

O ASPECTO SANCIONADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

JORIZA MAGALHÃES PINHEIRO

Juíza de Direito

INTRODUÇÃO

O instituto da antecipação da tutela, como as demais inovações processuais recentes, está inserido no contexto da temática do acesso à justiça.

Com o crescimento da sociedade, aumentou o número de conflitos, de forma que o Estado, especificamente o Poder Judiciário, encarregado de solucioná-los, se viu impedido de fornecer, rápida e satisfatoriamente, a prestação da justiça, ou seja, a resolução dos litígios existentes.

Com o propósito de dar maior agilização ao Judiciário, criaram-se inúmeras medidas de minimização e simplificação dos ritos processuais, tais como os procedimentos sumários e especiais, a antecipação dos julgamentos, seja com o julgamento antecipado da lide, seja com a antecipação da tutela ou concessão de liminar, a criação dos juizados especiais, entre outras.

Não obstante a importância das demais inovações já citadas, temos como objeto do nosso estudo a tutela antecipatória estabelecida no art. 273 do CPC, especificamente o inciso II de tal dispositivo, que contempla a hipótese de antecipação no caso do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Desse modo, tentaremos discorrer resumidamente sobre esse novo instituto e, embora buscando fornecer suas características gerais, daremos ênfase aos aspectos do direito de defesa,

dever de lealdade das partes e a antecipação da tutela como sanção em caso de descumprimento desse dever.

Cumprido ressaltar, ainda, que, embora partindo do pressuposto de que a antecipação da tutela pretendida, no dizer de Dinamarco, “veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo” (DINAMARCO, 1985:138), nos restringiremos a analisar, de forma sucinta, os aspectos processuais da inovação, sem adentrar na problemática propriamente dita do acesso à Justiça.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

O novo art. 273 do Código de Processo Civil estabelece duas situações alternativas que autorizam a antecipação da tutela: I) a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; II) a inequívoca caracterização do abuso do direito de defesa do réu (incluindo manifesto propósito protelatório do mesmo).

No primeiro caso, parte da doutrina tenta estabelecer diferenciação entre a natureza da tutela antecipatória e a da tutela cautelar propriamente dita. Marinoni, por exemplo, distingue ambas asseverando que a tutela sumária, ao contrário da cautelar, é satisfativa, não se limitando a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado. O festejado autor conclui:

a tutela que satisfaz, por estar além de assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado. Ocorre, nesse caso, satisfatividade, nunca cautelaridade (MARONONI)

Não obstante a importância da discussão sobre tal ponto, este não é o objetivo do presente trabalho, pelo que nos furtaremos a uma análise mais profunda.

A segunda hipótese, objeto do nosso estudo, é uma grande inovação do nosso ordenamento jurídico, contemplando uma espécie de sanção ao descumprimento do dever de lealdade por parte do réu.

De qualquer forma é inovação que visa também neutralizar os males do tempo no processo, especificamente quando a demora da prestação jurisdicional é ensejada por comportamento desleal do demandado.

O objeto da tutela antecipatória, em ambos os casos (incisos I e II do art. 273 do CPC) é a própria tutela pedida, seja total seja parcialmente. No ensinamento de Cândido Dinamarco:

*não se trata de obter medida que impede o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o Juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, **mutatis mutandis**, à procedência da demanda inicial – com a diferença fundamental representada pela provisoriedade” (DINAMARCO, 1995:139/140)*

Assim, o pedido inicial mediato, ou seja, o próprio bem perseguido em juízo, é o objeto da tutela antecipatória, que deve respeitar os limites subjetivos e objetivos da demanda. Explicando melhor, não pode haver antecipação de além ou diferentemente do que foi requerido na inicial, e a antecipação total da tutela “coincidirá em extensão com a tutela definitiva” (idem: 141).

Outro ponto relevante é que a lei não estabelece regras que dimensionem a antecipação, apenas estabelece que pode ser

total ou parcial. Ao Juiz cabe o poder discricionário de determinar o âmbito da mesma.

A discricionariedade do Juiz, ressalte-se, está na própria concessão da medida, desde que atendidos os pressupostos estabelecidos no dispositivo já citado. Na lição de Reis Friede:

em qualquer hipótese, o deferimento da antecipação de tutela, pelo menos em princípio, constitui-se em faculdade do julgador que, no âmbito (e nos limites) do legítimo exercício do seu poder discricionário, decidirá, por intermédio do seu livre convencimento, quanto à absoluta adequação da medida, vis-a-vis com a efetiva comprovação, pela parte requerente de todos os requisitos legais, positivos e negativos, expressamente contemplados no art. 273 do CPC..." (FRIEDE, 1995:71)

Tal discricionariedade reflete-se, ainda, no poder do julgador (expressamente conferido por lei) de, a qualquer tempo, revogar ou modificar a medida antecipatória concedida. Além disso, o juiz pode conceder a antecipação antes negada, tudo dependendo da realidade fática existente.

Após essas observações é possível vislumbrar a característica essencial do instituto da tutela antecipada: a provisoriedade.

Não apenas através do recurso de agravo de instrumento pode haver o controle da decisão antecipatória. A alteração da situação de fato, objeto da lide, bem como o desenvolvimento do contraditório e a produção de prova que revelem novas evidências sobre a situação fática, podem alterar a convicção do julgador e ensejar modificação ou revogação da decisão e até mesmo, como anteriormente, a concessão de medida antes negada.

2. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM CASO DE ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

2.1 O princípio da lealdade processual

O processo é instrumento de solução de conflitos e pacificação social.

Para o alcance de tal fim, são estabelecidas as regras a todos os partícipes do processo impondo-lhes deveres de moralidade e ética que se resumem no princípio da lealdade processual.

O desrespeito a tal dever de lealdade constitui ilícito processual a está sujeito a diversas sanções dispostas na lei:

uma das preocupações fundamentais do Código de Processo Civil é a preservação do comportamento ético dos sujeitos envolvidos no processo. Partes e advogados, serventuários, membros do Ministério Público e o próprio Juiz estão sujeitos a sanções pela infração de preceitos éticos e deontológicos que a lei define minuciosamente (arts. 14, 15, 17, 18, 31, 133, 135, 144, 147, 153, 193, e ss, 600 e 601)" (GRINOVER, et al, 1995:72)

De outra forma não poderia ser. O abuso cometido dentro do processo é até mais "pernicioso que o perpetrado contra o direito mesmo, uma vez que, além das partes, atinge o próprio Estado, na sua tarefa de distribuir justiça" (CARREIRA ALVIM, 1995:122).

Nesse contexto, e ratificando o princípio da lealdade processual, contemplou o legislador a hipótese de antecipação da tutela como sanção ao abuso do direito de defesa do réu.

Na verdade, esse novo dispositivo é inspirado na realidade forense, onde as freqüentes defesas infundadas, protelatórias, contrárias mesmo a texto expresso de lei ou jurisprudência pacífica, cada vez mais retardam e até mesmo obstaculizam a prestação jurisdicional.

Cumpre ressaltar, por fim, que, além do aspecto sancionador, o inciso II, do art. 273, do CPC também tem como objetivos a celeridade processual e a distribuição do ônus do tempo do processo, antes exclusivamente a cargo do autor.

2.2 Hipóteses de concessão da medida

De maneira geral, qualquer conduta desleal do demandado pode ensejar a concessão de medida antecipatória.

As primeiras condutas a serem consideradas abusivas são as caracterizadoras da litigância de má-fé, relacionadas no art. 17 do CPC, tais como: a) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; b) alterar a verdade dos fatos; c) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; d) opor resistência injustificada ao andamento do processo; e) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; f) provocar incidentes manifestamente infundados.

Assim é que, quando o réu contesta por mero capricho, sem que tenha interesse de agir, visto que o conteúdo da resposta não terá utilidade; ou quando não contesta parte do direito afirmado, é possível a antecipação da tutela (neste último caso, apenas da parcela não contestada). Também quando provados os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu, em uma análise sumária, são considerados infundados, tal antecipação é possível.

Outra hipótese que já é objeto de preocupação pelos tribunais é o **abuso do direito de recorrer**. Neste caso, considerando inconsistentes os fundamentos do recurso, pode o relator, de logo, antecipar a tutela pretendida ou parte dela, visto que “são os recursos os expedientes preferidos pelos réus maliciosos e interessados na procrastinação dos feitos” (MARINONI, 1995:65).

Inúmeras outras hipóteses apreciáveis em caso concreto podem ensejar a antecipação. O que se deve ter em mente quando da sua concessão não é apenas o abuso de defesa, mas também a grande probabilidade de o autor sair vitorioso ao final da demanda. Essa probabilidade torna injusta a espera para a realização do seu direito.

Em suma, somente a conjugação da conduta desleal do demandado com a probabilidade do direito do autor autoriza a antecipação da tutela. Saliente-se, ainda, que a urgência em casos tais não é requisito para a concessão da medida.

2.3 Pressupostos e requisitos

2.3.1 Prova inequívoca e verossimilhança

Estabelece o art. 273 que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

À primeira vista, parece existir contradição entre as locuções “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”. A expressão prova inequívoca, isoladamente analisada, dá a idéia de prova robusta e indubitosa e incute um juízo de certeza ensejador não da antecipação dos efeitos da tutela, mas do próprio julgamento antecipado da lide.

Por outro lado, verossimilhança da alegação não é mais do que a aparência de verdadeiro ou, nas palavras de Dinamarco, “convencer-se da verossimilhança (...) não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor” (DINAMARCO, 1995:143)

Assim é que o jurista antes citado propõe uma aproximação das duas expressões para se chegar ao conceito de probabilidade.

Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes (...) A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, por que lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados, e é mais que a credibilidade, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e

os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar (IDEM:143)

No mesmo sentido é o entendimento de Carreira Alvim ao asseverar que “a verossimilhança se assemelha num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes)” (1995:108).

A questão básica a respeito desse requisito da tutela antecipada é que a verossimilhança exigida no texto da lei, por necessitar de prova inequívoca da alegação, deve ser entendida com um **plus** ao *fumus boni juris* inerente à tutela cautelar. Não é mera plausibilidade do direito alegado, mas a forte probabilidade exposta em fundamentação convincente do magistrado que autoriza a concessão da medida.

Por fim é de se observar que a probabilidade do direito do autor (prova inequívoca e verossimilhança) é requisito essencial para a antecipação da tutela, mesmo em caso de abuso do direito de defesa. O que é dispensável para a concessão da medida em tal caso é a situação de perigo para o direito do promovente (necessidade de urgência), ventilado no inc. I do art. 273 do CPC.

2.3.2 Necessidade de requerimento da parte

A antecipação de tutela, na sistemática do Código de Processo, não pode ser feita *ex officio*. Deve ser respeitado o princípio da demanda e somente a requerimento da parte poderão ser antecipados os efeitos da tutela pretendida.

Em nosso entender, andou mal o legislador em não permitir que tal inovação pudesse ser concedida pelo julgador sem necessidade de provocação, pois o direito do autor, na prática,

poderá ser prejudicado pelo descaso e até incompetência de seus patronos. Saliente-se que especificamente, na hipótese de abuso do direito de defesa, o legislador foi no mínimo contraditório ao modificar as regras da litigância de má-fé, autorizando que a condenação em tais casos possa ser feita de ofício pelo juiz e ao mesmo tempo negando tal poder quando possível a antecipação da tutela.

Havendo necessidade de requerimento para a concessão da medida, temos como consequência que tal pedido, fundamentado no art. 273, II, do CPC, somente poderá ser formulado no curso do processo pelo menos após a resposta do réu, quando, então, “ter-se-ia condição de perquirir se a hipótese, no caso, seria de exercício regular do direito de defesa (assegurado pelo art. 5º, LV, da CF), ou abuso desse direito” (FREIRE, 1995:93). Somente com base no inciso I do dispositivo citado, ou seja, havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, é que o pedido de antecipação poderá vir exposto logo na inicial.

2.3.3 Irreversibilidade

Outro pressuposto para a concessão da tutela antecipada é a reversibilidade do provimento. Esta regra está contida no parágrafo segundo do art. 273 do CPC, sendo clara a preocupação do legislador de que a medida, caracterizada pela satisfatividade, possa causar prejuízos definitivos ao réu, ou seja, possa tornar impossível o restabelecimento da situação primitiva, caso a sentença final venha a ser contrária à antecipação concedida, ou que esta venha a ser modificada ou revogada.

Ao tratar dessa questão, Marinoni, em belíssimo trabalho, assevera que “quando o art. 273 do CPC afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento; ele está proibindo a antecipação de declaração e

de constituição (1995:77). De fato, seria no mínimo impróprio que o magistrado, ao conceder a antecipação, declarasse a existência ou não de determinada relação jurídica, ou a ilegalidade de determinado ato ou, ainda, que decretasse (provisoriamente) um divórcio, entre inúmeros outros exemplos possíveis.

Outro ponto relevante a analisar é que o critério da reversibilidade não pode ser interpretado a ponto de se constituir em obstáculo insuperável para a tutela antecipatória. Casos há em que não só a concessão, como também a negação da medida, podem ensejar prejuízos irreparáveis. É a hipótese levantada pelo Ministro Eduardo Ribeiro, citado por Marinoni, em que o juiz se depara com a situação angustiosa de que as duas soluções são irreversíveis, tais como apreensão de jornais em que ou se concede a medida e “o direito estará plenamente satisfeito, não havendo como se recolher a edição, ou terá sido irreparavelmente sacrificado, pois de nada adianta o jornal circular daí a muitos dias” (IDEM:80).

Outro exemplo a ser considerado é o caso de que, para salvar a vida de um paciente, se peça, contra a sua vontade, autorização para amputar-lhe um membro. Claro que a amputação é irreversível, mas esse fato não pode ser impeditivo do salvamento de uma vida.

Negar a tutela sumária em tais casos “é impedir a tutela jurisdicional adequada para uma série de casos conflitivos concretos e esquecer que a própria doutrina brasileira já admitia o risco de irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela antecipatória” (IDEM:80)

A solução mais apropriada nos casos em que há riscos de prejuízo irreversível é, então, a adoção do princípio da proporcionalidade, ou seja, o sopesamento, em cada caso concreto, do valor jurídico dos bens em confronto, isso de acordo com os valores presentes no momento histórico. Assim, após considerar as circunstâncias de cada caso, poderá o julgador

decidir da forma mais adequada e justa, cumprindo sua função jurisdicional.

2.3.4 Motivação da decisão antecipatória

O art. 273, § 1º, do CPC estabelece que “na decisão que antecipar a tutela, o juiz terá que justificar seu convencimento e não apenas invocar o dispositivo legal em que se fundamenta”. Quando baseado no art. 273, II, o juiz deve precisar os motivos que o levaram a entender presente o abuso do direito de defesa; quando a antecipação puder produzir efeito prático irreversível, deverá justificar a opção pelo risco, inclusive manifestando-se sobre a preponderância de um dos bens envolvidos (proporcionalidade). Em suma, deverá o juiz “justificar sua decisão antecipatória, demonstrado que a antecipação da tutela é oportuna. A ausência de fundamentação acarreta nulidade” (Idem:70).

Na verdade, seria dispensável o dispositivo citado, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece o dever de motivar todas as decisões judiciais (art. 93, IX). O legislador ordinário, entretanto, ciente da prática forense em que vários magistrados, quando muito limitam-se a motivações genéricas, resolveu enfatizar tal exigência quando forem proferidas decisões concessivas de antecipação.

Sobre essa prática forense é irretocável o desabafo de Calmom de Passos, citado por Reis Friede, e que não podemos permitir continue a se repetir.

Estamos todos acostumados, entretanto, neste nosso país que não cobra responsabilidade de ninguém, ao dizer de magistrados levianos, que fundamentam seus julgados com expressões criminosas como estas: ‘atendendo a quanto nos autos está fartamente provado...’, à robusta prova dos autos’ ou ‘ao que disseram as testemunhas’ ou-

tras leviandades dessa natureza que, se fôssemos apurar devidamente, seriam antes de leviandades, prevaricações, crimes, irresponsabilidades arbítrio, desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, cusparada na cara dos falsos cidadãos que somos quase todos nós. Espero que não se tolere antecipação de tutela com fundamentação desse tipo, que fundamentação não é pronunciamento judicial genérico, leviano, impertinente, falseador da verdade dos fatos (FRIEDE, 1995:75/79)

CONCLUSÕES

A tutela antecipatória, como várias das recentes mudanças processuais, tem o objetivo primordial de dar agilidade à justiça e fornecer a tutela adequada ao caso concreto. Consiste na concessão, total ou parcial, da própria tutela inicialmente pedida, com a característica da provisoriedade sendo cabível nas hipóteses de fundado receio de dano ao direito do autor e abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A segunda hipótese deriva do princípio da lealdade processual e objetiva penalizar o comportamento desleal e abusivo do demandado, evitando, assim, a injusta espera do autor para o alcance do direito. Mesmo nesse caso (abuso do direito de defesa), para que seja possível a concessão da antecipação, é necessária a presença de outros requisitos tais como prova inequívoca e verossimilhança da alegação inicial, requerimento da parte, reversibilidade do provimento e motivação da decisão concessiva.

A verossimilhança decorrente de prova inequívoca é mais do que o *fumus boni juris* da tutela cautelar e menos que a certeza do direito pleiteado. Deve ser entendida como a forte probabilidade de o autor sair vitorioso no final da demanda.

O perigo da irreversibilidade não pode se constituir em

obstáculo à antecipação, quando, no caso concreto, houver perigo da negação da tutela ensejar também prejuízos irreversíveis ao direito do autor. Nesta hipótese, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade com o sopesamento dos bens ou direitos confrontantes, e a conseqüente adoção da decisão mais adequada às circunstâncias.

A decisão antecipatória deve ser sempre motivada de forma clara e precisa; tal motivação não se confunde com a fundamentação legal (indicação dos dispositivos aplicáveis), e muito menos com justificações genéricas tão usuais na prática forense.

Por fim, cumpre ressaltar que a morosidade da justiça exige que o juiz saia do comodismo do procedimento ordinário e passe a aplicar, com prudência, mas sem medo, as inovações processuais colocadas ao seu dispor. O poder discricionário do julgador (que não se confunde com o arbítrio) na concessão da tutela antecipatória, enseja um aumento da sua responsabilidade política e social e da sua participação no processo, tudo objetivando a aplicação ao caso concreto da prestação jurisdicional mais adequada e justa. Nesse contexto, **a formação cultural e ética do magistrado é de extrema importância para o alcance da justiça que desejamos.**

BIBLIOGRAFIA

1. CAPELETTI, Mauro. **O Acesso à Justiça e a Função do Jurista em Nossa Época.** In anais da XIII Conferência da OAB, Belo Horizonte, 23 a 27 de setembro de 1990.
2. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de Processo Civil Reformado.** 2ª edição Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
3. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.
4. _____ .**A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Editora RT Ltda, 1990.

5. FRIEDE, Reis. **Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar, à Luz da Denominada Reforma do Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
6. GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
7. MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
8. _____ **Novas Linhas do Processo Civil: O Acesso à Justiça e os institutos Fundamentais do Direito Processual**. São Paulo: Editora RT Ltda, 1995.
9. ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.
10. SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. **O Poder Geral de Cautela do Juiz**. São Paulo: Editora RT Ltda, 1993.
11. SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **A Tutela Antecipada e Execução Específica**. Campinas-SP, Copola Livros, 1995.