

ROGÉRIA DOTTI DORIA

**A TUTELA ANTECIPADA EM RELAÇÃO À PARTE INCONTROVERSA
DA DEMANDA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO ***

* Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau de
Mestre.

Curso de Pós-graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Luiz Guilherme
Marinoni

CURITIBA
1998

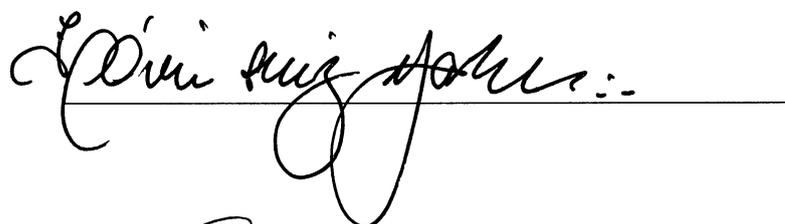
ROGÉRIA DOTTI DORIA

**A TUTELA ANTECIPADA EM RELAÇÃO À PARTE INCONTROVERSA
DA DEMANDA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre, na área de Direito das Relações Sociais do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores abaixo assinados.



Handwritten signature of João Luiz de Almeida, written over a horizontal line.



Handwritten signature of Dirceu Luiz de Almeida, written over a horizontal line.



Handwritten signature of Roberto de Almeida, written over a horizontal line.

Curitiba, 30 de novembro de 1998.

II

“É certo que no processo, como vaticinara Couture, o tempo é algo mais do que ouro: é Justiça!”¹

¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 146.

III

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO

1. Considerações iniciais	1
2. O decurso do tempo e suas implicações na prestação jurisdicional	6
3. O direito à adequada tutela jurisdicional (CF. art. 5º, XXXV) ..	9
4. A instrumentalidade do processo, a efetividade dos direitos e a segurança jurídica	18

II - TUTELA ANTECIPADA

5. Distinção entre tutela de urgência, tutela cautelar e tutela antecipatória	22
6. A tutela de urgência e a “usurpação” do processo cautelar	29
7. O mito do procedimento ordinário e o mito da neutralidade ..	34
8. O conceito de tutela antecipada	39
9. O art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro e o direito comparado	42

IV

10. A finalidade da tutela antecipada é a distribuição racional do tempo	53
11. A tutela antecipada embora satisfativa não é definitiva	55
12. A tutela antecipada diante do abuso do direito de defesa	59
13. A ausência de discricionariedade na concessão da tutela antecipada	63
14. Dano e responsabilidade na antecipação da tutela	65
15. A possibilidade de antecipação da tutela em procedimentos diferenciados	70
16. A tutela antecipada e a tendência de abolição da regra geral do efeito suspensivo da apelação	74

III - A TUTELA ANTECIPADA E A PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

17. A controvérsia como razão para a duração do processo	78
18. O desaparecimento da controvérsia e o cabimento da tutela antecipada	80

IV - A TUTELA ANTECIPADA, A PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA E A NÃO CONTESTAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR

V

19. O art. 302 do Código de Processo Civil brasileiro e a proibição da contestação genérica	83
20. Exceções à presunção de veracidade do artigo 302 do Código de Processo Civil	90
21. A não contestação nem sempre conduz à procedência do pedido	91
22. Distinção entre não contestação e revelia	93
23. A tutela antecipada em face da não contestação	96

V - A TUTELA ANTECIPADA, A PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA E O RECONHECIMENTO PARCIAL DA PRETENSÃO DO AUTOR

24. Distinção entre não contestação, revelia, confissão e o reconhecimento da pretensão	102
25. A vedação do reconhecimento da pretensão no caso de direitos indisponíveis	106
26. O reconhecimento da pretensão vincula a decisão judicial	108
27. A tutela antecipada em face do reconhecimento (parcial) do pedido	110

VI - A TUTELA ANTECIPADA E A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

VI

28. Pedidos cumulados	114
29. A tutela antecipada em relação a algum ou alguns dos pedidos cumulados	116
30. O direito italiano e a quebra do princípio de unicidade da decisão	118
31. A tutela antecipada no caso de pedidos cumulados não é fundada em cognição sumária	120
32. A tutela antecipatória em relação a uma parte do pedido (já comprovada)	124

VII - PECULIARIDADES DA TUTELA ANTECIPADA QUANTO À PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

33. A cognição exauriente nos casos de tutela antecipada pela ausência de controvérsia e a produção de coisa julgada material	127
34. O julgamento antecipado e a “tutela antecipatória final”	135

VIII - CONCLUSÃO

35. A demora na prestação da tutela jurisdicional é causa de	
--	--

VII

insatisfação e descrédito em relação ao Poder Judiciário	138
36. A antecipação da tutela é uma alternativa para a demora processual	140
37. O sistema processual brasileiro deve admitir a antecipação da tutela mesmo nos casos em que não haja urgência, mas exista uma parte incontroversa, a fim de garantir um processo mais célere e eficaz.	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	144

I - INTRODUÇÃO

1. Considerações iniciais

A tutela jurisdicional de urgência apresenta-se como um dos instrumentos mais profícuos dentro do processo civil moderno. Sua importância decorre da crescente necessidade de se encontrar alternativas para a triste realidade do processo lento e ineficaz, com o qual convivem diariamente os advogados, magistrados, membros do Ministério Público e cidadãos em geral.

Através das formas urgentes de prestação jurisdicional, a moderna doutrina processual vem garantindo a sobrevivência do sistema, além de assegurar um mínimo de confiança da população naquelas instituições criadas justamente para fazer valer seus direitos. Basta imaginar o que seria do processo civil brasileiro caso não existissem as liminares, a tutela cautelar e as mais recentes formas de antecipação da prestação jurisdicional. Evidentemente, tornar-se-ia um instrumento sem sentido, destituído de toda e qualquer razão prática. Só teria finalidade quando se estivesse diante de um conflito de interesses que pudesse aguardar vários meses até a solução judicial. E, mesmo em tais circunstâncias, seria impossível evitar as indesejáveis conseqüências de uma demorada prestação jurisdicional. Dentre elas, o agravamento da situação conflitiva, a perda da confiança no Poder

Judiciário e o aumento da violência como resultado da sensação de impunidade.

Diante de tal contexto e levando-se em consideração os atuais problemas gerados pela enorme quantidade de demandas e pelo excesso de formalidades, a doutrina processual vem se dedicando ao estudo, pesquisa e criação de institutos voltados a reduzir a duração dos processos, ou ainda tendentes a minorar as conseqüências negativas do decurso do tempo.

A demora na prestação jurisdicional - ainda que justificada tecnicamente pela busca da certeza jurídica - produz efeitos sociais extremamente negativos. Na mentalidade das partes, aliam-se à **possibilidade** de um julgamento de improcedência do pedido, a **certeza** de uma resposta do órgão jurisdicional demorada e o **receio** de que ela se torne ineficaz.

A perda da celeridade acaba por descaracterizar a própria função de pacificação social do Poder Judiciário. Isto porque, como dizem os processualistas, para determinadas pretensões tanto vale tutelar tardiamente quanto não tutelar.

É evidente que a grande maioria dos litigantes têm ciência de que não poderá obter uma solução definitiva em tempo razoável. Muitos conhecem, além das dificuldades da estrutura do sistema judiciário, as próprias falhas da legislação processual. Nem por isso, todavia, aceitam com tranqüilidade a

espera de dois ou três anos até que se dê por completa a prestação jurisdicional.

O decurso do tempo, inevitavelmente, conduz ao agravamento da situação conflitiva. Mais relevante, porém, é a sensação de frustração e descrédito que causa nos jurisdicionados.

A ciência processual possui hoje o desafio de superar tal dificuldade na mesma medida em que deve zelar por uma correta e eficiente administração da justiça. O Direito Processual Brasileiro, sem afastar-se da teoria e técnica que lhe são inerentes, deve aproximar-se das exigências e necessidades da vida de relação, a fim de que possa ser bem sucedido na importante tarefa de resgatar a dignidade e o prestígio do sistema jurídico junto à comunidade.

Neste aspecto, contudo, surge o problema da compatibilização entre dois anseios diversos e igualmente importantes: de um lado, o anseio por uma Justiça ágil, rápida e eficaz; de outro, a busca de um processo que respeite as garantias constitucionais e proporcione a prestação da tutela com base em certeza, em segurança jurídica.

O conflito se coloca de uma forma muito clara. Sempre que se pretenda oferecer um amplo contraditório, com vastas possibilidades de provas, estar-se-á realizando um processo isento de riscos, voltado a garantir a segurança jurídica. Por outro lado, tal processo, inevitavelmente, se

estenderá no tempo, deixando de atender aos anseios de rapidez e efetividade dos direitos.

Em face deste evidente conflito, o problema constitui em se descobrir se é possível conciliar estas duas preocupações atuais no campo do processo: de um lado a “segurança” nas relações e decisões jurídicas e de outro a busca da celeridade, da eficácia da tutela e da efetividade dos direitos. Em outros termos: é possível, em virtude das conquistas técnico-científicas e utilizando-se dos novos institutos processuais, conciliar preocupações tão distintas ?

A resposta é positiva. A doutrina processual mais moderna vem idealizando formas de utilização da tutela antecipada em relação à parte da demanda que não se mostra mais controvertida. Isto porque o decurso do tempo e a busca da segurança jurídica somente se justificam em face de uma controvérsia existente entre as partes. Quando não houver mais essa controvérsia, nada impede que a realização do direito seja imediatamente antecipada.

Esta é a idéia, ainda incipiente na doutrina processual brasileira, mas com profunda repercussão prática. A ela dirige-se este estudo, sempre com a convicção de que mais do que um sistema de leis tendentes a regulamentar a jurisdição, o Direito Processual Civil deve se traduzir em verdadeira ciência voltada a possibilitar a efetivação dos direitos, sem nunca se distanciar das reais exigências dos jurisdicionados.

No Brasil, as recentes alterações do Código de Processo Civil representaram a repercussão, na esfera legislativa, de um movimento de modernização e adequação do processo há muito tempo desejado pela doutrina e pela jurisprudência. Nos últimos quatro anos, o processo civil brasileiro sofreu uma enorme evolução, privilegiando em inúmeros aspectos a celeridade e a praticidade. São exemplos de tal fenômeno as leis sob n.ºs 8.950; 8.951; 8.952 e 8.953, todas de 13 de dezembro de 1994, além das leis sob n.ºs 9.079, de 14 de julho de 1995; 9.099, de 26 de setembro de 1995; 9.139, de 30 de novembro de 1995; e 9.245, de 26 de dezembro de 1995.

Além disto, o art. 273 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 8.952/94, representa uma das maiores conquistas legislativas brasileiras dos últimos tempos, em termos de efetividade dos direitos e eficácia do processo. Tal dispositivo assegura a possibilidade de uma prestação jurisdicional de urgência, efetiva e voltada à própria satisfação do direito material.

O presente trabalho objetiva contribuir para a análise e estudo da antecipação de tutela, ou seja, o novo instrumento processual criado especificamente para impedir que a demora na prestação da tutela jurisdicional acabe por gerar descrédito e revolta na população. De um modo geral, quer seja através de medidas cautelares, medidas antecipatórias ou ainda através de liminares, a ciência processual moderna está à procura de

uma reação (técnica e cientificamente adequada) à demora na solução dos conflitos.

Este é o processo civil que a doutrina e a jurisprudência brasileira devem construir: um processo civil que apesar de se preocupar também com a segurança jurídica, seja mais ágil, colorido pelos ideais da efetividade dos direitos e da eficácia social da prestação jurisdicional.

2. O decurso do tempo e suas implicações na prestação jurisdicional

Inicialmente é preciso considerar que o decurso do tempo possui reflexo direto na qualidade e eficácia da prestação jurisdicional. O tempo despendido entre a propositura de uma ação e a satisfação do direito possui extrema relevância jurídica. À ciência do Direito atualmente não interessa mais apenas examinar os institutos processuais como se fossem pérolas desprovidas de um contexto. Aos juristas deve importar o estudo do fator tempo e suas implicações na prestação jurisdicional e na vida dos jurisdicionados. Isto porque o decurso do tempo, nos dias de hoje, pode **por si só** levar ao fracasso ou sucesso de uma pretensão, independentemente da decisão judicial proferida. Não é à toa que o tempo é visto por José Rogério Cruz e Tucci como um “implacável inimigo” da advocacia².

² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 11.

Assim como o “General Inverno”, que na Rússia derrotou o poder e as armas de Napoleão, o tempo pode derrotar todo o brilho e perfeição de uma sentença judicial. Pode fazer com que a prestação jurisdicional se torne, em determinado processo, apenas um amontoado de palavras em uma decisão que não importe mais a qualquer das partes. O colorido da ciência pode, infelizmente, transformar-se em páginas amareladas de um antigo caderno processual. “Em muitas ocasiões o *tempo* age em prol da verdade e da justiça. Na maioria das vezes, contudo, o fator temporal conspira contra o processo”³.

Antes de mais nada, deve-se conhecer o inimigo para poder combatê-lo. Não se pode jamais menosprezar sua importância. “É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão”⁴.

Esta realidade, de tão fácil compreensão, continua a ser desconsiderada por muitos processualistas que não conseguem enxergar para além dos mitos do processo ordinário, da segurança jurídica e da busca da certeza. Para eles pouco importa quantos meses (ou anos) sejam

³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 11.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: RT, 1997, p. 17.

necessários até ser proferida a sentença final. O relevante é que tal decisão tenha o “peso” de coisa julgada, seja definitiva.

A mentalidade decorrente de um formalismo excessivo e de uma exagerada preocupação com a certeza do processo coloca as partes em situações de angústia e descrédito. “Como os tempos atuais cada vez se caracterizam mais pelo ritmo acelerado de vida, tanto nas relações sociais como econômicas, a prestação jurisdicional, como um todo, se torna alvo do descrédito e da censura generalizada, pela notória inaptidão dos serviços judiciais para se amoldarem à dinâmica da sociedade”⁵. Justamente em virtude dessa mudança nas relações sociais, ou melhor dizendo, na velocidade em que estas passaram a se desenvolver é que muitos juristas defendem uma menor formalidade e uma maior oralidade processual. Se a duração do processo é algo inevitável, pelo menos que ela seja a mais curta possível. “*Resulta indispensable cierta duración del proceso, para que la justicia del caso concreto pueda actuarse. El quantum de la misma es uno de los problemas principales de la política procesal, que sólo puede resolverse en base al aumento del número de jueces y al establecimiento del proceso oral*”.⁶ Uma das soluções estaria no incentivo à oralidade e no aumento do número de juízes.

⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. “Tutela Antecipada”, in *Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 187.

⁶ BIDART, Adolfo Gelsi. “El tiempo y el proceso”, in *Revista de Processo*, nº 23, ano 6, julho a setembro de 1981, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 121.

Em resumo o que se pode extrair é o seguinte: hoje é possível perceber a real importância do tempo no desenvolvimento e no resultado do processo. Não se pode negar que *“la prolongación interminable de los procesos, es outra de las cuestiones que nuestra época no puede dejar sin resolver, si quiere mantener el modo racional de lograr la justicia del caso concreto, vale decir, el proceso”*.⁷ Assim, a duração do processo civil deve ser encarada como uma questão cientificamente tão importante quanto a da busca da segurança jurídica. Dela depende, acima de tudo, a efetividade do direito material.

3. O direito à adequada tutela jurisdicional (CF. art. 5º, XXXV)

Desde o momento em que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, assumiu também o dever de garantir a todos os jurisdicionados a prestação de uma tutela adequada às necessidades da vida de relação. A jurisdição que passou a ser prestada pelo Estado precisou adequar-se às exigências daqueles que não mais podiam utilizar a justiça privada.

Tanto é assim que a Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, assegura em seu art. 5º, inciso XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Analisando-se esta

⁷ BIDART, Adolfo Gelsi. *“El tiempo y el proceso”*, in *Revista de Processo*, nº 23, ano 6, julho a setembro de 1981, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.103.

garantia e comparando-a com a obrigação decorrente do monopólio da jurisdição pode-se dizer que o Poder Judiciário deve apreciar toda e qualquer afirmação de lesão ou ameaça a direito. O mesmo ocorre em relação ao disposto no art. 75 do Código Civil Brasileiro. O texto original prevê que a todo direito corresponde uma ação que o assegure. Na verdade, o que deve ser lido e interpretado é que a toda afirmação de direito deve corresponder uma ação.

Mas não é só. Não basta assegurar ao Poder Judiciário a apreciação de toda e qualquer lesão. É preciso também oferecer condições para que a análise pelo Judiciário se dê de uma maneira adequada, que realmente atenda os interesses dos jurisdicionados. Sim, pois de nada adiantaria a garantia constitucional do princípio da inafastabilidade caso se permitisse que as decisões judiciais fossem proferidas de maneira superficial e ainda assim muitos anos após a propositura das ações.

Ao tratar do problema da efetividade, José Carlos Barbosa Moreira, há mais de quinze anos, afirmou que o processo deveria dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; que o resultado do processo deveria assegurar à parte vitoriosa o gozo pleno da utilidade prevista no ordenamento; e que tal resultado deveria ser atingido com “o mínimo dispêndio de tempo e energias”⁸.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, in *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*. Ada Pellegrini Grinover et al. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203 e 204.

Ao cidadão que recorre à Justiça é preciso assegurar uma análise isenta, baseada na lei e, acima de tudo, que seja ágil, eficaz e segura. É preciso que a satisfação da pretensão de direito material seja garantida rapidamente e de uma maneira equivalente ao que obteria o autor, caso o mesmo pudesse se valer da justiça privada.

O oferecimento de uma tutela jurisdicional apenas nominal não é o suficiente. Deve-se garantir, a todo aquele que procure o socorro dos tribunais, uma tutela efetiva e, principalmente, adequada à pretensão de direito material. Uma tutela eficaz, que verdadeiramente possa realizar o direito no campo das relações sociais. “Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o *direito ao processo*. Delineia-se inafastável, também, a absoluta *regularidade* deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, *em um breve prazo de tempo*, isto é, dentro de um *tempo justo*, para a consecução do escopo que lhe é reservado”⁹.

Em suma, o Estado - através do Poder Judiciário - assumiu a obrigação de analisar todas as pretensões deduzidas pelos jurisdicionados. E mais, tal apreciação deve ocorrer de uma forma adequada, atendendo a fatores tais como tempo de prestação, forma e amplitude dessa atuação. Nas palavras sempre oportunas de Cândido Rangel Dinamarco, o processo deve ter

⁹ TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87 e 88.

mecanismos que propiciem o cumprimento de sua função a fim de que não se torne “fonte perene de decepções”¹⁰.

Assim, a “tarefa legislativa deve pautar-se pelo ideal da construção de um serviço judiciário rápido, eficiente e econômico, democrático e acessível a todos, controlado pela sociedade, que distribua justiça adequada”¹¹. Surge então um novo conceito de *due process of law*, o conceito de um devido processo legal mais abrangente que aquele que se preocupa apenas com o respeito aos princípios constitucionais. O novo significado de “devido processo legal” engloba também o direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material. Consequentemente, o direito à tutela de urgência também não pode ser suprimido por norma infra-constitucional¹².

A este respeito, Eduardo Talamini, em interessante artigo, defende a impossibilidade de limitações legais à antecipação de tutela¹³. Segundo ele, o tema das restrições legais à tutela antecipatória diz respeito ao conflito entre o princípio da inafastabilidade da proteção jurisdicional adequada e efetiva e o risco de graves danos ao interesse público. A decisão sobre qual deles deve prevalecer não pode ser feita previamente, em abstrato. Por isso o Supremo

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 271.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 223.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 108 e 109.

¹³ TALAMINI, Eduardo. “Limitações legais à antecipação de tutela” in *Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.132.

Tribunal Federal já deixou de se pronunciar, não suspendendo a eficácia de normas com tais restrições. Caberá assim ao juiz, diante do caso concreto, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da restrição e, se for o caso, conceder a tutela antecipada.

Com efeito, o exame do cabimento ou não de tutela antecipatória em situações específicas não deve – e não pode – ser feito em abstrato, apenas com a leitura da letra fria da lei. Somente diante da hipótese fática é que o Magistrado poderá valorar os bens colocados em jogo.

Analisando o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, Nelson Nery Júnior destaca a importância do princípio da inafastabilidade dizendo que “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos”¹⁴. E complementa aduzindo que a omissão do Estado-juiz é causa inclusive de responsabilidade judicial:

“O direito de ação é um *direito público subjetivo* exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo,

¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 89.

isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial”¹⁵.

Dentro do dever estatal de assegurar uma tutela jurisdicional adequada está a obrigação de fazer com que a apreciação judicial seja tempestiva, ou em outros termos, seja oferecida dentro de um prazo razoável. Isto porque justiça tardia é praticamente o mesmo que denegação de justiça. “Impende reconhecer que a garantia da ampla defesa e o correspectivo direito à tempestividade da tutela jurisdicional são valores constitucionalmente assegurados”¹⁶.

A Constituição Federal, embora não contenha previsão expressa sobre o direito à tutela dentro de um prazo razoável, dispõe a respeito do princípio da inafastabilidade e, conseqüentemente garante o direito à tutela adequada. Desta maneira, ainda que indiretamente, a Carta Magna assegura uma jurisdição ágil, tempestiva e eficaz.

Além do mais, o parágrafo 2º do artigo 5º do texto constitucional¹⁷ recepciona outros direitos e garantias previstos em tratados internacionais,

¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 91.

¹⁶ TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 66.

¹⁷ § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

tais como o direito às garantias processuais e à análise da pretensão dentro de um prazo razoável. Como exemplo destes tratados, destaca-se o Pacto de San Jose da Costa Rica, cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto n.º 27, de 26 de maio de 1992 e cuja Carta de Adesão foi assinada em 25 de setembro do mesmo. Assim, desde 09 de novembro de 1992, quando foi publicado o Decreto n.º 678, o Pacto de San Jose passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. E, com ele, passou a ter vigência o disposto no artigo 8º, § 1º do referido Pacto: “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...”. Destaque-se igualmente que para muitos autores, o direito a um processo sem dilações indevidas é corolário da garantia do *due process of law*¹⁸.

Na mesma linha, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em 04 de novembro de 1950, em Roma, estabelece no artigo 6º, § 1º: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ele dirigida”¹⁹.

¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86 e 87.

¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.67.

Diante da garantia constitucional do devido processo legal e do princípio da inafastabilidade - dos quais decorre o direito à tutela jurisdicional adequada -, verifica-se que o legislador infraconstitucional está obrigado a criar procedimentos que tutelem de maneira efetiva e tempestiva as pretensões de direito material. Deve ainda assegurar uma racional distribuição do ônus do tempo no processo²⁰.

O direito constitucional à tutela jurisdicional **adequada** faz com que não seja possível, através de leis infraconstitucionais, impor certas restrições ao direito de ação ou à satisfação das pretensões. Com efeito, “as limitações ao direito do contraditório e, por via de consequência, da cognição do juiz, sejam estabelecidas em lei processual ou lei material, se impossibilitam a efetiva tutela jurisdicional do direito contra qualquer forma de denegação da justiça, ferem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e por isso são inconstitucionais”²¹.

Nem sempre, porém, a vedação constitucional é respeitada. Um exemplo claro do desrespeito está na previsão do parágrafo único do artigo 5º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964²². Tal dispositivo impede a execução provisória de sentença proferida em mandado de segurança,

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 20.

²¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 88.

²² Parágrafo único. “Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”.

fazendo com que o impetrante tenha que aguardar até o trânsito em julgado da decisão para só então poder realizar seu direito **líquido e certo!**

Destaque-se que a restrição é muito mais grave que aquelas impostas à execução das liminares. Nesta hipótese, o autor vê-se impedido, por lei, de satisfazer um direito que já foi judicialmente declarado por sentença, com cognição exauriente. Não se trata de impedir a execução de uma decisão proferida com base em tutela sumária, mas de vetar a própria realização de um direito já reconhecido. Neste aspecto,

“retirar da via do mandado de segurança a possibilidade da execução provisória, outrossim, significa a aniquilação da garantia constitucional. É que o mandado de segurança, por sua própria natureza, pressupõe a execução provisória da sentença como forma de fazer eficaz a tutela jurisdicional do direito ameaçado ou violado por ato (ou omissão) ilegal ou de abuso de poder”²³.

Na verdade, a subtração da execução provisória acaba por destruir a natureza e característica do procedimento. E, em uma visão mais ampla, acaba também por impedir a prestação de uma tutela jurisdicional adequada.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 69.

4. A instrumentalidade do processo, a efetividade dos direitos e a segurança jurídica

Como já referido nas considerações iniciais, o maior problema enfrentado atualmente pelo processo civil brasileiro consiste justamente no conflito entre a necessidade de se tornarem mais efetivos os direitos e a preocupação em se garantir uma tutela jurisdicional segura, com base em certeza jurídica. Enquanto a efetividade dos direitos exige uma atuação extremamente ágil e rápida por parte do Poder Judiciário, a busca de segurança jurídica demanda cautela, cuidado e, acima de tudo, tempo. “O ponto de estrangulamento da compatibilização dos valores efetividade e segurança da prestação jurisdicional é, cediçamente, o fator tempo, necessário à segurança jurídica, por um lado, e letal para a efetividade da jurisdição, por outro”²⁴.

Vista a realidade dessa maneira, parece de início impossível solucionar a tensão existente entre essas duas exigências: de um lado a agilidade e rapidez, e de outro, a prudência e o decurso do tempo.

Todavia, o problema não é insolúvel. Muito pelo contrário. A ciência processual já vem criando técnicas que possibilitam uma maior efetividade dos direitos sem o sacrifício total da segurança jurídica. Dentre elas,

²⁴ ARMELIN, Roberto. “Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 434.

destacam-se a já referida antecipação de tutela e as liminares voltadas à satisfação dos direitos. São fórmulas jurídicas elaboradas para se diminuir ao máximo o ônus do tempo no processo civil.

Outro importante progresso nesse campo é a compreensão do processo civil como um simples instrumento para a realização dos direitos. A partir de tal concepção, a ciência processual passou a se preocupar com os aspectos práticos da prestação jurisdicional, realidades que antes eram consideradas não-científicas e destituídas de importância acadêmica. Deixou-se um pouco de lado a feição formal do processo em prol de uma valorização do seu lado instrumental. Muito mais que representar a atuação do Poder Judiciário, o processo tem a função de satisfazer e realizar as pretensões no plano dos direitos materiais, no campo das relações sociais.

Referindo-se ao que denomina de “dois grandes princípios fundamentais” Humberto Theodoro Junior procura encontrar uma solução ao conflito. E esta solução estaria na conciliação, na harmonização das duas necessidades. Jamais na prevalência de uma em detrimento completo da outra. “Urge, então, harmonizar os dois princípios - o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica -, e não fazer com que um simplesmente anule o outro”²⁵.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Tutela antecipada”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*/ coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 191.

Com isso, o decurso do tempo passou a ter importância vital nos estudos e pesquisas científicas. Finalmente percebeu-se que de nada vale um processo perfeito, com todas as garantias constitucionais e com uma ampla (e longa) instrução, se isto representar um óbice à satisfação plena dos direitos. A perfeição, segundo os processualistas modernos, passou a estar mais ao lado da efetividade que ao lado da certeza e segurança. Operou-se uma verdadeira transformação de valores.

“O legislador atual tomou conhecimento da dura verdade de que o processo, tal como concebido em seu rito comum ou ordinário, não estava suficientemente aparelhado para enfrentar os problemas de emergência. Assim como a medicina tem aperfeiçoado, cada vez mais, as técnicas cirúrgicas de emergência, para salvar pacientes em risco de vida, também o direito processual tem de conceber expedientes capazes de tutelar, em caráter de urgência, os direitos subjetivos que não podem deixar de ser prontamente exercitados sob pena de perecerem e de conduzir os respectivos titulares a um profundo descrédito no processo judicial como um todo.”²⁶

A mudança ocorrida na doutrina processual é percebida por aqueles que estudam essa ciência nos últimos anos. “Relegando a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram até há bem pouco tempo, os processualistas passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja, a

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Tutela antecipada e tutela cautelar”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 742, agosto de 1997, p. 55.

imprescindibilidade da efetividade do processo, enquanto instrumento de realização da justiça”²⁷.

A doutrina processual civil moderna e as necessidades atuais da vida de relação exigem que a tutela jurisdicional seja muito mais **execução** que **declaração**. Aí reside a importância do estudo da tutela antecipada e das soluções que ela pode apresentar à ciência processual.

²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 63.

II - TUTELA ANTECIPADA

5. Distinção entre tutela de urgência, tutela cautelar e tutela antecipatória

Antes de se analisar o que constitui a tutela antecipada é preciso distingui-la de outros instrumentos de sumarização da cognição, dentre os quais se destaca a tutela cautelar. Esta constitui uma das espécies do gênero tutela de urgência. Sempre que houver tutela cautelar haverá urgência. Contudo, certas pretensões urgentes poderão ser satisfeitas por outros institutos processuais, diversos das medidas cautelares.

A tutela cautelar é a forma de prestação jurisdicional através da qual o Estado **assegura** a possibilidade de futura realização dos direitos subjetivos. Ela surgiu para impedir que a demora na verificação exaustiva quanto à existência de um direito leve ao perecimento desse mesmo direito ou do interesse de sua satisfação.

Nesse aspecto, “a tutela cautelar” - afirma Luiz Guilherme Marinoni - “é espécie do gênero tutela urgente. Surge, com efeito, para eliminar uma situação de perigo que coloque em risco uma pretensão”.²⁸

Desde logo, fica claro que a tutela cautelar visa proteger a possibilidade de realização futura do **direito** e não apenas proteger o processo de conhecimento, como durante muito tempo se acreditou. Sempre

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória, p. 59.

que determinada situação colocar em risco a satisfação futura de um direito alegado pela parte, incumbe ao Estado, através da tutela cautelar, garantir a possibilidade de tal satisfação, ainda que não se tenha certeza quanto à existência ou inexistência deste direito.

A concepção moderna da tutela cautelar não se coaduna mais com a noção de “instrumento do instrumento”. A razão está na própria expressão. Se o processo civil nada mais é que um instrumento para viabilizar a satisfação do direito da parte, de que serviria a proteção ao próprio processo? Evidentemente, a proteção ao “instrumento” implica, na verdade, em uma proteção ao próprio direito alegado pelo autor. Com a tutela cautelar procura-se salvaguardar a possibilidade de realização futura de um *provável* direito afirmado pelo autor.

Em suma, a tutela cautelar é uma forma de prestação jurisdicional voltada a impedir que o decurso do tempo do processo impeça a realização do possível direito alegado pela parte. Seu móvel é sem dúvida a urgência. Ela deve atuar sempre que a tutela de conhecimento se mostre insuficiente e incapaz para atender a uma pretensão urgente de direito material. Tem por objetivo assegurar a possibilidade de satisfação futura do **direito** a ser reconhecido.

Não têm razão os processualistas que afirmam que o processo cautelar não poderia proteger a realização de um direito porque este pode vir ao final a ser declarado inexistente. O equívoco é evidente. Quando se diz que a

tutela cautelar assegura a realização futura de um direito, o que se está a afirmar é que essa tutela protege ou garante a possibilidade de realização de um **provável** direito afirmado pela parte. Em outros termos, assegura-se a satisfação de uma pretensão de direito material, ainda que mais tarde fique comprovado que tal pretensão referia-se a um direito inexistente. Sim, pois “a tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples **aparência** do direito posto em estado de risco de dano iminente”²⁹.

Não é preciso, portanto, que o direito exista para que se possa assegurar a probabilidade de sua futura satisfação. Aliás, se desde logo fosse possível aferir sua existência, nem seria preciso valer-se da tutela cautelar... A própria tutela de conhecimento já proporcionaria sua realização. “Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontram-se sob ameaça de um **dano irreparável**”³⁰. Admitindo-se a instrumentalidade e levando-se em consideração que o

²⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, vol. III, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 27.

³⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, vol. III, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 10.

processo se traduz em uma forma idealizada para possibilitar a realização da Justiça e satisfação dos direitos, nem haveria como se aceitar que a tutela cautelar visasse garantir o próprio processo de conhecimento. Seria o mesmo que confundir o objetivo com o meio criado para sua consecução, ou em outros termos, declarar a importância do processo ainda que vazio, afastado de todo o seu conteúdo.

Tal noção, profundamente enraizada na doutrina processual, decorre da concepção do processo cautelar enquanto um “instrumento do instrumento” como pretendia Calamandrei, ou seja, como proteção do próprio processo principal, e não do direito ali discutido.

O mais relevante, contudo, é a impossibilidade de se admitir tal concepção de instrumentalidade sob pena de se retornar necessariamente à já ultrapassada teoria concreta do direito de ação. Caso se considere a tutela cautelar como um instrumento do processo de conhecimento, estar-se-á afirmando que o autor dela se utiliza porque possui efetivamente um direito que será futuramente reconhecido no processo de conhecimento.

A dedução é lógica pois caso contrário estar-se-ia permitindo que o processo cautelar oferecesse instrumental que só atrapalharia o desenvolvimento do processo principal. Com a idéia de instrumentalidade, aparece intrínseca a noção de utilidade desta forma de colaboração, conclusão esta que passa pelo pressuposto necessário do litigante ter efetivamente o direito a ser reconhecido.

Em outras palavras, garantir o “resultado útil do processo” significaria garantir uma sentença de procedência. Sim, pois se a sentença ao final decidisse pela improcedência do pedido, nem haveria porque se utilizar a tutela cautelar.

O elo de ligação entre a noção de tutela cautelar enquanto proteção ao processo principal e a teoria concreta da ação faz-se portanto muito claro. Ele é muito bem apontado por Ovídio Baptista da Silva, segundo o qual

“realmente, só poderíamos caracterizar a tutela cautelar como instrumental se estivéssemos a supor o litigante que dela se serve viesse afinal a sagrar-se vencedor, no processo satisfativo, pois do contrário a tutela cautelar, e todo o respectivo procedimento, armado pelo litigante sem direito, teria desservido ao direito e complicado inutilmente o processo. Neste caso, seria estranho que se continuasse a ver na tutela cautelar alguma espécie de instrumentalidade”.³¹

O objetivo da tutela cautelar quanto à proteção do direito - e não mais do processo - vem sendo reconhecido pelos processualistas mais modernos, para os quais as medidas cautelares não são “instrumentos do instrumento” e sim instrumentos jurisdicionais para a proteção dos direitos.

A conclusão de que o processo cautelar visa assegurar a futura realização do **direito**, e não apenas o processo principal, é também muito lógica. Decorre da simples constatação que, mesmo nas hipóteses de

³¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de Processo Civil, vol. III, p. 28.

improcedência do pedido na ação principal, a tutela cautelar faz-se necessária. Isto porque deve-se assegurar a **possibilidade** de realização de um direito alegado pela parte como existente. Ainda que ao final se constate sua inexistência *ab initio*, a tutela cautelar terá cumprido sua função.

Ao contrário, o entendimento de que a tutela cautelar estaria a proteger o “resultado útil do processo” torna-se totalmente inadequado nos casos de improcedência do pedido da ação principal. Isto porque a declaração de inexistência do direito, proferida a final, dispensa qualquer forma de tutela cautelar. Não se teria porque tutelar o processo principal nestas hipóteses. A antiga crença quanto aos fins da tutela cautelar está realmente dando lugar à noção de uma prestação jurisdicional tendente à proteção do próprio direito defendido pela parte.

Compreendido o que se deve entender por tutela cautelar, é preciso analisar em que consiste a tutela de urgência e a tutela antecipatória.

A tutela de urgência é mais abrangente que a tutela cautelar e volta-se a todas aquelas situações em que o decurso do tempo constitua um ônus extremamente pesado para as partes. Nas palavras, sempre precisas, de Ferruccio Tommaseo, a tutela de urgência tem um caráter preventivo, de maneira a evitar que a demora do processo permita à outra parte um comportamento que venha a causar um dano irreparável. *“La tutela urgente si colora d’una funzione preventiva in quanto è volta ad impedire che durante il tempo necessario per lo svolgimento del giudizio di merito, la controparte ponga in essere*

dei comportamenti che, nell'ipotesi in cui il giudice accolga la domanda di mero accertamento, sarebbero illegittimi e causa di un ingiusto, irreparabile danno"³².

Trata-se de um instituto processual criado para impedir que a demora na prestação jurisdicional fulmine a possibilidade de realização do direito material. É o gênero do qual a tutela cautelar e a tutela antecipada constituem espécies. Nas palavras de Jorge Peyrano, "*todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar*"³³.

Já a tutela antecipada ou tutela antecipatória destina-se a satisfazer o próprio direito antes de ser proferida decisão final em determinado processo. Importante destacar que a tutela antecipatória **satisfaz** e não apenas **assegura** a satisfação futura de um direito. Daí sua distinção em relação às medidas cautelares. Citando-se exemplo de Ovídio Baptista da Silva, vale lembrar que uma liminar de reintegração de posse, na ação de esbulho possessório, satisfaz o direito da parte, ou seja, realiza a pretensão do possuidor esbulhado, ainda que tal satisfação seja provisória. Não se trata, neste caso, de se assegurar a futura realização do direito possessório, mas sim de realizá-lo concretamente desde logo.

Muito embora a tutela antecipatória **geralmente** esteja associada às situações de urgência, é possível encontrar circunstâncias que autorizem uma

³² TOMMASEO, Ferruccio. *I Provvedimenti d'Urgenza - Struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, p. 256.

³³ PEYRANO, Jorge. "Informe sobre las medidas autosatisfactivas" in *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Ano 1, vol. 2, maio-agosto de 1996, Curitiba: Genesis, 1996, p. 450.

satisfação antecipada do direito, completamente dissociada da urgência. É o que ocorre, por exemplo, com a antecipação da tutela nos casos de abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu (art. 273, II do Código de Processo Civil). Todavia, não há como negar que no Direito Processual Brasileiro a tutela antecipatória vem tendo uma maior aplicação realmente nas hipóteses de urgência, onde por muito tempo se utilizou apenas a tutela cautelar.

Em síntese, pode-se dizer que a tutela antecipada e a tutela cautelar têm em comum o traço da provisoriedade, enquanto que se distinguem porque a instrumentalidade, a referibilidade e a dependência só se encontram presentes na segunda³⁴.

6. A tutela de urgência e a “usurpação” do processo cautelar

Durante muito tempo a tutela de urgência no Direito Brasileiro, com raras exceções, só podia ser concedida através do processo cautelar. Não havia alternativa jurídico-processual para se atender as demandas que necessitassem de decisões urgentes, senão através das regras do processo

³⁴ LOPES, João Batista. “Antecipação da tutela e o art. 273 do CPC”, in Revista dos Tribunais, vol. 729, julho de 1996, p. 67.

cautelar. Salvo algumas poucas ações com previsão de liminares, como por exemplo o mandado de segurança e as ações possessórias, a regra era a ordinariiedade. Em outros termos, para a grande maioria das demandas, o ordenamento processual brasileiro só vislumbrava a possibilidade de decisões judiciais após a fase instrutória, quando então se alcançaria a garantia da certeza jurídica.

Ao juiz só era possível satisfazer o direito da parte após todo o trâmite do processo, ainda que para isso fosse necessário o decurso de muitos meses ou até anos.

Entretanto, em inúmeras ocasiões as partes não podiam aguardar até a decisão final da demanda, sob pena de verem a realização de seu possível direito frustrada pelo decurso do tempo. Nestes casos, de nada adiantaria aguardar até o final do processo pois este perderia seu objetivo inicial. Em outras palavras, a satisfação do direito poderia ficar comprometida apenas e tão-somente pela passagem do tempo. Era preciso então criar um mecanismo que assegurasse a possibilidade de realização futura daquele direito até que se decidisse se ele realmente existia ou não.

Nesse contexto, o processo cautelar tornou-se uma alternativa processual para a demora na prestação da tutela jurisdicional. Com ele, passou a ser possível a **proteção** de determinado direito, durante o período necessário ao Poder Judiciário para averiguar a procedência ou não da pretensão do autor. Através do processo cautelar foi concedido aos

magistrados o poder de decidir antes de julgar, de garantir a futura realização do direito antes mesmo de apreciar a procedência ou improcedência da demanda. Em face dos requisitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora* passou-se a obter uma decisão judicial imediata. E ainda que tal decisão fosse provisória - não poderia ser definitiva pois ainda não havia a certeza jurídica - atendia perfeitamente as necessidades da parte.

O novo *caminho* veio então a ser utilizado por todos aqueles que precisavam de uma tutela jurisdicional urgente, independentemente da natureza de suas pretensões. "Para tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do Direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa"³⁵. Quer se tratasse de apenas assegurar a futura realização do direito, quer se pedisse desde logo a própria satisfação concreta desse direito, requeria-se a tutela *cautelar*. Sim, pois não havia outra alternativa jurídico processual a ser adotada. Ou as partes ajuizavam ações ordinárias e aguardavam muitos meses até uma sentença definitiva, ou valiam-se do processo cautelar para desde logo poderem obter uma decisão judicial.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Tutela antecipada e tutela cautelar", in Revista dos Tribunais, vol. 742, agosto de 1997, p. 42.

Pode-se dizer que a grande responsável pela aplicação generalizada do processo cautelar foi a universalização do procedimento ordinário. Isto porque, salvo raras exceções, quase todas as demandas eram submetidas a um mesmo procedimento, extremamente amplo, longo e oneroso. O procedimento ordinário era considerado a solução geral para quase tudo, qualquer que fosse a natureza da pretensão de direito material. Parafraseando o célebre Michel Foucault ³⁶, poder-se-ia dizer que a aplicação genérica do procedimento ordinário assemelhava-se à situação do médico que para todos os males tivesse sempre o mesmo remédio. Desta maneira, o tempo gasto até a decisão final no procedimento ordinário obrigava os jurisdicionados a se valerem do processo cautelar sempre que houvesse urgência em uma decisão judicial. “A universalização da *ordinariedade*, como seria de prever, potencializou, em grau certamente não imaginado pelo legislador, a utilização do Processo Cautelar como instrumento para a realização de pretensões cuja natureza se mostre inconciliável com a morosidade natural do procedimento comum”³⁷.

Caso existissem procedimentos diferenciados para as várias espécies de pretensões, com possibilidade de concessão de liminares, jamais teria

³⁶ “De manière que si j’ai trahi mon pays, on m’enferme; si j’ai tué mon père on m’enferme; tous les délits imaginables sont punis de la manière la plus uniforme. Il me semble voir un médecin qui, pour tous les maux, a le même remède” (Ch. Chabroud, *Archives parlementaires*, cit. por Michel Foucault, *Surveiller et punir*), *apud* DOTTL, René. *Bases e Alternativas para o sistema de penas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 01

³⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, vol. III, p. 50.

ocorrido a “usurpação” do processo cautelar. Ela somente se verificou em face da inexistência de outros meios processuais para a agilização das decisões. Daí a conclusão segundo a qual “a expansão do Processo Cautelar, como via alternativa contra a morosidade do procedimento ordinário, é diretamente proporcional à universalização da ordinariedade, com a supressão das formas alternativas de tutelas sumárias”³⁸.

Com efeito, a utilização generalizada do processo cautelar foi, em verdade, a única alternativa encontrada pelas partes e seus advogados para se obter a prestação jurisdicional de urgência, diante da ausência de formas adequadas à satisfação das pretensões de direito material. “Para tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do Direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa”³⁹. Assim, tanto a doutrina como a jurisprudência passaram a admitir a utilização do processo cautelar como um “meio vesgo”

³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, vol. III, p. 20.

³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. “Tutela Antecipada”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*/ coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 187.

para impedir a ocorrência de lesões às pretensões materiais das partes⁴⁰.

7. O mito do procedimento ordinário e o mito da neutralidade

A aplicação generalizada do processo cautelar ocorreu em face da necessidade de se suprir a lacuna até então existente no processo ordinário de conhecimento, o qual não atendia as situações de urgência.

Entretanto, como já exposto, esta lacuna decorria da própria aplicação do processo ordinário para quase toda e qualquer pretensão de direito material. Decorria da crença de que o processo ordinário, diante de sua amplitude e de suas garantias, poderia atender todas as situações de conflito.

No processo civil brasileiro surgiu uma enorme tendência de unificação dos procedimentos, de transformação de todas as formas diferenciadas no processo ordinário. As tutelas sumárias praticamente deixaram de existir (salvo raras exceções), dando lugar a um único procedimento, que por ser mais amplo e mais longo era também considerado mais seguro, mais “confiável”.

Todavia, a eliminação das formas sumárias de tutela processual não é um fenômeno exclusivo do processo civil brasileiro e nem mesmo uma característica do Direito moderno. “Pode-se dizer que essa tendência para a

⁴⁰ ARMELIN, Roberto. “Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*/ coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 436.

forma ordinária de procedimento - com seu natural corolário de plenariedade da cognição judicial - teve origem no direito romano tardio, com a absorção dos interditos pela *actio* que, como se sabe, servia-se precisamente do procedimento ordinário (*ordo judiciorum privatorum*), que é a origem e fonte inspiradora do nosso processo de conhecimento”⁴¹.

O grande inconveniente da generalização do procedimento ordinário é justamente sua inadequação às diversas necessidades das partes quando estão a discutir uma gama muito diferenciada de pretensões de direito material. O mito do processo ordinário fez com que durante muito tempo se acreditasse que ele funcionaria como um “coringa”, como um procedimento “neutro” que, por isso mesmo, poderia se adequar a todo e qualquer litígio da vida de relação.

Mas era precisamente nesta idéia que residia todo o equívoco. Não existe procedimento neutro, assim como não é possível que um determinado procedimento possa atender **bem** a todos os diferentes litígios. “A doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como procedimento padrão de tutela dos direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas

⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, vol. III, 1993, p. 51.

as situações de direito material e, portanto, a sua universalização é algo impossível”⁴².

Extremamente ligado ao mito da *ordinariedade* está, portanto, o mito da *neutralidade*. Segundo este, o procedimento teria que ser amplo, com todas as garantias, a fim de ser neutro, ou seja, permitir que toda e qualquer pretensão a ele se amoldasse. Teria que ser como um invólucro vazio que, por isso mesmo, admitisse qualquer conteúdo. Dentro deste contexto de “neutralidade” estava a idéia de que o Juiz só poderia proferir uma decisão ao final de todo o procedimento, quando já tivessem sido utilizadas todas as oportunidades de manifestação das partes. Até lá, o Magistrado deveria manter-se isento de opiniões ou decisões, deveria ficar completamente neutro às vontades das partes.

Esta figura de um juiz com conduta extremamente passiva, sem poder de *imperium* decorre das lições de Montesquieu e da grande preocupação da sociedade francesa em não conceder ao Poder Judiciário poderes muito amplos. Todo o poder deveria estar na lei. Deste modo, o Judiciário atuaria apenas como a “boca a pronunciar a voz da lei”. É a própria teoria da separação dos poderes. Daí a estreita ligação entre o pensamento iluminista do século XVIII e a proibição aos Juízes de interpretarem a lei.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 16.

O mito da neutralidade impedia, assim, que fossem proferidas decisões com base em juízos de verossimilhança. O Juiz somente poderia decidir após todo o caminho percorrido pelo processo, apenas quando tivesse a garantia da certeza jurídica, na fase final de prolação de sentença. Isto porque todo e qualquer juízo de verossimilhança implicaria em um “subjetivismo” judicial, o que era incompatível com a idéia de neutralidade, de busca da verdade.

Não é à toa que o procedimento ordinário preocupa-se exacerbadamente com a manutenção do *status quo ante*. Ele “fixa cronologicamente a data em que o julgador deverá formar seu convencimento, que é o dia em que ele, depois de receber os autos conclusos para sentença, estará autorizado a declarar o direito. Assim, no curso da lide ele não está autorizado a decidir, a conceder liminares, a alterar o *status quo ante*”⁴³. Desta maneira, conclui Ovídio Baptista da Silva que o processo de conhecimento oferece ao Juiz o subterfúgio de se conservar “indiferente à injustiça”, uma vez que esta só poderá ser corrigida ao final, com a sentença de mérito⁴⁴.

Um juiz que nada decida até o final do processo e só se preocupe em manter o *status quo* acaba sendo muito mais parcial do que se imagina. O que

⁴³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. “O processo civil e sua recente reforma” in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/* coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 427.

⁴⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. “O processo civil e sua recente reforma” in op. cit., p. 427.

ocorre é que o processo civil tende a adotar uma noção equivocada de imparcialidade.

“El magistrado no es imparcial, si por imparcial se entiende la quietud y el simple deber de observar y proveer a los requerimientos de los litigantes, fruto del principio dispositivo. El magistrado debe velar por la igualdad de actuación de las partes en el proceso, mas no sólo de una igualdad aparente y ritual sino sustancial (...) No sería a caso mas imparcial, si tuviera una intervención-actuación en pro de que efectivamente las partes actúen en igualdad de condiciones?”⁴⁵

Em outras palavras, a imparcialidade não está na omissão, mas em um atuar do magistrado, buscando obter uma igualdade material das partes, não uma igualdade meramente aparente.

E é justamente esta indiferença pregada pelo processo ordinário que deve ser combatida. A neutralidade – tal como concebida até então – trouxe muito mais desvantagens que vantagens. Mostrou-se extremamente parcial, na medida em que não permitia uma adequada distribuição do ônus do tempo do processo. Sob o manto da “neutralidade” permitiu-se a manutenção do *status quo* em prejuízo – muitas vezes – da justa pretensão do autor. Daí porque segundo Marinoni é “chegado o momento de o procedimento ordinário ser eliminado de nossos repertórios de tutela jurisdicional, devendo restar como uma simples reminiscência da época em

⁴⁵ PEREZ RAGONE, Alvaro J. D. “Introducción al estudio de la tutela anticipatoria” in *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 5, maio-agosto de 1997, Curitiba: Genesis, 1997, p. 416.

que se confundia instrumentalidade do processo com neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social”⁴⁶.

8. O conceito de tutela antecipada

Como já exposto, sendo uma das formas de tutela jurisdicional de urgência, a antecipação de tutela possui como principal característica a possibilidade de permitir a realização do direito subjetivo, antes do final do processo no qual a existência deste direito é discutida. Ela garante a satisfação da pretensão de direito material, desde que o autor - ou o réu - comprove estarem presentes os requisitos para sua concessão.

No sistema processual civil brasileiro a antecipação de tutela surgiu para atender todas aquelas situações de urgência em que não fosse suficiente a mera garantia da realização futura do direito. Veio assumir o lugar que temporária e provisoriamente vinha sendo ocupado pelo processo cautelar. Isto porque em determinadas ocasiões, não é suficiente para a parte que o processo apenas **assegure** a satisfação de seu direito, como pretende a tutela cautelar. Impõe-se em tais casos a própria satisfação, imediatamente. A

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 104.

urgência, nestas hipóteses, autoriza o Poder Judiciário a viabilizar a realização do direito material reivindicado pela parte, ao invés de apenas proteger sua realização futura. A antecipação da tutela, portanto, é o mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação (antecipada) de um direito subjetivo reivindicado em determinado processo. “Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou”⁴⁷.

A criação da antecipação da tutela decorre de uma moderna preocupação no sentido de agilização da Justiça. Isto porque além da própria realização dessa Justiça, “preocupa-se o moderno processo com a demora na sua concretização, daí o surgimento das medidas cautelares e, agora, da antecipação da tutela. Na verdade, se a pretensão do autor pudesse ser atendida, ou rejeitada, no mesmo momento de sua apresentação em juízo, desnecessárias seriam ambas as espécies de tutela jurisdicional mencionadas”⁴⁸.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Tutela antecipada e tutela cautelar”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 742, agosto de 1997, p. 44.

⁴⁸ MONTEIRO DE ANDRADE, Sérgio. “Tutela Antecipada”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 740, junho de 1997, p. 165.

Dentre vários conceitos de antecipação de tutela, merece destaque aquele que a define como “uma arma de enorme potencial para corrigir as distorções que o tempo provoca sobre a efetividade da tutela jurisdicional e compensar as deficiências específicas que o instrumento da jurisdição civil tem apresentado em cada área de sua atuação”⁴⁹.

Mas a antecipação de tutela também é considerada como uma “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. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento”⁵⁰.

Importante destacar, porém, que a tutela antecipada também pode ser concedida quando não houver qualquer situação de urgência mas, ao contrário, ocorra o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório do réu. Nestas hipóteses, o juiz também poderá permitir a satisfação antecipada do direito.

⁴⁹ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 17.

⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2. ed., ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 66.

9. O art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro e o direito comparado

A antecipação da tutela foi genericamente introduzida no Direito Processual Brasileiro com a reforma legislativa de 1994, através da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o art. 273 do Código de Processo Civil. Extremamente revolucionário, o instituto modificou sensivelmente a forma de se requerer e de se obter a tutela jurisdicional urgente.

Basta dizer que foi eliminada a necessidade das medidas cautelares para se obter a tutela antecipada, a qual passou a ser concedida no curso do processo de conhecimento.

Importante, porém, destacar que antes mesmo da reforma de 1994 o Direito processual brasileiro já vislumbrava algumas hipóteses de antecipação em procedimentos especiais. É o que ocorria, por exemplo, com as liminares possessórias, os alimentos provisórios, a fixação provisória de aluguel, as liminares em ações de despejo, a busca e apreensão regulada pelo Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969, e ainda a liminar prevista no artigo 84, parágrafo terceiro da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. De qualquer maneira, a possibilidade de aplicação **genérica** da tutela antecipada somente surgiu com a alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, em 1994.

Nos termos do que estabelece o artigo 273 do mencionado diploma legal, os requisitos para a antecipação da tutela são: a existência de prova inequívoca, ou seja, prova clara, evidente, manifesta; a verossimilhança da alegação, o que corresponde a uma alegação que pareça ser verdadeira; o receio de um dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda um abuso no direito de defesa ou propósito evidentemente protelatório do réu. Sem a presença destas condições não se justifica a antecipação da tutela.

Segundo Roberto Armelin, o legislador brasileiro teve dois objetivos ao criar a tutela antecipatória: um sistêmico e um pragmático. O primeiro foi o de “dar a César o que é de César” ou, em outros termos, fazer cessar a generalização do processo cautelar em tutelas satisfativas. O segundo, ou seja, o objetivo pragmático foi o de evitar duplo processamento para a produção de um resultado único. Deixou de ser necessário, portanto, o ajuizamento de uma ação cautelar (com liminar) e de uma ação principal (de conhecimento) para se chegar a um mesmo objetivo⁵¹.

A inovação trouxe a vantagem de diminuir a sensação de “desgosto e angústia do advogado que se via obrigado a promover um processo principal que não lhe interessava apenas para obter uma providência urgente”. São as palavras de Jorge Peyrano: “*Cuántas veces el abogado práctico experimenta una sensación de disgusto y hasta de aprehensión al tener que,*

⁵¹ ARMELIN, Roberto. “Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição” in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*/ coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 439 e 440.

obligatoriamente, promover un proceso principal (que no le interesa ni le sirve) en miras a lograr que un tribunal le conceda (lo que sí le interesa y le sirve), que es el despacho de una diligencia cautelar”⁵².

Enquanto antes da reforma processual só se podia obter uma decisão liminar através do processo cautelar (com algumas exceções em procedimentos especiais), após 1994 as partes passaram a poder requerer decisões liminares em ações de rito ordinário. “O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio”.⁵³

Na verdade, como a auto-tutela havia sido proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, precisava-se encontrar uma forma de se atender aos conflitos urgentes, que não pudessem esperar até uma decisão de mérito definitiva. A antecipação de tutela se justifica pois “sem ela a espera

⁵² PEYRANO, Jorge. “Informe sobre las medidas autosatisfactivas” in *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Ano 1, vol. 2, maio-agosto de 1996, Curitiba: Genesis, 1996, p. 450.

⁵³ THEODORO JUNIOR, Humberto. “Tutela antecipada e tutela cautelar” in *Revista dos Tribunais*, vol. 742, agosto de 1997, p. 44.

pela sentença de mérito importaria denegação da justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida”⁵⁴.

Justamente por permitir a própria satisfação do direito, alguns juristas consideram-na como uma forma de execução *lato sensu*. “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”⁵⁵.

Muito embora o instituto da antecipação de tutela seja muito recente no Direito processual brasileiro, o Direito italiano já o concebia há muito tempo. Segundo Ovídio Baptista da Silva, o próprio Calamandrei havia previsto a hipótese de tutela antecipada quando distinguiu as duas espécies de *periculum in mora*: o perigo de *infruttuosità* e o perigo de *tardività*. Em relação ao primeiro, utilizavam-se as medidas que apenas assegurassem a futura realização do direito. Por outro lado, o perigo de *tardività* exigia a própria satisfação do direito, o que para Calamandrei também poderia ser alcançada pelo provimento cautelar⁵⁶. Assim, ainda que através do processo cautelar, o mestre italiano admitia uma tutela de urgência satisfativa.

⁵⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. “Tutela Antecipada” in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/ coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 188.

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. “Procedimentos e tutela antecipatória” in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/ coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 383.

⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, vol. III, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 50.

Ainda no Direito italiano, Andrea Proto Pisani sustentava em trabalhos escritos em 1979 e 1982 as razões que levariam ao recurso à tutela sumária. Dentre elas, as seguintes: evitar o custo do processo de cognição plena quando não houvesse contestação efetiva; evitar o abuso do direito de defesa; e assegurar a efetividade da tutela jurisdicional de urgência. Tais trabalhos⁵⁷ são referidos por João Batista Lopes em estudo recente a respeito da tutela antecipatória⁵⁸.

Na Itália, a preocupação com a efetividade dos direitos levou os legisladores a conceberem a possibilidade de uma antecipação de até 4/5 do provável valor da indenização no caso de ação de reparação de danos por ato ilícito. Trata-se da Lei 990, de 24 de dezembro de 1969, que admite essa antecipação em relação às vítimas de acidente automobilístico. As razões são óbvias. De um lado, a posição da vítima que não pode aguardar muito tempo pela indenização, já que esta tem caráter alimentar. De outro, a posição das seguradoras de automóveis, as quais procuram obter lucro com o tempo despendido no processo. A demora na prestação da tutela jurisdicional é, portanto, considerada pelos italianos como uma das causas para uma Justiça ineficiente. Daí a necessidade da antecipação⁵⁹.

⁵⁷ "Appunti sulla tutela sommaria", in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Nápoles, Ed. Jovene, 1979 e *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982.

⁵⁸ LOPES, João Batista. "Antecipação de tutela e o art. 273 do CPC", in *Revista dos Tribunais*, vol. 729, julho de 1996, p. 64.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 210.

Da mesma maneira, no Brasil, desde 1985, Kazuo Watanabe já defendia a ineficiência do processo comum para atender às mais variadas pretensões. Segundo ele: "...por mais que se consiga reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre direitos, pretensões materiais e interesses legítimos que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados"⁶⁰.

Na verdade, os ordenamentos jurídicos que contemplam a tutela antecipatória apresentam dois modelos diferentes.

O modelo de antecipação aplicado pelo sistema francês, por exemplo, prevê a construção de um procedimento diferenciado e próprio. Antes mesmo de ingressar com o processo ordinário, o autor pode - através de um procedimento específico - requerer a tutela antecipatória. É o que se denomina de *référé* e vem previsto na França nos artigos 808 e 809 do *Nouveau Code de Procédure Civil* e na Bélgica no artigo 584 do *Code Judiciaire*.

O artigo 808 do Código de Processo Civil francês estabelece que: "*dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifient l'existence d'un différend*". O artigo 809 acrescenta que "*le président*

⁶⁰ WATANABE, Kazuo. *Contribuição ao estudo da cognição no processo civil*, 1985, p. 103 e 104.

peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite"; dizendo ainda que *"dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier"*⁶¹.

A possibilidade de antecipação da tutela na França ocorre, portanto, através de um outro procedimento, diverso da ação principal. O mesmo se verifica na Bélgica pois o artigo 584 do *Code Judiciaire* belga prevê que *"le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire"*.

Tanto no sistema francês quanto no belga, o instituto do *référé* é utilizado para garantir a futura tutela de mérito (caráter cautelar) ou para antecipar essa mesma tutela (caráter satisfativo). De qualquer maneira, trata-se de um procedimento autônomo e que permanece eficaz até um julgamento contrário.

Nessa mesma linha também se manifestou o Uruguai que, através das VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, celebradas em La Paloma de 19 a 22 de abril de 1995, declarou: *"Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de*

⁶¹ RICCI, Edoardo F. "Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália", in *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, trad. de Mariulza Franco, vol. 7, janeiro/março 1998, Curitiba: Genesis, p.90.

pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas"⁶².

Já um segundo modelo prevê a tutela antecipatória no curso do processo de conhecimento. É o que se verifica hoje no sistema italiano através dos artigos 423, 186bis, 186ter e 186quater do *Codice di Procedura Civile*⁶³. O artigo 423, por exemplo, referente ao processo de trabalho, assim dispõe: "*Ordinanze per il pagamento di somme – Il giudice, su istanza di parte, in ogni stato e grado del giudizio, dispone con ordinanza il pagamento delle somme non contestate*"⁶⁴. Por sua vez, o artigo 186bis que generalizou a antecipação que até então só era expressamente prevista no processo do trabalho estabelece: "*Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione della conclusione, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo. L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli artt. 177-178, 1º e 2º comma, c.p.c.*"⁶⁵.

⁶² PEYRANO, Jorge. "Informe sobre las medidas autosatisfactivas" in *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Ano 1, vol. 2, maio-agosto de 1996, Curitiba: Genesis, 1996, p. 450.

⁶³ A respeito de uma análise comparativa entre o artigo 423 e o artigo 186 do Código de Processo Civil Italiano, ver Filippo Colliá, "L'ordinanza per il pagamento di somme non contestate nel processo del lavoro", in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno XLIX, Aprile-Giugno 1994, Bologna: Cedam, 1994, p. 554.

⁶⁴ Ver a esse respeito Filippo Colliá, "L'ordinanza per il pagamento di somme no contestate nel processo del lavoro" in *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLIX (seconda serie), Aprile-Giugno 1994, Bologna: Cedam, 1994, p.538.

⁶⁵ Ver a esse respeito Filippo Colliá, "L'ordinanza per il pagamento di somme no contestate nel processo del lavoro" in *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLIX (seconda serie), Aprile-Giugno 1994, Bologna: Cedam, 1994, p. 554.

Entretanto, a Itália brevemente poderá conceber em seu sistema processual civil uma outra forma de tutela antecipada através da reforma ao art. 700 do *Codice di Procedura Civile*. Do mês de dezembro de 1994 ao mês de julho de 1996, uma comissão encarregada pelo Ministro da Justiça (denominada simplesmente *Comissão Tarzia* em homenagem a seu Presidente) elaborou um projeto de reforma do Código de Processo Civil italiano, abrangendo inclusive o disposto no artigo 700 daquele diploma. Com a reforma, o que poderá ocorrer em breve, o sistema italiano passará a dispor de duas possibilidades para a concessão de tutela antecipada. Uma através da previsão genérica na parte destinada aos procedimentos cautelares (artigo 700) e uma específica dentro do próprio processo de conhecimento (artigos 186*bis*, 186*ter* e 186*quater*).

“De fato, de um lado, o Direito italiano será caracterizado por tutela antecipada de caráter urgente, que pode ser obtida mediante procedimento diverso do processo de conhecimento e dele separado, mesmo antes que tenha iniciado a controvérsia sobre o mérito. De outro lado, será possível aplicar, no âmbito da controvérsia sobre o mérito, os artigos 423, 186*bis*, 186*ter* e 186*quater*, nas hipóteses expressamente indicadas em tais disposições”.⁶⁶

Tal mudança representará uma verdadeira evolução no que diz respeito à concessão da tutela antecipatória. Fazendo-se uma retrospectiva

⁶⁶ RICCI, Edoardo F. “Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália”, in *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, trad. de Mariulza Franco, vol. 7, janeiro/março 1998, Curitiba: Genesis, p. 89.

do Direito italiano é possível perceber que a tutela antecipada surgiu mediante uma distorção do procedimento de urgência previsto no artigo 700 do Código de Processo Civil. O dispositivo que originalmente fora criado para atender pretensões cautelares passou a ser aplicado em pedidos verdadeiramente antecipatórios. Depois, em 1973 uma tutela antecipatória foi inserida no âmago do processo ordinário em matéria trabalhista. Tratava-se do art. 423, introduzido pela Lei nº 533, de 11 de agosto de 1973, que em seu parágrafo primeiro estabelece que “o juiz, a requerimento da parte, em qualquer estado do processo, determina por meio de decisão (*ordinanza*) o pagamento das somas não contestadas”; enquanto que no parágrafo segundo dispõe que “igualmente, em qualquer estado do processo, o juiz pode, a requerimento do trabalhador, determinar o pagamento de uma soma a título provisório quando entender existente o direito e nos limites da quantia que reputar já provada”.

Já em 1990 essa tutela originalmente criada para o processo trabalhista foi inserida no processo de cognição de direito comum, através dos arts. 186*bis* e 186*ter* do Código de Processo Civil italiano, com a Lei 353/90. O art. 186*bis* estabelece que “a requerimento da parte, o juiz instrutor pode determinar, até o momento da apresentação das conclusões, o pagamento das quantias não contestadas pelas partes já representadas nos autos. A decisão (*ordinanza*) constitui título executivo e conserva a sua eficácia em caso de extinção do processo”. Por sua vez, o art. 186*ter* em seu *caput* prevê que:

“Até o momento da apresentação das conclusões, quando concorrerem os pressupostos elencados no art. 633, parágrafo 1º, número 1, e parágrafo 2º, e no art. 634, a parte pode pedir ao juiz instrutor, em qualquer estado do processo, seja proferida a ordem de injunção de pagamento ou de entrega”.

E finalmente, em 1995 a tutela antecipatória no processo ordinário de direito comum foi enriquecida pelo art. 186^{quater} do mesmo Código, introduzido pelo Decreto legislativo nº 432, de 18 de outubro de 1995, que se converteu na Lei nº 534, de 20 de dezembro de 1995. No parágrafo 1º lê-se que: “encerrada a instrução, o juiz instrutor, a requerimento da parte que propôs a demanda de condenação ao pagamento de quantias em dinheiro ou à entrega e desocupação dos bens, pode determinar mediante decisão (*ordinanza*) o pagamento ou a entrega ou a desocupação nos limites em que os fatos reputar já provados”.⁶⁷

No Direito alemão, a antecipação está prevista dentro do processo de execução, entre as cautelares, pois lá não há um livro para o processo cautelar. A doutrina separa os procedimentos em assecuratórios (cautelares)

⁶⁷ RICCI, Edoardo F. “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”, in *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, trad. de Rogério Cruz e Tucci, vol. 6, setembro/dezembro 1997, Curitiba: Genesis, p. 694.

e de regramento (antecipação da tutela de mérito), respectivamente nos parágrafos 935 e 940 da ZPO⁶⁸.

10. A finalidade da antecipação da tutela é a distribuição racional do tempo

Atualmente, a antecipação de tutela, tal como concebida pelo sistema processual civil brasileiro, “nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo”⁶⁹. A espera, a qual antes tinha de ser suportada única e exclusivamente pelo autor, agora pode recair sobre o réu em face da concessão de uma decisão liminar. Com a reforma de 1994, surgiu no Brasil a possibilidade do próprio Magistrado - mediante requerimento da parte - promover uma distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação de efeitos do provimento judicial final possui esta faculdade: a de atenuar o fardo da demora processual que até então vinha sendo suportado apenas pelo autor. Isto porque existe no procedimento comum “um enorme conflito entre o direito à cognição definitiva (direito de defesa) e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Para que o autor não seja prejudicado, em demasia, pela demora do processo, deve atuar, no

⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. “Procedimentos e tutela antecipatória” in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/coordenação* Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 383.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 23.

interior do procedimento de cognição plena e exauriente, uma técnica que permita a antecipação da tutela executiva”⁷⁰.

A finalidade da tutela antecipatória é, portanto, “adiantar os efeitos da tutela de mérito, mediante pedido do autor, de seu assistente ou do MP. Pode ser fundada na urgência (CPC 273 I) ou no abuso do direito de defesa pelo réu (CPC 273 II). Ainda que baseada na urgência, não tem natureza cautelar”⁷¹.

Enquanto a tutela cautelar tem por finalidade apenas assegurar a futura realização do direito, a tutela antecipatória pretende – desde logo – realizar o direito.

Mas, como ressalta a doutrina, a antecipação de tutela limita-se a satisfazer o direito no plano dos fatos, não servindo para uma averiguação final e definitiva a respeito da existência deste alegado direito. Daí o alerta de que o que se antecipa “não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura postulada como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 214.

procedência (...) Em outras palavras, antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal”⁷².

11. A tutela antecipada embora satisfativa não é definitiva

Outra característica sempre presente na tutela antecipada é a ausência de referibilidade a um direito acautelado. Diversamente, porém, na tutela cautelar sempre existirá essa referibilidade. Quando se busca a tutela cautelar, pretende-se obter a garantia de realização de determinado direito, ou melhor, a garantia de satisfação futura de determinado direito. Já no âmbito da tutela antecipada, a referibilidade dá lugar à satisfatividade. Não se pretende mais acautelar certo direito, mas satisfazê-lo desde logo. Não há, portanto, um outro direito a ser protegido. O direito alegado pela parte é imediatamente satisfeito, sem que seja necessária uma relação a nenhum outro.

De qualquer maneira, muito embora não exista referibilidade, a tutela naturalmente tende a não ser definitiva. A provisoriedade existente na tutela cautelar geralmente aqui também se faz presente. E não há aí nenhuma incongruência. A tutela pode perfeitamente ser satisfativa e provisória ao mesmo tempo. É satisfativa porque realiza o próprio direito buscado pela

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83.

parte. Contudo, é provisória porque ao final pode-se concluir que o direito cuja realização foi antecipada realmente não existia.

Assim, em que pese a satisfação do direito, o processo deverá prosseguir até que se possa obter a cognição exauriente, ou em outras palavras, até que se possa apurar com um maior grau de certeza a existência ou inexistência do direito. Muito embora a tutela antecipatória realize o direito, ela é fundada **geralmente** em cognição sumária, em uma cognição que não permite o conhecimento integral da questão debatida. Logo, necessita ser complementada com a continuidade do processo. Diz-se **geralmente** porque nem sempre ocorre assim. Na parte III deste trabalho são analisadas as hipóteses de tutela antecipada com base em cognição exauriente. É o que ocorre, por exemplo, quando a tutela é concedida em face da não contestação do réu ou quando este reconhece parcialmente a procedência do pedido do autor. A cognição nesse caso, por não necessitar de instrução probatória, é completa. A questão é analisada em toda a sua profundidade e decidida através da tutela antecipada. Nessas hipóteses, a tutela antecipatória adquire um caráter definitivo pois, em virtude da não contestação ou do próprio reconhecimento jurídico do pedido, a decisão final acabará por apenas reiterar o disposto na tutela antecipada.

Em linhas gerais pode-se afirmar que só existirá tutela definitiva quando houver cognição com profundidade, cognição exauriente. Em todas as outras oportunidades, haverá apenas tutela provisória. Desta forma,

mesmo que a parte já tenha atingido seu objetivo com a concessão de uma tutela satisfativa, ainda assim faz-se imperativo o prosseguimento do processo com o julgamento de mérito.

No que diz respeito a essa “não-definitividade”, Ovídio Baptista da Silva traça uma distinção entre provisoriedade e temporariedade. Segundo ele, as medidas cautelares seriam apenas temporárias pois sua duração depende diretamente da manutenção da situação de perigo. Assim, ainda que após a cognição exauriente, a medida cautelar poderá persistir caso persista a situação de risco. Citando exemplo de Lopes da Costa, o processualista gaúcho destaca que o provisório é sempre trocado por um definitivo. Assim, a barraca que será utilizada até a construção da casa. Já os andaimes em um edifício são apenas temporários, pois não serão substituídos por nada⁷³.

A respeito da diferença entre a provisoriedade da tutela cautelar e a da tutela antecipatória, Giovanni Arieta esclarece:

“...il carattere provvisorio della misura cautelare è profondamente diverso dalla provvisorietà dei provvedimenti sommari non cautelari. Questi ultimi sono provvisori solo in quanto suscettibili di essere potenzialmente, ma non necessariamente, sostituiti da altro provvedimento emesso a seguito di cognizione piena ed esauriente(...) Vogliamo dire che nei provvedimenti sommari la provvisorietà si pone come ineluttabile conseguenza della sommarietà della cognizione e non è in contrasto con la ‘vocazione’ degli stessi a divenire definitivi⁷⁴”.

⁷³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, vol. III, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 38 e 39.

⁷⁴ ARIETA, Giovanni. *I Provvedimenti d’Urgenza*. Seconda edizione interamente riveduta ed ampliata, Padova: Cedam, 1985, p. 44.

Em outras palavras, a provisoriedade da tutela antecipatória decorre de sua suscetibilidade para ser substituída por um provimento formado com cognição plena e exauriente. Ou seja, a provisoriedade é uma consequência da cognição sumária e de sua tendência a ser substituída.

Neste passo, é possível concluir que as medidas cautelares são apenas temporárias pois não foram criadas visando uma substituição. Poderão durar até depois da prolação da sentença de mérito. Já a tutela antecipatória deve ser substituída pela tutela definitiva após se alcançar a cognição exauriente. Ela é verdadeiramente provisória. Devendo, porém, ser concebida esta provisoriedade no plano normativo, pois no plano fático a tutela pode em muitos casos se tornar definitiva.

Em virtude de suas peculiaridades, a antecipação de tutela exige como requisito para sua concessão um *fumus boni juris* mais forte que aquele necessário à concessão da tutela cautelar. O art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro deixa muito claro que este *fumus* é diferente daquele genérico das medidas cautelares. E isto ocorre porque as consequências da tutela antecipatória também são mais importantes que aquelas derivadas de um procedimento acautelatório.

12. A tutela antecipada diante do abuso do direito de defesa

Além da função assecuratória, presente sempre que a tutela antecipada for concedida para evitar “dano irreparável” ou de “difícil reparação”, a antecipação de tutela pode também assumir uma função punitiva. É o que ocorre quando a tutela é antecipada com base no abuso do direito de defesa ou no “manifesto propósito protelatório do réu”. Nesta hipótese não se estará diante do *periculum in mora*, pois não haverá risco à parte que tem de aguardar pela decisão. Entretanto, mesmo assim a antecipação poderá ser concedida.

A previsão de tutela antecipada para as hipóteses dissociadas do *periculum in mora* justifica-se na medida em que a prestação jurisdicional deve **sempre** ser a mais célere possível, independentemente de haver risco ou não no decurso do tempo. A busca de efetividade dos direitos conduz a uma Justiça cada vez mais ágil, sempre que possível. E não apenas em uma Justiça ágil “quando isto for estritamente necessário”. A resposta jurisdicional deve ser apresentada o quanto antes, sendo que um processo mais longo só deve ser admitido quando houver necessidade de maiores provas em respeito à garantia da segurança jurídica. Mas, como exposto, o valor “segurança jurídica” pode ser relativizado em duas circunstâncias legalmente previstas: a) quando se está diante de uma situação de perigo (*periculum in mora*); ou b)

quando o réu estiver abusando de seu direito de defesa ou procurando protelar injustificadamente o processo.

Com efeito, “não se deve desconsiderar a possibilidade da concessão de tutela antecipatória mesmo quando não estiver presente uma situação de urgência. Trata-se da tutela antecipatória dissociada do ‘periculum in mora’, ou seja, a realização antecipada do direito quando caracterizado o abuso no exercício do direito de defesa”⁷⁵.

Em que pesem as dificuldades que surgem na caracterização do “abuso do direito de defesa”, deve-se ter em mente que a defesa não é um direito incondicional do réu. A defesa é uma garantia constitucional, mas apenas na medida em que não prejudique o direito do autor à efetividade da tutela, também garantido constitucionalmente. Assim, a “defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor”⁷⁶. Marcelo M. Bertoldi, valendo-se das lições de José Olímpio de Castro, elenca as formas mais comuns do abuso do direito de defesa. São elas: o dolo, a defesa temerária (quando o réu sabe que não tem razão), a fraude, a emulação, o erro grosseiro, a protelação da lide e a omissão em dizer a verdade⁷⁷.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 55.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 137.

⁷⁷ BERTOLDI, Marcelo M. “Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 323.

Todavia, este mesmo autor admite que não existem critérios objetivos para a definição do que seria realmente o abuso. “Navegando nesta zona cinzenta não encontramos critérios objetivos que possam delimitar exatamente qual o ponto a partir do qual o réu extrapola seu direito de defesa e ingressa no abuso do direito”⁷⁸. Divergindo das correntes doutrinárias que exigem, de um lado, apenas a análise da intenção do agente, e de outro, somente a verificação da utilização do direito de acordo com sua função social, Bertoldi considera que para a concepção do abuso são necessárias ambas as situações. Em outras palavras, é preciso que o réu esteja alterando a finalidade social do seu direito de defesa e que, ainda, tenha consciência disso, ou seja, o faça deliberadamente.

Se é verdade que não existem critérios objetivos para a caracterização do “abuso do direito de defesa”, é também verdade que o juiz pode e deve analisar a conduta do réu e, em sendo o caso, afirmar que houve o abuso. Tal decisão, a qual evidentemente deve estar fundamentada, será suficiente para autorizar a tutela antecipatória.

A antecipação de tutela, prevista no processo civil brasileiro para as hipóteses de abuso na defesa, assemelha-se ao *référé provision* do direito francês. Este instituto também assegura a antecipação do provimento jurisdicional quando ficar evidente à Corte que o réu não possui argumentos

⁷⁸ BERTOLDI, Marcelo M. “Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 323.

“sérios” contra a alegação de direito feita pelo autor. “Através da *provision* é possível a antecipação da tutela quando *l’obligation ne soit pas sérieusement contestable* (a obrigação não seja seriamente contestável, artigos 771 e 809 do Código de Processo Civil francês)”⁷⁹.

A antecipação de tutela para a hipótese de abuso do direito de defesa constitui ainda uma maneira de se evitar que o autor, prejudicado pela conduta maliciosa do réu, tenha que requerer deste a reparação dos danos. Isto porque, “preenchidos os requisitos para a antecipação nos termos do art. 273 do CPC, em vez de indenização dos prejuízos causados pelo réu que age maliciosamente no processo, possibilita-se a inversão do ônus do tempo do processo...”⁸⁰.

Em suma, sempre que o réu - agindo maliciosamente, extrapole os limites do seu direito de defesa de modo a prejudicar os interesses do réu, estar-se-á diante de uma situação processual de abuso do direito de defesa. Em tal circunstância deve-se antecipar a tutela jurisdicional, no intuito de se evitar um prejuízo ainda maior ao autor ou (quando inexistir o *periculum in mora*) simplesmente para o fim se garantir a efetividade da jurisdição.

⁷⁹ PERROT, Roger. “Les mesure provisoires en droit français”, in *Les mesures provisoires en procédure civile apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 138.

⁸⁰ BERTOLDI, Marcelo M. “Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/coordenação* Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 311.

13. A ausência de discricionariedade na concessão da tutela antecipada

Importante destacar que o ato judicial que concede ou deixa de conceder a tutela antecipatória não é discricionário, ou seja, é ato vinculado à lei e à opção da lei para aquele determinado caso concreto.

De um modo geral, nenhuma decisão judicial pode ser considerada ato discricionário. Ela deve representar exatamente aquilo que o legislador previu para determinada circunstância. Não é por outra razão que “o específico da função jurisdicional é consistir na dicção do direito no caso concreto. A pronúncia do juiz é a própria voz da lei *in concreto*. Esta é a sua qualificação de direito. Logo, suas decisões não são convenientes ou oportunas, não são as melhores ou as piores em face da lei. Elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja”⁸¹. Ao juiz, portanto, não é dada a opção de escolher esta ou aquela decisão. A decisão é única e está na lei. Incumbe-lhe apenas descobrir, ao analisar o caso concreto, qual seria a decisão legal.

Como não há discricionariedade no ato judicial, conclui-se que estando configurada a situação fática que autoriza a concessão da tutela antecipada, esta concessão traduz-se em um verdadeiro dever do juiz. “Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade,

⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 26.

maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial”⁸².

Da mesma maneira conclui Teresa de Arruda Alvim Wambier ao afirmar que:

“não há nada de discricionário na decisão através da qual o magistrado concede, ou não concede, a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada ou parte deles. (...) O princípio da legalidade seria evidentemente burlado se se entendesse que o Judiciário poderia (licitamente) decidir diferentemente em face da mesma lei e de caso idênticos, num mesmo contexto histórico. A lei é uma só. (...) Conceder (ou não) uma liminar é aplicar a lei”⁸³.

A vinculação das decisões judiciais à lei possui explicação histórica. Com a Revolução Francesa, a civilização ocidental viu uma transformação no centro de legitimação do poder. Enquanto antes este residia exclusivamente na vontade do soberano, depois da revolução passou para a vontade do povo. Como consequência lógica, surgiu a necessidade de se criar um sistema que realmente assegurasse o respeito à vontade popular. No âmbito do Poder Judiciário, a solução foi a de submeter todas as decisões judiciais à letra da lei. Apenas a lei representaria a vontade do povo e, portanto, apenas as decisões pautadas na lei seriam legítimas. A vinculação à lei passou a ser tão forte que não se permitia ao magistrado nem mesmo interpretar o texto

⁸² BEDAQUE, José Roberto. “Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.244.

⁸³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. “Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 531 e 532.

legal. Na acepção célebre de Montesquieu, o juiz seria apenas a boca a pronunciar a voz da lei.

Mas, se no século XVIII a vinculação do Poder Judiciário à lei constituía uma garantia contra o arbítrio, no final do século XX ela pode representar um risco à própria efetividade dos direitos. É verdade que o progresso obtido a partir do princípio da legalidade não poderá jamais ser ignorado. Todavia, em uma época em que se busca um Poder Judiciário mais envolvido com a realização concreta dos direitos, o apego exclusivamente à lei não parece mais ser suficiente. A interpretação do texto legal, feita pelo juiz, pode, em inúmeros casos, propiciar uma maior eficácia da prestação jurisdicional. Esta interpretação - é importante que se diga - longe está de caracterizar um poder discricionário. Assim como nos tempos da Revolução Francesa, a decisão judicial está vinculada à lei. A interpretação da lei é que deve ser feita de acordo com a análise do magistrado, à luz das cores e matizes do caso concreto.

14. Dano e responsabilidade na antecipação da tutela

A tutela antecipatória, justamente porque promove uma nova distribuição do ônus do tempo no processo, envolve certos riscos.

Ao conceder a tutela antecipadamente ao autor, o Magistrado estará naturalmente assumindo o risco de gerar um prejuízo ao direito do réu. Entretanto, o risco é inevitável e não constitui um atributo específico da tutela antecipada. Analise-se, por exemplo, a situação de um processo ordinário, no qual a tutela jurisdicional somente seja concedida após o trânsito em julgado da decisão. Durante todo o trâmite do processo – o que pode levar meses e até anos – estará em risco o direito do autor. Durante todo esse período, o autor poderá vir a sofrer graves prejuízos. Mas a doutrina de um modo geral tende a desconsiderar essa real possibilidade de prejuízo sob o argumento de que o autor nada pode fazer antes da decisão definitiva.

O que se introduz com a tutela antecipatória é a possibilidade de alteração do *status quo ante*, desde logo. Em outras palavras, é a possibilidade de se modificar a situação fática antes de uma decisão final do processo. Se tal alteração traz em si um certo risco, o mesmo pode-se dizer em relação à manutenção dessa situação fática até o trânsito em julgado. Em suma, o risco de prejuízo (seja ao autor, seja ao réu) é inerente ao decurso do tempo no processo civil. O que se pretende com a tutela antecipada é racionalizar este risco, fazendo-se com que ele recaia sobre a parte que aparentemente não tem razão.

A possibilidade de se gerar um dano ao réu deve, portanto, ser encarada como algo natural e inevitável.

“A tutela antecipatória (ou mesmo a execução imediata da sentença), contudo, justamente porque o juiz não é mágico, e não pode, assim, deixar de prejudicar o autor a não ser correndo o risco de prejudicar o réu, pode gerar danos. Tal possibilidade, contudo, pode ser aceita com naturalidade por aqueles que percebem que o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora da justiça e que o risco é algo absolutamente inerente à necessidade de distribuição do tempo processual e de construção de um processo mais justo e isonômico⁸⁴”.

Seria um grande engano imaginar que apenas a tutela antecipatória e, de um modo geral as tutelas baseadas em cognição sumária, podem gerar danos. O risco de dano, presente tanto na jurisdição com base em cognição sumária, como naquela baseada em cognição exauriente, infelizmente sempre acompanhará o processo civil. Ele só desapareceria caso fosse possível ao Poder Judiciário uma imediata apreciação dos litígios, ou melhor dizendo, uma análise sem a necessidade do decurso do tempo.

Nas hipóteses de tutela jurisdicional de urgência, porém, o risco de dano parece ser mais evidente. Isto porque nestes casos faz-se necessária uma decisão célere, baseada em cognição sumária, e em muitos casos, antes mesmo da ouvida do réu. “A urgência, em alguns casos, pode exigir a efetivação de uma medida cautelar antes da ouvida do réu. Para a justificação de tais medidas alega-se, em geral, que a tutela dos direitos ameaçados por perigo de dano iminente e irreparável pode tornar

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.23.

necessárias medidas imediatas sem um completo esclarecimento da situação fática”⁸⁵.

Na maioria das vezes, a fim de evitar um provável prejuízo ao autor, o Magistrado concede a tutela antecipatória, mesmo sabendo que isto pode implicar em um prejuízo para o réu. Trata-se, como se vê, de uma valoração dos bens em jogo e da prevalência de um em detrimento do outro. O risco está no acerto ou erro dessa decisão. Com efeito, o provável “direito” do autor pode, mais tarde, mostrar-se inexistente. E o réu, aparentemente sem razão, pode aparecer como a parte detentora do direito que foi prejudicado pela antecipação da tutela.

De qualquer maneira, tal risco deve ser encarado como um mal necessário à agilização dos processos e à maior efetividade dos direitos - ambos grandes benefícios propiciados pela tutela antecipatória.

O mais importante, contudo, é a noção de que tanto a ação do Magistrado (ao conceder a tutela antecipada, por exemplo) como a sua omissão (ao não concedê-la) podem gerar danos. Assim, em face da urgência, o melhor critério sempre será o da valoração dos bens discutidos no processo. Com efeito, “essas situações extremas devem ser solucionadas com

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p.79.

cuidado, pois tanto o aqodamento quanto a hesitação podem causar danos irreparáveis à parte”⁸⁶.

Estando caracterizado o dano, em decorrência da concessão da tutela antecipatória, surge a obrigação de indenizar. A responsabilidade, evidentemente, cairá sobre a parte que requereu a antecipação e levou o Magistrado a concedê-la. Todavia, a obrigação de indenizar não dependerá da aferição de culpa ou dolo do autor, não estará vinculada a nenhum critério subjetivo. A responsabilidade será objetiva, nos termos do que já prevê o artigo 811 do Código de Processo Civil para as hipóteses de tutela cautelar. Conseqüentemente, bastará a demonstração da ocorrência do prejuízo aliado ao fato deste prejuízo decorrer da própria antecipação da tutela. Assim entende Nelson Nery Júnior, para quem “deve ser utilizado, por extensão, o sistema do art. 811 do CPC, de modo que a responsabilidade do requerente da medida é objetiva, devendo ser caracterizada independentemente de sua conduta: havendo o dano e provado o nexo de causalidade entre a execução da medida e o dano, há o dever de indenizar”⁸⁷.

⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto. “Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.242.

⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. “Procedimentos e tutela antecipatória”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.394.

15. A possibilidade de antecipação da tutela em procedimentos diferenciados

Com o advento da tutela antecipada, começou a crescer nos meios forenses a indagação a respeito da possibilidade de sua aplicação nos procedimentos especiais, não regulados pela parte geral.

A discussão, ainda tímida na jurisprudência, ganhou repercussão na doutrina. Os autores mais formalistas foram os primeiros a concluir pela impossibilidade de se aplicar o art. 273 nos procedimentos que possuem regulamentação própria. O argumento utilizado foi o de que se o legislador aplicou um rito especial, diferenciado, a determinadas situações, não se poderia mais tarde aplicar a elas dispositivos da parte geral, válidos para todo e qualquer tipo de ação. Em outras palavras, não se poderia generalizar o que é específico. Não caberia ao legislador de 1994 tratar de modo igual àqueles que são diferentes.

Nessa linha de raciocínio pode-se citar o entendimento de João Batista Lopes, para quem a antecipação de tutela não pode ser admitida nos procedimentos especiais.

“A antecipação da tutela foi introduzida no CPC para assegurar maior presteza à prestação jurisdicional visando, assim, a enfrentar os problemas decorrentes da chamada ‘ordinarização do processo civil’. Sua província adequada é, assim, o procedimento comum ordinário, e não os procedimentos especiais. É que os procedimentos especiais já revelam

tratamento diferenciado para atender às suas peculiaridades ou especificidade⁸⁸”.

O autor vale-se ainda do argumento segundo o qual “a antecipação nos procedimentos especiais é opção do legislador devendo, pois, ser admitida expressa e claramente”⁸⁹. Assim, segundo ele, a antecipação de tutela, quando não prevista especificamente, não poderia ser admitida.

Divergindo dessa corrente doutrinária, encontra-se a maioria dos processualistas brasileiros. Para eles, o fato do art. 273 estar localizado na parte geral do Código de Processo Civil não impede sua aplicação aos procedimentos especiais, até porque não existe incompatibilidade procedimental. Nas palavras de Sérgio Monteiro de Andrade, “não importa o procedimento, podendo ser o comum (ordinário ou sumário) ou o especial, embora haja vozes autorizadas que não admitem a tutela antecipada nos procedimentos especiais”⁹⁰. Esta é também a conclusão de Nelson Nery Júnior pois “as especificidades dos procedimentos especiais são de outra ordem, para atender a peculiaridades que não podem ser atendidas pelo procedimento comum, não se constituindo como impeditivos da concessão

⁸⁸ LOPES, João Batista. “Antecipação da tutela e o art. 273 do CPC”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 729, julho de 1996, p. 71.

⁸⁹ LOPES, João Batista. “Antecipação da tutela e o art. 273 do CPC”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 729, julho de 1996, p. 71

⁹⁰ MONTEIRO DE ANDRADE, Sérgio. “Tutela antecipada” in *Revista dos Tribunais*, vol. 740, junho de 1997, p. 170.

da tutela antecipada⁹¹. Para ele, “o instituto da antecipação da tutela é admissível em qualquer ação judicial e em qualquer procedimento, seja comum, seja especial, seja regulado ou não pelo CPC⁹². A explicação é simples: a antecipação de tutela não poderia ser negada sob o argumento de que não está prevista neste ou naquele procedimento. Sua previsão está na parte geral do Código de Processo Civil e aplica-se, portanto, a todos os procedimentos. Além do mais, sua incidência decorre do direito constitucional de ação e da garantia do art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Com efeito, “a função da tutela antecipatória é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela⁹³.”

Luiz Guilherme Marinoni também defende a incidência do artigo 273 aos procedimentos especiais. Assim, caso neles não seja mais possível a liminar (como por exemplo no caso de uma ação possessória ajuizada após o decurso do prazo de um ano e um dia), poderia ocorrer a antecipação da tutela através da aplicação do mencionado dispositivo legal. “Aliás, justamente porque as várias hipóteses concretas não podem ser consideradas

⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. “Procedimentos e tutela antecipatória” in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/coordenação* Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 402.

⁹² NERY JÚNIOR, Nelson. “Procedimentos e tutela antecipatória” in *op. cit.*, p. 400.

⁹³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. “Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/coordenação* Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 533.

de antemão pelo legislador é que o artigo 273 deve incidir supletivamente nos procedimentos especiais, preenchendo espaços vazios...”⁹⁴.

A doutrina autoriza inclusive a concessão de tutela antecipada nas ações de despejo e nas ações possessórias, quando nestes procedimentos não for mais possível a concessão de liminares.

“Quando o esbulho ou a turbação se deu há mais de ano e dia, a ação possessória tramita pelo rito comum (ordinário ou sumário). Pode ser requerida a antecipação da tutela, mas devem ser cumpridos os requisitos do art. 273 do CPC. (...) Tutela antecipada de efeito que não anule a possibilidade de purgação da mora, nem burle o sistema de desocupação previsto pela lei é perfeitamente possível nas ações de despejo por falta de pagamento”.⁹⁵

Em que pese essa visão moderna e elogiável da doutrina, o Centro de Estudos do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo recentemente aprovou, por unanimidade, o seguinte enunciado: “N. 31 - É incabível, nas ações de despejo, a antecipação da tutela de que trata o art. 273 do CPC, em sua nova redação”. O entendimento, *data venia*, merece ser reformado pela experiência de nossos tribunais e pela sensibilidade de todos aqueles que buscam um processo civil mais célere e eficaz.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 127.

⁹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. “Procedimentos e tutela antecipatória” in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/coordenação* Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 400 e 404.

16. A tutela antecipada e a tendência de abolição da regra geral do efeito suspensivo da apelação

A execução da tutela antecipada constitui hoje um dos temas mais complexos e interessantes no estudo do processo civil brasileiro. Muito embora o artigo 273 do Código de Processo Civil estabeleça que essa execução observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do artigo 588 do mesmo diploma, a verdade é que a doutrina e a jurisprudência têm procurado ampliar os efeitos da tutela antecipada e assim garantir uma maior efetividade dos direitos. Não são raros os casos em que essa forma de antecipação garante a satisfação imediata dos direitos, o que ocorre através de uma execução rápida e tão eficaz quanto a execução completa decorrente da sentença transitada em julgado.

O próprio legislador foi bastante cauteloso ao prever na redação do artigo 273 que seriam aplicáveis os incisos II e III do artigo 588, “no que couber”. Tais dispositivos são justamente aqueles que limitam a força executiva do título, estabelecendo que a execução provisória não autoriza atos de alienação de domínio nem levantamento de dinheiro sem caução idônea e que essa forma incompleta de execução deve assegurar sempre a possibilidade de restituição das coisas ao estado anterior.

A expressão *no que couber* pode significar que o intuito do legislador foi o de não alargar a tutela antecipada aos atos típicos de execução

provisória, os quais a rigor não garantem qualquer satisfação do direito. Ao contrário, limitam-se a apenas assegurar a possibilidade dessa satisfação futura.

E, se assim realmente ocorreu, a preocupação foi realmente fundada pois de nada adiantaria criar no processo civil brasileiro um instituto tão revolucionário para deixá-lo atrelado às garantias apenas nominais de uma execução provisória. Isso implicaria em que, na prática, a tutela antecipada tivesse muito pouca utilidade. Não foi sem razão que Edoardo Ricci, professor italiano que examinou a fundo a tutela antecipada brasileira afirmou: “Não posso deixar de me perguntar se privar a tutela antecipatória de propiciar uma verdadeira e própria satisfação do direito tutelado não significa, de qualquer modo, trair a própria razão desse tipo de tutela. Salvo engano, as raízes da tutela antecipatória residem na percepção de que a tutela do direito, se quer ser efetiva, deve ser também tempestiva”.⁹⁶

Mas, se a tutela antecipatória exige uma execução que realmente garanta a satisfação do direito, por outro lado ela acaba criando uma tendência de que haja esta mesma execução em relação às sentenças de primeiro grau, ou seja, uma tendência de abolição do efeito suspensivo genérico na apelação. E isto por uma questão de lógica, de coerência. Se o provimento que concede a tutela antecipada é mais frágil juridicamente que a

⁹⁶ RICCI, Edoardo F. “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”, in *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, trad. de Rogério Cruz e Tucci, vol. 6, setembro/dezembro 1997, Curitiba: Genesis, p. 701.

própria sentença de mérito, então não é possível admitir que aquele possa ser imediatamente executado enquanto que esta deva aguardar pelo trânsito em julgado. O problema é colocado por Edoardo Ricci:

“...por motivos de coerência interna do sistema, a tutela antecipatória deixa entrever como inevitável consequência a abolição do efeito suspensivo da apelação quanto à executividade da sentença de primeiro grau. (...) Não é totalmente explicável uma disciplina que, de um lado, se conforma com a interposição da apelação para suspender a eficácia executiva da sentença, e, de outro, deixa sobreviver a força executiva (ou, de qualquer forma, a atitude a provocar a satisfação forçada do direito) dos pronunciamentos antecipatórios proferidos no curso do procedimento”.⁹⁷

Com efeito, a manutenção do caráter genericamente suspensivo da apelação não pode conviver (e aí se está a falar em um sistema coerente e lógico) com a força satisfativa da tutela antecipatória. É preciso evoluir também no que se refere à execução da própria sentença de mérito. O avanço já obtido em relação à tutela antecipatória deve servir agora para propiciar uma auto-executoriedade da sentença a fim de que esta também seja apta a satisfazer o direito por ela mesmo reconhecido. Neste passo, o efeito suspensivo da apelação deverá ser concedido apenas em algumas hipóteses, consideradas mais graves e de maior risco pelo legislador. A regra geral deverá ser a da ausência desse efeito suspensivo.

⁹⁷ RICCI, Edoardo F. “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”, in *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, trad. de Rogério Cruz e Tucci, vol. 6, setembro/dezembro 1997, Curitiba: Genesis, p.698 e 699.

E àqueles que possam indignar-se com essa solução, preocupados com os princípios tradicionais de segurança jurídica, vale lembrar o que afirmou o próprio Edoardo Ricci: “Não existem, em suma, nem mesmo aqui, rosas sem espinhos; e quem deseja evitar os espinhos deve ser particularmente cuidadoso ao tocar a rosa”.⁹⁸ Em outras palavras, a coerência interna do sistema e a busca de uma maior efetividade dos direitos exigem que não apenas a tutela antecipatória possa satisfazer a pretensão de direito material, mas que também essa satisfação possa decorrer diretamente da sentença de primeira instância. Se esta não é a solução ideal – por não ser totalmente isenta de riscos – pelo menos, é a mais lógica e a menos imperfeita.

⁹⁸ RICCI, Edoardo F. “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”, in *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, trad. de Rogério Cruz e Tucci, vol. 6, setembro/dezembro 1997, Curitiba: Genesis, p. 706.

III - A TUTELA ANTECIPADA E A PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

17. A controvérsia como razão para a duração do processo

Com a proibição da tutela privada e o monopólio da jurisdição, o Estado assumiu o encargo de averiguar e analisar os argumentos sustentados pelas partes e, principalmente, a veracidade dos fatos por elas alegados. Não chamou para si apenas o poder decisório, ou seja, um ato de vontade. Invocou também o poder de julgamento, o qual impõe reflexão, investigação e exame de provas.

Da necessidade de instrução decorreu logicamente a imposição de uma maior duração do processo. Sim pois não bastava ouvir as partes, era necessário saber quem tinha razão. E, tal conclusão só poderia ser alcançada pelo Estado-juiz após o decurso de certo tempo, durante o qual se fazia a análise da causa⁹⁹.

Desde então, as partes passaram a recorrer ao Poder Judiciário sempre que tivessem posições tão diversas a respeito de determinado assunto que não pudessem resolver por si mesmas o litígio. Pode-se assim dizer que a

⁹⁹ A esse respeito, ver Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. III, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 13.

controvérsia, enquanto ponto central das demandas, acompanha a tutela jurisdicional do Estado desde o monopólio da jurisdição. É verdade que existem questões submetidas ao Judiciário em que não se faz presente a lide (jurisdição voluntária), mas nesses casos o que se requer não é exatamente um julgamento, mas uma autorização ou homologação de algo já decidido pelas próprias partes. Na grande maioria das questões levadas ao conhecimento do Poder Judiciário o que se verifica, desde logo, é a existência de uma controvérsia, algo que impede uma decisão das próprias partes e exige a atuação de um terceiro julgador. E é justamente por se tratar de um terceiro (o qual não conhece os fatos) que o Estado-juiz obriga-se a analisar o fundamento jurídico e as provas produzidas pelas partes.

Em suma, a controvérsia - que nada mais é que a situação decorrente da tomada de posições antagônicas pelas partes a respeito de determinado fato ou assunto - gera a necessidade de instrução e, conseqüentemente, de uma maior duração do processo civil.

A conclusão acima deveria levar a uma outra, igualmente lógica: quanto menor fosse a controvérsia, menos tempo se faria necessário para o processo chegar ao seu final. Entretanto, nem sempre isso corresponde a verdade.

O processo civil brasileiro, em função de determinadas formalidades e procedimentos já consagrados, acaba impondo às partes o ônus de aguardar o mesmo tempo para a apreciação das questões controversas e

incontroversas. Com isso, faz aumentar a insatisfação dos jurisdicionados e surgir a sensação de descrédito. Esta crise, sem dúvida alguma, seria atenuada caso se considerasse que a controvérsia é a única razão para a duração do processo.

18. O desaparecimento da controvérsia e o cabimento da tutela antecipada

Se é verdade que “entre dois ideais, o de rapidez e de certeza, oscila o processo”¹⁰⁰, a ciência processual têm hoje o dever de encontrar soluções para melhor harmonizar estes objetivos – em princípio – antagônicos.

Uma das alternativas é justamente a aplicação da tutela antecipada em relação aos fatos incontroversos. Parece simples, mas não é. Ao “leigo” é muito fácil compreender que quando o autor ingressa com uma ação de cobrança pedindo o pagamento de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e o réu afirma só dever R\$ 500,00 (quinhentos reais) o juiz poderia desde logo determinar o pagamento desses R\$ 500,00 (quinhentos reais). A lógica é muito clara.

Infelizmente, a ciência processual não costuma ver a questão com a mesma simplicidade. Muitas vezes, aos processualistas falta a objetividade e

¹⁰⁰ MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 99/100.

a simplicidade dos leigos, os quais jamais perdem de vista o campo do direito material. São raros os juristas brasileiros que admitem a aplicação da tutela antecipada nas hipóteses de ausência de contestação ou de reconhecimento jurídico (parcial) do pedido. E, no entanto, nestes casos não se vislumbra nenhuma controvérsia que justifique a continuidade do processo e o atraso na prestação jurisdicional. Em não existindo mais diversidade de posição em relação a esta ou aquela questão, obviamente não se faz mais necessário o ônus da espera pela decisão judicial. A pretensão deduzida por uma parte e aceita pela outra não precisa mais de nenhuma apreciação judicial. Então por que não separar esta parte do litígio do restante que continua controverso? Por que não antecipar parcialmente a tutela pretendida pelo autor naquilo em que não houver oposição do réu?

Uma coisa é certa: se o tempo já é um ônus demasiadamente pesado para o processo, ele só se justifica diante da controvérsia. “Onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se reduz à mera aplicação do direito”¹⁰¹. Em outros termos, quando uma parte da lide deixar de ser controversa, não há mais razão para se aguardar por um pronunciamento judicial final.

¹⁰¹ SANTOS, Moacyr Amaral, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., vol. IV, p. 42.

A prestação jurisdicional se impõe a partir do momento em que as partes concordam no que diz respeito ao pedido ou aos fatos que deram base ao pedido. Todavia, como não é possível ao órgão julgador apreciar imediatamente uma parte da lide através da sentença (ato judicial final) e deixar de analisar outras questões que dependam de instrução probatória, o caminho a ser adotado é a concessão de tutela antecipada.

Note-se que no que diz respeito à parte incontroversa da demanda, tanto o autor quanto o réu possuem a mesma posição, não havendo razão para a procrastinação do ato judicial que garanta a satisfação da pretensão. Entretanto, como o réu geralmente não cumpre espontaneamente sua obrigação, ainda que esteja de acordo com a pretensão do autor, faz-se imperativo que o processo civil crie meios para a realização desse direito que não se mostra mais controvertido.

O cabimento da tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda decorre da aplicação do artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil pois, sempre que o réu não se opõe expressamente à pretensão do autor, mas também não colabora para sua satisfação, caracteriza-se o propósito protelatório. E tal situação, como se sabe, autoriza a satisfação antecipada do direito.

IV - A TUTELA ANTECIPADA, A PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA E A NÃO CONTESTAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR

19. O art. 302 do Código de Processo Civil brasileiro e a proibição da contestação genérica

No Direito processual civil brasileiro o réu tem o ônus de contestar especificamente todos os fatos alegados pelo autor sob pena destes serem presumidos verdadeiros. A previsão está expressa no artigo 302 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

“Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.”

A regra, como se vê, é a do ônus de impugnação de todos os fatos narrados pelo autor. Apenas em alguns casos excepcionais o réu pode deixar de contestá-los sem que isso gere a presunção de veracidade. São as hipóteses descritas nos incisos I a III do mencionado dispositivo legal: inadmissibilidade de confissão; ausência de instrumento público considerado da substância do ato; e se os fatos, embora não contestados, estiverem em contradição com o conjunto da defesa. O parágrafo único do mesmo

dispositivo também excepciona a presunção de veracidade em relação ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

O ônus da impugnação específica justifica-se na medida em que as partes devem colaborar com a prestação da tutela jurisdicional. Contestando precisamente todos os fatos alegados pelo autor - ou deixando de apresentar contestação em relação a alguns deles - o réu auxilia o magistrado a fixar os limites da controvérsia. Ao órgão julgador fica muito mais fácil a apreciação da causa a partir do momento em que se delimita exatamente a lide.

Por outro lado, a precisa fixação do objeto da controvérsia é fundamental para uma maior agilização do processo. A inexistência de discussão entre as partes a respeito de um fato ou de uma parte do pedido pode (e deve) levar à antecipação da tutela. Não há motivo para que o autor tenha de aguardar o fim do processo para obter a satisfação de um direito já reconhecido pelo réu, por exemplo.

Ao comentar o artigo 302 do Código de Processo Civil, Humberto Theodoro Júnior afirma que além de se defender, o réu tem no nosso sistema o ônus de impugnar especificamente todos os fatos arrolados pelo autor, sendo portanto completamente ineficaz a contestação por negação geral¹⁰².

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 373.

Com efeito, na medida em que o réu é obrigado a manifestar-se precisamente sobre os fatos argüidos pelo autor, não pode simplesmente negá-los genericamente. Não pode resistir à pretensão da outra parte apenas dizendo que ela não tem razão e que os fatos não são verdadeiros. É preciso que o réu procure demonstrar a falsidade daquelas alegações ou apresente novos fatos que impeçam a conseqüência jurídica buscada pelo autor. Se assim não proceder, sofrerá os efeitos da presunção de veracidade em favor do autor e provavelmente terá um julgamento desfavorável.

Não é apenas o sistema brasileiro que estabelece o ônus da impugnação específica. O Direito processual português veda expressamente a contestação genérica, dispondo no artigo 490 de seu diploma legal que “o réu deve tomar posição definida perante cada um dos fatos articulados na petição”, considerando-se “admitidos por acordo os fatos que não forem impugnados especificamente, salvo se estiverem em manifesta oposição com a defesa considerada em seu conjunto, ou se não for admissível confissão sobre eles, ou se só puderem ser aprovados por documento escrito”. A lei processual também destaca que “não é aplicável ao advogado oficioso nem ao Ministério Público o ônus da impugnação especificada”¹⁰³.

¹⁰³ DE PAULA, Alexandre. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 1489 e 1490.

No Direito italiano a regra não é tão clara. Alguns processualistas chegam mesmo a afirmar que o sistema não recepção o princípio da não contestação. Outros defendem que os fatos afirmados por uma parte e não contestados pela outra devem ser considerados provados. De qualquer maneira, o juiz poderá retirar da não contestação argumentos de prova, nos termos do que estabelece o artigo 116 do CPC: “*Valutazione delle prove* – (1) *Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.* (2) *Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo*”¹⁰⁴.

Ao analisar o artigo 423 do Código de Processo Civil italiano, Frederico Carpi, Vittorio Colesanti e Michele Tarufo, afirmam que para a concessão da tutela antecipada (no caso, o pagamento de soma em dinheiro) é imprescindível um comportamento explícito do réu a respeito de sua vontade de não contestar. Caso haja apenas uma contestação genérica, ela será considerada como argumento de prova, mas não o suficiente para a antecipação. “*Un simile comportamento, di generica contestazione dei fatti dedotti*

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 81/82.

dall'altra parte, sarà apprezzabile come fonte di argomenti di prova nella decisione della causa, ma non sufficiente a concretare l'accordo"¹⁰⁵.

Mas, segundo outra parte da doutrina italiana, as respostas evasivas devem ser consideradas como "ausência de contestação" e, conseqüentemente, devem dar ensejo à antecipação da tutela nos termos do artigo 186*bis* do Código de Processo Civil¹⁰⁶. Após afirmar que a este respeito existem duas correntes doutrinárias, Edoardo F. Ricci, posiciona-se favoravelmente à orientação mais moderna:

"Seguir a primeira corrente, de fato, significa reduzir a aplicação da norma a casos excepcionalíssimos; enquanto a segunda corrente abre um espaço a uma certa valoração do juiz sobre a seriedade da contestação. Com base na segunda corrente, pode-se dizer que a afirmação de 'não dever', não acompanhada pela negação dos fatos constitutivos ou pela narração dos fatos impeditivos ou extintivos, não é uma contestação 'séria', e como tal não é uma contestação eficaz. Quanto a minha opinião, adiro totalmente a esta última concepção".¹⁰⁷

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões recentes, vem destacando a relevância do princípio da proibição de contestação genérica.

Ao analisar o Recurso Especial n.º 71.778, decidiu: "EMENTA: Contestação -

¹⁰⁵ CARPI, COLESANTI e TARUFFO, Frederico, Vittorio e Michele. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova: Cedam, 1984, p. 423.

¹⁰⁶ O dispositivo trata da possibilidade de pagamento antecipado em relação a somas de dinheiro não contestadas.

¹⁰⁷ RICCI, Edoardo F. "A tutela antecipatória no direito italiano", trad. Clayton Maranhão, in *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 4, jan-abril de 1997, Curitiba: Genesis, 1997, p. 131.

Impugnação específica. Admitindo o réu que efetivamente se verificaram os fatos alegados, mas de forma diversa do apresentado pelo autor, cumpre-lhe explicitar como teriam ocorrido, não bastando, para atender ao artigo 302 do C.P.C., a genérica afirmação de que se passaram de modo diferente¹⁰⁸. A mesma orientação foi adotada na análise do Recurso Especial n.º 39.408-2 pela 4ª Turma: “EMENTA: Sentença. Nulidade. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado. Não há falar em cerceamento de defesa, quando o réu, na contestação, deixar de impugnar o fato principal alegado pelo autor. Art. 302 do CPC. Recurso Especial não conhecido”¹⁰⁹.

Mas não é só. Para se atender ao disposto no artigo 302 do nosso Código de Processo Civil não basta, porém, a apresentação de qualquer resposta às alegações do autor. A contestação com respostas evasivas, por exemplo, pode ser considerada deslealdade processual e não deve ser considerada apta a tornar os fatos controversos. Nesse aspecto, a *Ley de Enjuicimento Civil* da Espanha, em seu artigo 549, segunda parte, deixa claro que as respostas evasivas podem ser consideradas como uma espécie de “confissão” dos fatos a que se referem, *verbis*: “*En los mismos escritos de réplica y dúplica, cada parte confesará o negará llanamente los hechos que le perjudiquen de los articulados por la contraria. El silencio o las respuestas evasivas podrán estimar-*

¹⁰⁸ STJ, Recurso Especial n.º 71.778-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 87/228.

¹⁰⁹ STJ, Recurso Especial n.º 39.408-2-GO, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, RSTJ 60/392.

*se en la sentencia como confesión de los hechos a que se refieran. También pedirán por medio de otrosí que se falle el pleito sin más trámites, o que se reciba a prueba*¹¹⁰.

As respostas evasivas, sem dúvida, caracterizam a malícia do réu em prejuízo do direito do autor e, principalmente, em prejuízo da celeridade e do andamento processual. Se incumbe à parte manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na inicial, evidentemente tem ela o ônus de esclarecer a situação fática, segundo sua ótica. Só assim permitirá ao magistrado delimitar a lide e focalizar o julgamento sobre os fatos realmente controvertidos.

A agilização da tutela jurisdicional e sua maior efetividade não dependem apenas dos órgãos julgadores. Dependem também da conduta das partes e das sanções que lhe possam ser impostas no caso de má-fé ou deslealdade processual. A partir do momento em que o sistema estabelece uma consequência jurídica desfavorável para a contestação evasiva, passa a garantir e zelar pela própria efetividade da tutela. Um ordenamento jurídico que admite, por exemplo, que o réu apresente contestação genérica ou ainda evasiva, além de transferir ao autor todo o ônus da prova (o que por si só já é injusto), transfere-lhe também todo o ônus do tempo processual. E, como se sabe, o tempo tem uma outra dimensão no Direito processual. Para os

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 85/86.

jurisdicionados ele quase sempre significa espera, angústia, insatisfação e até revolta.

20. Exceções à presunção de veracidade do art. 302 do Código de Processo Civil

O próprio artigo 302 do Código de Processo Civil brasileiro estabelece exceções à regra geral da presunção de veracidade dos fatos não contestados. São elas: a não admissão de confissão (direitos indisponíveis); a ausência de instrumento público considerado pela lei como da substância do ato; e a contradição com o conjunto da defesa. Isto significa que, por exemplo: se o fato não for contestado mas em relação a ele não for possível a confissão (por se tratar de um direito indisponível), não incidirá a presunção legal de veracidade. “Quando a parte é a titular do direito, mas o direito está acima do seu poder de disposição, ela não pode confessar validamente”¹¹¹. O mesmo ocorrerá se o réu deixar de contestar os fatos aduzidos pelo autor, mas este não tiver apresentado com a petição inicial o instrumento público considerado como fundamental para determinado ato. Por fim, também não incidirá a presunção nas hipóteses em que o fato que se quer considerar

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 101.

verdadeiro, embora não contestado, esteja em contradição com o restante da defesa.

Em face dessas três circunstâncias excepcionais é possível ao réu deixar de contestar especificamente os fatos alegados pelo autor sem com isso sofrer as conseqüências da presunção de veracidade, prevista no artigo 302 de nosso diploma processual.

Trata-se de uma verdadeira proteção da lei, impedindo assim que a omissão da parte venha a prejudicá-la em determinadas situações, consideradas como especiais pelo ordenamento jurídico.

21. A não contestação nem sempre conduz à procedência do pedido

Muito embora o requerido tenha o ônus de contestar especificamente todos os fatos narrados pelo autor, nem sempre o seu silêncio levará à procedência da pretensão deduzida em juízo. Na apreciação da causa, o juiz verificará se daqueles fatos mencionados na inicial decorrem as conseqüências jurídicas buscadas pelo autor. Isto porque o requerente pode basear sua pretensão em fatos que não conduzam à procedência de seu pedido. Tais fatos podem não ser contestados pelo réu, mas mesmo assim, ainda que considerados verdadeiros, podem não produzir no mundo jurídico o resultado esperado pelo requerente.

Importante destacar que a presunção diz respeito apenas à veracidade dos fatos, não à procedência da pretensão. Esta é uma decisão exclusivamente técnica e, conseqüentemente, não pode ser atingida pela conduta das partes. Ainda que todos os fatos argüidos pelo autor sejam considerados verdadeiros, nada garante a este o acolhimento de seu pedido.

Tem aplicação em nosso sistema processual o princípio *Da mihi factum, dabo tibi jus* e, conseqüentemente, a apreciação jurídica dos fatos incumbe ao magistrado. Assim como no Brasil, na Itália, Proto Pisani afirma que um dos pressupostos da tutela antecipatória é “*la verifica in iure, da parte del giudice, della idoneità dei fatti dedotti dall’attore a produrre gli effetti da lui affermati e dell’assenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi emergenti dagli atti e rilevabili d’ufficio*”¹¹².

Em outras palavras, a relevância jurídica dos fatos e suas conseqüências na esfera legal independem da conduta das partes, estão diretamente ligadas à decisão judicial. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A falta de contestação conduz a que se tenham como verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Não, entretanto, a que necessariamente deva ser julgada procedente a ação. Isso pode não ocorrer, seja em virtude de os fatos não conduzirem às conseqüências jurídicas

¹¹² PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, 1994, apud MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

pretendidas, seja por evidenciar-se existir algum, não cogitado na inicial, a obstar que aquelas se verifiquem”¹¹³.

Em síntese, a presunção de veracidade dos fatos, decorrente da ausência de contestação, nem sempre conduz à procedência do pedido. Esta só se verificará quando a situação fática for precisamente aquela que, na análise técnica, gere o resultado pretendido pelo autor.

22. Distinção entre não contestação e revelia

Se, por um lado, a não contestação autoriza a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, o mesmo não ocorre em relação à revelia. São extremamente diferentes as posições do réu que não contesta os fatos e do réu que simplesmente não comparece em juízo. Há toda uma questão social por trás do não comparecimento do requerido, o que não ocorre em relação à não contestação. Em um país pobre e com baixo nível cultural como o Brasil, não é difícil imaginar que o réu pode não ir a Juízo porque, dentre outras razões, não tem noção das conseqüências e sanções decorrentes de sua omissão. Isto sem falar naquele réu que não tem condições de contratar um

¹¹³ STJ, Recurso Especial n.º 14.987-CE, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 17.02.92, p. 1.377, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 88.

advogado e sequer conhece o direito de ser assistido por um defensor público. Para uma população que vive preocupada em garantir o alimento de seus filhos para o dia seguinte, o chamado da Justiça pode soar, muitas vezes, como algo absurdo e até desprezível. Em muitos casos, a realidade do Poder Judiciário e da obrigação de comparecer em juízo simplesmente não se encaixam com a realidade das favelas e da população de baixa renda. É como se fosse um mundo à parte, para pessoas à parte.

Ciente dessas dificuldades práticas, a doutrina processual brasileira tem procurado ser menos severa em relação à revelia. O revel está deixando de ser visto como aquele que tem um comportamento sempre caracterizado pela desídia, pelo desrespeito e desinteresse processual. Afinal, não são poucos os obstáculos que se colocam entre o réu carente e a sua obrigação de apresentar contestação em juízo. Em excelente abordagem sobre a matéria, José Carlos Barbosa Moreira indaga:

“Quem é esse réu que perdeu o prazo? Foi voluntária a omissão? Se não foi, que lhe terá dado a causa: imperfeita compreensão do chamamento ao juízo? Problemas de saúde? Dificuldade em conseguir os serviços de um advogado? Impossibilidade material de remunerá-lo conforme o solicitado? Desconhecimento da existência de órgão apto a prestá-lo gratuitamente? Atuação ineficiente de tal órgão, ou do advogado constituído - ou, ainda, de algum funcionário a quem a contestação foi entregue e que deixou de encaminhá-la ou de juntá-la aos autos? Veja-se que amplo leque de indagações se abre a partir daquele acontecimento de aparente (mas enganosa) singeleza. Uma infinidade de aspectos da vida social podem ser questionados com fundamento nele. Entrariam aí, a rigor, temas como o de nível de instrução do povo, o da abundância ou escassez de recursos

financeiros, o da disponibilidade de serviços, o da formação profissional, o das condições de trabalho nos órgãos judiciais, e assim por diante”.¹¹⁴

Por tudo isto, a revelia deve ser encarada de uma forma diferente da não contestação. Nesta, com toda a certeza, o réu não quis se manifestar sobre determinados fatos. Naquela, talvez tenha encontrado óbices para fazê-lo.

Entretanto, há também uma diferença entre a revelia decorrente do não comparecimento em juízo e a revelia que advém do comparecimento sem contestação. No primeiro caso, o réu pode ter enfrentado dificuldades que o impediram de vir a juízo e defender-se. No segundo, pode-se dizer que o réu optou por não se defender. Nesta última hipótese, pode e deve incidir a presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor. Sim, pois

“se o réu que deixa de se manifestar precisamente sobre os fatos alegados e o réu que apresenta contestação genérica são sancionados com a presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor, não é possível que o comparecimento seguido de não contestação não seja igualmente sancionado. Haveria não só infringência ao princípio da isonomia, mas também estímulo ao silêncio”¹¹⁵.

¹¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 56, p. 19 e 20.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.94.

Assim, pode-se concluir que a revelia, por si só, não deve conduzir à presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor. Contudo, a revelia decorrente do comparecimento e ausência de contestação, ao contrário da primeira, demonstra verdadeiro descaso do réu e, conseqüentemente pode e deve ser sancionada com a presunção.

23. A tutela antecipada em face da não contestação

Quando ocorre a contestação genérica, a não contestação de determinados fatos articulados pelo autor ou a confissão (artigo 334, II do Código de Processo Civil), desaparece a controvérsia em relação a eles e, conseqüentemente, surge a possibilidade de julgamento antecipado da lide (Código de Processo Civil, art. 330). Todavia, isto não é suficiente para impedir que a demora do processo acabe por dificultar o exercício de um direito que não se mostra mais controverso. A explicação é simples. O réu pode, por exemplo, ter contestado alguns dos fatos alegados pelo autor, mas não todos. Neste caso, no nosso atual sistema processual, não é possível o julgamento antecipado da lide. Sim, pois ainda existe uma parte da lide que se mostra controversa, o que torna necessária a produção de provas em relação a ela. Conseqüentemente, o que ocorre em tais situações é que o direito da parte ou a parcela deste direito que não se mostra mais

controverso tem que aguardar para somente ser declarado mais tarde, ao final do processo quando tiver sido resolvida toda a controvérsia.

A solução legislativa, como se vê, é inadequada. Imagine-se a situação de um credor que ajuíza uma ação de cobrança para receber R\$ 1.000,00 (um mil reais). O devedor, citado, não efetua o pagamento mas contesta o pedido dizendo que não deve R\$ 1.000,00 (um mil reais), e sim apenas R\$ 700,00 (setecentos reais) pois já teria pago os outros R\$ 300,00 (trezentos reais). Inobstante a controvérsia limitar-se a esse valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), não é possível ao autor receber imediatamente aqueles R\$ 700,00 (setecentos reais) não contestados. É preciso aguardar até a decisão final da causa, a qual apurará qual é realmente a quantia devida.

Isso não é adequado. Nem sob o ponto de vista técnico, nem a partir de uma ótica de justiça. Fazer com que o credor tenha de aguardar 2 (dois) ou 03 (três) anos até uma decisão com trânsito em julgado quando desde o início o devedor já confirmou dever R\$ 700,00 (setecentos reais) não é cientificamente admissível. Destaque-se que o devedor nem sequer é obrigado moralmente a pagar aqueles R\$ 700,00 (setecentos reais) pois a questão está "*sub judice*". E é claro que o devedor malicioso vai preferir aguardar até o final do processo para pagar o que sabe que deve...

Se a conduta do devedor, neste caso, é reprovável, o erro todavia não se encontra em sua boa ou má-fé. O erro decorre do próprio sistema

processual, que permite ao devedor continuar inadimplente por um valor que já se sabe ser devido.

Para se corrigir esta distorção legal, deve-se utilizar a tutela antecipada. Muito embora não seja possível o julgamento antecipado da lide, nada impede a concessão de tutela antecipada em relação à parte do pedido que não se mostra mais controversa.

Tal possibilidade, longe de causar qualquer prejuízo ao réu, assegura a efetividade do direito do autor e a eficácia e dignidade do próprio sistema processual.

Nelson Nery Junior defende a possibilidade de tutela antecipada nestas hipóteses de parte não controversa do pedido, salientando que a fórmula é adotada pelo sistema italiano através do artigo 186*bis* do Código de Processo Civil daquele país.

“Havendo admissão parcial da pretensão pelo réu, quando, por exemplo, o autor pede 200 e o réu admite a dívida mas diz que o valor é de 100, na verdade há parte da pretensão sobre a qual não houve controvérsia. Nada obsta que o autor peça o adiantamento da parte incontrovertida, sob a forma de tutela antecipatória, como, aliás, vem previsto no art. 186*bis* do Código de Processo Civil italiano, introduzido pela reforma que ocorreu naquele país em 1990¹¹⁶. (...) Entendemos aplicável ao sistema processual brasileiro o mesmo procedimento, pois do contrário haveria abuso do direito de defesa do réu, que não contesta 100 mas nada faz para pagá-los, postergando o processo para a discussão dos outros 100 que entende não serem devidos. Assim, pode o juiz, a requerimento do autor, antecipar os efeitos executivos

¹¹⁶ Os artigos 186*bis* e 186*ter* foram incluídos no Código de Processo Civil italiano pela Lei n° 353, de 26 de novembro de 1990.

da parte não contestada da pretensão do autor, com fundamento no CPC 273 II".¹¹⁷

Com efeito, o artigo 273 do Código de Processo Civil, em seu inciso II, prevê a possibilidade de tutela antecipada sempre que, havendo prova inequívoca e verossimilhança da alegação, ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Na hipótese acima mencionada, em que o réu sabe dever R\$ 700,00 (setecentos reais) mas mesmo assim prefere aguardar a decisão final com relação ao pedido de R\$ 1.000,00 (um mil reais), fica evidenciado o propósito manifestamente protelatório. Nada mais correto, portanto, que se facultar ao autor a possibilidade de obter a tutela antecipada em relação a essa parte do pedido que não é mais controversa, mas cuja satisfação o réu preferiu postergar (indevidamente) para o final do processo.

A tutela antecipada nestes casos resgata a dignidade e celeridade do processo civil, sancionando o comportamento lesivo e protelatório do réu. Mais do que garantir a satisfação do direito do autor, ela trata de assegurar o respeito ao Poder Judiciário e, acima de tudo, proteger a própria lógica do ordenamento processual. Sem esta possibilidade de antecipação, a tutela jurisdicional ver-se-ia defronte a uma daquelas encruzilhadas que amaldiçoam os sistemas jurídicos: o réu sabe que deve, o autor prova que ele

¹¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 70 e 71.

deve, a dívida não é mais controversa, mas mesmo assim a “lógica” do sistema¹¹⁸ determina que o autor aguarde até o final do processo (o que pode levar dois anos) para receber o seu crédito!

A tutela antecipada em relação à parte do pedido que não é mais controversa (quer pela ausência de contestação específica, quer pela ocorrência da confissão) pode e deve ser vista como um provimento que garante a efetividade do direito do autor e, ao mesmo tempo, salva a coerência de nosso sistema processual.

Muito embora no sistema italiano esta forma de tutela antecipada somente seja concedida no que se refere às ações para pagamento de soma em dinheiro¹¹⁹, no Brasil sua aplicação pode e deve ser mais ampla, abrangendo também as ações para entrega de coisa infungível e para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Na verdade, não há na legislação brasileira nenhuma razão para se restringir a antecipação às ações para pagamento em dinheiro. O artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil não prevê tal restrição.

Por fim, é preciso lembrar que mesmo nos casos de ausência da controvérsia, a tutela antecipada somente poderá ser concedida se o juiz

¹¹⁸ No caso poder-se-ia dizer a sua total falta de lógica.

¹¹⁹ A artigo 186bis do Código de Processo Civil italiano limita-se às ações para pagamento de soma em dinheiro, como já estabelece o próprio *nomen juris* do dispositivo: “*Ordinanza per il pagamento di somme non contestate* - [1] *Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite.* [2] *L’ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo.* [3] *L’ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui gli articoli 177, primo e seconda comma, e 178, primo comma”.*

verificar que do fato admitido decorre o resultado jurídico buscado pelo autor. Caso contrário, de nada valerá a presunção de veracidade e a ausência de controvérsia, pois o sistema processual brasileiro adota o princípio *jura novit curia*. Conseqüentemente, a não contestação não vincula a decisão judicial. Diversamente do que se verifica em relação ao reconhecimento (parcial ou total) do pedido do autor.

V - A TUTELA ANTECIPADA, A PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA E O RECONHECIMENTO PARCIAL DA PRETENSÃO DO AUTOR

24. Distinção entre não contestação, revelia, confissão e o reconhecimento da pretensão

Embora à primeira vista a não contestação, a revelia e o reconhecimento da pretensão possam parecer fenômenos processuais semelhantes, a partir de uma análise mais apurada é possível perceber a grande diferença entre eles, principalmente no que tange a diversidade de suas conseqüências jurídicas.

Como já exposto acima, a não contestação se caracteriza como uma omissão proposital do réu, o qual comparece a juízo, apresenta defesa, mas deixa de contestar algum ou alguns dos fatos articulados pelo autor. Ocorre sempre que o requerido descumpra a obrigação que lhe é imposta pelo artigo 302 de nossa lei processual.

Já a revelia pode decorrer não da vontade deliberada do réu, mas de sua própria falta de compreensão acerca do processo e dos ônus que são por ele impostos. Verifica-se quando o réu, citado, deixa de comparecer em juízo, ou comparecendo, deixa de se fazer representar por advogado. A revelia pode trazer como pano de fundo toda uma questão social, a qual abrange

desde a dificuldade de uma pessoa de baixa renda compreender a obrigação de vir a juízo até os obstáculos que lhe são impostos na contratação de um advogado. A revelia, em um país pobre como o nosso, pode representar mais o resultado de dificuldades práticas encontradas pelo réu do que uma omissão deliberada ou um manifesto desinteresse pelo processo.

A consequência processual da revelia é a possibilidade de julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, II do Código de Processo Civil. Contudo, a questão social que envolve o fenômeno da revelia tem levado a doutrina e jurisprudência brasileiras a mitigar a sanção processual de tal sorte que hoje não é mais possível afirmar que o réu revel será necessariamente a parte vencida da demanda. Ainda que ocorra a revelia é possível ao magistrado julgar a ação improcedente caso se convença da ilegalidade da pretensão deduzida em juízo. Em suma, a revelia não vincula a decisão judicial, assim como também não o faz a ausência de contestação. Mesmo após a presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor é possível o julgamento de improcedência do pedido, bastando para isso que o juiz reconheça que daqueles fatos (incontroversos) não decorrem as consequências jurídicas esperadas pela parte.

A confissão, assim como a não contestação e a revelia, implica na desnecessidade de prova dos fatos articulados pelo autor. Trata-se da admissão, pelo réu, a respeito da verdade de um fato contrário aos seus

próprios interesses. Novamente, porém, por se referir apenas à parte fática da demanda, a confissão não vincula a decisão judicial.

Tudo muda, porém, quando se fala em reconhecimento (parcial ou total) da pretensão. Neste caso, o magistrado tem todo o seu poder decisório vinculado à conduta do réu, o qual reconhece a existência do direito buscado pelo autor. Não se trata mais de decidir qual das partes detém o direito discutido em juízo, uma vez que essas mesmas partes já reconheceram a pretensão deduzida na petição inicial.

Ao contrário do que ocorre em relação à não contestação e à confissão, o reconhecimento jurídico do pedido não envolve discussão sobre a veracidade dos fatos, mas volta-se para a questão do direito, em si mesmo considerado.

“Quem admite a procedência do pedido impede que o juiz julgue, propriamente, o mérito, já que o processo deve ser encerrado com julgamento do mérito em vista de o réu ter admitido que o autor tem razão. Na confissão e na contestação o réu apenas aceita como verdadeiros determinados fatos, o que não implica, automaticamente, em uma sentença de procedência ao autor, já que dos fatos confessados ou não contestados podem não decorrer os efeitos jurídicos pretendidos”.¹²⁰

É por isso que se diz que o reconhecimento jurídico do pedido impede que o juiz verdadeiramente aprecie a lide.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 97.

Egas Moniz de Aragão destaca que tanto a confissão quanto o reconhecimento jurídico do pedido possuem a mesma base histórica, havendo entre eles grande afinidade. “Nos primeiros períodos do processo romano, distinguam-se duas espécies de confissão: a que se fazia *in iure*, perante o pretor, e importava na admissão da pretensão do autor, e a que se fazia *in iudicio*, perante o árbitro, e importava na admissão da veracidade dos fatos alegados pela outra parte”¹²¹. Mais tarde, o Direito português, em sua legislação processual, previu ambas as hipóteses sob o nome comum de confissão, enquanto que o sistema brasileiro, a partir do Código de 1973, passou a distinguir uma hipótese da outra, denominando a primeira de reconhecimento jurídico do pedido.

Atualmente, é muito claro que o “reconhecimento do pedido alcança o direito, e não apenas os fatos, como a confissão. A manifestação de vontade do réu é no sentido de aceitar o direito alegado pelo autor, ou seja, as conseqüências jurídicas dos fatos apresentados na petição inicial”¹²².

Com razão a doutrina ao sustentar que no reconhecimento jurídico do pedido o réu pode até mesmo vir a rejeitar a veracidade dos fatos alegados

¹²¹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas, *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. II: arts. 154-269. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 421.

¹²² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de processo civil*/ Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 427.

pelo autor, não se tratando pois de uma decisão a respeito da base fática que dá amparo à demanda. Ocorre o reconhecimento do pedido “quando o réu não se opõe à pretensão manifestada contra si pelo autor. Ao contrário da **confissão**, que é o reconhecimento da existência de alguns ou de todos os fatos que sirvam de fundamento à demanda, o **reconhecimento do pedido** não importa em qualquer admissão da veracidade dos fatos e pode até mesmo conter a expressa inconformidade do réu quanto à existência de tais fatos”¹²³. O reconhecimento jurídico da pretensão é a própria decisão do réu de se submeter ao pedido do autor, independentemente da discussão a respeito dos fatos.

25. A vedação do reconhecimento da pretensão no caso de direitos indisponíveis

No Direito processual brasileiro a confissão, a revelia e a não contestação não produzem conseqüências desfavoráveis ao réu quando se tratar de direitos indisponíveis. O mesmo princípio vale em relação ao reconhecimento jurídico do pedido. Aqui, deve se levar em conta “não só a disponibilidade do direito, mas também a capacidade da parte para dele

¹²³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 272.

dispor. O reconhecimento jurídico do pedido somente pode ocorrer quanto a direitos disponíveis”¹²⁴.

A proteção do ordenamento jurídico a esses direitos considerados fundamentais é tão grande que sua indisponibilidade “afasta a desnecessidade¹²⁵ da prova, assim como impede a confissão (art. 351), ou torna nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova (art. 333, I). Aliás, nesse caso nem há a exigência de impugnação específica dos fatos (art. 302, I). Nessa hipótese, os fatos alegados pelo autor deverão ser provados, não podendo o juiz julgar antecipadamente”¹²⁶.

Os direitos indisponíveis estão, portanto, fora dos limites de validade do reconhecimento jurídico do pedido. Isso significa que, em relação aos mesmos, ainda que ocorra o reconhecimento da pretensão, ele não produzirá efeitos legais e nem autorizará a antecipação de tutela.

Entende-se por direitos indisponíveis aqueles que dizem respeito à própria personalidade das pessoas físicas, também denominados de direitos absolutos ou personalíssimos.

“Entre os direitos fundamentais do ser humano devem figurar, em primeiro plano, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 101.

¹²⁵ Os autores quiseram dizer “afasta a necessidade...”, mas por erro de impressão constou “afasta a desnecessidade”.

¹²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de processo civil*/ Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 443.

integridade física e psíquica... Numerosos direitos personalíssimos podem juntar-se aos já citados, como, por exemplo, o direito ao estado civil, o direito ao nome, o direito à igualdade perante a lei, o direito à intimidade, o direito aos alimentos, o direito à inviolabilidade da correspondência... Conforme, de resto, prescreve o art. 1.035 do Cód. Civil, só com referência a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação... Conseqüentemente, direitos indisponíveis são todos aqueles que não possuem um conteúdo econômico determinado... e que não admitem a renúncia ou que não comportem transação”¹²⁷.

26. O reconhecimento da pretensão vincula a decisão judicial

Em que pese o fato da confissão e do reconhecimento jurídico do pedido terem a mesma origem histórica¹²⁸, suas conseqüências jurídicas são completamente distintas.

“O reconhecimento, importando na admissão da procedência do pedido, implica excluir a composição jurisdicional da lide: o processo se encerra em vista de um dos litigantes concordar em que o outro tem razão. Na confissão, entretanto, uma das partes apenas aceita como verazes os fatos narrados pela outra, benéficos a esta, mas prejudiciais a si. Isso, no entanto, ainda não significa que o destinatário da confissão tenha razão, pois bem se pode dar que, a despeito dela, o juiz venha a entender que não procede a pretensão, caso em que pronunciará sentença contrária ao beneficiário da confissão”¹²⁹.

¹²⁷ SODRÉ, Hélio. *Manual Compacto do Direito*. 3ª ed., 1980, p. 217, *apud* Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 392.

¹²⁸ Ver item 3.1. acima.

¹²⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas, *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. II: arts. 154-269. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 422 e 423.

Destaque-se que a vinculação do órgão judicial ao reconhecimento jurídico da pretensão é tão forte que a própria sentença que determina a extinção do processo tem natureza meramente homologatória. Nesse sentido, “não contraria o espírito do Código, nem lhe afronta os dizeres, antes a ambos se afeiçoa, admitir que a sentença proferida após o reconhecimento apenas o homologa, declarando extinto o processo, a não ser, é óbvio, que lhe negue a homologação, por não ser o caso”¹³⁰.

O reconhecimento jurídico do pedido é “verdadeira adesão do réu ao pedido do autor, ensejando autocomposição do litígio e dispensando o juiz de dar sua própria solução ao mérito. O juiz apenas encerra o processo, reconhecendo que a lide se extinguiu por eliminação da resistência do réu à pretensão do autor”¹³¹.

Ao reconhecer a procedência da pretensão do autor, o réu demonstra que não tem interesse de a ela se opor, fazendo desaparecer a controvérsia. Ele verdadeiramente **dispõe** do seu direito de resistir à lide.

“O ato dispositivo do réu demonstra não desejar ele se defender, mas, ao contrário, anuir àquilo que o autor expressou, aceitando como verdadeiros os fatos alegados e, entendendo como corretas as consequências jurídicas pretendidas pelo autor. Por isso, vincula o juiz, que não pode desconhecer o

¹³⁰ MONIZ DE ARAGÃO, Egas, *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. II: arts. 154-269. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 424.

¹³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 393.

ato, devendo homologar a manifestação da vontade do réu. Assume, pois, o réu uma postura de aceitação pacífica do pedido, a ele não se opondo”¹³².

27. A tutela antecipada em face do reconhecimento (parcial) do pedido

Assim como deve ser admitida a antecipação de tutela com base na não contestação, deve-se igualmente admiti-la em relação ao reconhecimento parcial da pretensão. Isto porque, em verdade, o reconhecimento jurídico do pedido é um fenômeno processual que traz muito mais repercussão na esfera jurídica do autor que a simples presunção de veracidade dos fatos não contestados. Aqui, com muito mais intensidade, justifica-se a concessão de tutela antecipada, sempre que não for possível a imediata extinção do processo com julgamento do mérito¹³³.

Ao reconhecer que o autor tem razão, o réu dispõe de seu direito de resistir ao pedido, fazendo desaparecer por completo a controvérsia. Neste caso, não há mais razão para a demora na prestação da tutela jurisdicional.

No sistema processual brasileiro, a pretensão não resistida autoriza, desde logo, a extinção do processo com julgamento do mérito, conforme previsão do artigo 269, II do Código de Processo Civil.

¹³² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de processo civil*/ Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 427.

¹³³ Código de Processo Civil, art. 269, II.

Todavia, quando houver a cumulação de pedidos e o réu reconhecer apenas um ou alguns dos pedidos feitos pelo autor, não será possível a imediata extinção do processo. O ordenamento processual não permite a cisão da decisão sobre o mérito, obrigando o magistrado a decidir todos os pedidos em um único ato, ao final do processo, com a prolação da sentença.

Para tal hipótese deve se admitir a concessão da tutela antecipada, pois não é justo - e nem há razão técnica para - obrigar o autor a aguardar até uma decisão final do processo quando o próprio réu já reconheceu parte de sua pretensão.

Luiz Rodrigues Wambier é um dos defensores da tutela antecipada neste caso. "É possível o reconhecimento jurídico parcial, quando houver cumulação de pedidos. Nessa circunstância, o processo prosseguirá em relação ao(s) pedido(s) não reconhecido(s), mas tornam-se desnecessárias as provas e o julgamento a respeito do pedido expressamente reconhecido"¹³⁴. Entretanto, o mesmo processualista faz a ressalva de que em havendo litisconsórcio passivo, o reconhecimento do pedido por um dos réus não deve prejudicar os outros, pois por se tratar de um ato de disposição de vontade, seus efeitos só podem atingir a esfera jurídica daquele que o pratica. Não é por outro razão que a confissão de um não alcança os outros litisconsortes. Segundo Wambier, sempre que um dos réus reconhece a

¹³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de processo civil*/ Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 427.

procedência do pedido, sem que o mesmo seja feito pelos demais, é possível a cisão da sentença, com a declaração de extinção do processo em relação a este réu¹³⁵, determinando-se porém o prosseguimento do processo em relação aos outros¹³⁶.

O cabimento da tutela antecipada no caso de reconhecimento do pedido encontra guarida no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil, pois o réu que reconhece parte da pretensão do autor e ainda assim não a satisfaz, sem dúvida alguma, assume um comportamento protelatório e abusivo.

“Na verdade, é abusiva a defesa que protela a realização de um direito que não é mais controvertido, motivo pelo qual o ordenamento processual está obrigado a predispor meios de tutela jurisdicional adequados para permitir a realização imediata do direito (ou de parcela do direito) que se torna incontrovertido no curso do processo que ainda vai levar muito tempo para definir a existência do outro direito (ou da outra parcela do direito) que se mostra controvertido”.¹³⁷

Com a concessão da tutela antecipada, o sistema processual garante a efetividade de um direito, já reconhecido pelo réu, mas cuja satisfação vem sendo por ele mesmo indevidamente protelada. Trata-se, pois, de assegurar a

¹³⁵ Com a formação do título executivo.

¹³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de processo civil*/ Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 428.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 106.

defesa dos interesses do autor que tem razão. Ao assim agir, o Estado nada mais faz que cumprir o dever a que se obrigou ao assumir o monopólio da jurisdição. Sim, pois a “intolerável duração do processo constitui enorme obstáculo para que ele cumpra, de forma efetiva e tempestiva, os seus compromissos institucionais”¹³⁸.

Se o artigo 273 do Código de Processo Civil autoriza a concessão de tutela antecipada com base em cognição sumária, ou seja, diante da probabilidade da existência do direito do autor, com muito mais razão deve se admitir esta tutela célere e eficiente para os casos em que o próprio réu já reconheceu a pretensão do autor. A demora do processo é algo, por si só, injusta e problemática. Mas, é considerada um ônus com o qual as partes tem de conviver sempre que houver a controvérsia. Desaparecendo essa controvérsia, como ocorre diante da não contestação e do reconhecimento jurídico do pedido, a demora processual assume outra condição. Passa a ser inadmissível e odiosa. Insustentável cientificamente.

¹³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 145

VI - A TUTELA ANTECIPADA E A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

28. Pedidos cumulados

No processo civil brasileiro, a cumulação de pedidos pode se dar de três maneiras diferentes. A cumulação simples, por exemplo, ocorre quando os pedidos só têm em comum as partes. São diversos em seu conteúdo e extensão, mas foram reunidos em uma única ação por envolverem os mesmos sujeitos ativo e passivo. Já a cumulação sucessiva pressupõe a existência de um pedido secundário, o qual somente poderá ser apreciado na hipótese de procedência do primeiro. Por fim, a cumulação alternativa outorga ao juiz a possibilidade de conhecer de um pedido secundário caso não julgue procedente o primeiro.

Para o fim deste trabalho e a análise da concessão de tutela antecipatória só tem relevância a primeira hipótese de cumulação (cumulação simples), justamente porque nela os pedidos guardam total independência entre si. O acolhimento ou rejeição de um não implica na mesma decisão em relação ao outro.

Com efeito, na cumulação simples os dois pedidos estão reunidos “apenas formalmente no processo, sem que exista entre eles qualquer vínculo de conexão de modo a que a decisão sobre um deles possa influir sobre a decisão a ser tomada sobre o outro. A procedência ou a improcedência de um

deles não terá qualquer repercussão sobre a procedência ou improcedência do outro”¹³⁹.

A independência entre os pedidos nesta forma de cumulação é tão marcante que chega-se a dizer que “na verdade há, em tais casos, cumulação de diversas ações, pois cada pedido distinto representa uma lide a ser composta pelo órgão jurisdicional, ou seja, uma pretensão do autor resistida pelo réu”¹⁴⁰.

Os requisitos para essa cumulação vem previstos em nossa legislação no parágrafo 1º do artigo 292 do Código de Processo Civil. São eles: a compatibilidade entre os pedidos; a competência do juízo para conhecer de todos os pedidos; a adequação do procedimento em relação a todos eles. Destaca ainda o dispositivo legal que na hipótese de previsão de procedimentos diversos, o autor deverá optar pelo procedimento ordinário que é justamente o mais amplo e, portanto, o que pode se adequar a todos os pedidos.

¹³⁹ CALMON DE PASSOS, J.J.. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. III, Forense, apud Ovídio Baptista da Silva. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 177.

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* vol. I, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 363.

29. A tutela antecipada em relação a algum ou alguns dos pedidos cumulados

A tutela antecipatória pode também ser concedida quando houver cumulação de pedidos. Para tanto, basta que algum (ou alguns) já se encontre em situação processual que autorize a apreciação do mérito, enquanto outros ainda necessitem de dilação probatória, e que haja o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Uma vez que o decurso do tempo, no processo civil brasileiro, é um ônus extremamente pesado ao autor, o sistema deve prever alternativas para que a distribuição desse fardo se dê de uma maneira mais justa e adequada. “Ora, se o cidadão tem direito à tutela jurisdicional tempestiva e é injusto obrigá-lo a esperar a tutela de um direito que não se mostra mais controvertido, o legislador está obrigado, para atender ao princípio constitucional de acesso à justiça, a estruturar o procedimento de modo a permitir a fragmentação do julgamento dos pedidos”¹⁴¹.

Mas, por não haver nesse caso abuso do direito de defesa ou propósito protelatório, a tutela antecipada deverá ser concedida com base no artigo 273, I do Código de Processo Civil e, evidentemente, desde que presentes os seus pressupostos.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 163.

A isonomia no tratamento das partes, elevada à categoria de princípio processual, exige que o tempo também seja adequadamente distribuído. Uma dessas maneiras é justamente a possibilidade de apreciação judicial imediata de um pedido, através da concessão de tutela antecipatória, enquanto os demais aguardam a instrução probatória.

Antes do aparecimento da tutela antecipatória (artigo 273 do Código de Processo Civil com as alterações da Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994), nosso sistema processual não continha nenhuma fórmula para permitir o fracionamento da decisão judicial. Ao contrário, devido à influência da doutrina italiana, sempre predominou em nosso ordenamento jurídico o princípio chiovendiano *“della unita e unicità della decisione”*. Isso significava que mesmo diante de um pedido referente a questão unicamente de direito e outro que dependesse de instrução probatória, o juiz deveria proferir uma única decisão ao final do processo e após a colheita das provas. Em outras palavras, não lhe era permitido antecipar o julgamento daquele pedido que já se encontrava *“maduro”* para apreciação.

O julgamento antecipado da lide, considerado como uma medida inovadora e revolucionária em nosso sistema (artigo 330 do Código de Processo Civil) sempre foi utilizado apenas para resolver toda a questão posta em juízo. Assim, só se poderia antecipar o julgamento caso todo ele prescindisse de novas provas. Na hipótese de haver uma parcela do pedido

ou um dos pedidos cumulados que dependesse de instrução, já não seria mais possível o julgamento antecipado.

Hoje, com o instituto da antecipação da tutela, tudo muda. Agora, com apoio no artigo 273, I do Código de Processo Civil, e desde que haja fundado receio de dano irreparável, passa a ser possível ao magistrado decidir antecipadamente uma parte do pedido ou um dos pedidos que independa de novas provas, deixando para apreciar o restante da demanda ao final do processo. Neste ponto, o princípio há muito elaborado por Chiovenda acerca da unicidade da decisão sofre atenuação em confronto com o princípio constitucional da efetividade e tempestividade da tutela, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal brasileira.

30. O direito italiano e a quebra do princípio de unicidade da decisão

No direito italiano, em que pese o antigo princípio chiovendiano “della unità e della unicità della decisione”, atualmente é possível ao órgão julgador antecipar uma parte da condenação, nos limites de uma quantia já comprovada. A previsão vem expressa no artigo 277 do Código de Processo Civil da Itália, nos seguintes termos:

“277. Pronuncia sul merito [1] Il Collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio. [2] Tuttavia,

il Collegio, anche quando il giudice istruttore gli ha rimesso la causa a norma dell'art 187, primo comma, può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto no sia necessaria un'ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza".¹⁴²

Isto significa que no processo civil italiano, muito embora continue em vigor o princípio de que a decisão deve abarcar todas as questões postas, em alguns casos é possível apreciar desde logo uma parte da demanda que não necessite de instrução, deixando-se o restante para o final do processo. Trata-se, sem dúvida alguma, de importante evolução na direção de uma maior efetividade dos direitos e celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

Destaque-se que na Itália a sentença condenatória pode ser ordinária ou genérica. A primeira é mais completa pois define não apenas o *an debeatur*, mas também o *quantum debeatur*. Por sua vez, a sentença genérica não estabelece o valor da condenação, necessitando de uma posterior liquidação. Nas hipóteses de sentença condenatória genérica, utiliza-se o artigo 278 do Código de Processo Civil italiano possibilitando ao autor, desde logo, a satisfação da parte da condenação que já foi definida. O *Collegio* nestes casos condena o devedor ao pagamento de uma *provisionale*, nos limites da quantia já provada¹⁴³.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 148.

¹⁴³ A esse respeito, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 157.

Em suma, o direito italiano autoriza a antecipação de uma parte do julgamento sempre que houver uma parte do pedido já comprovada e existir outra ainda necessitando de instrução. O mesmo deve se dar no Brasil através da concessão da tutela antecipada (Código de Processo Civil, artigo 273, I).

31. A tutela antecipada no caso de pedidos cumulados não é fundada em cognição sumária

Assim como ocorre em relação à concessão de tutela antecipada nas hipóteses de não contestação e reconhecimento jurídico do pedido, no caso de decisão a respeito de algum ou alguns dos pedidos cumulados a tutela antecipatória não está baseada em cognição sumária. A cognição é exauriente justamente porque o pedido que está sendo antecipado já se encontra em fase de julgamento, não necessitando mais de qualquer tipo de instrução.

O que ocorre nestes casos é que a decisão a respeito do pedido já comprovado acaba sendo postergada para o final do processo apenas para não se quebrar a unidade do julgamento. De qualquer forma, nos meses (ou até anos) em que se colhem provas a respeito dos outros pedidos, nada mais é feito em relação àquele pedido inicial. Em relação ao mesmo já terá sido concluído o contraditório e não existirá mais nenhuma providência processual a ser adotada.

Deste modo, nada justifica o adiamento da decisão. Ao contrário, o princípio constitucional da efetividade dos direitos e da adequação da tutela jurisdicional (Constituição Federal, art. 5º, XXXV) impõe a apreciação imediata deste pedido, sob pena de se fazer com que o ônus da demora do processo pese exageradamente sobre o autor.

Importante destacar que esta apreciação é feita com base em cognição exauriente pois não havendo mais nenhum elemento de prova a ser colhido, nem tampouco nenhuma fase do contraditório a ser superada, o órgão julgador analisa a questão em toda a sua profundidade, deixando de exarar um convencimento a respeito da probabilidade do direito, para proferir uma decisão a respeito da própria existência ou inexistência desse direito.

É o que sustenta Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que:

“a tutela antecipatória, no caso de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, antecipa o momento (compreendido este momento como o final do processo) do julgamento do pedido. Antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária. (...) Se o julgamento ocorre quando não faltam provas para a elucidação da matéria fática, não há juízo de probabilidade, mas sim juízo capaz de permitir a declaração da existência do direito e a conseqüente produção de coisa julgada material”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 152.

De fato, se a apreciação do pedido é feita em toda a sua profundidade, de maneira a não deixar para trás nenhuma possibilidade de produção de provas, nem ainda nenhuma parte do contraditório, a cognição é exauriente e apta, conseqüentemente, a produzir coisa julgada material. Não se trata mais de uma decisão sumária, baseada na mera probabilidade de existência do direito.

Havendo cognição exauriente, evidentemente deixa de ter aplicação o disposto no parágrafo 4º do artigo 273, *verbis*: “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Tal previsão justifica-se na medida em que a tutela antecipada, na maioria das vezes, é concedida com base em mera probabilidade, valendo-se de cognição sumária. Desta forma, o legislador preocupou-se em criar uma alternativa para as hipóteses em que durante a instrução ou após o contraditório do réu o juiz percebe não ser mais provável a existência do direito que, de início, se imaginou existente.

Entretanto, nas situações estudadas neste trabalho, nas quais a concessão da tutela se dá após o desaparecimento da controvérsia e sempre com base em cognição exauriente, o referido dispositivo legal perde todo o seu sentido. A possibilidade de revogação só existe quando houver decisão

baseada em juízo de verossimilhança. Nunca quando for antecipada a tutela com base em juízo de certeza.

Por outro lado, no que diz respeito à possibilidade de interposição de recurso, há uma grande distinção entre a antecipação baseada no reconhecimento jurídico do pedido ou na não contestação e a antecipação da decisão de um dos pedidos cumulados. Nesta última hipótese, não ocorre a adesão do réu ao pedido do autor, nem tampouco ocorre sua omissão em contestar os fatos alegados por aquele. Isso significa que no julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados não há a colaboração do réu para essa aceleração do procedimento. Nas hipóteses de não contestação ou reconhecimento do pedido verifica-se a existência de preclusão (temporal no primeiro caso e lógica no segundo). Em outras palavras, ainda que o réu não concorde com a decisão antecipada, seu recurso restará prejudicado pela ocorrência da preclusão.

O mesmo não ocorre em relação à antecipação de um dos pedidos cumulados. Aqui não há nenhuma conduta do réu a gerar preclusão. Assim, muito embora a decisão também esteja baseada em cognição exauriente, nada impede que o réu se insurja contra a mesma, interpondo recurso.

32. A tutela antecipatória em relação a uma parte do pedido (já comprovada)

Além da concessão de tutela antecipada em face de pedidos cumulados existe ainda a possibilidade dessa antecipação em relação a uma parte do pedido que já se encontre devidamente comprovado. Nesse caso não haverá cumulação de pedidos, mas uma única pretensão a qual é divisível e contém uma parcela cuja demonstração de procedência depende ainda de provas, enquanto outra já se apresenta suficientemente demonstrada.

Em uma ação condenatória, por exemplo, é possível que o direito a uma indenização já esteja comprovado, assim como também se encontre demonstrado uma parte desse *quantum*. Neste caso, nada impede que através da tutela antecipatória prevista no artigo 273, I do Código de Processo Civil seja apreciado antecipadamente essa parte do pedido que independe de novas provas.

Tratando do assunto, Luiz Guilherme Marinoni alude à seguinte situação fática:

“A, alegando que ficou sem poder trabalhar por vários meses - em virtude de acidente automobilístico provocado por B -, pede que o réu seja condenado a pagar lucros cessantes. B não contesta o ato ilícito a ele imputado. A possui prova documental para demonstrar parcela do direito que é reclamado; a outra parcela terá que ser demonstrada através da prova

testemunhal e de prova pericial. Neste caso, como se vê, o autor pode desde logo evidenciar, em parte, o seu direito”¹⁴⁵.

No exemplo, a possibilidade de concessão da tutela antecipatória fica muito clara. Se uma parcela do pedido já está suficientemente demonstrada, inclusive com prova documental, é perfeitamente cabível a antecipação a fim de se evitar que o autor tenha que ficar durante muito tempo aguardando pela satisfação de um direito que já se mostra evidente. É exatamente esta a situação prevista pelo artigo 278 do Código de Processo Civil italiano. Frederico Carpi explica o cabimento da medida antecipatória. “*È chiaro que così dicendo si esclude immediatamente la provvisoria prevista dall’art. 278, comma 2º, c.p.c., ed emanata a seguito di cognizione completa, ma parziale: è noto che il giudice civile, quando ritiene già accertata la sussistenza del diritto ed è pronto ad emettere sul punto una condanna generica, può giugere alla condanna del debitore nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova*”¹⁴⁶.

Como a tutela antecipatória deve ser concedida apenas em relação à parcela do pedido que já foi comprovada, a cognição também será exauriente. É o que concluem os italianos: “*In altre parole qui la cognizione del giudice è piena e completa sia per ciò che attiene la sussistenza del diritto (an*

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 156 e 157.

¹⁴⁶ CARPI, Frederico. “Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti” in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXI, Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1977, p. 620.

debeatur) sia per la quantità per cui si ritiene 'già raggiunta la prova', quantità che costituisce poi la misura della 'provvisoriale'"¹⁴⁷.

Todavia, como aqui também não se está diante de abuso de defesa ou propósito protelatório, a tutela antecipatória somente poderá ser concedida com base no artigo 273, I do Código de Processo Civil, ou seja, apenas quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

¹⁴⁷ CAPRI, Frederico. "Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXI, Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1977, p.621.

VII - PECULIARIDADES DA TUTELA ANTECIPADA QUANTO À PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

33. A cognição exauriente nos casos de tutela antecipada pela ausência de controvérsia e a produção de coisa julgada material

Em uma classificação que já se tornou célebre na doutrina processual brasileira, Kazuo Watanabe destaca que no plano vertical, ou seja, no que diz respeito à profundidade, a cognição pode ser superficial, sumária e exauriente¹⁴⁸. Dentre elas, apenas esta última atende aos requisitos para a produção de coisa julgada material, pois é a única que examina a lide em toda a sua profundidade, produzindo um juízo de certeza compatível com a segurança de uma decisão definitiva.

Teoricamente, portanto, a cognição deveria ser sempre exauriente. Em outras palavras, os procedimentos deveriam ser criados de tal modo a permitir sempre ao juiz o conhecimento da lide em toda a sua profundidade, a fim de que pudesse proferir um juízo de certeza sobre o mérito. Todavia, por razões práticas, muitas vezes as partes não dispõem do tempo necessário a esse conhecimento mais profundo. Procuram o Poder Judiciário para ver

¹⁴⁸ A esse respeito, ver WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

resolvida - de forma rápida e eficiente - uma situação que não pode aguardar o decurso de muito tempo. Para estes casos, o ordenamento processual prevê a hipótese de decisões judiciais fundadas em cognição sumária, ou seja, em uma cognição não tão profunda quanto aquela necessária para o esclarecimento definitivo da questão (cognição exauriente), mas já suficiente para o atendimento imediato da pretensão de uma das partes.

E, não são poucas as “situações de direito material que não se compatibilizam com o ‘tempo’ necessário para a cognição exauriente, ou, em outros termos, com procedimentos que pretendam a realização das provas necessárias à cognição exauriente. Por tal razão, a tutela urgente, na maioria das vezes, é prestada com base em cognição sumária”¹⁴⁹.

A tutela antecipatória, tal como criada no direito processual brasileiro¹⁵⁰, veio destinada a atender aquelas situações urgentes, as quais não podiam aguardar o tempo necessário para uma cognição exauriente. Sua utilização, portanto, sempre foi voltada para os casos de cognição sumária, ou seja, uma cognição fundada em juízo de probabilidade e que analise a existência não do próprio direito, mas tão somente do *fumus boni juris*. Aliás,

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 147.

¹⁵⁰ O artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela sempre que, havendo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, ocorra o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório do réu. De qualquer maneira, é uma decisão baseada na verossimilhança, não na certeza.

toda a tutela urgente, dentro da qual se enquadra a tutela cautelar, adota como base a probabilidade, substituindo assim a necessidade da busca da certeza jurídica.

É por isso que se diz que a tutela antecipatória não produz coisa julgada material, podendo ainda ser revogada a qualquer tempo, a teor do disposto no parágrafo quarto do artigo 273 da lei processual¹⁵¹.

Porém, a revogabilidade da tutela antecipatória é tão somente a regra geral, a qual, como toda norma genérica, comporta algumas exceções.

Nos casos há pouco analisados, em que a tutela antecipada é concedida com base no desaparecimento da controvérsia (tal como ocorre em relação à não contestação, ao reconhecimento parcial do pedido e ainda ao julgamento de pedidos cumulados) a antecipação não tem por base a cognição sumária. Nestas hipóteses, a tutela antecipatória é concedida com base em uma cognição exauriente, pois a lide é conhecida em toda a sua profundidade.

Analise-se, por exemplo, a situação processual de não contestação em relação a uma parte fática da demanda. É o que ocorre quando, em uma ação ordinária de cobrança, o autor afirma que o réu deve R\$ 1.000,00 (um mil reais), mas este contesta dizendo que já pagou R\$ 300,00 (trezentos reais) e

¹⁵¹ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

que, portanto, deve apenas R\$ 700,00 (setecentos reais). Neste caso, toda a controvérsia restringe-se ao pagamento ou não daqueles R\$ 300,00 (trezentos reais). O restante, ou seja, a dívida de R\$ 700,00 (setecentos reais) não é contestada e, portanto, constitui um fato incontroverso. Como já exposto no item 23 acima, é possível a concessão de tutela antecipada em relação a essa parte da demanda que deixou de ser controversa.

Mas, tal forma de antecipação não estará baseada em cognição sumária. A cognição será, neste caso, exauriente pois não há mais provas a serem produzidas e a lide, nesta parte, foi examinada em toda a sua profundidade. Com efeito, a “tutela antecipatória, através das técnicas da não contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, é uma tutela anterior à sentença, mas não é uma tutela fundada em probabilidade ou verossimilhança. A tutela antecipatória, nas hipóteses ora estudadas, não é fundada em cognição sumária, compreendida como a cognição que se contrapõe à cognição exauriente”¹⁵².

E, sendo a tutela antecipatória fundada em cognição exauriente, não há qualquer restrição à garantia constitucional da ampla defesa. Sempre que os fatos não forem contestados ou o réu tiver reconhecido a pretensão do autor, o contraditório terá deixado de ser exercido por uma opção do próprio

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 106.

réu. Não há que se falar, então, em risco de erro na decisão judicial, nem tampouco em necessidade de sua revogação futura. A tutela antecipatória, nestas circunstâncias, segundo alguns autores, por apoiar-se em cognição exauriente, não poderá ser revogada e produzirá coisa julgada material¹⁵³.

Com efeito, a aptidão da tutela antecipada para produzir coisa julgada material é bastante discutível. Se, por um lado, é verdade que esta tutela é baseada em cognição exauriente; por outro, é também certo que ela tende a vir a ser substituída pela sentença, ou seja, pelo provimento final. E este sim é que realmente produz coisa julgada material.

Caso se entenda que a tutela antecipatória pode produzir coisa julgada material (ainda que apenas em algumas hipóteses), caberá indagar o que ocorrerá em relação à sentença. Ela apenas reiterará o já disposto na tutela ou nem mais se referirá a esta parte da lide, já decidida pela antecipação? A doutrina brasileira ainda não tem resposta para a questão. Na verdade, a definição de coisa julgada material constitui uma das discussões mais amplas no estudo do processo civil. Muito já se escreveu a seu respeito e a respeito de suas conseqüências na relação processual. De qualquer maneira, ao estudo aqui desenvolvido, importa saber que a coisa julgada

¹⁵³ A esse respeito, ver MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 106.

material deve ser entendida como uma “virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a ‘lei do caso concreto’ ”¹⁵⁴. Muito mais que uma eficácia da sentença, a coisa julgada material deve ser considerada como uma qualidade dos efeitos da decisão judicial. Qualidade esta que se caracteriza pela imutabilidade e indiscutibilidade do efeito declaratório da sentença¹⁵⁵. Liebman, divergindo da maior parte da doutrina na época, viu na coisa julgada uma “qualidade especial da sentença, a reforçar a sua eficácia, consistente na imutabilidade da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material)”¹⁵⁶.

A imutabilidade existente na coisa julgada material decorre da extensão da análise judicial, ou melhor dizendo, decorre da circunstância do órgão judicial ter examinado a questão em toda a sua profundidade, não havendo razão técnica para se chegar a uma conclusão diversa daquela já exposta na sentença.

Entretanto, diversos países que prevêm a possibilidade de tutela antecipada para as hipóteses de não contestação ou reconhecimento jurídico

¹⁵⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 412.

¹⁵⁵ No que se refere à coisa julgada ser uma qualidade que se adiciona ao efeito declaratório da sentença, e não aos demais efeitos dela, ver Ovídio Baptista da Silva. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 422 a 424.

¹⁵⁶ AMARAL DOS SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989-1991, p. 51.

do pedido acabam por tolher do instituto a produção de coisa julgada material.

A França, por exemplo, estabelece no artigo 488 do *Nouveau Code de Procédure Civile* que não faz coisa julgada sobre a pretensão principal, a decisão concedida a título de “*ordonnance de référé*”¹⁵⁷.

De forma semelhante, a Itália - que recentemente generalizou a hipótese de tutela antecipada para os casos de não contestação de pagamento de soma em dinheiro - fez constar em seu ordenamento jurídico que a ‘ordinanza’ é sujeita à disciplina das medidas revogáveis, a teor do disposto nos artigos 177 e 178 do Código processual italiano. A tutela é, portanto, revogável, em que pese o disposto no parágrafo segundo do artigo 186bis do Código italiano quanto à possibilidade da tutela constituir um título executivo e ainda conservar a sua eficácia no caso de extinção do processo.

A maior parte da doutrina italiana entende que a eficácia que pode ser conservada pela medida é tão somente a eficácia executiva. Logo, nas hipóteses de extinção do processo ela não mantém a eficácia preclusiva, típica da coisa julgada material.

“A mesma norma que prevê que a tutela conserva a sua eficácia em caso de extinção do processo, ao mesmo tempo admite - ao nosso ver

¹⁵⁷ PERROT, Roger. “Les mesures provisoires en droit français” in Giuseppe Tarzia (coordenador). *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, 1985, n. 21, p. 167, apud Nelson Nery Júnior. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 71.

lamentavelmente - que ela seja revogada no curso do processo de conhecimento. Como diz Tarzia, o regime da *'ordinanza'* (a admissão da sua revogação e modificação) *'riduce grandemente la portata dell'innovazione; le toglie la funzione di alleggerire il dovere decisorio del giudice'* e *'contrasta com la sua funzione semplificatoria ed acceleratoria del processo'*"¹⁵⁸

Nelson Nery Júnior sustenta que o modelo italiano pode ser aplicada no Brasil, muito embora chame a atenção para o fato de que na Itália, a tutela antecipatória tem os atributos necessários à constituição de título executivo, mas ainda é considerada provisória. "Nada obstante a decisão que adianta os efeitos da parte não contestada da pretensão tenha alguns dos atributos de decisão acobertada pela coisa julgada material parcial e, conseqüentemente, de título executivo judicial, reveste-se do caráter de provisoriedade"¹⁵⁹. Aqui, em que pese a circunstância da tutela antecipada ter sido criada para as hipóteses de cognição sumária, ela pode e deve ser utilizada em alguns casos de cognição exauriente que prescindem de novas provas. Nestas hipóteses, segundo uma parte da doutrina, ela poderia produzir coisa julgada material.

Em síntese pode-se dizer que muito embora a tutela antecipada esteja baseada, na maioria dos casos, em cognição sumária, nas hipóteses de não

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 78.

¹⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 71.

contestação e reconhecimento jurídico do pedido a cognição é exauriente. Conseqüentemente, o preceito contido no parágrafo 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil¹⁶⁰ não deveria ser aplicado pois a cognição não estará pautada em um juízo provável, nem tampouco provisório.

34. O julgamento antecipado e a “tutela antecipatória final”

Em determinadas situações, o processo já se encontra maduro para a decisão final, inclusive no que se refere à produção das provas e amplitude do contraditório, mas por razões práticas, o magistrado prefere – antes da sentença – conceder a antecipação. Isto seria possível a fim de evitar que o custo do duplo grau de jurisdição afetasse de tal forma os interesses do autor que tem razão, impedindo-o de satisfazer imediatamente o seu direito.

A tese é defendida por Luiz Guilherme Marinoni, para quem o julgamento antecipado da lide ou mesmo a sentença final de mérito, em alguns casos, podem ser precedidos da tutela antecipatória. Exemplifica com um acidente automobilístico, salientando que

“se o réu não contesta os danos emergentes, os lucros cessantes e mesmo a deformação ocasionada à vítima, limitando-se a afirmar que o dano estético (moral) não pode ser indenizado, o caso, em face da desnecessidade de instrução probatória, seria de julgamento antecipado do mérito. Contudo, como a execução imediata da sentença não é a regra e o juiz não está

¹⁶⁰ “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

autorizado a dar execução imediata a sua sentença fora dos casos previstos em lei, cabe mais uma vez a tutela antecipatória a que chamamos de *final*, ou seja, aquela que pode ser concedida quando o juiz já está em condições de proferir a sentença. A tutela antecipatória, no caso, diria respeito apenas aos danos emergentes e aos lucros cessantes, não abarcando o dano moral”.¹⁶¹

A idéia é moderna e revolucionária. Faz o processo caminhar na direção de uma maior efetividade. Entretanto, essa fórmula alternativa de tutela antecipada deve se restringir às hipóteses em que, diante das circunstâncias do caso concreto, não seja justo nem adequado fazer com que o autor suporte o ônus da demora do duplo grau de jurisdição. Deve se constituir em uma exceção excepcionalíssima, sob pena de se conseguir, através da tutela antecipada, obter uma eficácia imediata da sentença de primeiro grau que contraria o nosso sistema processual e não está prevista em lei.

Afinal, a necessidade de uma “tutela antecipatória final” demonstra que o sistema processual brasileiro necessita de um ajuste. Ajuste este, talvez, correspondente à auto-executoriedade da própria sentença pois, como afirma Edoardo Ricci, esta é sempre mais confiável que um provimento antecipatório. A incongruência do sistema é muito bem exposta nas palavras do Professor da Universidade de Milão:

“Ora, se o terreno dos acontecimentos históricos é considerado sempre rigorosamente distinto daquele das observações sistemáticas, permito-me

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 99 e 100.

colocar à atenção de meus co-irmãos brasileiros um problema de fundo: aquele de ver, se por hipótese, um sistema, o qual de um lado concede uma tutela antecipatória (enquanto tal imediatamente eficaz) e de outro não seja disposto a reconhecer imediata executividade à sentença de primeiro grau, não tenha a necessidade de algum ajuste”.¹⁶²

De fato, a utilização da chamada “tutela antecipatória final” somente é imaginada porque o sistema processual brasileiro ainda não contempla, em nenhuma hipótese, a auto-executoriedade da sentença de primeira instância.

¹⁶² RICCI, Edoardo F. “A tutela antecipatória no direito italiano”, in *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 4, jan-abril de 1997, Curitiba: Genesis, 1997, p. 136.

VIII - CONCLUSÃO

35. A demora na prestação da tutela jurisdicional é causa de insatisfação e descrédito em relação ao Poder Judiciário

Não é preciso ser processualista para saber que, no Brasil, a demora na prestação da tutela jurisdicional constitui uma das maiores causas de insatisfação e descrédito da população no Poder Judiciário. O decurso do tempo passou a assumir contornos tão relevantes no dia-a-dia da Justiça que não são poucas as vezes em que as pessoas desistem de procurar os tribunais, preferindo optar por caminhos mais práticos (ou até violentos) para atender suas pretensões. “Para os juízes, a consequência primordial da lentidão do processo produz notório descrédito e desgaste ao Poder Judiciário, cuja imagem, a cada momento, fica mais desprestigiada...”¹⁶³.

O problema não se resume apenas às falhas estruturais do sistema, muito embora estas apresentem grande relevância. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e um dos maiores estudiosos do processo civil neste país, entende que “a sociedade brasileira está a merecer um Judiciário bem melhor do que o que possui: moroso, pesado, complexo, sem transparência, sem criatividade, com sérios vícios de

¹⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.110.

estrutura, sem controle e sem diretriz, com número insuficiente de julgadores, sem dados concretos e órgãos mais adequados”.¹⁶⁴ Segundo ele, parte dos problemas seria de fácil correção se houvesse, como na Alemanha e nos Estados Unidos da América, um órgão judiciário permanente de reflexão e planejamento.

De qualquer maneira, às deficiências da estrutura do sistema somam-se os equívocos e omissões da legislação e dos que aplicam esse conjunto de leis. Precisamente aí surge a maior missão do Direito processual civil: fazer com que os procedimentos se tornem mais adequados à efetivação dos direitos e, principalmente, fazer com que a prestação da tutela seja cada vez mais célere e eficiente.

O tempo despendido na análise das pretensões deve nortear as discussões em torno da questão da efetividade da Justiça. Não pode constituir apenas mais um ponto a ser debatido. A demora do processo deve ser encarada como um dos maiores – se não o maior – problemas do sistema processual brasileiro. E, por incrível que pareça, muito embora todos sintam as conseqüências malévolas do decurso do tempo, são poucos os juristas que dedicam um estudo a este tema. Como já afirmou Sálvio de Figueiredo Teixeira no artigo acima mencionado, “parodiando Vieira, no seu ‘Sermão de

¹⁶⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “Insatisfação com a Justiça”, in *Carta Maior*, Ano III, março de 1998, São Paulo: Carta Maior Publicações e Promoções Ltda.

Santo Antônio', no ano de 1654, já que os homens não se sensibilizam, seria o caso de falar aos peixes?"¹⁶⁵

Em suma, é preciso que os processualistas se conscientizem do problema da demora processual e lutem para combatê-la. Afinal, não se pode esquecer que "no processo, como vaticinara Couture, o tempo é algo mais do que ouro: é Justiça!"¹⁶⁶.

36. A antecipação da tutela é uma alternativa para a demora processual

A recente alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, com a introdução da tutela antecipatória, representou um grande passo na busca de um processo civil mais célere e eficaz. Pode-se inclusive dizer que, atualmente, a possibilidade de antecipação da tutela de mérito é a melhor alternativa jurídico-processual para o problema da demora do processo.

Mais do que apenas antecipar uma parte dos efeitos da tutela jurisdicional final, o novo instituto propicia um verdadeiro resgate da dignidade e do prestígio do sistema judicial brasileiro. Ele oferece meios para se contornar a angústia e o sofrimento dos jurisdicionados na espera pela prolação da sentença. Mas não é só. Ele também oferece condições para que

¹⁶⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "Insatisfação com a Justiça", in *Carta Maior*, Ano III, março de 1998, São Paulo: Carta Maior Publicações e Promoções Ltda.

¹⁶⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 146.

as atividades comerciais possam voltar a se desenvolver normalmente, amparadas pela certeza de que eventual ilegalidade poderá ser rápida e eficazmente corrigida através de um provimento mais célere. Isto porque, apesar de poucos perceberem a extensão dos prejuízos causados por uma prestação jurisdicional ineficiente, a verdade é que “a demora do processo gera conseqüências nocivas até mesmo na esfera econômica. Nos Estados Unidos a indústria de seguros extrai valiosos dividendos da demora. Os locatários de imóveis também lucram com a demora das ações de despejo”¹⁶⁷. Assim, em um país em que a Justiça é lenta e tardia, são menores os interesses no setor industrial, são maiores os riscos da atividade empresarial e são pequenas as chances de desenvolvimento e crescimento econômico.

Neste contexto, não é difícil imaginar a importância de um instituto como a antecipação de tutela. Trata-se de uma solução para o conflito que há muito vem afligindo os processualistas: a busca de certeza jurídica e o ideal de uma decisão judicial rápida, efetiva, com força executiva. Se o processo é longo e os jurisdicionados têm que conviver com essa espera, por que não oferecer antecipadamente alguns dos efeitos do provimento final (ou até mesmo todos eles) em determinadas situações especiais?

¹⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 115.

A tutela antecipatória possui a faculdade de satisfazer o desejo dos jurisdicionados em relação a um processo eficaz, na mesma medida em que garante a prudência e análise que devem anteceder a toda e qualquer sentença de mérito. O resultado, como se vê, é o melhor possível. O devido processo legal (com as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa) sai ileso e, ao mesmo tempo, se atinge o ideal de celeridade.

37. O sistema processual brasileiro deve admitir a antecipação da tutela mesmo nos casos em que não haja urgência, mas exista uma parte incontroversa, a fim de garantir um processo mais célere e eficaz

É preciso utilizar a antecipação da tutela do modo mais amplo possível, sempre com a consciência de que a mesma não foi criada para atender apenas as situações de urgência. As hipóteses de não contestação, de reconhecimento jurídico do pedido e ainda de apreciação de pedidos cumulados não podem ser deixadas de lado. Se o inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil já autoriza a tutela antecipada para os casos de abuso do direito de defesa e propósito protelatório do réu, deve-se aplicar o dispositivo em todas as hipóteses em que, apesar de inexistir urgência, haja fundamento razoável para uma decisão mais rápida. Afinal, a principal preocupação do legislador e dos sujeitos processuais no que diz respeito ao

tempo processual “*debe radicar en que se reduzca éste al mínimo indispensable y a que no transcurra en vano*”.¹⁶⁸

A demora processual é sempre nociva, quer no que diz respeito às situações de urgência, quer no que tange aos demais processos em que o decurso do tempo torna a justiça da decisão cada vez menos relevante. “Se é possível a tutela antecipatória fundada em probabilidade, não há razão para não a admitirmos quando o direito não é mais controvertido e o processo deve prosseguir ainda por algum tempo”¹⁶⁹.

Além do mais, a obtenção de uma decisão judicial dentro de um prazo razoável constitui um direito de todo cidadão, e não apenas daqueles que estiverem em situação de *periculum in mora*. A Constituição Federal, no artigo 5º, parágrafo 2º, recepciona outros direitos e disposições de tratados internacionais. Dentre eles destaca-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, em seu artigo 8º, 1, contempla o direito ao processo dentro de um prazo razoável.¹⁷⁰

¹⁶⁸ BIDART, Adolfo Gelsi. “El tiempo y el proceso”, in *Revista de Processo*, nº 23, ano 6, julho a setembro de 1981, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 121.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 107.

¹⁷⁰ A esse respeito, ver José Rogério Cruz e Tucci. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 145.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 AMARAL DOS SANTOS, Moacyr. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. V. IV.
- 2 _____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989-1991.
- 4 ARIETA, Giovanni. **I Provvedimenti d'Urgenza**. 2. ed. augm. Padova: Cedam, 1985.
- 5 ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 431-454.
- 6 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: _____. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 483-555.
- 7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- 8 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. O processo civil e sua recente reforma. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Aspectos polêmicos da**

antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 413-430.

- 9 _____. **Curso de processo civil - Processo Cautelar (tutela de urgência)** ia)
2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991. v. I.
- 10 _____. **Curso de processo civil.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. v. III.
- 11 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 56. p.19
- 12 _____. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário.** São Paulo: Saraiva, 1982. p. 203-222.
- 13 BEDAQUE, José Roberto. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 221-241.
- 14 BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 309-331.

- 15 BIDART, Adolfo Gelsi. El tiempo y el proceso. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, p. 100-121, jul./set. 1981.
- 16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 39.408-2-GO. Agência de Telefones Ltda. e Márcia Helena de Souza. Relator Ministro Barros Monteiro. 30 nov. 1993. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 60, p. 392-394, ago. 1994.
- 17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 71.778-RJ. Claudia Adriana Moreira Leitão e Pires Serviços de Segurança Ltda. e os mesmos e Unibanco S/A. Relator Ministro Eduardo Ribeiro, 28 mai. 1996. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 87, p. 228-237, nov. 1996.
- 18 CARPI, Frederico. Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Dott. A Giuffrè Editore, p. 615-650, 1977.
- 19 CARPI, Frederico; COLESANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. **Commentario breve al Codice di Procedura Civile**. Padova: Cedam, 1984.
- 20 COLLIA, Filippo. L'ordinanza per il pagamento di somme no contestate nel processo del lavoro". **Rivista di Diritto Processuale**, n. 2, p. 538-558, apr.-giug. 1994, Bologna: Cedam, 1994.
- 21 DE PAULA, Alexandre. **Código de Processo Civil Anotado**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. v. 2

- 22 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- 23 DOTTI, René. **Bases e Alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- 24 LOPES, João Batista. Antecipação da tutela e o art. 273 do CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 729, p. 63-73, jul., 1996.
- 25 MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- 26 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 27 _____. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- 28 _____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.
- 29 _____. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- 30 _____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992

- 31 MONIZ DE ARAGÃO, Egas. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** 9. ed. augm. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II: arts. 154-269.
- 32 _____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 2.
- 33 MONTEIRO DE ANDRADE, Sérgio. Tutela antecipada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 740, p. 165-177, jun., 1997.
- 34 NERY JUNIOR, Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 380-412.
- 35 _____. **Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995.** 2. ed. augm. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- 36 _____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 2. ed. augm. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 37 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1997.
- 38 PEREZ RAGONE, Alvaro J. D. Introducción al estudio de la tutela anticipatoria. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil.** Curitiba, v. 5, p. 415-421, mai.-ago., 1997.

- 39 PEYRANO, Jorge. Informe sobre las medidas autosatisfactivas. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 2, p. 450-453, mai.-ago. 1996.
- 40 RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. de Rogério Cruz e Tucci. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba. v. 6, p.691-720, set.-dez., 1997.
- 41 _____. A tutela antecipatória no direito italiano. Trad. Clayton Maranhão. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 4, p. 125-141, jan.-abr., 1997.
- 42 _____. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. Trad. de Mariulza Franco. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 7, p. 87- 95, jan./mar. 1998.
- 43 TALAMINI, Eduardo. Limitações legais à antecipação de tutela. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 125-134.
- 44 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Insatisfação com a Justiça. **Carta Maior**, São Paulo, p. 7, mar. 1998.
- 45 THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 742, p. 40-56, ago.1997.

- 46 ____ . Tutela Antecipada. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181-203
- 47 ____ . **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. I.
- 48 TOMMASEO, Ferruccio. **I Provvedimenti d'Urgenza - Struttura e limiti della tutela anticipatoria**. Padova: Cedam, 1983.
- 49 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 50 WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIRA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- 51 WATANABE, Kazuo. **Contribuição ao estudo da cognição no processo civil**. 1985.
- 52 ____ . **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- 53 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.