainda quando a ação for dúplice²⁶⁵.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ainda entendem que, em razão do princípio da isonomia, mesmo na simples contestação, caso sejam preenchidos os requisitos legais, o réu poderá requer a antecipação dos efeitos da tutela declaratória negativa. Como exemplo, os autores afirmam que quando o autor/executado opõe embargos manifestamente protelatórios, pode o

²⁶² Cumpre observar que os autores que entendem que o manifesto propósito protelatório do demandado poderia ser configurada através de atos e ou omissos fora do processo, entendem que tais atos poderiam ocorrer antes mesmo da propositura da demanda, caso em que a medida antecipatória poderá ser requerida desde logo na petição inicial do demandante, admitindo a concessão liminar da medida nesses casos. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Tutela antecipada sancionatória*. Disponível em: <www.professordanielneves.com.br/> Acesso: 08/10/2012). Contra, acreditando que nessa hipótese não se justifica a mitigação do princípio do contraditório: DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011 p. 510.

²⁶³ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 43

²⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 43

²⁶⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 5; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p.147; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011 p. 515

exequente/réu postular a antecipação de tutela para que o processo eventualmente suspenso pela interposição dos embargos tenha continuidade²⁶⁶.

Com entendimento diverso, Athos Gusmão Carneiro entende que, não se tratando de ação em que o demandado apresenta reconvenção, parece pouco compatível com o sistema admitir a antecipação de tutela a benefício do réu, tendo em vista tratar-se de instituto que visa exatamente redistribuir o ônus do tempo no processo, evitando corra exclusivamente em prejuízo do autor²⁶⁷.

Segundo o citado processualista, alguns autores ainda apresentam como sugestão de concessão de imediata tutela negativa em favor do demandado os casos em que o autor ajuíza ação manifestamente infundada, tratando-se de lides “unicamente de direito”. No entanto, Athos Gusmão Carneiro adverte que melhor se resolverá tal questão com o enquadramento de tais hipóteses entre os casos de indeferimento da petição inicial (art. 295), ou de julgamento antecipado da lide (art. 330, I)²⁶⁸.

Importa observar ainda que se tratando de antecipação de tutela com fulcro no inciso II, do artigo 273, do CPC, se existir litisconsórcio simples no polo passivo e apenas um dos réus abusar de seu direito de defesa, somente em relação ao réu que apresentou uma defesa inconsistente, por exemplo, é que a antecipação da tutela pode ser deferida.

Entretanto, nos casos de litisconsórcio passivo unitário, os atos benéficos praticados por um litisconsorte aproveitam aos demais. No entanto o mesmo não é verdade quando se tratam de atos e omissões prejudiciais aos interesses dos demandados. Diante disso, se os atos tidos como protelatórios ou situações em que um dos réus abusar de direito de defesa forem praticadas de apenas um dos

²⁶⁶ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p.515. No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 89

²⁶⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 50.

²⁶⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 50; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 512--514; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 78-79

litisconsortes, em se tratando de litisconsórcio unitário, a antecipação de tutela não poderá se deferida pelo magistrado²⁶⁹.

3.5 HIPÓTESES EM QUE DEVE SER CONCEDIDA A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

De acordo com o que estudamos, em que pese as opiniões contrárias já mencionadas, podemos concluir que a antecipação de tutela com fundamento no abuso do direito de defesa do autor quando o réu apresenta uma defesa inconsistente, ou seja, quando os argumentos da contestação não são sérios.

Luiz Guilherme Marinoni é, no entanto, o autor que melhor esmiúça em quais situações será possível a concessão desta forma de antecipação de tutela. Como vimos, para o processualista, ela pode ser deferida quando o réu, em sua defesa, não contesta os fatos constitutivos alegados pelo autor na inicial, apresentando uma defesa de mérito indireta e infundada²⁷⁰.

Importa esclarecer que a defesa de mérito difere da defesa processual, que é aquela em que se alega a ausência de algum pressuposto processual, por exemplo. A defesa de mérito, por sua vez, pode ser dividida em defesa de mérito direta e defesa de mérito indireta. Através da primeira o réu nega o fato constitutivo do direito do autor, ou seja, nega a própria circunstância fática que deu origem a um direito que é alegado pela parte autor. Mediante a segunda, a parte ré afirma a existência de algum fato impeditivo, assim compreendido pela a ausência de uma circunstância que efetivamente deve ocorrer para que o direito nasça; extintivo, ou seja, a existência de um fato que coloque fim àquela expectativa do autor, como o

²⁶⁹ BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 312; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006 p.136

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 278

pagamento de uma dívida; ou ainda um fato modificativo, que altere o direito questionado na lide como, por exemplo, o parcelamento de uma dívida.²⁷¹

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni ainda observa que a apresentação de uma defesa indireta, em geral, leva à ausência de contestação sobre os fatos constitutivos, em razão da incompatibilidade lógica entre as duas defesas²⁷². A fim de esclarecer tal afirmação, o autor traz o seguinte exemplo:

Quando o autor afirma que possui um crédito em virtude da venda de determinada mercadoria, o réu, ao alegar que essa mercadoria apresenta vícios, não contesta os fatos constitutivos. Ao dizer que a mercadoria tem vícios, o réu automaticamente admite que realizou um contrato de compra e venda e recebeu a mercadoria, que são os fatos constitutivos do direito.²⁷³

Assim, o autor entende que tal como o ônus da prova deve ser repartido entre as partes, cabendo ao autor provar os fatos constitutivos e ao réu provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito, conforme o disposto no artigo 330 do CPC²⁷⁴, o ônus do tempo também deve seguir esta repartição²⁷⁵. Dessa forma, Luiz Guilherme Marinoni explica que se o fato constitutivo é incontroverso, ou seja, se o autor desincumbiu-se do seu ônus probatório, não deve a parte ser obrigada a sofrer com o tempo que será necessário ao réu fazer prova das suas alegações, especialmente se estas alegações são infundadas.

Importante destacar que a antecipação de tutela só deverá ser a técnica adotada quando as alegações do réu, em sua defesa de mérito indireta, exigirem a dilação probatória, não admitindo o julgamento antecipado da lide²⁷⁶, eis que “não há

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 58-59

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 278

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 279

²⁷⁴ Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (Art. 319).

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 278

²⁷⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no entanto, entende que seria sim hipótese de antecipação de tutela nos casos em que fosse possível o julgamento antecipado da lide, situação em que o recurso de apelação deveria ser recebido somente efeito devolutivo (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático das tutelas de urgência. In: *Revista AJURIS*. Porto Alegre, n. 70, julho de 1997. p. 223). Tal posicionamento é, todavia, criticado pelo jurista Teori Albino Zavascki, o qual entende que quando for o caso de julgamento antecipado da lide, a melhor situação seria a aplicação do artigo 557, CPC, cabendo ao relator, desde logo, negar seguimento ao recurso de

como esquecer que é o tempo da instrução probatória que justifica a antecipação da tutela”²⁷⁷.

Outra questão que merece destaque é que não basta que os fatos constitutivos sejam incontroversos e defesa de mérito indireta exija prova que demande tempo para a sua produção, a defesa deve ser infundada, ou seja, o réu deve ter abusado do seu direito de defesa, apresentando uma defesa com ausência de fundamentos relevantes, com a intenção de protelar a tutela do direito do autor²⁷⁸. Dessa forma, “a probabilidade do insucesso da defesa indireta é elemento que não pode ser desconsiderado para a tutela antecipatória”²⁷⁹.

Importa ainda salientar que não é o autor que deve demonstrar que a defesa do réu foi inconsistente, eis que a convicção do magistrado deve decorrer unicamente da atitude do réu. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni resume que:

Ou seja, a incontrovérsia dos fatos constitutivos gera uma espécie de presunção da existência do direito, exigindo do réu o ônus de demonstrar, na defesa indireta, que o fato extintivo, modificativo ou impeditivo – que ainda deverá ser provado – pode se sobrepôr à controvérsia dos fatos constitutivos. Caso isto não ocorra, a defesa deve ser considerada infundada, ou melhor, incapaz de dissolver a força da incontrovérsia dos fatos constitutivos e, assim, de protelar a prestação da tutela jurisdicional do direito.²⁸⁰

O processualista ainda menciona outra hipótese em que é possível a antecipação de tutela com base no abuso do direito de defesa do réu. Seria o caso em que o autor prova o fato constitutivo e o réu apresenta uma defesa infundada²⁸¹.

Cumprе observar que, assim como na hipótese de não contestação dos fatos constitutivos, aqui também é necessário que a defesa da parte ré não esteja fundada em prova documental ou fatos incontroversos, ou seja, é preciso que o réu

apelação, posição que também é defendida por Luiz Guilherme Marinoni. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 81; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p.300)

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 65

²⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. *passim*

²⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 280

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 282

necessite do tempo do processo para a produção da prova necessária à sua defesa²⁸².

Nesta senda, para a concessão da antecipação de tutela mediante técnica monitória (assim denominada por Luiz Guilherme Marinoni em razão da semelhança com os requisitos do procedimento monitório), é necessário que o autor apresente prova documental ou prova escrita não impugnada²⁸³ pela parte ré, provando desde logo o fato constitutivo do seu direito, enquanto que a defesa apresentada pelo réu não contém fundamentos sérios²⁸⁴.

Cumpra ainda destacar que analisando a jurisprudência dos principais tribunais federais e estaduais do país, verificamos que são raríssimas as hipóteses em que os tribunais concedem a antecipação de tutela mesmo diante da ausência do perigo de dano (inciso I, art. 273, CPC).

No entanto, podemos encontrar, apesar de toda a divergência doutrinária, decisões que aplicam o inciso II do art. 273 com maior adequação aos princípios fundamentais e de forma mais adequada à finalidade do dispositivo. Nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE VENDA E COMPRA E COBRANÇA DE PERDAS E DANOS - TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA - DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO DA AUTORA - PROPÓSITO PROTETATÓRIO DO REQUERIDO EVIDENCIADO - ARTIGO 273, INCISO II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - POSSIBILIDADE, NO CASO PRESENTE, DE RECUPERAÇÃO DO BEM ANTES DA ANÁLISE DA RESCISÃO CONTRATUAL - DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. **A tutela antecipada pode ser concedida, excepcionalmente, nos casos em que o direito do autor resta manifesto nos autos, com a finalidade de desincumbi-lo do ônus de arcar com a demora do processo**, evitando, assim, que ocorra um abuso do direito de defesa ou fim protetatório da parte inadimplente acionada. (grifos nossos)²⁸⁵

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 284

²⁸³ Para entender a diferença entre prova documental e prova escrita ler MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82 e seguintes.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 284

²⁸⁵ MARINGÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 6 Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 413397-1. Agravante: Gian Cristiano Marcão. Agravado: Zwecker Empreendimentos LTDA. Relator: Juiz designado Salvatore Antonio Astuti. Curitiba, 16 out. 2007. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1613682/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-413397-1>>. Acesso em 10 nov. 2012.

Nesse caso originário do interior do Paraná, o saldo devedor apurado pelo assistente técnico do próprio devedor não foi pago pelo réu, que nem ao menos depositou as parcelas incontroversamente devidas, limitando-se a questionar cláusulas contratuais e condições devidamente estabelecidas e contratadas pelas partes. Assim, tanto o juiz de primeiro grau quanto os desembargadores da 6ª Câmara Cível do TJPR entenderam “*em nome da efetividade da Justiça, presente os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações indicado (sic) que o réu quer protelar a solução do conflito, nos termos do Art. 273, Inciso II do CPC*” ser devida a antecipação de tutela consistente na reintegração da posse em favor da autor, posto que “*o direito do autor resta manifesto nos autos, com a finalidade de desincumbi-lo do ônus de arcar com a demora do processo, evitando, assim, que ocorra um abuso do direito de defesa ou fim protelatório do requerido*”.

Da mesma forma, importa destacar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual o magistrado justifica a concessão da antecipação de tutela em razão da apresentação de defesa com “*argumentos completamente insubsistentes, absurdos até*”, de forma que o agravado não pode ser penalizado com o pesado ônus do tempo do processo:

AGRAVO POR INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - ABUSO DE DEFESA E PROPÓSITO PROTETATÓRIO DO RÉU - MANUTENÇÃO. **Quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 273 II, autorizando a antecipação de tutela;** Hipótese em que o réu alega, basicamente, que pode permanecer na posse de imóvel porque assim lhe autorizou o vendedor inadimplente de um outro imóvel, que nada tem a ver com o primeiro a não ser o fato de se situar na mesma rua.²⁸⁶ (grifos nossos)

Assim, também é possível encontrar processos em que a parte ré procura tangenciar a discussão principal dos autos, como no caso abaixo, cuja decisão foi proferida pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. LOCAÇÃO. CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO. MEDIDA LIMINAR DE DESPEJO. ART. 273, II, CPC. VERIFICADA A

²⁸⁶ ALMENARA. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 12 Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 1.0017.08.033581-7/001. Agravante: Edvaldo José Lopes das Neves. Agravado: Vanderley Alves Pereira. Relator: Desembargador Domingos Coelho. Belo Horizonte, 31 jan. 2011. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10017080335817001> Acesso em 10 nov. 2012.

DEMORA NO FEITO COM CONDUTA PROTTELATÓRIA DO RÉU. CONSTATADA A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA UMA VEZ PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA O SEU DEFERIMENTO. RECURSO PROVIDO.²⁸⁷

No caso que a ementa acima se refere, o autor requer sua imissão na posse do imóvel, enquanto que o réu, o qual se encontra na posse do imóvel, deseja manter o *status quo*, requerendo inúmeras perícias para discutir tão somente o valor da indenização pelas benfeitorias.

Assim sendo, o magistrado deferiu a antecipação de tutela com base na evidência do direito do autor em retomar a posse do imóvel, enquanto que o processo estende-se para que seja discutido o valor da indenização – uma vez que não há, no caso em comento, direito de retenção, é claro.

Por fim, cumpre destacar que nos Projetos de Lei n. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010²⁸⁸, que tratam sobre o Novo Código de Processo Civil, em atual tramitação perante a Câmara dos Deputados, é dada especial atenção à tutela de evidência, a qual é tratada em capítulo específico inclusive. Assim, no novo CPC, conforme mais recente versão do Projeto de Lei, datada do dia 05 de dezembro de 2012, serão alargadas as hipóteses em que é permitida a antecipação de tutela em razão da evidência do direito da parte como, por exemplo, hipótese em que deve ser concedida a medida antecipada quando “*a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável*” (art. 306, II, Projeto de Lei n. 8.046 de 2010). Dessa forma, podemos perceber a tentativa do legislador em dar

²⁸⁷ CARAZINHO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 15 Câmara Cível. Agravo de instrumento 70036867141. Agravante: S.A. sul administração e participações Ltda. Agravado: RHRISS combustíveis Ltda. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcello. Porto Alegre, 29 de junho de 2010. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70036867141%26num_processo%3D70036867141%26codEmenta%3D3613069+70036867141&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70036867141&comarca=Comarca+de+Carazinho&dtJulg=29-06-2010&relator=Ot%25E1vio+Augusto+de+Freitas+Barcellos>. Acesso em 10 nov. 2012.

²⁸⁸ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. *Planalto*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>> . Acesso em: 10 dez. 2012.

maior guarda ao direito evidente, sendo mais explícito em relação às hipóteses em que a antecipação da tutela fundada na evidência do direito deve ser concedida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou realizar um estudo sobre a antecipação de tutela fundada no abuso do direito defesa e/ou manifesto propósito protelatório do réu, instituto que, apesar de estar presente do ordenamento jurídico brasileiro há quase 20 anos, é ainda pouco conhecido e raramente aplicado pelos operadores do Direito.

Dessa forma, na primeira parte do trabalho procurou-se explicar a origem da universalização da técnica antecipatória no procedimento ordinário, salientando como o processo ordinário sem a possibilidade de antecipação de tutela mostrava-se insuficiente às necessidades da sociedade e, em especial, a forma pela qual os aplicadores do Direito compensavam essa ausência de técnica antecipatória com a aplicação do poder geral de cautela como forma de proteger a efetividade do Direito Processual Civil.

Após, analisamos a importância da técnica antecipatória instituída no procedimento ordinário com a promulgação da Lei n. 8.951/1994, bem como os fundamentos constitucionais que devem orientar a interpretação e aplicação do artigo 273 do CPC. Sendo assim, procurou-se esclarecer que o direito à tutela efetiva, adequada e tempestiva exige a adoção de técnicas processuais tal qual a técnica antecipatória. Da mesma forma, a importância que o fator tempo possui no processo foi destacada, com uma atenciosa análise sobre a principal finalidade da antecipação de tutela, ou seja, da problemática que envolve o ônus que o tempo necessário à tramitação de qualquer processo gera a ambas as partes, mas atinge de forma especial o autor que tem razão.

Feita essa análise, adentrou-se especificamente na questão envolvendo o inciso II do artigo 273 do CPC, o qual não exige o risco de dano irreparável ou de difícil reparação para a concessão da antecipação da tutela, de forma que tal dispositivo tem por finalidade a distribuição adequada do ônus do tempo do processo, demonstrando a preocupação do legislador com o dano marginal causado pelo decurso do tempo no litígio.

Dessa forma, procurou-se esclarecer as razões pelas quais alguns autores preferem referir-se ao dispositivo como uma “antecipação de tutela

sancionatória”, porém com a devida ressalva de que tal denominação não é a mais adequada. Isso porque, conforme foi estudado, a antecipação da tutela por abuso do direito de defesa não trata-se propriamente de uma punição ao réu, mas tão-somente uma forma de dinamizar-se o ônus do tempo, procurando prestigiar aquela parte que demonstra desde logo possuir uma maior probabilidade de sair-se vencedora da causa. É, logo, dispositivo em que a antecipação da tutela tem por fundamento a evidência do direito exposta pela parte – ou seja, é uma hipótese de antecipação da tutela que tem por finalidade atenuar a enorme influência que o fator tempo possui nos processos.

A partir desse ponto, foram estudados os fundamentos e, principalmente, o significado da expressão “*abuso do direito de defesa*” contida no inciso II do artigo 273, CPC. Após, as principais características desta hipótese de antecipação da tutela foram analisadas, de forma a explicar que trata-se, à semelhança no inciso I do mesmo artigo, de decisão fundada em cognição sumária e, por essa razão, provisória, podendo ser o provimento revertido a qualquer momento em decisão fundamentada em fatos e/ou provas supervenientes. Da mesma forma, os outros requisitos para a concessão dessa hipótese de antecipação, quais sejam, a verossimilhança das alegações do autor e a proibição de que os efeitos da concessão sejam irreversíveis também foram estudados. Foram analisados ainda o momento em que é possível a concessão desta medida, bem como quais partes são legitimadas a requerê-la, com especial atenção sobre a eventual possibilidade de que o réu também ser favorecido com a concessão dessa hipótese de antecipação de tutela.

A partir disso identificamos mais detalhadamente em quais hipóteses seria possível ao magistrado conceder a medida, exemplificando com algumas decisões em que a antecipação de tutela com fundamento na evidência do direito foi concedida.

Sendo assim, é possível verificar que o instituto tem grande relevância e deve ser usado com vistas a retirar o ônus do tempo do processo exclusivamente dos ombros da parte autora. Assim, se o réu apresentar uma defesa infundada, com argumentos inconsistentes, caberá ao magistrado conceder a antecipação de tutela

à parte autora, tendo em vista a evidência do seu direito e a grande probabilidade de que seus pedidos venham a ser contemplados ao final do processo.

Dessa forma, não é requisito para a concessão da medida a má-fé do réu, ou o efetivo retardamento do processo por atitudes da defesa, vez que tal hipótese de antecipação de tutela não é uma sanção à parte ré, existindo no ordenamento medidas mais adequadas a punir a parte que agir de tal forma. A antecipação de tutela é, portanto, um direito do autor que passa a não ter que arcar sozinho com o pesado ônus imposto pelo decurso do tempo necessário a concessão da tutela definitiva.

Importa ainda destacar que, conforme pôde ser observado ao longo deste estudo, as diferentes posições da doutrina sobre a natureza e o significado das expressões do inciso II do artigo 273, CPC, as quais são, de fato, um tanto obscuras, restringem a utilização deste instituto pelos aplicadores do direito. Cumpre, então, aos estudiosos de processo civil dar mais atenção à possibilidade de concessão de antecipação de tutela descolada do requisito da urgência, a fim de que tal medida passe a ser melhor concebida pelos aplicadores do direito, servindo de importante ferramenta para a atenuação de um dos grandes desafios do processo civil atual, o ônus do tempo no processo.

REFERÊNCIAS

ALMENARA. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 12 Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 1.0017.08.033581-7/001. Agravante: Edvaldo José Lopes das Neves. Agravado: Vanderley Alves Pereira. Relator: Desembargador Domingos Coelho. Belo Horizonte, 31 jan. 2011. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10017080335817001> Acesso em 10 nov. 2012.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Alcance e natureza da tutela antecipatória. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1997, v. 337. p. 47-53

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.I. 395 p.

ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade (lendo um livro de Herbert L. A. Hart). In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 131-139

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2 – 15

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático das tutelas de urgência. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 70, jul. 1997. p. 214-239

ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152-175

ALVIM, Eduardo Arruda. A raiz constitucional da antecipação de tutela. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 426–450

ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? In: *Revista de Processo*, vol. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50-59

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. 736 p.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 532 p.

BAPTISTA DA SILVA Ovídio A. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001. 626 p.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. In: *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*. Curitiba, abril/junho 2003, n. 28. p. 286-297

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, n. 81. p. 198-211.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 422 p.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 309 – 332

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. *Planalto*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> . Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. *Planalto*. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>> . Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 39641/MG. Agravantes: Mario Bicalho e cônjuge. Agravado: Banco Central do Brasil. Relator: Ministro Peçanha Martins. Brasília, 11 abr. 1994. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=LIBERADA+A+ULTIMA+PARCELA+DOS+CRUZADOS+NOVOS+RETIDOS%2C+A+A%C7%C3O+RESTOU+PREJUDICADA+PELA+PERDA+DO+SEU+OBJETO&b=ACOR>. Acesso em 10 nov. 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bases teóricas para um novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Salvador: JusPodium, 2009. p. 29-43

CAMEJO FILHO, Walter. *Garantia do Acesso à Justiça*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 17- 46 (o livro tem 416 páginas).

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris, 1988. 165 p.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 181 p.

CARAZINHO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 15 Câmara Cível. Agravo de instrumento 70036867141. Agravante: S.A. sul administração e participações Ltda. Agravado: RHRISS combustíveis Ltda. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcello. Porto Alegre, 29 de junho de 2010. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70036867141%26num_processo%3D70036867141%26codEmenta%3D3613069+70036867141&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70036867141&comarca=Comarca+de+Carazinho&dtJulg=29-06-2010&relator=Ot%E1vio+Augusto+de+Freitas+Barcellos>. Acesso em 10 nov. 2012.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. Antecipação da tutela por abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu. In: ASSIS, Araken de. *et. al. Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1550-1559

COSTA, Guilherme RECENA. Entre função e estrutura: Passado, Presente e Futuro da Tutela de Urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152-175

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. 585 p.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 187-199

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. 293 p.

FRANÇA. *Code de procédure civile*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006149697&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20121008>>. Acesso em 08 out. 2012.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 399 p.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art.273, inc.II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006. 143 p.

MARINGÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 6 Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 413397-1. Agravante: Gian Cristiano Marcão. Agravado: Zwecker Empreendimentos LTDA. Relator: Juiz designado Salvatore Antonio Astuti. Curitiba, 16 out. 2007. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1613682/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-413397-1>>. Acesso em 10 nov. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 237 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 318 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 396 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1215 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 499 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 524 p.

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 184 p.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 270 p.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 187 p.

MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada e Efetiva, Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e Multa Processual para o Cumprimento das Obrigações de Pagar Quantia. In: MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89 – 108

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n.183. p. 165 – 194

MITIDIERO, Daniel. Tutela Antecipatória e Defesa Inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de Urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 333-341

MITIDIERO, Daniel. Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Cautelar à Técnica Antecipatória. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197. p. 27-66

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada sancionatória. Disponível em: www.professordanielneves.com.br/ Acesso: 08/10/2012. 19 p.

THEODORO Jr., Humberto. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 676-704

TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 168 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 493 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1259 p.

SCARPINELLA, Cássio Bueno. *Tutela Antecipada*. 2 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. 280 p.

SILVA, Jaqueline Mielke da. *Tutela de urgência e pós-modernidade: a inadequação dos mecanismos atualmente positivados à realidade social*. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 692 – 704

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. São Paulo: CEBEPEJ, 1999. 148 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 297p.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 81-104