

A SEGURANÇA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do AMARAL¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Prestação Jurisdicional. 3. Segurança Jurídica e seus Aspectos Relevantes. 4. Antecipação da Tutela. 5. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho, através de uma revisão doutrinária e análise crítica, procura demonstrar que, mesmo gerando certa insegurança, a prestação jurisdicional antecipatória é conveniente para propiciar às partes o verdadeiro acesso à ordem jurídica justa.

Abstract: The current work, throughout a doctrinaire review and critical analysis, attempts to demonstrate that, even creating a certain insecurity, the acceleration of the effects of the judgment is convenient to the parts to propitiate real access to the fair juridical order.

Palavras-chave: Jurisdição. Tutela. Antecipação. Segurança jurídica. Cognição.

Key-words: Jurisdiction. Judgment Effects. Acceleration. Juridical Security. Knowledge.

1. Introdução

No presente trabalho, será abordado o tema da segurança da prestação jurisdicional na antecipação da tutela, a qual foi inserida na disposição contida no artigo 273, do Código de Processo Civil, na reforma realizada em 1994.

Passados alguns anos da existência da antecipação da tutela no nosso ordenamento jurídico, é importante a análise desse instituto à luz da segurança jurídica do tipo de prestação jurisdicional em que se constitui, principalmente por se basear numa cognição sumária realizada antes ou logo no início da formação da relação processual.

¹ Juiz de Direito da Comarca de Ribeirão do Pinhal. Mestrando em Ciência Jurídica, pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - Jacarezinho – PR.

O estudo tem por objetivo, portanto, a revisão doutrinária e a análise crítica do instituto da tutela antecipada, no ordenamento jurídico pátrio e, mais especificamente, a sua confluência com a segurança da prestação jurisdicional.

Num primeiro instante, vai se analisar a prestação jurisdicional, com o enfoque no conceito e nas teorias da jurisdição, no problema da satisfatividade da tutela jurisdicional e, por último, na atividade judicial da cognição.

Logo no capítulo seguinte, a intenção é enfatizar o problema da segurança jurídica, analisando, de maneira sucinta, a efetividade do processo, o princípio constitucional do devido processo legal e, finalmente, a opção legislativa com a inclusão da antecipação da tutela em nosso ordenamento. Posteriormente, o instituto da antecipação da tutela será observado sob o aspecto do seu conceito e natureza jurídica, do pressuposto do dano, das hipóteses em que pode ser aplicado, dos requisitos legais da prova inequívoca e da verossimilhança e, por fim, da necessidade da reversibilidade fática.

No decorrer do trabalho, pretende-se utilizar o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2- Prestação jurisdicional

2.1. Jurisdição. Teorias e conceito

A partir do momento em que o Estado moderno tornou-se mais independente e desvinculado de valores estritamente religiosos, tomou para si o exercício efetivo de funções essenciais ligadas, principalmente, ao desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem.

Dentre tais funções essenciais, o Estado assumiu também a jurisdição face o consenso de que a eliminação dos conflitos de interesses, que permeiam o meio social, é fator determinante para preservação e fortalecimento dos valores humanos.

Não há qualquer dúvida, portanto, de que a jurisdição “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. (Cf. CINTRA et alii, 2000, p. 130.)

Essa idéia aparentemente simples não é, no entanto, suficiente para delinear o instituto da jurisdição, até porque se estabeleceram, no decorrer do tempo, inúmeras doutrinas para se chegar ao conceito mais adequado acerca do tema, dentre as quais se destacaram a dos eminentes processualistas italianos Chiovenda e Carnelutti.

Para Chiovenda, conforme se constata em sua obra *Instituições do direito processual civil* (v. II)

pode-se definir a jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (1998, p.8)

De acordo com essa perspectiva, a jurisdição é o poder que o Estado tem de aplicar a lei ao caso concreto, substituindo uma atividade privada de outrem por uma atividade pública. Fica delineada a relação entre a lei e a jurisdição, bem como a idéia de substitutividade, significando que o juiz só é chamado quando alguém descumpriu uma determinação legal.

Critica-se a doutrina de Chiovenda, com a afirmação de que a atividade do juiz não se caracteriza, apenas e tão somente, na aplicação da lei ao caso concreto, já que encerra também uma função criadora do direito no momento em que a norma abstrata é aplicada ao caso concreto.

Além disso, a aplicação do direito objetivo não é atividade exclusiva da jurisdição, pois os próprios particulares ou os demais poderes do Estado, quando cumprem a lei, estão realizando o ordenamento jurídico.

Por outro lado, para Carnelutti, de acordo com o que afirma em *Sistema de direito processual civil* (v. I), a jurisdição consiste na justa composição da lide, mediante sentença de natureza declarativa, por meio da qual o Juiz *dicit ius*. Assim, segundo ele, não há jurisdição no processo executivo, isto é,

tão certo como que o juiz *ius dicit* quando declarar que existe ou não a dívida reclamada por Tício contra Caio, o é que tal frase não se presta nem sequer em sentido figurado para representar a atividade do oficial de justiça que tira seus bens para o devedor remetente. (2000, p. 222)

Para essa concepção de Canelutti, a jurisdição pressupõe um conflito de interesses, qualificado pela pretensão de um e a resistência de outro, ou seja, pela lide, sem a qual não há que se falar em atividade jurisdicional.

A crítica que se estabelece, agora, é que Carnelutti procurou definir não o ser da jurisdição, mas sua função ou finalidade, além do que a composição de conflitos de interesses pode acontecer de inúmeras outras formas, também justas, que não pela exclusiva aplicação do direito ao caso concreto.

Do próprio embate estabelecido entre os eminentes processualistas acima referidos, chega-se à conclusão da dificuldade de se diferenciar a atividade jurisdicional da atividade administrativa, que também é uma função essencial do Estado.

Depois de fazer uma exposição bastante detalhada de todas as teorias e das críticas a cada uma delas, o processualista gaúcho Ovídio A. Baptista da Silva (2000, p. 73) ensina que a jurisdição se traduz em ato praticado pela autoridade estatal, no caso o juiz, que aplica a lei ao caso concreto por dever de função, na condição de terceiro imparcial em relação ao interesse sobre o qual recai essa atividade.

As características fundamentais da jurisdição são, portanto, a prática de uma atividade pela autoridade estatal por dever de função e a qualidade de terceiro imparcial dessa autoridade, o que autoriza, inclusive, a incluir a jurisdição voluntária como ato jurisdicional e não apenas administrativo, como faz boa parte da doutrina nacional.

Dessa noção de jurisdição, extrai-se que a antecipação da tutela, nos moldes em que foi inserida no nosso ordenamento jurídico, é uma atividade jurisdicional, tendo em vista que o juiz, enquanto autoridade estatal, aplica a lei ao caso concreto, na condição de terceiro imparcial, para antecipar a tutela que só seria concedida ao final do processo.

2.2. A tutela jurídica e a tutela jurisdicional. O problema da satisfatividade.

A respeito desse tema, é bastante elucidativa a lição do professor Luiz Fernando Bellinetti, em seu texto publicado na *Revista do Processo*, nº 81 (pp. 98-103), para quem

a tutela jurídica significa a proteção do Direito para os direitos subjetivos e qualquer forma de atuar lícito, enquanto que a tutela jurisdicional significa a proteção do Estado, com base no direito, para esses direitos e atividades lícitas, quando envolvidos em um conflito de interesses.

Ora, ao que parece, levando-se em conta o critério de distinção acima estabelecido, Luiz Guilherme Marinoni (1995, p. 20) observa que a expressão tutela jurisdicional dos direitos foi legada a segundo plano pelos cientistas do processo, na medida em que a tutela dos direitos não pode ser vista como finalidade da jurisdição.

Segundo o mesmo processualista, há prestação de tutela jurisdicional ainda quando o juiz declare não existir o direito afirmado pelo autor ou quando o processo é extinto por faltar uma das condições da ação.

Um dos critérios para classificar a tutela jurisdicional diz respeito a sua satisfatividade, ou seja, pode ser ela satisfativa ou não satisfativa, o que implica em dizer que a noção do termo satisfatividade é de suma importância para bem

caracterizar uma tutela jurisdicional.

Há processualistas, como Donaldo Armelin e José Carlos Barbosa Moreira, ambos citados por Luiz Fernando Bellinetti no mesmo texto, para quem a tutela jurisdicional satisfativa é exaustiva e definitiva, ou seja, não depende de qualquer outra complementação para atender o pleito da parte.

Trata-se de espécie de tutela cuja providência é capaz de preservar ou reintegrar, em termos definitivos, a ordem jurídica e o direito da parte ameaçado ou lesado. A tutela não satisfativa, por outro lado, visa apenas a assegurar a prática das providências definitivas posteriores.

No entanto, há outros doutrinadores, como Ovídio A. Batista da Silva, como também assevera Luiz Fernando Bellinetti, para quem a tutela jurisdicional somente é satisfativa quando permite a realização concreta e objetiva do direito da parte.

Na verdade, para Donaldo Armelin e Barbosa Moreira a noção de satisfatividade da tutela é jurídica, enquanto que para Ovídio A. Baptista da Silva a satisfatividade está situada no plano fático.

Ao final do artigo citado, e depois da análise de ambas as posições, Bellinetti conclui que a tutela jurisdicional é satisfativa quando for definitiva e é não satisfativa quando for provisória.

O termo satisfativo não está empregado como sinônimo de imutável, permanente, definitivo, mas sim como contrário a provisório, ou seja, em alguma coisa que não precise de qualquer complemento, que baste em si mesma.

Em linhas gerais, adotando a noção de que a satisfatividade deve ser apurada no plano jurídico e não fático, conclui-se que a antecipação da tutela é não satisfativa, ou seja, o que se antecipa são os efeitos do provimento final e não o provimento em si, que, na hipótese da análise de mérito, não se coaduna com a provisoriedade.

2.3. A atividade judicial da cognição.

Para Kazuo Watanabe, segundo o que afirma em *Da cognição no processo civil*,

a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo. (2000, pp. 58-59)

Como observa o mesmo autor, costuma-se reduzir a atividade judicial da cognição, por razões didáticas, ao esquema de um silogismo, no qual a norma constitui a premissa maior, os fatos representam a premissa menor e o provimento é a conclusão. Na verdade, não se trata de raciocínio lógico tão simplista quanto parece, porquanto, não raro, a atividade de cognição é bem mais complexa, vez que são muitas as questões de direito e de fato que o juiz tem que resolver para formar o seu convencimento e exarar o provimento.

No caminho lógico em que se desenrola, são levados em consideração inúmeros outros fatores, dentre os quais até o político, vez que mesmo as decisões judiciais trazem em seu bojo a remota idéia de como o juiz entende que deva ser organizada a vida em sociedade.

A cognição a ser desenvolvida pelo juiz quando da prolação de uma decisão pode ser vista de dois ângulos distintos, isto é, horizontal, que diz respeito à extensão e amplitude, e vertical, que se refere à profundidade. Em outras palavras, no plano horizontal a cognição pode ser plena ou limitada, tendo como objeto os elementos do processo considerados pela maioria da doutrina pelo trinômio questões processuais, condições da ação e mérito. Por sua vez, no plano vertical, a cognição pode ser classificada, de acordo com o grau de profundidade, em exauriente ou completa e sumária ou incompleta.

Ao combinar as modalidades de cognição, segundo os critérios acima estabelecidos, o legislador concebe procedimentos diferenciados e adaptados à necessidade dos direitos, interesses e pretensões materiais.

A cognição plena ou exauriente é a que ocorre, via de regra, no procedimento comum do processo de conhecimento, seja ele ordinário ou sumário, e também no procedimento do Juizado Especial Cível. Trata-se, em verdade, de espécie de cognição capaz de dar solução definitiva do conflito de interesses, com alto índice de segurança, por ser plena quanto à extensão da matéria a ser conhecida e completa quanto à profundidade do conhecimento, razão pela qual dá origem ao fenômeno processual denominado de coisa julgada material.

Na cognição parcial e exauriente, a característica está na limitação quanto à amplitude, mas ilimitação quanto à profundidade, o que significa que somente determinadas matérias podem ser conhecidas, mas as que forem objeto de conhecimento serão analisadas de forma profunda, circunstância que determina também a aptidão para produção da coisa julgada material. Os melhores exemplos para caracterizar essa espécie de cognição são, sem dúvida, o processo de conversão da separação judicial em divórcio, o processo de embargos de terceiro e o processo de embargos à execução fundada em título judicial.

Há que se falar, também, na cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* que, segundo Kazuo Watanabe (*Ibidem*), o conhecimento profundo do mérito, no plano vertical, depende da produção de determinados elementos

probatórios necessários para tanto. Caso não existam tais elementos probatórios, a questão não será solucionada, com força de coisa julgada, sendo que as partes serão remetidas às vias próprias. Exemplo clássico acontece no processo de mandado de segurança, em que a decisão denegatória só faz coisa julgada se há elementos probatórios seguros para análise do direito invocado.

Outra possibilidade de combinação é a cognição eventual, plena ou limitada e exauriente, na qual o conhecimento profundo sobre determinada questão depende da iniciativa de uma das partes. O exemplo marcante é o do processo da prestação de contas em que a cognição só será plena e exauriente, na primeira fase, se for oferecida a contestação. Caso o réu, ao invés de contestar, apresente as contas, fica suprimido o contraditório e a cognição quanto ao direito de pedir e a obrigação de apresentar.

Por último, a cognição sumária ou superficial significa uma grande limitação no plano vertical ou no sentido de profundidade, isto é, inúmeras questões podem ser conhecidas, mas todas elas o serão de forma bastante superficial. Trata-se da técnica adotada no processo cautelar, por ocasião das medidas liminares e, inclusive, na técnica de antecipação da tutela.

Quanto à antecipação da tutela, observa Antônio Cláudio da Costa Machado (1999, p. 87), há a inserção de mais um momento cognitivo no processo de conhecimento, que difere no plano vertical e temporal, isto é, num primeiro instante, através de cognição sumária, sob a forma de decisão interlocutória, o juiz resolve o pedido da antecipação e, ao final, através da cognição plena e exauriente, sob a forma de sentença, decide, definitivamente, o pedido que já houvera sido antecipado total ou parcialmente.

3. Segurança jurídica e seus aspectos relevantes.

3.1. A efetividade do processo.

Atualmente, o processo passa por uma fase instrumentalista eminentemente crítica, uma vez que os modernos processualistas tomaram consciência de que, apesar do desenvolvimento da ciência que investigam, o sistema não consegue cumprir, satisfatoriamente, a sua principal missão, que é a de fazer justiça para os membros da sociedade. Em razão disso, os modernos estudiosos da ciência processual passaram a estudar o processo a partir de uma perspectiva externa, isto é, de como os resultados chegam ou nem sequer chegam à população consumidora desse serviço estatal.

Com essa concepção, os processualistas deste novo tempo analisaram, com mais vagar, a questão do acesso à justiça e, em conseqüência, os problemas da assistência judiciária, dos juizados de causas de menor complexidade, das vias alternativas de pacificação social, da tutela dos interesses supra-individuais e da

efetividade do processo como um todo.

Aliás, a questão do acesso à justiça passou a ser encarada não mais como mero acesso aos juízos e tribunais, enquanto instituições estatais, mas de possibilitar o acesso à ordem jurídica justa, que, segundo Ada Pellegrini Grinover, tem os seguintes dados elementares:

a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juizes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características. (1996, p. 10)

Outra preocupação constante do processualista contemporâneo é com a efetividade do processo que compreende, em suma, não só o direito de provocar a atuação do Estado, mas também, principalmente, de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar, de forma eficaz, no plano dos fatos. Trata-se de instituto que tem como corolário o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no artigo 5º, Inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil. O processualista José Carlos Barbosa Moreira, resume a noção da efetividade do processo da seguinte forma:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos (e às outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, resultem eles de expressa previsão normativa, ou inferíveis do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem), inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos sujeitos; c) é preciso assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o pleno gozo da utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento; e) esses resultados hão de ser atingidos com o mínimo dispêndio de tempo e energia. (*Apud* GRINOVER, p. 10)

O instituto da tutela antecipada surgiu, portanto, como um instrumento colocado a serviço da efetividade do processo, redistribuindo o ônus do tempo do processo e abrindo oportunidade para a realização urgente dos direitos a partir das hipóteses de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Antes da criação e da possibilidade de utilização desse instituto, a demora do processo prejudicava, muitas vezes, o autor que tinha razão, convertendo-se em ônus a ser suportada somente pela parte que figurava no polo ativo da demanda e deixando o polo passivo em posição bastante confortável.

3.2. O princípio do devido processo legal.

Em contraposição ao direito fundamental à efetividade do processo, a Constituição da República Federativa do Brasil, agora em seu artigo 5º, Inciso LIV, estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

De acordo com o que se infere na própria Carta Magna (artigo 5º, Inciso LV), a noção de devido processo legal deve assegurar aos litigantes o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Nesse conjunto de garantias constitucionais, encontra-se inserido, portanto, o direito à segurança jurídica, segundo o qual não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo devem permanecer à disposição do demandado, até que se esgote o devido processo legal. A propósito deste tema, veja-se a lição de Teori Albino Zavascki:

É, pois, direito fundamental do litigante demandado (como o é, também, do litigante demandante) o direito à chamada cognição completa, exauriente, assim entendida a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais se ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos. (*Apud* ORIONE NETO, 1999, p. 107)

No mesmo sentido argumenta Couture ao afirmar que,

em última análise, *due processo of law* consiste no direito de não ser privado da liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei. (*Apud* TOURINHO FILHO, 1994, p. 60)

Assim, a segurança jurídica capaz de autorizar a privação de bens em sentido amplo é aquela que decorre da cognição plena e exauriente que, no processo de conhecimento, só acontece com a coisa julgada material, que é uma qualidade dos efeitos da decisão judicial definitiva.

É preciso observar, contudo, que a coisa julgada material não recai sobre a certeza fática, mas sim sobre as relações jurídicas, como bem observa Piero Calamandrei, na obra *Direito processual civil*:

Não seria, então, exato que o passo em coisa julgada transforma o juízo de verossimilitude em juízo de verdade: o efeito da coisa julgada recai sobre as relações jurídicas, não sobre os fatos. Os fatos, mesmo depois da sentença, continuam sendo o que eram: pese ao antigo aforismo, mesmo depois do passo em coisa julgada, o branco continua sendo branco e o quadrado não se faz redondo. A coisa julgada não cria nem uma presunção nem uma ficção de verdade: a coisa julgada só cria a irrevogabilidade jurídica do mandato, sem se cuidar em distinguir se as premissas psicológicas das quais esse mandato tem nascido, são premissas de verdade ou somente de verossimilitude. (1999, p. 273)

Passada em julgada a decisão definitiva, as relações jurídicas de direito processual e de direito material nele desenvolvidas tornam-se, efetivamente, definitivas, conduzindo à máxima certeza e segurança do provimento jurisdicional que colocou fim ao conflito de interesses.

A respeito, ainda, da sentença e da coisa julgada, Couture enfatiza as características da definitividade e da executoriedade, que são na verdade decorrentes da própria certeza e segurança das relações jurídicas desenvolvidas. Veja-se a posição do referido processualista:

Um segundo momento surge quando o processo dos recursos se tenha esgotado e a sentença adquirido a qualidade de indiscutível. Diz-se então que faz “coisa julgada”. Chama-se assim à eficácia jurídica que a sentença adquire quando dela já não cabe recurso. Essa eficácia se manifesta sob dois aspectos; um é a definitividade: o resultado não pode mais ser modificado, e isso para sempre, eternamente; outro é a executoriedade: a sentença deve ser cumprida, ainda que contra a vontade do obrigado; o Estado põe a serviço do vencedor os seus atributos de força compulsória, a polícia e o exército, se necessário. (1999, pp. 263-264)

Sem os atributos da definitividade e da coercibilidade ou executoriedade, seria inócuo o Estado chamar para si a responsabilidade de resolver, através de um dos seus poderes, os conflitos de interesses, até porque os litigantes poderiam descumprir o provimento, sem qualquer possibilidade de sanção.

3.3. A opção legislativa na antecipação da tutela.

Tanto a necessidade da efetividade do processo quanto o devido processo legal são garantias que derivam de normas constitucionais, erigidas à categoria de direitos fundamentais, o que significa que não se pode estabelecer uma hierarquia entre elas no plano normativo. No entanto, ao introduzir no ordenamento jurídico processual vigente, a antecipação de tutela, nos moldes do artigo 273 do Código de Processo Civil, permitindo que o julgador, através de simples cognição sumária, conceda os efeitos da tutela final antecipadamente, o legislador ordinário fez uma clara opção pelo direito à efetividade do processo em detrimento da segurança jurídica.

4-A antecipação da tutela.

4.1. Conceito e natureza jurídica.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery,

tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos.(1996, p. 689)

Trata-se, portanto, de uma tutela jurisdicional não satisfativa na perspectiva jurídica, que se utiliza da cognição sumária, a fim de oferecer, rapidamente, ao interessado, o acesso aos efeitos da solução pretendida com a dedução do pedido em juízo. Concede-se, portanto, os efeitos do próprio direito afirmado pelo interessado. Em razão disso, a decisão concessiva da tutela antecipatória poderá ter, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença definitiva, distinguindo-se da decisão final pelo caráter da provisoriedade, o que significa que a antecipação da tutela pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo e, por isso, é não satisfativa, até porque sua efetiva satisfatividade depende do provimento final de mérito.

4.2. Do pressuposto do dano e o momento da antecipação da tutela.

De acordo com o artigo 273, Inciso I, do Código de Processo Civil, o dano irreparável ou de difícil reparação é a primeira hipótese em que se autorizou o juiz a antecipar os efeitos da tutela final pretendida. Aliás, a concessão pode ser feita quando o dano é temido, mas também quando está sendo ou já foi produzido, como admite Athos Gusmão Carneiro:

Se o dano já ocorreu, a AT poderá fazer com que cesse, apagando ou minimizando seus efeitos: em ação declaratória de inexigibilidade de débito, v.g., ou revisional de contrato, poderá a parte autora postular, invocando fundado receio de dano, a concessão de AT para que seu nome seja expungido, até ulterior decisão, dos cadastros de inadimplentes, assim salvaguardando provisoriamente seu crédito comercial e sua *existimatio* (a medida, além da acautelar *lato sensu*, antecipa efeitos decorrentes necessariamente da procedência da demanda proposta). (1999, p. 30)

No caso do dano ser apenas temido, o juiz deverá averiguar a presença de elementos ou circunstâncias fáticas capazes de demonstrar, ainda que mediante juízo de probabilidade, que é iminente, sendo, por isso, recomendável a antecipação da tutela.

De outro vértice, como bem asseverou Luiz Guilherme Marinoni (*Op. cit.*, p. 57), na hipótese do comportamento ilícito se configurar em uma atividade continuada ou com pluralidade de atos nada impede que o juiz conceda a tutela para inibir a continuação da atividade prejudicial ou para impedir a repetição do ato. Ainda de acordo com o mesmo autor, o juiz está autorizado a

conceder a tutela para evitar o agravamento de um dano já produzido. Arieta exemplificava com julgado da Pretura de Roma que admitiu a tutela urgente para impedir a comercialização de revista que, com sua publicação, já havia, em uma determinada medida, lesado de forma irreparável o direito de autor. (*Ibidem*)

O dano irreparável ou de difícil reparação não diz respeito, necessariamente, ao perecimento da pretensão, se não for antecipada a tutela. O texto legal não impede que esse dano seja externo à pretensão, isto é, pode ser um dano evitável por causa do acolhimento da pretensão. Arruda Alvim, para exemplificar, cita a seguinte hipótese:

Assim, v.g., numa ação para entrega de coisa certa, tais como máquinas vitais para a própria sobrevivência econômica da empresa autora. De nada adiantará, por hipótese, obter sentença de procedência, quando a empresa já estiver insolvente de fato, ou, efetivamente falida. Tais máquinas podem representar a própria revitalização da empresa-autora, e, se se caracterizarem também os elementos normativos do art. 273, caput, é certo que será hipótese de adiantamento da tutela. Dever-se-á, no caso, contra garantir o réu, que será despojado da posse das máquinas. O dano diz respeito à situação financeira e econômica da empresa autora, e a pretensão, sendo objeto de tutela antecipatória, constituir-se-á, com a antecipação, o meio para, possivelmente, obstar a ocorrência do dano. (*Apud* ORIONE, p. 124)

Questão bastante tormentosa e de interesse para análise da segurança da prestação jurisdicional é o momento em que pode ser concedida a tutela antecipada na hipótese de dano irreparável ou de difícil reparação. Alguns doutrinadores admitem incondicionalmente a possibilidade de deferimento liminar *inaudita altera pars*, enquanto outros não admitem.

O primeiro argumento dos que não admitem a tutela antecipada repousa no fato de que o artigo 273, que disciplina o instituto, não foi expresso e nem especificou a concessão da tutela liminarmente, ao contrário do disposto no artigo 461, §3º, que, na hipótese da tutela específica, fez previsão expressa. Inclusive, no magistério de Reis Friede,

não é lícita a concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, na antecipação (de cognição sumária não urgente) de tutela (salvo no caso específico previsto expressamente no artigo 461, §3º, do CPC (tutela específica), uma vez que tal procedimento resta incompatível com a própria natureza generalizante da previsão normativa ínsita no art. 273 do CPC e, ainda, com a própria sistemática do Código de Processo Civil que nem mesmo admite, salvo condicionalmente, a medida liminar em ação cautelar (de cognição sumária e de urgência), conforme dispõe o art. 804 do CPC, (...) (*Apud* ORIONE, pp. 127-128)

Porém, o maior argumento daqueles que se contrapõem à idéia da concessão liminar da antecipação da tutela *inaudita altera pars* está na necessidade de preservação do contraditório, o qual, como já foi visto, foi erigida a garantia constitucional e direito fundamental. De acordo com esse entendimento, mesmo na hipótese de dano irreparável ou de difícil reparação, não é possível adiantar os efeitos do provimento final sem sequer possibilitar a audiência da parte contrária.

Ao contrário, os que defendem a concessão liminar *inaudita altera pars* afirmam, primeiramente, que, embora não tenha estabelecido expressamente, o artigo

273 do Código de Processo Civil autoriza a antecipação liminar desde que estejam presentes os pressupostos legais da prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio. Dentre tais autores está Luiz Orione Neto:

Pelo contrário! A melhor exegese do art. 273 do CPC é aquela que autoriza a concessão *in limine litis* e *inaudita altera pars* da tutela antecipatória.

A razão é óbvia: quando discorremos sobre o conceito de liminar - ver item 2.1. - ficou assentado que o conceito de liminar apresentado pela maioria dos autores, ressalvadas diferenças terminológicas, possui um ponto em comum: configurar uma antecipação daquilo que se obteria somente ao final da ação, com a prolação da sentença...

É fácil constatar que o conceito de liminar se confunde com o instituto da tutela antecipatória, consoante deflui da redação do caput do art. 273, verbis: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial...”.

Portanto, há uma identificação irrefutável entre o conceito de liminar e o conceito de tutela antecipatória, já que esta - para usar o conceito de liminar - “configura uma antecipação total ou parcial daquilo que se obteria somente ao final da ação, com a prolação da sentença”. (Cf. *op. cit.* pp. 131-132)

Relativamente ao argumento da não observância do contraditório, Luiz Guilherme Marinoni assevera que o contraditório é perfeitamente respeitado com a reversibilidade da medida, a qual poderá ser pleiteada pelo réu, inclusive, com a interposição de recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Veja-se:

O próprio artigo não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência, sem dúvida, não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável. O princípio da inafastabilidade garante o direito à adequada tutela jurisdicional e, portanto, o direito à tutela urgente. A necessidade da ouvida do réu poderá comprometer, em alguns casos, a efetividade da tutela urgente. A tutela urgente, antes da ouvida do réu, poderá ser concedida quando o caso concreto a exigir.

Argumentar com lesão ao princípio do contraditório é voltar a tratar de assunto já encerrado, pois é sabido que o contraditório pode ser

postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos. Com bem advertiu Nelson Nery Júnior em sua tese de livre docência apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, “não é a cautelaridade ou satisfatividade do provimento jurisdicional que dá a tônica de respeito ou desrespeito ao princípio da biteralidade da audiência (...). O cerne da questão se encontra na manutenção da provisoriedade da medida, circunstância que derruba, a nosso ver, a alegada inconstitucionalidade das liminares concedidas sem a ouvida da parte contrária”. (MARINONI, *op. cit.* pp. 60-61)

Como visto, estabeleceu-se um grande embate doutrinário sobre o tema que ainda não se encontra pacificado, mas a jurisprudência pátria tem se inclinado em vedar a concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars* em prestígio aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais não seriam suficientemente preservados com a possibilidade de recurso e de reversibilidade da medida.

4.3. Do abuso do direito de defesa e propósito protelatório do réu.

Quando se verifica, desde logo, a grande probabilidade do direito do autor e, por outro lado, o abuso do direito de defesa e o propósito protelatório do réu, o artigo 273, Inciso II, do Código de Processo Civil autoriza a antecipação dos efeitos da tutela final.

O magistério de Ovídio A. Baptista da Silva, lavrado em seu *Curso de processo civil*, traz uma clara idéia da intenção do legislador com a inclusão do dispositivo acima referido em nosso ordenamento jurídico.

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 se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza. 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 da tutela. (2000, p. 142)

Com relação aos termos usados pelo legislador, cumpre considerar que o

propósito protelatório está sempre ligado à idéia de tempo no processo, isto é, na atitude do réu em retardar, no máximo, a solução do litígio. Já, quanto ao abuso do direito de defesa, não há esta ligação no aspecto temporal, o que leva a crer que pode se configurar independente da procrastinação do feito.

No momento de conceder ou não a antecipação da tutela, é preciso que o juiz faça uma perfeita distinção entre o abuso do direito de defesa, o propósito protelatório e o uso legítimo dos instrumentos de defesa colocados à disposição do réu, como recomenda o princípio constitucional da ampla defesa. Relativamente a esta questão, Marcelo M. Bertoldi dá a seguinte orientação:

Percebemos que a garantia constitucional deferida aos litigantes do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, Inciso LV, da CF) tem relação íntima com o princípio da igualdade, de modo a possibilitar ao réu o uso dos mesmos mecanismos postos à disposição do autor para o convencimento do juiz a respeito de seu direito. No entanto, sempre que tais mecanismos forem usados pelo réu de maneira inadequada e maliciosa, a igualdade entre os litigantes estará sendo quebrada, aconselhando-se uma correção nos rumos do processo. (*In*: WAMBIER [coord.], 1997, p. 323)

Da análise mais detida da questão, nota-se que não é tarefa fácil a distinção com o uso legítimo dos instrumentos processuais de defesa e a efetiva comprovação do abuso de direito de defesa e do manifesto propósito protelatório, vez que se tratam de expressões vagas, de conceito indeterminado.

4.4. Prova inequívoca e verossimilhança.

Como bem observa Cândido Rangel Dinamarco, as expressões legais “prova inequívoca” e “verossimilhança”, no sentido literal, são contraditórias, vez que a primeira significa prova robusta que não permite equívocos ou dúvidas, enquanto verossimilhança leva ao juízo de poder ser. A aproximação, contudo, de tais locuções leva ao juízo de probabilidade consistente na preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. Nesse conceito, portanto, a probabilidade é menos do que a certeza e mais do que a simples credibilidade.

Para analisar o grau de probabilidade, o juiz deve proceder uma cognição sumária, mas que seja suficiente para revelar a situação fática que envolve a questão. Inclusive, a respeito da posição de Luiz Guilherme Marinoni de que é legítimo o sacrifício do direito menos provável para antecipação da tutela de outro que pareça mais provável, o sempre ponderado Cândido Rangel Dinamarco, com propriedade, assevera:

É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício de outro que pareça favorável. O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O direito improvável é direito que talvez exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era provável. O monografista fala da coexistência entre o princípio da probabilidade e o da proporcionalidade, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Mesmo com essa atenuante, não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vetados pela lei vigente (art. 273, §2º). (Cf. 1996, p. 144)

Como a prova inequívoca é requisito legal, o juiz deve proceder uma investigação, ainda que através de cognição sumária, para conceder a antecipação da tutela, determinando, inclusive, a realização das atividades probatórias que lhe pareçam convenientes para questão.

4.5. O perigo da irreversibilidade.

Segundo o disposto no artigo 273, §2º, do Código de Processo Civil não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Em brilhante artigo, intitulado *Irreversibilidade do provimento antecipado* (*Op. cit.*, pp. 246-266), o professor Luiz Fernando Bellinetti fornece todo o arcabouço doutrinário acerca dessa questão, enfatizando, já de início, que a grande maioria dos doutrinadores, tais como Carreira Alvim, Ovídio A. Baptista da Silva, Teori Albino Zavascki, Egas D. Moniz de Aragão, Nélon Nery Jr., Ernane Fidélis dos Santos, Candido Rangel Dinamarco, Alexandre Freitas Camara, considera que a irreversibilidade que impede a concessão da tutela antecipada é fática e não jurídica.

Como contraponto, elenca também a posição defendida por Luiz Guilherme Marinoni, para quem a irreversibilidade é do próprio provimento e não de seus efeitos fáticos e, por isso, fica adstrita somente à seara jurídica.

Entendendo que se trata de irreversibilidade dos efeitos, porque a própria antecipação é dos efeitos do provimento final, o professor Bellinetti filia-se à corrente doutrinária majoritária, segundo a qual, se houver possibilidade de irreversibilidade fática, não pode ser antecipada a concessão da tutela. Além disso, deixa claro que a irreversibilidade só pode se referir aos fatos, até porque, no plano jurídico, todo provimento antecipado provisoriamente pode ser revertido, ou seja, uma nova norma concreta provisória ou definitiva pode substituir e exaurir a anterior. Aliás,

não teria sentido a reversibilidade jurídica se, faticamente, depois de concessão antecipada da tutela, as coisas não pudessem retornar ao estado anterior.

Ainda em continuação no mesmo estudo, o professor Bellinetti esclarece que mesmo os doutrinadores adeptos da irreversibilidade fática entendem que a regra inserida no artigo 273, §2º, do Código de Processo Civil, deve ser aplicada de forma liberal, ou seja, admitem casos, de urgência urgentíssima, em que o julgador pode sacrificar a possibilidade de reversão fática para assegurar o direito que lhe pareça mais provável. Traz, também, a posição de outro grupo de autores, dentre os quais se inclui Nelson Nery Jr., para quem a noção de reversibilidade fática pode ser suprida pelo pagamento de perdas e danos, quando não é possível a reconstituição ao *status quo ante*. Faz referência, ainda, a Calmon de Passos e Cândido Dinamarco, que mais fiéis ao texto legal, não admitem a antecipação quando não for possível a reversibilidade fática.

Ao final do trabalho, elenca sua posição pessoal, afirmando que também é fiel ao texto legal e, por isso, contrário à antecipação da tutela, quando a situação fática não puder ser totalmente reconstituída. Fundamenta o seu entendimento nos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, observando que a irreversibilidade fática só pode ser sacrificada com base em tutela final, definitiva e satisfativa. Na verdade, admite ele a existência da tutela de urgência que gera efeitos irreversíveis, mas entende que só pode ela ser resolvida através do provimento satisfativo, definitivo, que obedeça ao contraditório, ainda que através de cognição sumária e sem uma ampla produção de prova. Se o provimento for provisório e passível de modificação, não se pode pensar em efeitos fáticos irreversíveis.

Não há, porém, ainda, em nossa legislação, a tutela satisfativa de urgência, que seria a única capaz de resolver os casos de urgência urgentíssima, através de um provimento definitivo que, obedecendo ao contraditório, autorizaria a irreversibilidade fática. Por isso, o referido professor recomenda a adoção de regras claras que permitam, em determinadas hipóteses, através de procedimentos sumarizados e de cognição sumária, mas com a presença do contraditório, a concessão pelo juiz de uma tutela final, satisfativa e de urgência. Esse provimento poderia ser rescindido, através de nova ação intentada pela parte prejudicada, com a conversão em perdas e danos.

5. Considerações finais

O tema desenvolvido, no presente trabalho, foi escolhido em face da desconfiança de que o instituto processual da antecipação da tutela, no moldes em que se encontra no ordenamento jurídico pátrio, sacrifica a segurança da prestação judicial.

Pois bem, logo no início do trabalho, chegou-se à conclusão de que o referido instituto processual se constitui numa atividade jurisdicional resultante de cognição sumária e que culmina numa tutela não satisfativa no plano jurídico.

Relativamente à segurança jurídica, ficou delineado que, de um lado, está a necessidade contemporânea da efetividade do processo - possibilitando ao cidadão o acesso à ordem jurídica justa e a novos instrumentos capazes de efetivar as tutelas de urgência - e, de outro, o devido processo legal - impedindo, em tese, a privação de bens senão por intermédio de um provimento final e definitivo.

Com a inserção da antecipação da tutela no ordenamento jurídico, ficou clara a intenção do legislador de prestigiar a efetividade do processo, suavizando o princípio do devido processo legal e sacrificando, ao menos em parte, a segurança da prestação jurisdicional.

A análise das hipóteses de cabimento e dos principais requisitos legais da antecipação da tutela demonstrou que, seguidas algumas premissas, como a efetiva realização da cognição sumária, a não concessão da antecipação *inaudita altera pars* e quando estiver presente a irreversibilidade fática, o instituto pode ser de grande utilidade para a efetividade do processo e sem proporcionar grandes sacrifícios às garantias constitucionais processuais.

Em que pese, portanto, algum sacrifício para a segurança jurídica da prestação jurisdicional, a adoção da antecipação da tutela foi salutar para o processo civil brasileiro, o qual passou a contar com um poderoso instrumento para a efetividade da tutela urgente não satisfativa, com a redistribuição do ônus do tempo no processo.

Referências bibliográficas

BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. *In: Revista de Processo* n.º 81.

_____. BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado, *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas (SP): Bookseller, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELLUTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo:

ClassicBook, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas (SP): Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Campinas (SP): Red Livros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no Processo Civil e legislação processual civil extravagante*. São Paulo: Lejus, 1999.

SILVA, Ovidio A. Batista. GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000.