

6

APLICABILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA DE EVIDÊNCIA

Applicability of the urgent relief by evidence

Wallace Couto Dias¹

RESUMO

A tutela antecipada de evidência, forma célere de garantir o provimento jurisdicional de forma segura e justa, será analisada neste trabalho conjuntamente com suas hipóteses de aplicação, vistas como formas de acessar a Justiça com eficácia.

PALAVRAS-CHAVE: tutela antecipada, direito evidente, acesso à justiça.

ABSTRACT

The interlocutory relief of evidence against undue delay by defendant, a speedy way to ensure safe and fair legal protection, will be analyzed in this paper together with its application possibilities for effective enforcement of the Law.

KEYWORDS: interlocutory relief, evident right, access to law.

¹ Advogado, mestrando em Processo Civil pela PUC-SP, especialista nesta mesma área pela USCS e em direito civil pela Mackenzie.

1 Introdução

O presente trabalho estuda as possibilidades de sumariização dos efeitos do pedido, realizada por meio da tutela antecipada de evidência, positivada no Art.273 do Código de Processo Civil.

Este instituto visa a evitar que o processo torne-se um martírio à parte que, dentro de suas razões, possui meios de apresentá-las com plausibilidade e de forma verossímil ao julgador.

Serão analisados os princípios da tutela antecipada, sua evolução histórica, seu conceito, as hipóteses de aplicação e como o instituto foi inserido no projeto do Código de Processo Civil que visa reformar o presente Código.

2 PRELIMINAR PRINCIPOLÓGICA DA TUTELA ANTECIPADA

O principal problema do processo civil é o equilíbrio entre uma prestação de tutela eficaz e segura sem comprometer a celeridade. Os grandes debates modernos focados na instrumentalidade dos institutos processuais voltam-se às funções pragmáticas, conhecendo o Direito como modo de compor litígios e atingindo resultados.

A visualização do processo como um fim em si mesmo ou sua supervalorização, a ponto de torná-lo mais importante do que o direito material, torna-se anacrônica. Nesse sentido, de nada adiantaria um direito assegurado de acessar a Justiça se o jurisdicionado está submetido

à infundável morosidade que atormenta os tribunais e varas de todo o país. Reforçando a instrumentalidade processual na antecipação de tutela:

As normas processuais buscam hoje a plena satisfação do direito material, ou seja, um processo de resultados (efetividade do processo). Inserem-se nesta linha os novos dispositivos do Código de Processo Civil que adotam a chamada tutela jurisdicional diferenciada, ou seja, procedimentos sumários de cognição superficial, necessários a assegurar a fruição do bem antes que o tempo corra o direito ou seu objeto (como a tutela antecipada) ... (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2011, p. 141)

Distingue-se a tutela sumária da tutela definitiva, visto que esta última tem por escopo a realização antecipada do direito da parte. Constitui manifestação da visão ins-

trumentalista da ciência processual, pois sua elaboração se dá em função das necessidades do direito material. (BEDAQUE, 2011, p. 161)

O acesso à Justiça é muito mais do que garantir ao cidadão o apreciar dos órgãos jurisdicionais sobre seu problema, é, sobretudo, permitir que sua resposta seja proferida em tempo hábil, pois há duas formas de impedir o exercício deste direito: não conceder a determinado indivíduo a possibilidade de litigar ou tornar tão pesaroso esse ato que se torne inócua e desinteressante a medida.³

Sendo o Estado um poder monopolizador e o único competente para fazer uso da força, salvo com sua expressa autorização, é salutar exigir dele a mais célere aplicação das consequências legais previstas. Ao agir com pusilanimidade, desinteresse ou até mesmo incompetência, o Estado põe em risco a confiança que seus cidadãos nele depositam, que é requisito de uma ordem interna. Mas quando o assunto é tutela jurisdicional, rapidez pode não significar perda de eficácia, tanto quanto morosidade não traduz certeza no conhecimento.

Como então seria possível evitar os males de um Judiciário moroso e, ao mesmo tempo, não pronunciar-se de forma descuidada sobre uma questão legal? A problemática, de cunho legislativo e jurídico, ganhou um novo objeto com a antecipação de tutela, instituto já muito estudado pela doutrina antes de sua positivação.⁴ Trata-se, *mutatis mutandi*, de provisoriamente permitir que o litigante consiga o que obterá apenas ao final do processo.

Na realidade a antecipação de tutela não é forma de acelerar o processo, este continuará a seguir todos os atos necessários e transcorrerá da mesma forma que se não houvesse a sumariização. É preciso ter em mente que a celeridade processual é um princípio que resguarda o tempo integral de um processo: de seu protocolo até seu trânsito em julgado. Entretanto, a antecipação de tutela não visa antecipar o processo em si, mas apenas a tutela a qual seria apreciada em momento posterior.

Antecipar a tutela é conduzir o litigante, por via oblíqua, aos fins pretendidos por ele na ação, sem que precise aguardá-la em seu todo, sem que se possa, entretanto, afirmar que o processo será encerrado mais cedo, porquanto ainda haverá contestação e todos os recursos cabíveis. Em síntese, antecipar, no sentido processual, não significa necessariamente acelerar os andamentos, mas apenas conceder temporariamente a tutela jurídica pretendida. Para que não restem dúvidas disso, basta exercitar a lógica dos antagonicos: se é perfeitamente possível

³ Muito comum na mentalidade popular é a crença de que um direito que não se consegue obter não é um direito propriamente dito. Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.137.

⁴ Conforme será discorrido no curso do trabalho, MARINONI e FUX são exemplos típicos.

um processo com antecipação de tutela durar igual ou até mesmo mais do que um processo sem antecipação de tutela, então não assiste razão pensar nela como um encurtamento do tempo, apenas como encurtamento do caminho para obtenção da tutela e, como todo “atalho”, nada garante tempo menor.

Daí afirmar que a tutela antecipada não é necessariamente uma forma de celeridade processual, mas tão somente uma maneira de garantir ao cidadão o acesso à Justiça em sentido amplo, qual seja: o direito de receber um provimento na medida de suas especificidades e urgências. Neste sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 27):

Quer dizer que o autor tem, ao lado do direito, à tutela jurisdicional do direito decorrente do próprio direito material, o direito à ação adequada à tutela do direito ou o direito à tutela jurisdicional efetiva garantido pelo Art. 5º, XXXV da CF.

De modo semelhante, alega Nelson Nery Júnior (2008, p. 132):

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-las, independentemente de haver lei autorizando, ou ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente”.

Portanto, o princípio que norteia a antecipação de tutela é o acesso à Justiça (Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988), o qual recebe uma interpretação muito mais ampla do que mera literalidade de seu texto presente na Lei Maior, todavia não apenas esse princípio

está calcado na antecipação de tutela, também subsiste como fundamento dela a igualdade das partes litigantes.

Tendo por certo que o processo é um instrumento de aplicabilidade do direito e, ao mesmo tempo, o exercício do direito de ação, o seu curso deverá ser suficientemente longo para criar subterfúgios contra iniquidades, sem, contudo, favorecer nenhuma parte, sob risco de tornar-se um martírio para o autor e uma vantagem para o réu.⁷ A morosidade típica do conhecimento e seus andamentos poderiam permitir ao réu esquivar-se de suas obrigações

legais ou, pior, postergá-las até transformar toda a lide em uma demanda fútil. É quando caberá ao magistrado reequilibrar as partes para o bem do interesse público e da imparcialidade. Ratificando:

A tutela antecipatória constitui o grande sinal de esperança em meio à crise que afeta a justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento (MARINONI, 2011, p. 22).

A igualdade é um direito que subsiste em face de outros do ordenamento, sua função é equilibrar as relações jurídicas. O interesse na igualdade sempre é derivado do confronto com outro direito, e.g. igualdade na escolha do domicílio conjugal por ambos os cônjuges. No caso em tela, o direito de acesso à Justiça congrega-se ao direito à igualdade para evitar abusos:

Portanto, a igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas na verdade garante o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica (BASTOS, 1989, p. 13).

Este abuso da ordem jurídica pode ser aquele do direito de defender-se (abuso do direito de defesa), que é, conforme será visto, um dos critérios passíveis de antecipação de tutela. Por tal razão esse princípio é tão congruente com o instituto deste trabalho.

Costuma-se entender que também o devido processo legal é corolário da antecipação, justamente por transformar a jurisdição em meio de executar direitos de forma digna e adequada (FUX, 1996, p. 131).

Exatamente por ser uma consequência de princípios já consagrados na Constituição, a doutrina clamava aplicabilidade da tutela antecipada antes da previsão legal, é o que será demonstrado a seguir no processo histórico-evolutivo da tutela antecipada.

3 PRELIMINAR HISTÓRICA DA TUTELA ANTECIPADA

Visto que a antecipação de tutela é consequência da norma Constitucional que fixa o direito à igualdade (preâmbulo e caput do Art. 5º) e ao acesso à Justiça (Inciso XXXV, Art. 5º), não seria necessária nenhuma lei infraconstitucional para garantir sua aplicação, já que os princípios também se perfazem em normas.¹¹

⁷ Aqui se fala em autor prejudicado e réu favorecido, mas, em verdade, ambos são prejudicados pela morosidade, porquanto o injustamente processado tem interesse no encerramento da demanda a seu favor. A tutela antecipada é medida típica de autor e há divergências quanto a sua concessão pelo réu, alguns a admitem em casos específicos, outros negam plenamente (MONTENEGRO FILHO, Misael. Código de processo civil comentado e interpretado. São Paulo: Atlas, 2008. p.326).

Em se tratando de princípio, não deve o Judiciário deixar de aplicá-lo com fundamento em non liquet, afinal, lacuna legal não significa lacuna no ordenamento.¹² Entretanto, antes do advento da atual Constituição já havia o legislador se manifestado em prol da igualdade processual, em 1973, quando laborou no Art.125 do Código de Processo Civil, que foi recepcionado pela atual Lei Maior, in verbis:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Com o excessivo rigor legislativo, houve tantas incertezas que a doutrina buscou mitigá-las com o passar dos anos. Essa forma de pensar social, apelidada por Miguel Reale (1994, p. 3, 16, 17) de “culto às leis”, é tão comum no Brasil que o mesmo autor afirmou:

No Brasil então, como alhures, chegou a vingar um verdadeiro parnasianismo jurídico, que resplende na excelência verbal da Constituição de 1891, e se projeta século XX adentro, até às polêmicas travadas sobre o Código Civil de 1916, quando maior repercussão tiveram as disputas dos gramáticos do que as divergências dos jurisconsultos...” (grifou-se).

Não se pode esquecer, por outro lado, que “as tarefas do jurista em face da lei são três: interpretação, construção e sistema” (RADBRUCH, 2010, p. 16). Ou seja, interpretar, para compreender a norma de conduta positiva; construir, para sanar omissões e obscuridades; sistematizar, para congregiar toda a produção anterior em um sistema único e total de normas. Foram esses três métodos jurídicos que a doutrina utilizou para a antecipação de tutela.

Foi então que, tendo a matéria bruta dos princípios em mãos, os juristas moldaram-na e adequaram-na às necessidades processuais contemporâneas e, como não poderia deixar de ser, esbarraram na morosidade que ronda o Judiciário. O que fazer com os direitos expostos e de clara apreciação?

Essa questão não é moderna, tanto que formas brutas de antecipação de tutela já existiam no direito romano, por meio dos interditos, que são mencionadas pela doutrina como as origens da antecipação (FUX, 1996, p. 305, 324), juntamente com o fértil pensamento anglo-saxão do Common Law.

No direito pátrio, até uma solução definitiva, utilizavam-se ações cautelares satisfativas para suprir a falta da antecipação de tutela.¹⁸ Ocorre que a própria doutrina notava o contrassenso da confusão de formas processuais; precisavam, portanto, apurar a técnica processual.

Na busca por apurar a técnica e de fundamentar a antecipação de tutela, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 11), que foi um dos precursores nesta missão, publicou diversos trabalhos de direito comparado, afirmando ao final:

É sempre difícil escrever sobre um tema ainda não versado. Quando publicamos em 1992 Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, objetivamos demonstrar a necessidade de uma melhor sistematização da tutela de urgência.

Os estudos do jurista supramencionado (1996, p. 310), de acordo com seu próprio dizer, estavam mais voltados à tutela de urgência, que sempre foi a de maior preocupação. Entretanto, Luiz Fux discorreu largamente sobre a tutela de evidência, a qual defendia com fulcro na analogia com o mandado de segurança. Segundo ele, ambos traduzem direitos líquidos e certos. Em suas palavras:

Essa forma de tutela distingue-se daquela do mandamus, porque não se trata de ato de autoridade apenas, mas também de ato de particular; isto é, não exclui a tutela de evidência qualquer que seja a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privado.²⁰

Neste raciocínio, se contra o agente do Estado, que fere direito líquido e certo, haveria forma célere de garantir o provimento por meio do mandado de segurança, é salutar compreender como aplicável também ao particular a antecipação, mesmo que em relação desprovida de ente público. No Brasil, chegou-se até mesmo a ser discutido

¹¹ Leis, no sentido de normas de conduta positivadas pelo Estado, são espécies que compõem a norma, à qual se completam com princípios, decretos, resoluções, portarias, instruções normativas, contratos, convenções coletivas, etc.

¹² Alguns doutrinadores afirmam não existir lacuna no Direito, apenas lacuna na lei. Isto porque sempre a conduta é tolerada ou vetada, nas palavras de Hans Kelsen: “Uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P.46).

¹⁸ Mais adiante será feita uma comparação entre os dois institutos processuais: cautelares e tutelas antecipadas.

²⁰ Observação: Apesar da obra ser datada de 1996, o trabalho apenas fora publicado nesta data, sendo que Luiz Fux o tinha escrito para concorrer à vaga de professor na Universidade do Rio Janeiro e, com a modificação legal que expressou a tutela antecipada no CPC, só em 1996 as editoras publicaram-no. Isto ele narra nos prólogos de sua obra.

o uso do Mandado de Segurança contra particulares, por meio do Código de Defesa do Consumidor (MARINONI, 2011, p. 104), que, no entanto, não logrou êxito, fato que recebeu críticas:

A proposição que admite o uso de um procedimento, como o do mandado de segurança, apenas contra os atos do Poder Público, unicamente pode se fixar como premissa a tese absurda de que apenas os agentes do Poder Público são capazes de cometer atos que justifiquem o emprego de tal procedimento.

Estas doutrinas ganharam repercussão até que o legislador entendesse conveniente determinar de forma expressa a possibilidade de aplicação do instituto, evitando o esforço intelectual para declarar sua existência. Hodiernamente a tutela antecipada está inserida no CPC, no Art.273. Isto ocorreu com o advento da lei nº 8.952, de 1994, que modificou o diploma processual brasileiro, fixando regras gerais de aplicabilidade, ainda que antes dela outras formas específicas já existissem (DINAMARCO, 2004, p. 64-65). Feitas essas considerações preliminares, passar-se-á a discorrer sobre o conceito de tutela antecipada.

4 O CONCEITO DE TUTELA ANTECIPADA DE EVIDÊNCIA

4.1 Lexicologia do termo “tutela antecipada”

Antes de verificar o sentido jurídico que possui a tutela antecipada, é preciso ressaltar algumas considerações linguísticas sobre o significado da expressão utilizada para denominá-la.

Muito cuidado é necessário ter na utilização do termo tutela antecipada, que pode ser grafado como antecipação de tutela, mas nunca como tutela antecipatória. A tutela é o efeito causado (consequência) pela antecipação, não o instituto causador. Se fosse dito tutela antecipatória, estar-se-ia a alegar que é a tutela quem antecipa, enquanto, na verdade, quem assim o faz é a decisão interlocutória do magistrado.

A expressão tutela antecipatória é correlata à tutela de antecipação e não antecipação de tutela, sendo, portanto,

incorreta sua forma, entretanto, muitos juristas a utilizam, entre eles

Luiz Guilherme Marinoni e Elpídio Donizetti. Estas considerações, embora estritamente linguísticas, auxiliam no entendimento da relação causa-efeito e concessão-concedido.

4.2 Conceito jurídico de tutela antecipada

Tutela antecipada é o instrumento processual, proferido em sede de processo de conhecimento, o qual permite ao julgador realizar um adiantamento da tutela que só seria apreciada na sentença ou acórdão, com fins a tornar célere a prestação, evitando assim algum dano ao direito subjetivo da parte. Em síntese, nada mais é que antecipar o pedido da ação, com fundamento em demonstrações cabais, sujeitando-se o requerente às eventuais reapreciações no curso da lide, até sua confirmação ou eliminação em sentença ou acórdão.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 347), a antecipação de tutela pode ser entendida nos seguintes termos: “... se destinam a propiciar à parte, em adiantamento (daí, antecipação), os mesmos resultados esperados da sentença de mérito, ou parte deles”.

É preciso reforçar que a antecipação demanda, como aduz a própria palavra, o adiantamento de algo que se dará (ou se daria) posteriormente. Como, por critérios lógicos, não se pode adiar o que já não estava previsto para acontecer, a antecipação de tutela está adstrita exclusivamente ao pedido, não podendo inovar ou ultrapassar os limites fixados por ele (NERY JUNIOR, NERY, 2008, p. 523).Entretanto, há algumas exceções levantadas pela doutrina.²⁶

Como já dito, adianta-se a tutela e não os efeitos da sentença ou ela em si mesma. Ao contrário do que aparentaria aos mais precipitados, a tutela é mais favorável ao litigante-requerente do que uma sentença, vez que esta não produz efeitos se pendente recurso suspensivo (que é a regra da Apelação Cível, conforme menciona o Art. 520, do Código de Processo Civil). Visto o conceito geral, passar-se-á às modalidades específicas de antecipação de tutela.

²⁶ Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 63) é um dos que permite, após certa análise, uma antecipação mandamental em ação declaratória, ou seja, uma antecipação que proíba determinado ato, sob pena de multa em ação que, em verdade, apenas declararia. Este autor chega até mesmo a permitir plena fungibilidade da antecipação, podendo o juiz conceder uma diversa da que foi efetivamente requerida: “Ora, se o juiz pode, ao final, determinar providência diversa da solicitada, é lógico que ele pode determinar, como tutela antecipatória (e não cautelar), providência diferente da requerida como tutela final, desde que configure medida idônea para satisfazer o direito em questão”. A questão, contudo, é polemica e merece aprofundamento.

4.3 Espécies e gêneros de antecipação de tutela

Duas são as espécies de tutela antecipada expressas no CPC: a primeira, chamada de tutela de urgência, trata do requerimento de antecipação do pedido com fulcro em existência ou possibilidade de dano grave ou de difícil reparação; a segunda, chamada tutela de evidência, faz o mesmo requerimento, entretanto com diferentes razões, amparando-se no manifesto propósito protelatório ou abuso do direito de defesa do réu. É justamente essa última modalidade que será tratada por este trabalho. Há ainda outras formas específicas de antecipação, entre elas a presente na Lei nº 8.245/1991, no §1º do Art.59, que prescreve ser possível, na Ação de Despejo, conceder-se liminarmente a desocupação sem prévia audiência da parte contrária.

Tanto para as tutelas de urgência, como para as de evidência, subsistem regras específicas e gerais. As tutelas de urgência tomam forma por meio das cautelares (nominadas ou inominadas) ou da antecipação de tutela. Quando tratar-se de direito evidente, só duas opções serão possíveis: regras específicas ou o uso das regras gerais de tutela antecipada. Assim, a tutela antecipada é mais dinâmica que a cautelar, uma vez que esta só pode suprir a demanda em casos de risco na demora (*periculum in mora*) e nunca em casos de evidência. Esquematiza-se abaixo:

Formas de cognição sumária protetiva ao processo e direito

Tutelas de urgência	Tutelas de evidência
a) Regras específicas das Cautelares nominadas e Regra geral das inominadas. b) Tutela antecipada de urgência.	a) Regras específicas em leis esparsas (e.g. locações). b) Regra geral do CPC: tutela antecipada de evidência.

Fonte: o autor

Notando que a antecipação é uma intersecção que cruza tanto a tutela de evidência quanto a de urgência, chegou-se à conclusão de que não seria possível pensar nela como uma espécie do gênero cautelar, sua natureza é distinta. As medidas cautelares e a tutela antecipada de urgência apenas serão do mesmo gênero quando ambas visam à proteção com fulcro no risco do tempo (urgência), ocasião em que ambas serão tutelas de urgência. Neste sentido: "... Tutelas de urgência Tutelas de evidência a) Regras específicas das Cautelares nominadas e Regra geral das inominadas. b) Tutela antecipada de urgência. a) Regras específicas em leis esparsas (e.g. locações). b)

Regra geral do CPC: tutela antecipada de evidência.

a tutela de urgência é gênero, do qual são espécies a tutela antecipatória, em face do *periculum in mora* e a tutela cautelar" (MARINONI, 2011, p. 127).

Se, como exposto acima, pode ocorrer da antecipação de urgência ser pertencente ao mesmo grupo que a ação cautelar, é preciso diferenciá-las para não incorrer em similitude, passa-se a abordar esta questão.

4.4 Diferenças entre tutela antecipada e processo cautelar

No que diz respeito à diferença de tutela antecipada e cautelar, cumpre salientar que "não se tem ainda uma resposta definitiva a essa indagação, nem chegamos ainda perto de uma definição quanto a casos a serem encarados como cautela e casos que devem ser havidos como antecipação" (DINAMARCO, 2004, p. 62).

Em que pese tais dificuldades, a tutela antecipada é requerimento feito no curso do processo de cognição, como se nota no próprio Art. 273, do Código de Processo Civil. A cautelar, por sua vez, é processo autônomo de índole preparatória ou incidental (MONTENEGRO FILHO, 2008, p. 237).

Também é possível diferenciar as medidas cautelares e a tutela antecipada pelo objeto tutelado, sendo que nesta a preocupação é resguardar diretamente o direito material pleiteado, visando a efetivá-lo provisoriamente por meio do exercício adiantado; já a primeira foca a proteção de determinado ato processual ou processo e, portanto, defende a própria efetividade jurisdicional (FUX, 1996, p. 48).

De forma semelhante, Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 68) manifesta-se pela diferença na proteção processual, para as cautelares; e pessoal, para as antecipatórias:

... são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e, as segundas, às pessoas.

Porém, as divergências são mitigadas quando levado em conta que "tanto a antecipação da tutela quanto a tutela cautelar derivam do mesmo gênero, qual seja, tutela jurisdicional de urgência" (DONIZETTI, 2011, p. 405). Entre-

tanto, isto só pode valer, como já visto, para uma espécie de tutela antecipada, a de urgência, pois a de evidência não demanda risco algum: nem periculum in mora, nem dano irreparável.

Essa inegável semelhança dos institutos acarretou, durante os anos de lacuna legislativa, em antecipatórias concedidas sob a figura de cautelares satisfativas. Segundo relata Luiz Fux (1996, p. 371):

A tutela antecipatória tem cunho satisfativo e visa a evitar o uso indevido do processo cautelar para a proteção de interesses substanciais e tem como fundamentos constitucionais as garantias de acesso à justiça adequada e ao devido processo legal.

Igualmente, relata Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2004, p. 64):

A experiência mostra ainda que mesmo o poder geral de cautela, instituído no Art. 798 do Código de Processo Civil, e tão destejado pela doutrina como a chave mágica da tutela cautelar, é na prática utilizada como vista a antecipar total ou parcialmente a tutela final, não a aparelhar o processo mesmo, como seria se realmente estivessem sendo concedidas medidas cautelares.

Essa confusão dos institutos conduziu o poder acautelatório geral para fronteiras que não eram as pretendidas pelo Art. 798, e fez a desvirtuação do instituto. Com a positivação da tutela antecipada, não há mais que se falar em igualdade desses institutos, ainda que haja entre eles fungibilidade, por força do § 7o do Art.273, do CPC. Entretanto, a doutrina alega ser “de bom alvitre desprezar diferenças terminológicas entre tutela cautelar e tutela antecipada” (DONIZETTI, 2011, p. 406).

É na tutela de urgência que a confusão se faz mais presente, pois há certa proximidade entre o periculum in mora e o dano de difícil reparação; já a tutela de evidência tem pressuposto bem diverso do que subsiste nas cautelares, demandando uma análise do agir protelatório da parte, em vez de uma situação periclitante temporal.

Para elucidar, expõe-se o quadro comparativo:

	Tutela antecipada	Cautelar
Natureza	Requerimento antecipatório satisfativo	Processual autônoma
Cabimento	Processo de cognição	Incidental ou preparatória
Resultado	Decisão interlocutória	Sentença
Recurso	Agravo de Instrumento	Apelação
Tutela	Urgência ou evidência	Apenas urgência
Valor objetivado	Proteção à pessoa e seu direito material	Proteção ao processo ou ato processual
Pressupostos	Gerais: prova inequívoca, verossimilhança das alegações, reversibilidade do pleito. Específicos: manifesto propósito protelatório ou abuso do direito de defesa	<i>Fumus boni iuris e Periculum in mora</i>

Fonte: o autor

4.5 Diferenças entre tutela antecipada e julgamento antecipado da lide

Também não se deve confundir a tutela antecipada com o julgamento antecipado da lide, inicialmente porque o julgamento antecipado da lide visa proferir sentença, da qual caberá recurso de apelação, sendo que, na antecipação, é o próprio pedido (tutela) que é adiantado.

O julgamento antecipado de lide não permite modificação na decisão do juiz, uma vez que este já analisou o mérito e correu a preclusão consumativa. Já a tutela antecipada pode ser alterada a qualquer momento, tendo em vista seu caráter temporário – sem definitividade (NERY JUNIOR, NERY, 2008, p. 524). Dessa maneira, tem-se a estruturação:

	Tutela antecipada	Julgamento antecipado
Efeito	atisfativo-antecipatório	Terminativo/Definitivo
Resultado	Decisão interlocutória	Sentença
Recurso	Agravo de Instrumento	Apelação
Juízo de retratação	Sim	Não
Iniciativa	Apenas por requerimento	<i>Ex officio</i> ou requerimento

Fonte: o autor

4.6. Diferença entre liminar e antecipação de tutela: o momento em que se concede a antecipação

Liminar, do latim liminare, significa limiar, início, tratando-se, portanto, de momento temporal e não de instrumento processual. Juridicamente, liminar é uma medida jurisdicional concedida initio litis. Existem liminares na lei de locações, em mandado de segurança, em ação de reintegração de posse e por meio de antecipações de tutela inaudita altera pars (sem a oitiva do réu), cada uma com seus fundamentos e formas.

É preciso que fique claro que há antecipações que não são liminares e há liminares que não são antecipações de tutela, e, exatamente por serem diferentes, suas combinações são independentes. Quando ocorre inaudita altera pars (sem a oitiva do réu) a antecipação será uma liminar, no entanto, pode haver antecipações nos mais diversos momentos, até mesmo concomitantemente com sentença.

Diante disto, é possível antecipar: a) initio litis (liminar); b) após contestação ou audiência preliminar, hipóteses em que se ouve o réu; c) na fase de instrução, se a urgência ou as novas provas forem cabais; d) conjuntamente com a sentença, tornando a apelação com efeitos meramente devolutivos; e) no curso de reapreciação do mérito pelo tribunal, hipótese em que o requerimento será dirigido ao relator do recurso.

O momento mais curioso para conceder a antecipação é quando se faz conjuntamente com a sentença, pois uma pergunta daí advém: porque há interesse em um juízo temporário se já se tem um juízo de certeza? Na verdade, este pensamento equívoco remete ao próprio conceito de tutela: a sentença, ainda que favorável, não significa obtenção direta da tutela, uma vez que uma mera apelação suspenderá, em regra, os seus efeitos, afastando, ainda que temporariamente, o autor da eficácia.

Quando o juiz defere antecipação e sentença concomitantemente, dois atos são exercidos: um julga o mérito, declarando qual parte litigante está dentro de suas razões; o outro “conduz” até a tutela jurisdicional pretendida. Nessa situação, não deverá o réu recorrer pedindo efeito suspensivo em seu processo, mas, ao invés disto, agravar da decisão que concedeu a antecipação e, no mesmo ato, apelar do mérito em que sucumbiu (MARINONI, 2011, p. 160-161). Nas palavras da doutrina:

... na mesma folha de papel, e no mesmo momento, o juiz, pode proferir a decisão interlocutória, concedendo a tutela, e a sentença, que então confirmará a tutela já concedida e não poderá ser atacada através de recurso de apelação que deva ser recebido no efeito suspensivo (nesta situação, então, aplicar-se-ia o art. 520, VII, do Código de Processo Civil).

Em suma, o uso corrente da linguagem forense tendeu a abreviar formas de sumarização e cautela sob o simples termo liminar, ocorre que não se “obtem liminar”, uma vez que ela não é a pretensão. Correto seria afirmar “obtenção liminar” ou “concessão liminar”. Em outras palavras: liminar não é a tutela, mas o momento em que a tutela foi deferida.

Assim, diferente das outras análises feitas anteriormente, os dois termos não são conflitantes ou opostos, ambos se complementam.

5 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE EVIDÊNCIA

Para que a tutela antecipada possa ser requerida com chances de concessão, alguns pressupostos deverão estar contidos na situação fática e jurídica do caso, esses pressupostos dividem-se em duas modalidades: a) pressupostos gerais, que são àqueles idênticos à antecipação por urgência e antecipação por evidência; e b) pressupostos específicos, que são as exigências variáveis de acordo com a tutela antecipada pretendida.

5.1 PRESSUPOSTOS GERAIS DE ANTECIPAÇÃO

São pressupostos das tutelas antecipadas, independentemente de sua forma: o requerimento da parte, ausência de outro provimento apto a antecipar, prova inequívoca da verossimilhança das alegações e a reversibilidade do pleito antecipado, que se descrevem neste capítulo.

5.1.1 Requerimento da parte

Pelo princípio da inércia da atividade jurisdicional, é preciso que a parte faça requerimento expresso para ter apreciada a possibilidade de antecipação de tutela (MONTENEGRO FILHO, 2008, p. 327). [Nota de rodapé] A leitura do Art. 273, do Código de Processo Civil, não deixa dúvidas sobre tal necessidade, sendo também nítida na doutrina esta questão, conforme se verifica: “O provimento antecipatório será apreciado e, se for o caso, deferido pelo juiz mediante requerimento da parte, sendo vedada a concessão ex officio” (DONIZETTI, 2011, p. 404) e “... o legislador condicionou a concessão da tutela antecipada ao requerimento da parte, excluindo a possibilidade de incoação estatal” (FUX, 1996, p. 308).

Entretanto, ainda que declare ser preciso requerer, Luiz Fux (1996, p. 308) entende que o legislador perdeu excelente oportunidade de possibilitar ao juiz agir de ofício, escrevia antes da previsão legal: “o juiz não pode conceder de ofício a tutela antecipada, salvo quando se tratar de risco de dano irreparável ao direito da parte ou de difícil reparação” (1996, p. 302).

Há, ainda, entendimento de que não apenas a concessão depende de requerimento, mas a própria revogação não estaria apta a ser realizada de ofício. Essa posição é defendida por Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 162), in verbis: “Isto não quer dizer que o juiz pode revogar a tutela de ofício; a tutela somente pode ser revogada em razão de requerimento da parte”. Disto discorda Luiz Fux (1996, p. 372), o qual entende que “A modificação ou revogação do provimento pode efetivar-se de ofício ou a requerimento da parte”.

Em suma, a antecipação visa a resguardar direito material da parte (como já se discorreu na sua diferenciação com a cautelar), assim sendo, não é de feitio do juízo agir em prol de interesses particulares, daí a exigência de requerimento. O litigante que tem contra si a decisão de antecipação, poderá requerer a supressão da medida ou mesmo recorrer por meio de Agravo de Instrumento, hipótese que poderá o juiz retratar-se. [Nota de rodapé]

5.1.2 Ausência de outro provimento apto a antecipar

Um princípio geral da ciência jurídica é a prevalência de leis específicas sobre as leis gerais. Já se tratou anteriormente de que há diversas formas específicas de antecipa-

ção de tutela,[Nota de rodapé] por conseguinte, essas formas previstas nas mais diversas leis deverão prevalecer sobre o Art. 273, do Código de Processo Civil.

É notório que, se o legislador fixou exigências diferentes para a tutela antecipada de evidência, em relação à regra geral, estas é que deverão ser seguidas, não as normas do CPC. Para que não seja desrespeitado o comando legal, não se deverá, por via oblíqua, conceder antecipações que não contenham os pressupostos que o Estado já positivou serem indispensáveis.

Neste sentido:

... não se aplica o disposto no art.273 aos procedimentos para os quais a lei já prevê alguma modalidade de antecipação de tutela, como é o caso das ações possessórias, mandado de segurança, ação civil publica (DONIZETTI, 2011, p. 412).

Trata-se de um pressuposto extrínseco, porque reflete uma negação, um não-existir previsão legal específica para poder antecipar, nos termos do Art. 273 do CPC. Não significa, contudo, que está desabrigado de tutela àquela que possui, in casu, norma específica de antecipação, afinal, é até possível à lei ter facilitado e reduzido os pressupostos que, anteriormente, eram pesados com o Art. 273 do referido código.

Como demonstração do alegado, cita-se a Lei 8.245/1991, a qual menciona, no § 1º, do Art. 59, a exigência de caução (três alugueis) para antecipar liminarmente a pretensão de despejo. Entretanto, possibilita fundamentar seu requerimento tão somente no contrato de locação para temporada ou permanência do sublocatário, quando já encerrado o contrato com o locatário (incisos III e V, respectivamente). Nessas situações, o juiz não poderá conceder antecipação sem a caução que a lei fixou. Por outro lado, sequer é preciso ao requerente demonstrar o dano de difícil reparação (tutela de urgência do Art. 273, inciso I) ou abuso do direito de defesa (Art. 273, inciso II), justamente por que se está a utilizar instituto diverso da regra geral.

Pelas razões expostas, o requerente de antecipação de tutela deve ficar atento para a existência de hipóteses casuais de aplicação, porque não será possível conceder aquela medida com fulcro no Art. 273, do Código de Processo Civil, quando outras exigências forem feitas. Nesse sentido, o Centro de Estudos do Extinto Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo aprovou o enunciado abai-

xo:

N. 31. É incabível, nas ações de despejo, a antecipação da tutela de que trata o art. 273 do Código de Processo Civil, em sua nova redação.

Mas da mesma forma que a lei específica prevalece sobre a geral, é cediço que a norma limitativa de direito é interpretada restritivamente. Ou seja, apenas os casos estritamente previstos na lei específica impedirão a interposição da regra geral do art. 273, do CPC, sendo que, em não abarcando determinada situação de perigo ou evidência, nada obstará a sua utilização. Para defender este pensamento, alegou Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 151): “Note-se, porém, que uma coisa é admitir a tutela do Art. 273, onde já é possível o despejo liminar, outra é admitir a tutela do Art. 273 nas demais ações de despejo”.

5.1.3 Prova inequívoca da verossimilhança das alegações

A palavra verossimilhança contém “vero”, que em italiano significa “verdade”, mas não no sentido filosófico de apreensão exata e completa do objeto pelo sujeito. Trata-se apenas de uma demonstração aparentemente apta a levar o convencimento do magistrado de que a medida é cabível:

A verossimilhança, quando compreendida na linha da teoria do conhecimento, não pode ser colocada no mesmo plano da convicção, pois existe convicção de verdade e convicção de verossimilhança, ainda que ambas, na perspectiva gnoseológica, somente possam resultar em verossimilhança (MARINONI, 2011, p. 167).

Pelo verossímil demonstra-se que não há exaustividade do conhecimento, só a fase de instrução e a posterior sentença terão a missão de realizar esse efeito.[Nota de rodapé] Fala-se em plausibilidade do narrado e não sobre a verdade real (se é que esta existe).

O grande problema dos juristas é conciliar esse conceito de aparência com o de prova inequívoca. A complexidade levou ao entendimento de que prova inequívoca é aquela que convenceu o juiz, o que seria desnecessário escrever, já que o Art. 273 do CPC já afirma “desde que (...) se convença”. Segundo Elpidio Donizetti (2011, p. 406):

Por prova inequívoca entende-se a prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular de direito ma-

³⁹ “Em respeito ao princípio dispositivo, a lei condiciona o deferimento da tutela antecipada à formulação de pedido originado do autor, na inicial da demanda ou através de petição avulsa...”.

⁴⁶ Isso se deve porquanto o Agravo de Instrumento já equivale a uma manifestação de descontentamento e inconformismo com a decisão e, desta forma, é um requerimento implícito para que o juiz reverta o que decidiu. 47 3.3 Espécies e gêneros de antecipação de tutela.

terial disputado. Trata-se de juízo provisório. (grifou-se).

Críticas foram levantadas a esse entendimento: o legislador presumivelmente não escreve em excesso e o conceito não pode ficar ao sabor do juiz, tornando-se subjetivo e falho (MOREIRA, 1999, p. 7). Assim, não é viável dizer que a prova é inequívoca quando o magistrado quis que fosse ou quando foi suficiente para ele se convencer.

A solução buscada por alguns foi entender que, quando se diz inequívoca, trata-se, obviamente, do contrário de equivoco. E para este existir precisa de mais de uma interpretação sobre a prova. Como não se comete erros quando não há opções erradas, só uma prova sujeita a várias interpretações poderia ser uma prova equívoca dos fatos. Para Moreira (1999, p. 7):

Nesta ótica, será equívoca a prova que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva.

Essa explicação não convenceu a todos, pois "... uma prova que aponta em dois sentidos também pode formar convicção de verossimilhança, bastando apontar para o direito do autor de forma mais convincente" (MARINONI, 2011, p. 172).

O debate levou até mesmo a referencia nominal da discordância:

A tese de Barbosa Moreira faz uma interpretação gramatical do significado "prova inequívoca" (...), e aí esquece o mais importante, isto é, que o Art. 273 expressamente autoriza o juiz a decidir com base em convicção de verossimilhança (MARINONI, 2011, p. 172).

Mas é unânime que prova inequívoca não é aquela que necessariamente diz a verdade. Supõe-se, por exemplo, que documento médico devidamente assinado informa que o autor é portador de doença maligna e demanda intervenção cirúrgica urgente, a qual o convênio do paciente nega sem qualquer justificativa cabal. O juiz, diante desta prova, concede antecipação para realizar cirurgia, sendo que, mais tarde, prova-se que o médico não era habilitado para o exercício de sua profissão, constatando o documento falso (inverídico).

Da análise desse caso, pode-se notar que comprovar univocamente (um único sentido), ou mesmo provar a plausibilidade (como preferem outros doutrinadores), não significa demonstrar a verdade, pois o documento foi bem claro em afirmar que a medida era urgente e viável era sua concessão. Assim, não se deve confundir prova com convencimento do juiz, nem verossimilhança com verdade. Mesmo assim, a redação do legislador levantou críticas:

Ao mesmo tempo em que manifestamos antipatia pela expressão utilizada pelo legislador, entendemos que a antecipação da tutela parte da premissa de que a prova produzida pelo autor é qualitativa... (MONTENEGRO, 2008, p. 327).

É sensível o desconforto que assalta os expositores do instituto e os julgadores que têm de aplicá-lo, quando se esforçam por juntar duas pontas do fio. É igualmente sensível o artificialismo, para não dizer a precariedade, do nó com que costumam atá-las (MOREIRA, 1999, p. 6).

Não é de estranhar-se que o legislador, acanhado como o foi na instituição da tutela antecipada, tenha exigido para sua concessão uma prova inequívoca capaz de reduzir a zero a margem de erro que gravita em torno da tutela imediata (FUX, 1996, p. 348).

Todos esses doutrinadores entendem que, mesmo sendo possível compreender a intenção da norma, melhor poderia ter sido a redação legal, de modo a não confundir a mente dos juristas.

Quanto ao momento em que se torna inequívoca, é muito comum a prova já ter essa qualidade quando ocorre sua apresentação, ou seja, é usual sua produção unilateral:

A prova inequívoca a que se refere o art. 273 do CPC, via de regra, é produzida unilateralmente. Assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa comumente não integram o provimento antecipado, do contrário tratar-se-ia de decisão final... (Agravo 2.0000.00.515241-4/000, 13ª Câmara Cível do TJMG, rel. des. Elpidio Donizetti, j.8.6.2006).

Todavia, nada impede que o juiz aguarde a contestação para certificar-se das dúvidas que pairam na interpretação da prova (conforme já tratamos na sua comparação com a liminar). A regra da antecipação é ser concedida após a contestação, justamente porque é nesse momento que as provas documentais ganham sua maior força:

A tutela antecipatória somente deverá ser prestada – fora, obviamente, casos excepcionais – após apresentada a contestação. Ou seja, a tutela antecipada antes da ouvida do réu somente tem razão de ser quando a sua audiência puder causar lesão ao direito do autor (MARINONI, 2011, p. 157).

Feitas essas considerações, será demonstrado mais adiante como essas críticas geraram efeitos no projeto do novo CPC.

4.1.4 Reversibilidade do pleito antecipado

Os pressupostos vistos até o momento visavam a resguardar o juízo e as normas públicas. A reversibilidade do

pleito antecipado, por sua vez, é uma proteção ao litigante demandado. É lógico que não se pode sair de um extremo para atingir outro, se a antecipação de tutela remover o risco de dano de uma parte e transmiti-lo à outra, estaria se descumprindo o próprio princípio que motivou o instituto: igualdade de partes.

Evita-se, assim, que seja a tutela antecipada um instituto responsável por causar, ironicamente, danos graves e de difícil reparação. Contudo, essa reversibilidade deve ser interpretada de acordo com o caso em questão, ponderando o bem da vida, sempre que envolvido.

Logicamente, uma cirurgia não permite o seu desfazimento, após ter sido realizada em tutela antecipada, mas nada impedirá que o valor gasto em sua execução seja ressarcido. Desta forma, não é exatamente a tutela antecipada que deverá ser irreversível, mas os efeitos dela. Em outras palavras, “A irreversibilidade do provimento somente impede a tutela antecipatória quando acarreta prejuízo irreparável para o demandado (§ 2º do Art. 273 do CPC)” (FUX, 1996, p. 371).

Mais uma vez, não concordou a doutrina com os termos escolhidos pelo poder legislativo, afirmando-se:

Bem anda, pois, a doutrina predominante em relacionar a irreversibilidade com os efeitos do provimento antecipatório. A eles é que se refere, com técnica defeituosa, o § 2º do Art. 273. Não se antecipará a tutela se houver perigo de que a concessão gere efeitos irreversíveis (MOREIRA, 1999, p. 9).

A doutrina e a jurisprudência mitigaram incansavelmente a literalidade do parágrafo ora tratado, sobretudo nas questões de risco de morte. Foi com razão que assim fizeram, pois cogitou-se até mesmo inserir expressamente uma previsão legal de exceção à reversibilidade (MOREIRA, 1999, p. 9). Vale lembrar que o provimento em si é reversível a qualquer tempo, o que se estuda é reversão dos eventos decorrentes, neste sentido:

O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que se podem ser reversíveis são as consequências de fato ocorridas pela execução de medida, ou seja, os efeitos decorrentes da execução. De toda sorte, essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida (NERY JUNIOR, NERY, 2008. P. 273).

Assim, é o caso concreto que indicará qual dano maior envolvido e qual é “mais irreparável”, em que pese a estranheza da expressão, pois é mais fácil recuperar o dinheiro de uma intervenção médica concedida indevidamente do que ressarcir moralmente a família daquele que faleceu por falta de cuidados hospitalares.

5.2 PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DA ANTECIPAÇÃO POR EVIDÊNCIA

Pouco escrevem a doutrina e a jurisprudência sobre a tutela de evidência, por certo que a urgência sempre envolve riscos muito maiores e graves, mas nem por isso poder-se-á dizer que fútil é a proteção dos direitos dotados de nitidez.

É sabido que os recursos protelatórios estão sujeitos às consequências da litigância de má-fé, mas, dependendo da quantia e do que está envolvido na lide, muitas vezes torna-se mais cômodo à parte protelar. Se o pedido do autor é vultoso e importante, a multa da litigância de má-fé pode não atingir o resultado esperado de desincentivo ao uso indevido do recurso, contudo, a possibilidade de ter de cumprir a tutela previamente pode cumprir essa missão, eis a importância do Art. 273, inciso II, do CPC.

Desta forma, a previsão de uma antecipação por evidência visa a muito mais do que auxiliar a parte, cede também ao desejo da organização judiciária, tão ávida em evitar a protelação. É, ainda, instrumento para incentivar a redução dos litígios e a composição amigável, pois, assim que o réu tiver ciência que as suas falsas promessas de pagamento podem caracterizar o manifesto propósito protelatório, certamente repensará as “vantagens” de inadimplir.

Como demonstrado por este trabalho, a antecipação necessita, em regra, da contestação para ser apreciada, sendo permitido a liminar apenas como exceção. A tutela de evidência também segue essa regra, sendo possível a liminar (inaudita altera pars), desde que provado unilateralmente as atitudes protelatórias prévias ao processo:

Observa-se que, em principio, nessa hipótese de tutela antecipada do direito evidente, o juízo necessitará conhecer a defesa do réu para concluir pela consistência desta, frente ao direito do autor. Entretanto não se pode afastar a possibilidade de o juiz verificar a ausência de oposição séria à luz de comunicações formais trocadas entre os contendores, como cartas, notificações etc., possibilitando a concessão da tutela antecipada initio litis (FUX, 1996, p. 347).

Em tese, é admissível o pedido liminar fundado no inciso II, pois não despropositado o abuso do direito de defesa verificado fora do processo, quando há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento (NERY JUNIOR, NERY, 2008, p. 273).

É muito comum que os doutrinadores (MONTENEGRO FILHO, 2008, p. 330) cite exemplos de práticas no curso do processo, omitindo-se quanto às possibilidades de

prática protelatória, antes da proposição da lide. Se o legislador optou por mencionar duas expressões é porque se deve presumir a utilidade delas, a primeira, “abuso do direito de defesa”, envolverá uma lide, porquanto não se é chamado a se defender fora de um processo; a segunda, “manifesto propósito protelatório” é mais ampla e acaba até mesmo envolvendo a anterior.

Por manifesto propósito protelatório entende-se a intenção torpe de postergar ao máximo a pretensão que era devida a outrem, seja em vínculo material ou em vínculo material-processual. O grande cerne dessa questão é trazer aos autos provas inequívocas do animus alheio, tendo em vista a dificuldade de adentrar os pensamentos humanos.[Nota de rodapé]

Quando a parte contrária protocola todas suas petições no último prazo e mesmo assim o faz pelo sistema integrado, apresentando a peça processual a quilômetros do domicílio profissional de seu advogado, é de se suspeitar uma intenção protelatória. O problema é transformar a suspeição em prova apta a antecipar, pois certamente alegar-se-á o exercício regular de direito de protocolar onde bem entender.

A razoabilidade norteará a aplicabilidade da tutela de evidência, pois aqui se está a ponderar o exercício do direito de defesa contra ao abuso deste direito, não havendo, entre eles, uma linha divisória nítida; portanto, a prova inequívoca deverá ser vista com cuidado para não anular a utilidade do Art. 273, inciso II, do CPC.

Vale lembrar que, quando o pedido tornar-se incontroverso (não houver contestação ou manifestação contra ele), é possível antecipar com fulcro no Art. 273 § 6º. Esse parágrafo, inserido em 2002, é o reflexo da jurisprudência, que já o aplicava com fulcro no inciso II do mesmo artigo, afinal, se o réu não contesta, está assumindo, e se está assumindo, está protelando em não cumprir.

5.3 EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE EVIDÊNCIA

Uma vez concedida a tutela antecipada de evidência, esta seguirá para sua efetivação nos termos dos Arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A (conforme Art. 273, § 3º, todos do CPC).

O Art. 588 encontra-se revogado desde 2005. Já o Art. 461 está inserido na Seção I, a qual se refere aos efeitos da sentença. Nele assegura-se ao juiz instrumentos hábeis para incentivar o réu ao cumprimento de obrigação de fazer, por meio da fixação de astreintes, poderes para busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva.

A princípio, a tutela antecipada segue como a execução

provisória de uma sentença, até porque a leitura da seção supramencionada denota isto, mas há entendimento de que a tutela não está adstrita às formalidades executórias, fornecendo relativa discricionariedade ao magistrado para sua fiel efetivação:

Percebe-se que, se a antecipação fosse dos efeitos da sentença condenatória, somente seria possível a execução da tutela antecipatória de soma em dinheiro por meio da modalidade executiva que deve seguir a sentença que condena a tal pagamento. Contudo, pensando-se na antecipação “da tutela” – e não apenas na antecipação dos efeitos da sentença que a presta (...) não há como conceber a impossibilidade do uso de meios executivos que sejam realmente capazes de conferir a “tutela” na forma antecipada (MARINONI, 2011, p. 46).

Elpídio Donizetti, por sua vez, contraria o entendimento acima, pois, de acordo com seu entendimento, será executada a tutela nos termos de uma execução provisória de sentença (DONIZETTI, 2011, p. 651). Seja qual for a opção doutrinária, é mister o magistrado ter em mente que o instituto busca, de maneira eficaz, o alcance de tutela, e não o simples declarar.

6 O PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ANTECIPAÇÃO

As antecipações iniciaram com as concessões sem previsão legal, e receberam, posteriormente, um artigo. Este artigo foi ampliado, tempos depois, para abarcar a hipótese de demanda incontroversa, e, com o novo Projeto do CPC, podem receber um título próprio, dentro do Código. [Nota de rodapé] Notável a importância que tem ganhado o instituto dentro do código instrumental brasileiro.

Dada a influencia do Min. Luiz Fux no Projeto, a divisão operou-se em tutela de urgência e de evidência (idêntico ao título de seu livro). O Projeto organizou a antiga confusão de tutela antecipada e cautelar, tratando-as conjuntamente no mesmo artigo, e diferenciando-as nele, in verbis:

Art. 277 – A tutela de urgência e a tutela de evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

Não há mais o pressuposto geral da “prova inequívoca”, e a “verossimilhança” foi transformada em “plausibilidade” (Art. 283), satisfazendo, assim, os clamores da doutrina.

No que tange a necessidade de requerimento da parte, o Projeto buscou resolver de vez a concessão de ofício, permitindo-a para casos de urgência, nos termos dos seus artigos. 278 e 284. Também se evitou falar em “execução” da medida, valendo-se da expressão “efetivação”, mas

ainda manteve a conectividade com execução provisória (alvo de críticas de Luiz Guilherme Marinoni, como já demonstrado).

Quanto aos requisitos da tutela de evidência, aumentou-se o número de hipóteses para concessão. Já são previstas pelo atual Art. 273 do CPC: o manifesto propósito protelatório, o abuso do direito de defesa e a demanda incontroversa; o projeto busca dois novos fundamentos de aplicação, uma com base nas provas irrefutáveis e inequívocas, e quando a matéria for unicamente de direito e tiver jurisprudência consolidada em súmula. A prova inequívoca, atualmente um pressuposto geral da antecipação, se tornaria, caso aprovado o projeto, um pressuposto específico da tutela de evidência.

A previsão referente à matéria de direito sumulada é interessante por serem estes os mesmos fundamentos do julgamento antecipado da lide. Poder-se-ia dizer que o projeto tentou facilitar a concessão da tutela antecipada, conjuntamente com a sentença (evitando a apelação de efeito suspensivo).

O projeto busca resolver muitas das críticas levantadas pela doutrina e, para atendê-las, pretende transformar um mero artigo do atual CPC em um merecido título.

7 CONCLUSÃO

A antecipação de tutela tem uma importância não apenas jurídica, mas social e política. Social porquanto visa a atender um ideal de justiça fixado pelo povo brasileiro; política porque esse mesmo povo não pode descreer no Poder Judiciário, ao qual está vinculado, sob risco dessa descrença comprometer toda a estabilidade do Estado.

Em sentido jurídico, o tardar judiciário afasta dos litigantes o sentimento de obrigação da norma positiva (norma hipotética fundamental kelseniana), se a prática for reiterada é possível que aumente o número de lides, porque os longos anos que o processo tramita no judiciário incentivarão o inadimplemento.

Paralelamente, o acelerar da marcha processual, se feito de forma inconsequente, pode conduzir à situação de iniquidade, quando, por exemplo, as provas não forem verificadas com cautela ou não terem um tempo salutar de produção. Ambos os exageros promovem descrédito popular, e neste ponto os processualistas travam a interminável batalha pelo equilíbrio.

É possível que a resposta para essa questão não resida, como possa parecer, no acelerar da marcha, mas sim no acelerar da tutela, ou melhor, em sua antecipação. A diferença entre ambos é a facilidade com que se pode retornar ao status quo ante, pois não há retratação de sentença e esta demanda uma ampla produção de provas.

A tutela antecipada permite ao processo transcorrer com todos os pormenores, sem comprometer a efetividade da lide. Ocorre que nem sempre é possível provar risco da demora, situações como essas deixariam o litigante desamparado, permitindo a outra parte valer-se do tempo processual em seu favor, eis aí o problema que a tutela antecipada de evidência visa resolver.

Ademais, a antecipação pode desincentivar os recursos e defesas de protelação com força ainda maior que a multa de litigância de má-fé, isto porque é mais fácil sua prova e sua concessão é mais dinâmica. Frequentemente convém ao réu litigar de má-fé, pagando a eventual multa e retardando a executividade da sentença, por isso a antecipação dos pedidos é eficaz para combater essa prática intolerável.

Os pressupostos da antecipação por evidência se dividem em critérios comuns, os quais são idênticos para as diferentes tutelas; e específicos. Entre os comuns, tem-se a reversibilidade do pedido, requerimento da parte, prova inequívoca da verossimilhança das alegações e ausência de outra antecipação fixada em lei para caso idêntico. Como pressuposto específico, está o manifesto propósito protelatório e o abuso do direito de defesa, sendo que aquele pode ser produzido em fase pré-processual, ainda que a regra seja a verificação da tutela pós-contestação.

Em que pese todas as vantagens do sistema, ainda é muito tímida a antecipação por evidência no judiciário brasileiro, seja em casos incontroversos, seja no manifesto propósito protelatório ou abuso do direito de defesa. É preciso mencionar também que, a depender da maturidade do processo, será mais útil realizar um julgamento antecipado da lide em conjunto com a antecipação da tutela. Assim, o juiz assegura efeito suspensivo no recurso, bem como o acesso do réu ao seu pedido, encerrando de vez toda a questão para a primeira instância, sem precisar de dois andamentos para isto (um para a antecipação, outro para a sentença).

Por fim, resta frisar que o instituto da antecipação de tutela é a resposta mais segura contra quem, em ato de escárnio ao poder público, aproveita-se da morosidade para prejudicar outro litigante. Cabe, pois, uma medida justa do Estado na sua aplicação.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1989

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 15.ed. rev. ampl. e atual. até a lei Lei nº12.322/2010. – São Paulo: Atlas, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. 2.ed. ver. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: Revista Síntese de Direito e Processo Civil, v.1., n.1., set./out. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

_____. Antecipação de tutela. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. rev. ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. Teoria tridimensional do Direito. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.