



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

WILLIAN SILVA DE SOUZA

TUTELA ANTECIPADA COM RELAÇÃO À PARTE INCONTROVERSA  
DA DEMANDA NA RESPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À  
RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

SOUSA - PB  
2011

WILLIAN SILVA DE SOUZA

TUTELA ANTECIPADA COM RELAÇÃO À PARTE INCONTROVERSA  
DA DEMANDA NA RESPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À  
RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Monografia apresentada ao Curso de  
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS  
da Universidade Federal de Campina  
Grande, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes.

SOUSA - PB  
2011



S729t

Souza, Willian Silva de.

Tutela antecipada com relação à parte incontroversa de demanda na respectiva do direito fundamental à razoável duração do processo. / Willian Silva de Souza. - Sousa- PB: [s.n], 2011.

68 f.

Orientadora: Profª. Drª. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Tutela antecipada. 2. Razoável duração do processo. 3. Julgamento antecipado da Lide. 4. Antecipação de tutela. 5. Parte incontroversa da demanda. 6. Tempo do processo. 7. Direito Fundamental ao Devido Processo Legal. 8. Ampla defesa. 9. Contraditório – Direito Fundamental. I. Abrantes, Ângela Maria Rocha Gonçalves. II Título.

CDU: 342.722(043.1)

**Elaboração da Ficha Catalográfica:**

Johnny Rodrigues Barbosa  
Bibliotecário-Documentalista  
CRB-15/626

2011

WILLIAN SILVA DE SOUZA

**TUTELA ANTECIPADA COM RELAÇÃO À PARTE INCONTROVERSA DA  
DEMANDA NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL  
DURAÇÃO DO PROCESSO**

BANCA EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup>. Ângela Maria Rocha G. De Abrantes (Orientadora)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE

---

Prof. Paulo Abrantes de Oliveira  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE

---

Prof. Jardel de Freitas Soares  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE

DATA DA APROVAÇÃO: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

A minhas filhas e de forma muito carinhosa a minha esposa, exemplo de mãe, de companheira e de mulher que sempre admirei, dedico o resultado deste esforço.

## AGRADECIMENTOS

Quase ou nada se consegue na vida sem que para tanto possamos contar com a ajuda de outras pessoas, em sendo assim, não há como chegar ao final de uma conquista sem deixarmos de agradecer aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para tanto.

À

Todos os meus professores da pós-graduação e também aos da graduação que brotaram em mim a paixão pelas ciências jurídicas, e que durante toda minha vida acadêmica foram presença constante sempre transmitindo palavras de motivação incentivo e conhecimento.

A

Meus irmãos que sempre acreditaram no meu esforço e dedicação aos estudos.

Aos

Meus amigos pelo incentivo, pela amizade, e pela compreensão quando muitas das vezes precisei me privar de suas companhias.

À

Professora Orientadora Ângela Maria Rocha G. De Abrantes, por ter aceitado quase de última hora a me orientar e revisar o presente estudo.

A

Todos, o meu mais sincero Agradecimento.

“Para tudo há um tempo, para cada coisa há um momento  
debaixo do sol.” (Eclesiaste, 3:1).

## RESUMO

O presente trabalho dedica-se à compreensão do Instituto Processual da Antecipação de Tutela com Relação à Parte Incontroversa da Demanda focado no Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo. A EC/45 conferiu autonomia a esse direito e fez com que toda e qualquer norma processual seja interpretada de modo a conferir maior efetividade garantindo-se, por conseguinte uma prestação jurisdicional efetiva. Assim, o instituto previsto no § 6º do art. 273 é sem sombra de dúvida um instrumento processual idôneo a conferir efetividade e assegurar aos jurisdicionado uma tutela em tempo adequado. Para tanto, se faz necessário interpretá-lo a luz dos direitos constitucionalmente assegurados, partindo-se, pois dessa forma de interpretá-lo verifica-se que se trata de uma solução encontrada pelo legislador para os casos em que a demanda esteja parcialmente resolvida, não demandando mais instrução probatória haja vista desaparecer a controvérsia. Assim, uma vez ausente à controvérsia aquele que viu seu direito tornasse evidente deve ser de imediato satisfeito, pois não há razão plausível que justifique o retardamento de uma decisão judicial para um direito que não é mais controvertido. A diretriz seguida pelo presente estudo de conferir as normas processuais à máxima efetividade possível leva-se a conclusão, de que o instituto previsto no § 6º do art. 273, trata-se de uma forma de julgamento antecipado da lide, e não propriamente de uma forma de antecipar a tutela, dada às particularidades que caracterizam o instituto.

**Palavras-chaves:** Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo, Antecipação de Tutela da Parte Incontroversa da Demanda, Julgamento Antecipado da Lide.

## ABSTRACT

The present work is devoted to the understanding of the Procedural Institute of the Anticipation of its Tutors with Relationship to the Uncontroverted Part of the Demand addressed in the Fundamental Right the Reasonable Duration of the Process. EC/45 it checked autonomy to that right and he did with that all and any norm if, consequently an installment jurisdictional executes. Like this, the institute foreseen in § 6th of the art. 273 are without doubt shade an instrument procedural suitable to check effectiveness and to assure to the jurisdictional one its tutors in appropriate time. For so much, it is done necessary to interpret it constitutionally the light of the rights insured, breaking, because in that way of to interpret it is verified that is treated of a solution found by the legislator for the cases in that the demand is partially solved, not demanding more probatory instruction has seen the controversy to disappear. Like this, once absent to the controversy that that saw your right turned evident it should be satisfied immediately, because there is not plausible reason that justifies the retardation of a judicial decision for a right that is not more controverted. The followed guideline for the present study of checking the procedural norms to the maxim possible effectiveness the conclusion is taken, that the institute foreseen in § 6th of the art. 273, it is treated in a way of premature judgement of the it works, and not properly in a way of advancing her tutors, given to the particularities that characterize the institute.

**Word-Keys:** Fundamental right to the Reasonable Duration of the Process, Anticipation of its Tutors of the Uncontroverted Part of the Demand, Premature Judgement of the it Works.

## SUMÁRIO

|                                                                                                              |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I – INTRODUÇÃO .....</b>                                                                                  | <b>10</b> |
| <b>II – O Tempo do Processo .....</b>                                                                        | <b>12</b> |
| 2. O Decurso do Tempo e a Efetividade do Processo.....                                                       | 12        |
| 2.1. O Processo em Tempo Razoável.....                                                                       | 14        |
| 2.1.1. Noção de Tempo Razoável.....                                                                          | 14        |
| 2.1.2. Responsável Pela Distribuição Equânime do Tempo no Processo.....                                      | 16        |
| 2.1.3. O Dir. ao Processo em Tempo Razoável como Decorrente Garantia<br>De Tutela Jurisdicional efetiva..... | 18        |
| 2.1.3.1. Dir. Fundamental ao Devido Processo Legal.....                                                      | 19        |
| 2.1.3.2. Dir. Fundamental a Participação em Contraditório.....                                               | 20        |
| 2.1.3.3. Dir. Fundamental a Ampla Defesa.....                                                                | 21        |
| 2.1.3.4. Dir. Fundamental à Razoável Duração do Processo.....                                                | 22        |
| <b>III - Antecipação de Tutela.....</b>                                                                      | <b>27</b> |
| 3. Breve Histórico.....                                                                                      | 27        |
| 3.1. Compreensão do Instituto.....                                                                           | 28        |
| 3.2. Antecipação dos Efeitos da Tutela e Antecipação da Tutela.....                                          | 29        |
| 3.3. Momento Para Req. e Concessão da Antecipação dos Efeitos da<br>Tutela.....                              | 30        |
| 3.4. Legitimidade para o Requerimento.....                                                                   | 31        |
| 3.4.1. Requerimento Formulado pelo Autor, Réu e Terceiro Interviente.....                                    | 31        |
| 3.4.2. Requerimento Formulado pelo MP.....                                                                   | 33        |
| 3.4.3. Concessão de Ofício.....                                                                              | 34        |
| 3.5. Pressupostos Para Antecipação da Tutela.....                                                            | 35        |
| 3.5.1. Pressupostos Gerais.....                                                                              | 35        |
| 3.5.1.1. Requerimento da Parte.....                                                                          | 35        |
| 3.5.1.2. Prova Inequívoca e Verossimilhança das Alegações.....                                               | 35        |
| 3.5.1.3. Reversibilidade dos Efeitos do Provimento.....                                                      | 37        |
| 3.6. Pressupostos Alternativos.....                                                                          | 38        |
| 3.6.1. Perigo da Demora.....                                                                                 | 38        |
| 3.6.2. Atos Protelatórios e Abusivo da Parte.....                                                            | 39        |
| <b>IV – Tutela Antecipatória da Parte Incontroversa da Demanda.....</b>                                      | <b>41</b> |
| 4. Considerações Iniciais.....                                                                               | 41        |
| 4.1. Evolução Histórica do Instituto.....                                                                    | 41        |
| 4.2. O Sentido do Termo Incontroverso.....                                                                   | 42        |
| 4.2.1. A Controvérsia como Justificativa para a Duração do Processo.....                                     | 43        |
| 4.3. Hipóteses em que a Antecipação da Tutela da Parte Incontroversa<br>se impõe.....                        | 45        |
| 4.3.1. A Tutela Antecipatória Com Fundamento na Técnica da não<br>Contestação.....                           | 45        |
| 4.3.2. A Tutela Antecipatória com Fundamento no Reconhecimento<br>Parcial da Pretensão do Autor.....         | 46        |
| 4.3.3. A Tutela Antecipatória em Casos de Cumulação de Pedidos.....                                          | 49        |
| 4.4. Fundamentos da Tutela Antecipatória dos Direitos Evidentes.....                                         | 50        |
| 4.5. Particularidades da Antecipação da tutela com Base na Incontroversa da<br>Demanda.....                  | 50        |
| 4.5.1. Requisitos Exigidos para a Concessão.....                                                             | 51        |

|                                                                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.5.2. Natureza Jurídica do Instituto: Antecipação dos Efeitos da Tutela ou Resolução Parcial do Mérito..... | 51 |
| 4.5.2.1. Natureza Jurídica da Decisão Concessiva da Tutela com Fundamento na Incontrovérsia.....             | 56 |
| 4.5.2.2. Execução da Tutela Fundada na Parte Incontroversa da Demanda.....                                   | 58 |
| 4.5.3. A Tutela Antecipada Como Corolário do Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo.....         | 60 |
| V – Conclusão .....                                                                                          | 63 |
| Referências Bibliográficas.....                                                                              | 67 |

## I – INTRODUÇÃO

A excessiva morosidade é sem sombra de dúvida um dos principais motivos da crise atual da justiça. Por longos anos o fator tempo foi negligenciado pela doutrina clássica, que sob o álibi da segurança jurídica adotava como único procedimento capaz de tutelar de maneira segura as pretensões levadas ao crivo do judiciário o procedimento comum, desprovido de tutelas de urgências, apresentando-se neutro em relação ao direito material e a realidade social.

Entretanto, essa visão da doutrina clássica cedeu ante a necessidade de uma reinterpretação do fator tempo como elemento da efetividade do direito material, pois de há muito se percebeu que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera o direito a tutela jurisdicional comprometendo a própria função do judiciário qual seja: a pacificação social. Ora, é patente que quanto mais se estender a situação conflitiva maior será a sensação de frustração e descrédito dos jurisdicionados no poder judiciário. E cada vez mais se percebe que o decurso do tempo de uma demanda por si só pode levar ao fracasso ou sucesso de uma pretensão independentemente da decisão judicial final.

A processualística moderna, tem hoje um grande desafio pela frente que é justamente diante da enorme quantidade de demandas e do excesso de formalidades criar mecanismos capazes de reduzir as conseqüências negativas que tem o decurso do tempo, sem contudo abrir mão das garantias constitucionalmente asseguradas a uma prestação jurisdicional que tenha por base a certeza e a segurança jurídica. Neste sentido surge então a necessidade de compatibilizar duas importantes preocupações atuais no campo processual, que é justamente de um lado a segurança nas decisões jurídicas lastreadas pela ampla defesa e o contraditório e de outro a busca da celeridade, da eficácia e da efetividade dos direitos.

Como uma das alternativas viáveis à superação desse desafio, surge à técnica da tutela antecipatória instituída pelo legislador para tutelar de maneira tempestiva o direito material, antecipando, por conseguinte os efeitos concretos da sentença. A legislação processual previu em seu corpo normativo diferentes formas de se antecipar a tutela, assim, é possível requerer a antecipação nas hipóteses de

receio de dano (art. 273, I, CPC); abuso de direito de defesa (art. 273, II, CPC) e parcela incontroversa da demanda (art. 273, § 6º, CPC).

A técnica da antecipação da tutela consiste em um mecanismo de distribuição do ônus do tempo do processo, evitando que o autor arque sozinho com o encargo da lentidão da justiça, restabelecendo a igualdade entre as partes do processo à medida que o réu, que mais das vezes não tem razão, possa antes de a sentença final ser privado do bem da vida requerido pelo autor. Sendo que uma vez antecipado os efeitos da sentença, ficará o réu desestimulado a usar de subterfúgios para protelar o processo indefinidamente.

Neste trabalho pretende-se no âmbito de uma análise geral da antecipação da tutela destacar a importância do instituto criado pelo § 6º do art. 273, que sem sombra de dúvida, e se corretamente aplicado, contribuirá para diminuir a frustração dos jurisdicionados decorrente de um processo moroso e ineficaz, sobretudo porque sua interpretação está vinculada ao Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas que encontra lastro legal no inc. LXXVIII, do art. 5º da CF. Têm-se então, que o § 6º do art. 273 quando interpretado a luz desse direito deixa evidente que a técnica da tutela da parte incontroversa foi instituída justamente para dar à jurisdição o poder de proteger de forma adequada um direito cuja tutela final não pode ser adiada por não mais exigir instrução probatória.

Sendo, pois, que o estudo de institutos processuais que possibilitem realizar a justiça em prazo razoável se reveste de extrema importância, haja vista, serem esses institutos alternativas visíveis que conferem mecanismos para a superação da triste realidade do processo no Brasil, e com o qual se deparam diariamente os advogados, os membros do Ministério Público e sobretudo os jurisdicionados que muitas vezes veem o seu direito esvair-se pelo decurso do tempo, tornando inócua a prestação jurisdicional e descaracterizando a própria função pacificadora do poder judiciário.

## II – O TEMPO DO PROCESSO

### 2. O Decurso do Tempo e a Efetividade do Processo

É antiga a denúncia Carnellutiana no que diz respeito ao tempo como um elemento de conspiração à prestação jurisdicional justa, sendo inegável o reflexo direto que tem o tempo na qualidade e eficácia desta. Hodiernamente é irracional dissociar o direito de ir a juízo do direito a tempestividade da justiça. O grande desafio que se apresenta hoje é de construir mecanismos processuais que permitam aos jurisdicionados obter uma resposta as suas demandas de forma tempestiva e efetiva, e isso se mostra ainda mais difícil porque a necessidade de tempestividade modifica-se de acordo com as mudanças da sociedade e do próprio direito, e também porque o Estado apresenta dificuldades em estruturar-se de modo a atender a todos de forma efetiva.

Inicialmente é salutar afastar a idéia simplista e vulgar de que o juiz é o culpado pela demora do processo, aliás, em recente pesquisa divulgada pelo IDESP (Instituto de Estudos Sociais e Políticas) onde foram consultados 351 juízes de vários Estados Brasileiros, estes foram unânimes em afirmar que a justiça brasileira é muito lenta, porém de longe a responsabilidade dessa lentidão pode ser imputada aos magistrados.

Esses dados vieram corroborados por uma matéria de o Jornal Folha de São Paulo que teve como base diversas fontes de pesquisas, com o seguinte título “os juízes trabalham, e muito”, deixando claro, a matéria que a morosidade da justiça, longe de ter como responsáveis os magistrado, é antes de tudo uma preocupação constante destes. Pois para os juízes o tempo é um inimigo contra o qual, estes diariamente são obrigados a travar uma batalha, na ânsia de entregar uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

A demora no desfecho processual, pode muita das vezes ser imputada ao cumprimento exagerado de solenidades impostas pela lei, e pela falta de estrutura do judiciário. Para a doutrina clássica o procedimento comum ordinário, é o único procedimento capaz de tutelar de forma segura o direito, tal procedimento é compreendido como sendo de cognição plena e exauriente, essa doutrina afasta, por conseguinte os procedimentos sumários, sobretudo aqueles de cognição parcial.

Ao adotar o procedimento ordinário como padrão, a doutrina clássica, se fecha às diversas necessidades do direito material e da realidade social, e os magistrados ao seguirem cegamente as determinações impostas por ele se vêem de mãos atadas sem saída para prestar de forma efetiva a tutela.

Essa visão remonta ao iluminismo, onde o juiz representava tão somente a “boca da lei”, limitando-se tão somente a declarar o direito, sem qualquer poder de criação, restringindo-se a mero espectador da disputa entre as partes. E é justamente a idéia de neutralidade imposta pelo procedimento ordinário que impede a concepção de um procedimento capaz de distribuir de forma racional o tempo do litígio.

É, pois, nesse contexto de inconformismo e de superação de um sistema que se estende por anos, que proliferam as tutelas sumárias, sendo estas, fenômenos oriundos das novas exigências de uma sociedade urbana de massa que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pelo procedimento ordinário. Assim, os juristas do mundo entram em um consenso: “o processo tem que ser efetivo”, surgindo a partir daí movimentos de desformalização do direito, extirpando-lhe solenidades e tecnicismos obstativos do acesso à tutela jurisdicional.

Essa visão utilitária do processo permite ao legislador criar uma estrutura judicial e procedimentos dotados de técnicas capazes de vencer os obstáculos à prestação ideal de justiça. (Marinoni, 2008) assim se posiciona:

Em um determinado momento o processualista acordou e observou que a justiça civil era elitista – porque estava afastada da grande maioria da população, que por várias razões evitava recorrer ao poder judiciário – e inefetiva, já que não cumpria aquilo que prometia, principalmente em razão de sua lentidão.

O Procedimento Ordinário, influenciado pelas idéias do liberalismo do século XIX, é um autêntico aliado do réu cujo interesse no processo é tão somente de manter o *status quo*, fazendo com que o autor amargue e arque sozinho com o ônus do tempo, como se este último fosse o único responsável pela demora na resolução do conflito.

Assim, fica clara a necessidade de uma redefinição do fator tempo, sobretudo, no que diz respeito a sua minimização e distribuição eqüitativa dentro do processo, para que a partir dessa redefinição possa a dogmática processualista realizar concretamente os princípios contidos na Constituição Federal. O que não se pode, é continuar a doutrina a afirmar peremptoriamente que “a justiça atrasada é

uma injustiça”, sem, no entanto, apresentar solução completa para superação desse obstáculo, contribuindo para o aumento do descrédito do povo no judiciário tornando letra morta a norma constitucional garantidora do direito à tempestividade da tutela jurisdicional.

## **2.1. O PROCESSO EM TEMPO RAZOÁVEL**

### **2.1.1 Noção de Tempo Razoável**

Há uma grande dificuldade da exata compreensão do termo “razoável duração do processo” expresso no inc. LXXVIII do art. 5º da CF, isso porque esse direito fundamental tem caráter bidimensional. É que tempo razoável não é sinônimo de aceleração processual ou dilação de prazos, contrariamente, o termo quer justamente traduzir um tempo de tramitação otimizado, em compasso com o tempo da justiça.

Processo em tempo razoável não é sinônimo de processo limitado no tempo, tendo dia e hora para acabar. O direito ao processo em tempo razoável não deve ser equiparado a um hipotético direito fundamental ao cumprimento de prazos processuais ordinários. Ao constitucionalizar tal direito, não se pretendeu proceder à constitucionalização dos prazos previstos no ordenamento processual, se assim tivesse ocorrido, estar-se-ia diante de uma duração legal, onde o juiz estaria adstrito à norma tendo o dever de cumprir, o que seria completamente inviável, dado a complexidade que envolve cada caso concreto.

Importa acrescer que a ineficiência temporal da justiça não é um fenômeno contemporâneo, tão pouco um problema isolado do Brasil, ao contrário, já em 1215 a Magna Charta Libertatum inglesa, trazia previsão do devido processo legal, englobando nesse processo devido, o fator tempo.

No direito Português, encontra-se por volta de 1314 uma primeira reforma do judiciário que dá conta de leis editadas tendentes a disciplinar o rito do processo, de modo a abreviar o julgamento das demandas; O constitucionalismo americano adotou o direito a um julgamento rápido o denominado “*speedy trial*” que inicialmente estava associado apenas aos feitos penais.

O Brasil tradicionalmente não contemplava de maneira expressa a garantia de tramitação do processo em tempo razoável, e somente com a influência

do constitucionalismo norte-americano, que contemplava a cláusula do *due process of law* é que o Brasil passa a esboçar as primeiras preocupações com esse direito.

Das Constituições brasileiras editadas até os dias atuais, apenas a de 1934, de curtíssima duração e com matizes bastante autoritários, é que enunciava de forma expressa o direito ao rápido andamento do processo, o dispositivo que tratava da matéria era o art. 113,35 primeira parte que assim dispunha “A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas [...]”. Tal cláusula encontrava-se inserida no título consagrado à Declaração de Direitos, mais especificamente no capítulo relativo aos direitos e garantias individuais. Claramente percebe-se que o constituinte da época, não só constitucionalizou tal direito, como impôs ao legislador a obrigação de elaborar leis tendentes a tornar efetiva tal garantia. Percebe-se que a norma não contempla a concepção de razoabilidade temporal, preocupando-se tão somente com a literalidade do aspecto temporal.

Não se pode deixar de observar, que essa análise do conceito de tempo razoável é extremamente delicada, pois não impende de dúvida que um processo lento fere a garantia da tutela jurisdicional tempestiva, por outro lado, também não se pode deixar de considerar, que ao acusado é assegurado a ampla defesa, e isso demanda necessariamente tempo, assim o tempo razoável deve ser entendido como o suficiente a possibilitar um justo julgamento, mas não tão excessivo que dilate de forma desnecessária a tramitação do processo.

A Corte Européia dos Direitos do Homem traz os critérios a serem considerados necessários para se determinar a razoável duração do processo, que são assim analisados: a) A complexidade do assunto; b) O comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) A atuação do órgão jurisdicional.

Sobre os referidos critérios, assim se manifesta (Didier, 2007):

O reconhecimento destes critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados.

Assim é evidente que se uma determinada questão envolve, por exemplo, a apuração de crimes de natureza fiscal ou econômica, a prova pericial a ser produzida poderá demandar muitas diligências que justificarão duração bem mais prolongada da fase instrutória. (...).

Por outro lado, não poderão ser taxadas de “indevidas” as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes.

E, ademais, é necessário que a demora para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pleora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, nesse particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional.

Verifica-se desse modo que, tempo razoável não é mais do que o tempo necessário para que o magistrado amparado por um critério de proporcionalidade possibilite as partes discutirem o seu direito de forma equânime. Assegurando o direito de participação dos envolvidos no litígio, dando a máxima celeridade possível e não praticando atos dilatórios indevidos, só assim, é que se terá preservado o direito em tela, e respeitado a sua “dupla via”, caso contrário o direito estará simultaneamente negado.

### **2.1.2 Responsáveis Pela Distribuição Equânime do Tempo no Processo**

Conforme dito acima, a responsabilidade pela demora no tramitar de um processo não cabe a uma única pessoa ou ente, ao contrário há uma co-responsabilidade que pode ser distribuída entre o Estado-juiz, o Legislador e os demais atores processuais que tem o dever de colaboração com a justiça.

Nesse diapasão, cabe ao estado-juiz dentro da sua importante tarefa do monopólio da jurisdição prestar uma jurisdição adequada, para isso deve o Juiz enquanto personalização do estado inibir as defesas abusivas, interpretar as regras processuais de acordo com os direitos fundamentais, adotando quando necessário, técnicas de controle de constitucionalidade para permitir a realização concreta do direito fundamental à duração razoável. Tem assim, o juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à tutela tempestiva do direito material.

O legislador por sua vez, tem a importante missão de elaborar um sistema normativo-processual compatível com os direitos constitucionalmente assegurados para que estes não se tornem, “fonte perene de decepções” (Dimarco, 2006).

Já as partes do processo, entendido aqui como autor e réu, cabem a difícil tarefa de se comportarem com lealdade no transcorrer do processo, evitando a procrastinação dolosa do feito como a litigância de má fé.

De Acordo com o magistério de Luiz Guilherme Marinoni, um outro personagem a quem pode ser atribuída à responsabilidade pela minimização do

tempo do processo é o próprio processualista, pois, por muito tempo a demora do processo era considerada irrelevante de importância secundária. O que se apresenta para os processualistas modernos é exatamente a superação dessa dogmática, pois aqueles que vivem atrelados a tal concepção, não percebem que o tempo do processo, é um dos principais fundamentos dogmáticos do processo, quando visualizado dentro do Estado constitucional. Assim, cabe ao processualista moderno não só ler as normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais, mas também extrair do sistema processual as técnicas adequadas à realização concreta dos direitos fundamentais.

O que se percebe, é que todos os agentes responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional têm que ter uma visão voltada para além do processo ordinário, deixando de lado o formalismo exacerbado e a preocupação exagerada com a certeza do processo, pois tais preocupações contribuem para o descrédito e a angústias das partes que expõem seus conflitos para serem solucionados pelo judiciário.

Assim sendo, evidencia-se que tão importante quanto à certeza e segurança jurídica é também a duração do processo civil, pois disso decorre a efetividade do direito material. Essa importância decorre do próprio momento vivenciado pela sociedade, pois o ritmo acelerado da vida, seja nas relações econômicas seja nas sociais, não permitem que o judiciário continue alheio a essas mudanças, dessa forma, impõe-se a busca incessante de mecanismos que minimizem o tempo do processo, pois se a demora do processo é algo inevitável, o que se propõe é que ela seja a mais curta possível.

Aos operadores do direito, cabe, pois a missão de analisar os institutos processuais dentro do contexto social ao qual está inserido. Devendo estudar o fator tempo e suas implicações na prestação jurisdicional e na vida dos jurisdicionados, pois, "O decurso do tempo, nos dias de hoje por si só pode levar ao fracasso ou sucesso de uma pretensão, independentemente da decisão judicial proferida" (Dória, 2003).

### **2.1.3 O Direito ao Processo em Tempo Razoável como Decorrente da Garantia de Tutela Jurisdicional Efetiva.**

Tratar da efetividade da tutela jurisdicional é apresentar um leque de princípios processuais consagrados constitucionalmente, que buscam viabilizar o uso racional do processo pelas partes e pelo juiz, de modo que este processo possa cumprir sua função sem, no entanto extrapolar os limites do razoável. Favorecendo com isso que as partes que demandem no judiciário saiam satisfeitas, e não busque na justiça privada, a solução para os seus conflitos.

A processualística moderna não pode ver o processo sem que seja a luz da Constituição. Esta acentuou ainda mais essa tendência, pois trouxe em seu corpo normativo, incluindo entre os Direitos e Garantias Fundamentais, inúmeros dispositivos processuais, de observância obrigatória quando da aplicação do direito aos casos submetidos ao crivo do judiciário.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, afirma que “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, essa norma, é a fonte de onde deriva todos os subprincípios garantidores de uma prestação jurisdicional efetiva.

O Estado ao proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição, em contrapartida conferiu aos particulares o direito de ação, tal direito, deve, por conseguinte ser exercido em consonância com a necessidade dos jurisdicionados, já que estes não podem mais se utilizar da justiça privada, e em razão disso necessitam que o Estado ofereça condições para que o judiciário exerça sua atividade de maneira adequada, de maneira que realmente atenda aos interesses dos jurisdicionados. Pois de nada adiantaria conferir a garantia constitucional do princípio da inafastabilidade do poder judiciário, se ao Estado não fosse conferido poder de proferir decisões condizentes com os anseios dos jurisdicionados de modo a cumprir sua função, qual seja, a pacificação social.

Ao trazer a previsão de que ao poder judiciário cabe a apreciação de toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, o constituinte trouxe para o Estado o dever da proteção judiciária, englobando aí uma série de princípios que assim são nomeados pela própria Constituição Federal: Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa e Celeridade Processual (art. 5º, LIV, LV e LXXVIII), tais princípios são denominados pelos processualistas de princípios processuais constitucionais.

Esses princípios são verdadeiros Direitos Fundamentais Processuais, e é exatamente dessa forma que devem ser interpretados e aplicados, ou seja, o

magistrado ao deparar-se com um processo, deve buscar interpretar o caso e o direito ali posto, como se interpretam os direitos fundamentais, de modo a dar a máxima eficácia possível. Sendo que é a partir dessa análise da fundamentalidade desses princípios, que alguns processualistas aqui por todos Fredier Didier Júnior, já antepõe à nomenclatura desses princípios o termo Direito Fundamental, e é assim que aqui também serão expostos:

### 2.1.3.1 Direito Fundamental ao Devido Processo Legal

A Constituição Federal trouxe em seu corpo o Princípio do Devido Processo Legal, que remonta a e Carta Magna Inglesa de 1215 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim assegura em seu art. XI, nº 1: “*Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*”.

Este princípio é visto pela doutrina sob dois enfoque o formal e o material. O Aspecto formal, conforme entendimento pacífico, é tão somente o direito conferido a toda e qualquer pessoa de ser processado e de processar de acordo com normas previamente estabelecidas.

O devido processo legal substantivo ou material é mais amplo do que seu aspecto procedimental, pois se manifesta em todos os campos do direito. O *substantive due process* tutela o direito material do cidadão, como a vida, a liberdade e a propriedade e todos os demais destes derivados ou inseridos na Constituição. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, prolatou Acórdão que em poucas palavras trouxe a perfeita essência do aspecto material do devido processo legal:

*Dues processo of law*, com conteúdo substantivo- *substantive due process*- constitui limite ao legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*racinality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um *real* substancial nexo com o objetivo que se quer atingir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> (ADIN nº 1511-7 – Medida Liminar, julgado em 14.08.1996).

Em verdade, o devido processo legal material não apresenta limites e, pode abranger quaisquer direitos, a esse princípio vinculam-se dois outros quais sejam: o da razoabilidade e o da proporcionalidade. Esses princípios são utilizados em regra para harmonizar a tensão entre direitos fundamentais ou princípios fundamentais, isso porque, constatada a inexistência de hierarquia entre normas definidoras dos direitos fundamentais, e havendo conflitos entre elas, tais conflitos devem ser resolvidos obedecendo a um juízo de ponderação de modo a identificar qual deles no caso concreto deverá prevalecer.

#### **2.1.3.2 Direito Fundamental a Participação em Contraditório:**

De acordo com (Didier, 2008). o Processo “é um instrumento de composição de conflitos - pacificação social – que se realiza sob o manto do contraditório”. Falar em contraditório é falar em participação e possibilidade de influência da decisão. O fator participação é o único firmado pela doutrina clássica, para essa doutrina, o contraditório está amplamente satisfeito se o magistrado conferir às partes a garantia de falar no processo, de ser ouvido, de ser comunicado dos atos.

Porém hodiernamente, o contraditório assume uma nova feição, qual seja: a de poder influenciar o magistrado, pois seria de pouca valia a participação da parte no processo, se dessa participação não decorresse o convencimento do magistrado, nas palavras de (Didier, 2008):

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado - e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: O contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

O Princípio do Contraditório é, pois o norte que o magistrado deve seguir, para decidir de maneira justa e adequada. Não pode o magistrado punir alguém sem que antes proporcione a este, a oportunidade de apresentar uma justificativa plausível para o direito que ele está violando, tal valor, já se encontra normatizado em alguns dispositivos do Código Processo Civil, podendo aqui ser

exemplificado com o art. 599, que assim diz: “ O juiz pode, em qualquer momento do processo: I - [...]; II – Advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça”.

Vê-se assim, pelo dispositivo acima citado a preocupação do legislador com a parte do processo, só autorizando a sua punição após prévia explicação, o que demonstra de fato, que a participação da parte no processo é sobremodo importante, quando possibilita ao magistrado a exata compreensão do que concretamente está ocorrendo. O dispositivo mencionado pode ser aplicado por analogia a qualquer punição processual.

### 2.1.3.3 Direito Fundamental a Ampla Defesa:

A Ampla Defesa vem prevista de forma expressa no art. 5º, LV da CF/88, tal dispositivo também traz a previsão do contraditório, o que demonstra a forma pela qual, estes se encontram vinculados, sendo na verdade a ampla defesa uma forma de qualificação do contraditório.

Entende-se assim, a ampla defesa como o mecanismo posto à disposição das partes, e não somente do réu, de trazerem para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. E a forma de sua exteriorização é dada justamente pelo contraditório, que impõe a dialética do processo, assegurando igualdade entre as partes, pois a cada ato produzido por uma das partes, caberá a outra demonstrar a sua versão produzindo a sua defesa, é só assim, que o processo será conduzido de forma igualitária.

### 2.1.3.4 Direito Fundamental a Razoável Duração do Processo

Inicialmente este princípio encontrou previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de San José da Costa Rica, da qual a República Federativa do Brasil é signatária, tal Convenção prevê em seu art. 8, 1:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as **devidas garantias e dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer

acusação penal formulada contra ela, ou para que se determine os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso).

A EC nº 45/04 que promoveu a Reforma do Judiciário inclui no art. 5º, inc. LXXVIII, de maneira expressa o princípio ora tratado, assegurando a todos no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Para Alexandre de Moraes, esse direito já se encontrava contemplado na Constituição Federal, mesmo que de forma difusa, seja ao prevê a CF o devido processo legal que tem corolário os princípios do contraditório e da ampla defesa, já discutidos anteriormente, seja na previsão do princípio da eficiência aplicáveis a administração pública em geral (art. 37 da CF). Porém cumpre aduzir que o reconhecimento individualizado deste direito fundamental é salutar, trata-se de um processo de autonomização que representa um reconhecimento do papel preponderante exercido pelo procedimento na realização contemporânea dos direitos dos indivíduos, impondo a todos os operadores do direito considerá-lo de forma detida e responsável.

Na visão de Samuel Miranda Arruda, a autonomização tem também uma função pedagógica, qual seja: “dar conhecimento amplo da existência dessa garantia processual para que possa vir a ser mais frequentemente exigida. Por outro lado torna mais clara a responsabilidade do estado em assegurar o seu cumprimento” (Arruda, 2006). De outro modo, uma vez, dada autonomia a esse direito ficará mais visível quando este não for validamente cumprido, situação em regra, nem sempre observada quando o mesmo estava implícito do direito ao devido processo legal. Assim, em algumas ocasiões, enquanto uma lesão aos direitos de tutela judicial efetiva ou devido processo legal pode não restar evidente, o mesmo não ocorrerá quando se considerar de forma isolado o direito ao processo em tempo razoável, pois uma vez violado, logo haverá a percepção de tal violação.

Como exemplo dessa situação, pode ser mencionado um processo sentenciado e regularmente executado não obstante o atraso imoderado e injustificável, não resta dúvida que este processo em que pese o atraso, proporcionou ao jurisdicionado a tutela pretendida sanando a lesão jurídica reclamada pelo jurisdicionado. Porém não impende de dúvidas também que o direito a razoável duração do processo, nesse caso específico foi flagrantemente violado,

sem que se tenha dado conta, antes a anterior falta de autonomia do direito a razoável duração do processo.

Assim, torna-se evidente que a existência desse direito fundamental, não dependia de posituação constitucional expressa, pois não restava dúvida que o mesmo estava de fato contido em outras cláusulas conforme a posição doutrinária majoritária. Mas a afirmação direta e de forma expressa, reforçou a posição dos titulares do direito e aclarou os deveres dos destinatários.

Por outro lado, cabe ressaltar que a autonomia do referido direito por si só não acarreta a celeridade no tramitar do processo, na visão de Alexandre de Moraes, a EC 45/04, trouxe poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e conseqüente redução da morosidade da justiça brasileira. De acordo com o referido constitucionalista, a superação dessa morosidade, passa por alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de justiça e a maior segurança jurídica, afastando por conseguintes os tecnicismos exagerados.

Para o ex- ministro do STF, Nelson Jobim, a EC 45/04, *“é só o início de um processo, de uma caminhada. Ela avançou muito em termos institucionais e tem alguns pontos, como a súmula vinculante e a repercussão geral, que ajudam sim, a dar mais celeridade. Porém para reduzir a tão falada morosidade, já estamos trabalhando com outra reforma, de natureza infraconstitucional e que vai trazer modificações processuais”*.<sup>2</sup>

A verdade, é que não há mais como conceber a estrutura técnica do processo civil à distância do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. O inciso LXXVIII do art. 5º da CF ao conferir autonomia a esse direito estendeu a responsabilidade para sua efetivação aos poderes constituídos do estado, assim é responsável pela efetivação desse direito além do Judiciário, o Executivo e o Legislativo, cabendo a esse dois últimos, proporcionar condições fáticas necessárias ao judiciário, para que o mesmo realize de maneira idônea este direito.

Assim entendido, o judiciário vai precisar do estado-administração, que deverá dotar o judiciário de condições econômicas para tanto. E isso envolve investimento financeiro nesta área, pois o mais perfeito ordenamento jurídico não funcionará adequadamente em um ambiente de escassez de recursos. A

---

<sup>2</sup> JOBIM, Nelson. Entrevista sobre Reforma do Judiciário no *site* do Supremo Tribunal Federal (08 de dezembro de 2004). Disponível em : <[www.stf.gov.br/noticias/imprensa/](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/)>.

estruturação de um sistema judicial apto a dar proteção efetiva aos jurisdicionado pressupõe como é obvio, a alocação de recursos suficientes ao seu funcionamento e isto inclui contratação de pessoal, investimento em equipamentos de informática, programas de treinamento e aperfeiçoamento dos servidores do judiciário, entre outros.

Para o legislador, cabe a elaboração de normas que dêem ao judiciário a estrutura e os instrumentos processuais necessários para que possa agir em prazo razoável. Na óptica de Marinoni (2008, p. 32) a atuação legislativa vai além das premissas acima previstas, manifestando-se assim o referido autor:

A atuação legislativa [...] deve se preocupar com a igualitária distribuição do ônus do tempo do processo entre os litigantes. Não basta ao estado instituir normas voltadas a dar maior tempestividade ao processo. É preciso que o tempo do processo seja racionalmente dividido entre as partes, de modo a evitar que o autor que evidencia o seu direito possa ser prejudicado pelo exercício de defesa abusiva.

Assim, percebe-se que o legislador deverá continuar o trabalho do constituinte, especificando e aclarando o alcance do direito, estabelecendo por conseguintes as formas de seu exercício, e aqui há uma dúplice obrigação, pois no plano positivo o legislador deverá estabelecer um sistema normativo processual compatível com a preservação do direito; já no plano negativo, deverá furtar-se a estatuir normas que venham a negar a prática desse direito, como o estabelecimento de ritos processuais muito complexos e prazos exageradamente alongados, de forma a comprometer a inviolabilidade do núcleo essencial desse direito.

Portanto o grande desafio que se apresenta para a processualística contemporânea é justamente o desenvolvimento de institutos processuais que propiciem a garantia desse direito, isso tem levado há constantes reformas da legislação processuais, que vêm buscando incessantemente superar o procedimento ordinário clássico, concebido pela doutrina chiovendiana, por ser esse atualmente uma expressão clara de inconstitucionalidade.

A idéia, portanto das tutelas antecipatórias, são claros exemplos de institutos processuais desenvolvidos para tutelar o direito ao processo em tempo razoável. No Brasil, o instituto da tutela antecipada encontra amparo legal no art. 273 do CPC, e tem sua importância traduzida de forma brilhantemente por Marinoni,

(2008, p. 32) “A tutela antecipatória constitui o grande sinal de esperança em meio à crise que afeta a justiça civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento”.

Assim, fica evidenciada a importância da técnica processual prevista no art. 273 da lei de ritos, de modo que uma vez utilizada de forma adequada vai favorecer e muito a concretização do direito ao processo em tempo razoável, assegurado constitucionalmente. Cabendo, pois, aos operadores do direito a difícil, porém significativa tarefa de aplicá-la sempre que a demanda exigir, e assim for o desejo da parte.

Os processualistas por sua vez, encontram no direito em discussão um ponto sensível. Pois ao conferir as pessoas o direito de ação, e sendo necessário para o exercício desse direito um processo, e entendido o processo como um procedimento em contraditório, é de se concluir que a solução dos conflitos passa necessariamente por uma série de atos obrigatórios, que compõe o conteúdo mínimo do devido processo legal. Nesse sentido, entende-se que esse procedimento demanda necessariamente tempo, que algumas vezes não poderá ser suprimido, sob pena de ferir outros princípios igualmente importantes, e que fazem parte da tutela judicial.

Para Didier (2006, p. 41) a exigência do contraditório, o direito a produção de provas e os recursos, diminuem a celeridade processual, no entanto, são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. Assim, faz-se necessário um juízo de ponderação, evitando com isso discursos autoritários que pregam a celeridade como algo insuperável. Nas palavras do autor: “os processos da inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudades deles”. Importa estabelecer assim, que para que o direito fundamental a razoável duração do processo seja tutelado de forma adequada, se faz necessário o perfeito equilíbrio desse direito com os demais assegurados constitucionalmente. Pois se assim não o for, a prestação jurisdicional, continuará a ser inadequada, e continuará a afastar os usuários, que serão estimulados a procurar alternativas disponíveis para a resolução dos seus conflitos.

Percebe-se então, que há um tempo mínimo de tramitação necessário à garantia da efetividade da justiça. A justiça efetiva assim, não pode ser morosa nem açodada demais. O que se quer dizer é que a marcha processual deve se desenvolver com celeridade, mas possibilitando a tomada de decisão refletida e

madura, após ampla produção probatória e ouvidos exaustivamente os argumentos das partes em litígios, até o limite de que a participação das partes no processo não se torne abusiva.

Assim, fica evidenciado que o direito fundamental a razoável duração do processo importa em uma relação de direito público que se estabelece entre as partes e o estado. Sendo este obrigado a dar a tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer cidadão que procure o judiciário, sob pena de assim não fazendo incorrer em flagrante violação deste direito, sendo que esta prestação passa necessariamente por um juízo de ponderação, harmonização e equilíbrio, entre as normas constitucionais.

### III – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

#### 3. Breve Histórico

Por muito tempo a legislação processual brasileira não dispunha de previsão sobre a antecipação de tutela, esta forma de mecanismo encontrava amparo legal tão somente para alguns procedimentos especiais sendo possível a sua utilização nas ações possessórias, mandado de segurança e ação de alimentos. Sendo que para os demais direitos tutelados pelo rito comum, não havia previsão de uma tutela provisória satisfativa.

Por outro lado, já havia previsão no diploma processual brasileiro do poder geral de cautela, que conferia ao magistrado a possibilidade de conceder medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, sempre que se fizessem presentes dois requisitos a fumaça do bom direito e o perigo da demora (*fumus boni iuris e o periculum in mora*).

Diante então da lacuna legal, a tutela cautelar foi desvirtuada e passou a ser utilizada para concessão de medidas antecipatórias satisfativas, como se cautelares fossem e assim criou-se a famigerada “cautelar satisfativa”, onde se antecipava o próprio bem da vida pretendido pela parte requerente. As cautelares satisfativas contrariavam a natureza jurídica das cautelares, mas como não havia outra medida eficaz, permitia-se o uso da cautelar como tutela satisfativa e não apenas assegurativa.

O uso inadequado das cautelares satisfativa em substituição às antecipatórias, fez surgir à necessidade de uma adequação dos procedimentos para tutelar os direitos em situação de urgência ou evidência, destaca-se nesse aspecto a importância das cautelares como fase de desenvolvimento da generalização das tutelas antecipatórias.

Um dos primeiros estudos sobre a tutela antecipada, segundo Nelson Nery Jr. ocorreu no primeiro Congresso Nacional de Direito Processual Civil, que aconteceu em Porto Alegre em julho 1983, organizado pelo Instituto dos Advogados do Rio grande do Sul, coordenado pelo prof. Ovídio Araújo Baptista da Silva. Em 1985, uma comissão formada pelos profs. Luiz Antônio de Andrade, José Joaquim Calmôm de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Jr. e Sérgio

Bermudes, apresentou anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil. Nelson Nery Jr. (199, p. 64) comenta que neste projeto, “colocou-se a tutela antecipatória junto com a tutela cautelar, tratando duas realidades distintas como se fossem a mesma coisa”. A Escola Nacional da Magistratura, em 1991, reformulou os antigos projetos, colocando a tutela antecipada no livro do processo de conhecimento.

Em 1992, foi publicada a primeira obra doutrinária sobre o tema, de autoria de Luiz Guilherme Marinoni – Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória.

Finalmente em 1994, a Lei 8.952/94 reformou o art. 273 e acrescentou o § 3º ao art. 461 do CPC, tais dispositivos generalizaram o poder geral de antecipação, permitindo que o mesmo fosse a partir de então utilizado para a tutela de qualquer direito e não só mais para os tutelados por procedimentos especiais. . O uso de tais dispositivos é assim resumido por Didier (2007, p. 520).:

O § 3º do art. 461 destina-se à tutela antecipada em ações de prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro. O art. 273 cuidaria da antecipação dos efeitos da tutela nas ações declaratórias, constitutivas e de prestação pecuniária. Não há processo, portanto que não contenha regra que permita a antecipação da tutela. Ambos os artigos, porém estão interligados, formando um sistema de concessão de tutela antecipada”.

Com a modificação da legislação processual, afasta-se por completo a possibilidade de cautelares satisfativa, tendo agora cada instituto regramento próprio.

### **3.1. Compreensão do Instituto**

Ao adentrar-se no estudo da antecipação da tutela, impõe-se inicialmente algumas diferenciações que levarão a perfeita compreensão do instituto, começando pela exata compreensão do termo tutela. Assim, o que seria tutela? Para Marinoni a tutela equipara-se a um “bem da vida”, uma vez que o jurisdicionado procura o poder judiciário para obter “um bem jurídico” ou a “tutela” do direito que afirma ter, assim entende-se por tutela aquilo que se visa com o processo, ou seja, o pedido mediato do autor. A resposta que se dá a esse pedido, por sua vez, traduz o provimento, que constitui o pedido imediato do autor.

Theodoro Jr (1999, p. 55). com peculiar clareza estabelece a diferença entre pedido mediato e pedido imediato, assim expondo: “ O pedido que o autor

formula ao propor a ação é dúplice: Primeiro o pedido imediato, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e segundo, o pedido mediato, contra o réu, que se refere à providência do direito material”.

Assim, o provimento tem relação com o direito processual, é a resposta jurisdicional ao pedido do autor; e a tutela tem relação com o direito material, é o bem da vida que o autor visa obter com a prestação jurisdicional. Assim, a tutela encontra-se após o provimento, depois desse é que ela será obtida, sendo o provimento o meio para se alcançar a tutela. Portanto com o instituto da tutela antecipada, visa-se antecipar os efeitos da tutela e não do provimento, ou seja, antecipar os efeitos concretos do pedido mediato.

### **3.2. Antecipação dos Efeitos da Tutela e Antecipação da Tutela**

O art. 273 do Código de Processo Civil ao tratar da antecipação fala que o juiz pode a requerimento da parte, antecipar os efeitos da tutela. Assim pela dicção do referido dispositivo percebe-se que antecipar os efeitos da tutela, não é o mesmo que antecipar a tutela.

Antecipar os efeitos da tutela, nada mais é que permitir antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito. Marinoni (2008, p. 42-43) assim esclarece:

A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito. Essas conseqüências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material.

Esse entendimento é corroborado por Didier (2006, p.142) que afirma não se antecipar a própria tutela, mas tão somente os efeitos práticos dela provenientes, portanto através da decisão antecipatória o que se tem é a possibilidade daquele que a requereu usufruir os efeitos práticos do direito que se quer ver tutelado. Para o referido autor, o que se antecipa é a “eficácia social da sentença”, e não sua “eficácia jurídico formal”, pois esta última, só virá com a própria tutela ao final do processo mediante um juízo de cognição exauriente.

Não querendo dizer com isso que a antecipação da tutela não tenha que ser revestida de eficácia jurídica, ao contrário a decisão que antecipa a tutela

depende de alguns requisitos legais, os quais serão vistos no decorrer do presente trabalho.

Os efeitos do pedido da parte podem ser antecipados total ou parcialmente. A fixação dos limites da tutela antecipada não é ato discricionário do juiz, devendo estar sempre vinculado ao princípio da necessidade, já que a antecipação da tutela objetiva conferir efetividade à função jurisdicional, e somente quando a medida antecipatória for apta a realizar tal objetivo é que deverá ser deferida.

Um outro aspecto a ser observado, é quanto ao alcance da antecipação, sendo claro que, assim como a sentença, o juiz não poderá conferir mais, diversamente ou menos do que o requerido pela parte, porém pode antecipar parcialmente o pedido da parte, esse requerimento refere-se ao pedido de antecipação e não ao pedido final.

### **3.3. Momento para Requerimento e Concessão da Antecipação dos Efeitos da Tutela**

O art. 273 não se limita a estabelecer uma única forma de antecipar os efeitos da tutela, ao contrário, em seus incisos e parágrafos há hipóteses diferenciadas que se submetem, a requisitos genéricos e específicos distintos.

Na concessão fundada no inciso I do referido artigo, que tem como pressuposto o dano irreparável ou de difícil reparação, a antecipação requerida pela parte pode ser conferida na inicial, após a contestação, durante todo o processo e até mesmo em grau de recurso, já que não existe na lei nenhuma limitação à concessão.

A antecipação da tutela, pode inclusive ser concedida *inaudita altera parte*, ou seja, sem a oitiva do réu, e isso se justifica quando a entrada deste no processo possa acarretar a não validade da concessão dos efeitos fáticos da tutela, tornando-a ineficaz. Pode-se nessa hipótese questionar-se sobre a ofensa ao princípio do contraditório, podendo se afirmar que tal não ocorre, pois o que ocorrerá é tão somente um contraditório diferido. Além do que, a antecipação apresenta um caráter de reversibilidade, o que garante ao réu que este não sofrerá qualquer prejuízo com a sua manifestação a posteriori. Cabendo ainda acrescentar que, a liminar antecipatória jamais poderá assumir o efeito de exauriente da tutela jurisdicional. Mesmo deferida *in limine*, o processo forçosamente terá de prosseguir

até o julgamento final de mérito, conforme determinação contida no § 5º do já citado dispositivo, isso leva a conclusão que a antecipação de tutela convive sem problema algum com o princípio do contraditório.

Já na hipótese prevista no inciso II do art. 273, onde se pressupõe a antecipação em razão do abuso de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu, o momento para a sua concessão e requerimento encontra dissidência doutrinária. Parte entende que só poderá ser requerida após a resposta do réu, enquanto outra corrente espousa entendimento que a antecipação mesmo nessa hipótese poderá ser conferida antes da citação e contestação do réu. Entende-se porém, que a razão está com a primeira corrente, pois antes da manifestação do réu, é quase impossível que este possa abusar da sua defesa com fins protelatórios.

### **3.4. Legitimidade para o Requerimento**

A regra geral vai dizer que todo àquele que alegar à tutela jurisdicional está legitimado a requerer a antecipação dos efeitos da tutela, o art. 273 CPC por sua vez diz: “a parte”, sem indicar qual delas e em seguida menciona no “pedido inicial”, poderá requerer os efeitos da tutela antecipatória. Uma análise superficial do dispositivo pode levar a interpretação que somente ao autor da Ação cabe requerer os efeitos da antecipação, essa, no entanto não é a interpretação dada pela doutrina e jurisprudência. Assim, poderão requerer a antecipação, autor, réu, terceiros intervenientes e o Ministério Público.

#### **3.4.1. Requerimento Formulado por Autor, Réu e Terceiro Interveniente**

A tutela jurisdicional nada mais é do que o resultado prático favorável àquele que conseguir demonstrar o direito alegado após o regular exercício da função jurisdicional, assim, o resultado pode beneficiar não somente ao autor, mas também ao réu dependendo de quem venha a lograr êxito na demonstração do seu direito.

Nesse sentido, autor, réu e terceiros intervenientes, que a partir do ingresso se tornam parte, podem requerer os efeitos da tutela, para tanto é suficiente que preencham os requisitos na lei.

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, podem requerer a antecipação da tutela além do autor, o denunciante, na denunciação da lide; o oponente, na oposição; o autor da Ação Declaratória incidental. Didier Jr. ainda acrescenta o assistente simples, desde que condicionado à vontade do assistido, que pode não requerer, por qualquer motivo, a decisão antecipatória.

Carneiro (2004, p. 59) ressalva a antecipação quando se trata da requerida por denunciante, assim se posicionando o referido autor:

Quanto à parte que promove a denunciação da lide, é duvidosa a possibilidade de que possa requerer a Antecipação da tutela, pois a denunciação representa uma ação regressiva de caráter condicional; a parte denuncia a lide ao terceiro prevendo a eventualidade de que venha a perder a demanda, o que desfigura o juízo de verossimilhança e a referência na prevenção do dano.

Porém o posicionamento acima é minoritário, para Didier (2006, p. 552). não há razão para “vetar em tese o cabimento da antecipação da tutela em favor do denunciante”, ora, o denunciante poderá se voltar para a ação regressiva e deixar em segundo plano a ação originária, com isso revela a derrota perante o autor originário, e a depender do comportamento do denunciado, poderá ser autorizado a concessão da tutela em seu favor.

O réu por sua vez pode requerer a tutela antecipada quando formula pedido, ou seja, na reconvenção, pois nessa hipótese é autor; poderá também requerer nas ações de natureza dúplices, já que nesta pode oferecer pedidos contrapostos e requerer a sua antecipação, ou ainda quando é autor na Ação Declaratória Incidental, já que assume posição ativa. Até na simples contestação de acordo com o posicionamento de Marinoni poderá o réu formular o pedido antecipatório, porém esse posicionamento não é pacífico, o referido autor acrescenta, por conseguinte, que a antecipação na contestação simples é complexa, e só é possível quando entendida de forma articulado. É que, o réu na contestação não formula pedido, porém ao formular o pedido de rejeição da pretensão do autor, requer tutela jurisdicional de natureza declaratória, e nessa hipótese é possível ao réu requerer a tutela antecipada desde que presentes circunstâncias que o façam crer que o autor o impediria de praticar atos que seriam legítimos se a ação fosse improcedente. Como exemplo de antecipação dos efeitos da tutela formulado pelo réu, pode ser citado, o caso de que em demanda condenatória contestada, tendo

remetido o autor, em razão da suposta dívida, informações aos órgãos de proteção ao crédito, poderá o réu em tese pleitear a improcedência da ação e antecipadamente requerer que seu nome seja provisoriamente excluído do cadastro de inadimplentes.

### 3.4.2. Requerimento Formulado pelo Ministério Público

Não resta dúvida que ao Ministério Público cabe requerer a Antecipação da Tutela quando funcionar como parte e também quando for assistente diferenciado de incapazes, mister previsto no art. 82, I, do CPC. Na qualidade de *custos legis* porém a doutrina não é pacífica. Para Didier Jr. o MP poderá nessa qualidade, apoiar, repelir sugerir o pleito antecipatório, não podendo porém formular pedido antecipatório autônomo, pois na hipótese lhe falta legitimidade.

Na visão esposada por outros doutrinadores resta evidente a possibilidade do MP mesmo na qualidade de fiscal da lei, requerer os efeitos da antecipação, para tanto é necessário apenas que o seu pedido esteja em consonância com os interesses e direitos que ensejam a sua atuação no feito, assim se manifestam:

Pensar diferentemente não é somente apequenar o Ministério Público e seus misteres constitucionais; é muito mais do que isso. É apequenar a função social do processo e o interesse do próprio estado – imposto pela própria Constituição Federal- em que ele, o processo, seja eficaz, em que ele produz os efeitos que devem surtir em prol daquele que, procedimentalmente, apresenta-se como melhor direito do que outro". (Bueno, 2004)

A posição que melhor se coaduna com o princípio da efetividade do processo assegurado pela Constituição e aqui defendida é a segunda. Ora a atividade de fiscal da lei, não significa apenas a aplicação da lei ao caso concreto, contrariamente essa atividade deve ser entendida em seu sentido amplo, qual seja o de significado de fiscal da justiça. Assim, nada mais justo do que conferir ao membro do MP diante de um caso concreto que se impõe a antecipação de tutela, a possibilidade de ele pleitear, assim estará o mesmo zelando por suas funções. Ademais, se o membro do MP pode recorrer quando atua como fiscal da lei (art. 499, § 2º), parece aceitável que o mesmo possa pleitear tutela antecipada.

### 3.4.3. Concessão ex-officio

O art. 273 do CPC, exige para a concessão da antecipação da tutela que haja requerimento da parte, com isso veda-se a antecipação *ex officio*. Essa vedação é coerente com o princípio da congruência, pelo qual o magistrado ao julgar fica adstrito aos pedidos formulados na demanda que lhe foi proposta. Tal princípio encontra respaldo legal nos art. 128 e 460 do CPC, tais dispositivos limitam a atividade do magistrado impondo que a decisão por este proferida deverá conter tão somente a análise dos pedidos deduzidos no processo, não podendo ir além, aquém nem fora do que fora pleiteado.

Em algumas hipóteses, porém, a doutrina entende que o pedido de antecipação de tutela vem implícito é o caso da fixação de alimentos provisórios em ação de alimentos, não havendo nessa situação qualquer impedimento para que o juiz a conceda. Há ainda as medidas provisionais previstas no art. 888 do CPC, de nítido conteúdo satisfativo que podem ser concedidas de ofício pelo magistrado sem maiores oposições doutrinárias.

Porém fora dos casos acima expostos, uma parte considerável da doutrina ainda entende que em situações excepcionais pode o magistrado para evitar o perecimento do direito conceder de ofício a antecipação da tutela. Para essa doutrina, a antecipação da tutela seria a única forma de preservar a utilidade do resultado do processo e isso não violaria o princípio da congruência porque nessa hipótese o juiz estaria tão somente antecipando os efeitos fáticos, assim se manifesta essa doutrina:

Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim o irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor efetividade, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não-pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que essa é uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional seja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos, se o caso, antecipadamente. (Bueno, 2004)

O entendimento esposado por essa doutrina, no entanto é minoritário. A doutrina majoritariamente entende pela impossibilidade do juiz conceder a tutela *ex officio*, isso porque, a concessão de ofício não só pode ferir o princípio da

congruência no qual se estrutura a sistemática da legislação processual, mas também, porque a efetivação da tutela antecipada, se dá sob a responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, o qual deverá arcar com os prejuízos causados a outra parte, caso venha ser modificada a decisão. Pois caso contrário, quem arcaria com um possível prejuízo causado a parte. Pensando assim, não há como viabilizar a sua concessão de ofício, pois quem a requer expõe-se ao risco de ressarcir o adversário caso venha a se restar vencido na demanda.

### **3.5. Pressupostos para Antecipação da Tutela**

Para que o juiz conceda a antecipação dos efeitos da tutela, se faz necessário à presença de alguns requisitos, tais requisitos vêm expressos no art. 273 do CPC. E podem ser sistematizados em dois grupos, os Requisitos genéricos, que deverão se fazer presente em todas as formas de antecipação; e os requisitos específicos, que são alternativos, ou seja, apenas o preenchimento de um deles possibilita a concessão da antecipação.

#### **3.5.1 Pressupostos Gerais**

##### **3.5.1.1. Requerimento da Parte**

Em que pese, entendimento doutrinário diferente, o texto legal veda ao juiz conceder a tutela antecipada *ex officio*, ou seja, para que possa ser concedida exige a lei processual que haja pedido expresso da parte. Assim, cabe a qualquer dos sujeitos legitimados, se assim desejar formular o pedido de antecipação.

##### **3.5.1.2. Prova Inequívoca e Verossimilhança das Alegações**

Muitas divergências existem em relação à exata conceituação desses requisitos. Alguns citam com expressões sinônimas, outros os definem com sentido diverso, e outros ainda conceituam os dois requisitos de forma conjugada.

Se verificados em seu sentido literal e separadamente, chega-se a conclusão de que são antagônicos, pois prova inequívoca seria uma certeza e não uma verossimilhança. Batista Lopes (2001, p. 218) tentando elucidar a questão diz:

“Para que a norma não perca sua operatividade não deverão os juízes interpretar literalmente seu enunciado, mas tomar em atenção a *ratio legis* e, pois, satisfazer-se com prova segura das alegações do autor.”

Portanto, prova inequívoca não é aquela traduzida em uma verdade plena, absoluta, tampouco a que conduz a melhor verdade possível, o que só seria possível num juízo de cognição exauriente. Trata-se é verdade, de uma prova consistente suficiente para emprestar verossimilhança à alegação contida na inicial conduzindo o magistrado a um juízo de probabilidade, que é perfeitamente viável no juízo de cognição sumária.

Didier (2006, p. 538), assim se manifesta com relação ao conceito de prova inequívoca:

Prova inequívoca não é prova irrefutável, senão conduziria a uma tutela satisfativa definitiva (fundada em cognição exauriente) e, não, provisória. A exigência não pode ser tomada no sentido de prova segura, inarredável, capaz de induzir a certeza sobre os fatos alegados, sob pena de esvaziar completamente o conteúdo das tutelas antecipadas, que só poderiam ser deferidas, desse modo, após toda a instrução processual, após uma cognição profunda.

A prova inequívoca, também não pode ser compreendida apenas como prova documental, pois além do sistema processual não sobrelevar esse meio probatório, não se pode esquecer que a antecipação de tutela pode ser concedida depois da fase de instrução probatória momento que têm sido colhidas diversas outras provas como a testemunhal e a pericial entre outras.

Acrescenta ainda Didier Jr. no mesmo contexto que prova inequívoca é “simplesmente prova com boa dose de credibilidade, que forneça ao juiz elementos robustos para formar a convicção (provisória)”.

O juízo de verossimilhança por sua vez, é aquele que permite ao magistrado chegar a uma verdade provável sobre os fatos, as provas carreadas aos autos permitem ao magistrado um grau elevado de convencimento da versão alegada pela parte.

Assim prova inequívoca e juízo de verossimilhança são pressupostos que embora ligados umbilicalmente, apresentam significados distintos. Prova, quando se refere à antecipação dos efeitos da tutela, deve ser entendida como “meio de prova” e não como “grau de convicção” do magistrado. Esse grau de convicção refere-se à verossimilhança, compreendida aqui como um juízo de

probabilidade. Barbosa Moreira (2001, p. 103-104), assim se manifesta sobre essa questão:

A força persuasiva da prova, a sua capacidade para persuadir o juiz está suficientemente assinalada no texto legal pela oração 'desde que (...) se convença da verossimilhança da alegação'. Se é indispensável que o juiz se convença, e se o convencimento do juiz não se pode basear senão em alguma prova, dizer que essa prova deve ser convincente é dizer o mesmo que está dito alhures acerca do juiz. Gira-se num círculo vicioso: o juiz deve convencer-se da verossimilhança, da alegação, e a prova deve ser tal que isso o convença. Em semelhante perspectiva, sugerir, como há quem sugira, que se traduza 'verossimilhança' por 'probabilidade' desloca o problema, sem resolvê-lo: continuará ser inevitável a redundância. Claro está, com efeito, que, se o juiz se convenceu de ser provável a alegação, é sinal de que a prova teve por força a virtude de convencê-lo dessa probabilidade.

Assim, para atender a esses requisitos, faz-se necessário por parte do magistrado uma conciliação dos conceitos, de modo a encontrar um ponto de equilíbrio entre eles, o que se consegue através de um juízo de probabilidade, que se aproxime da certeza do direito.

### 3.5.1.3. Reversibilidade dos Efeitos do Provimento

O Parágrafo 2º do art. 273 veda a concessão da antecipação dos efeitos da tutela quando for impossível o retorno ao *status quo* anterior, ou seja, se tiver caráter absolutamente satisfativo. Esse requisito vem a caracterizar a precariedade em que a tutela antecipada é conferida.

Porém essa regra deve ser entendida com ressalvas, pois em seu sentido literal chegar-se-ia à conclusão de que nada poderia ser antecipado, face ao perigo da irreversibilidade, e isso levaria a inutilização da antecipação de tutela. Porém, esse não é o espírito da lei, o que se quer coibir com esse requisito é o abuso no uso da providência, é uma forma de preservar as partes contra os excessos no uso da medida. Haja vista, que a concessão de tutela antecipada tem por base uma cognição sumária fundada em juízo de verossimilhança, sendo, pois prudente que seus efeitos sejam reversíveis.

Assim, há uma patente necessidade de relativizar o atributo da irreversibilidade, devendo este ceder todas as vezes que o interesse que vier a ser gravemente prejudicado pela falta de medida antecipatória for mais urgente e relevante do que aquele que seria afetado pelos efeitos irreversíveis da antecipação.

Isso porque, muitas das vezes embora irreversíveis a medida antecipatória se impõe, para que seja evitado um mal maior para a parte requerente. É o caso, por exemplo, de uma cirurgia em paciente terminal, cuja não concessão poderá também levar a um efeito irreversível, qual seja a morte do paciente. Assim existe, o perigo da irreversibilidade decorrente da não concessão da medida.

Há, pois, no requisito em tela, um evidente conflito entre efetividade versus segurança jurídica, o que deverá ser solucionado com base no princípio da proporcionalidade, para que haja uma perfeita compatibilização entre os mesmos. A doutrina apresenta como uma saída para o impasse, que o magistrado, privilegie a efetividade e abrande a segurança jurídica da outra parte, exigindo do requerente uma caução para a concessão da tutela antecipada. Com essa providência, estaria o magistrado provendo os meios adequados para a reversibilidade mesmo mediante pecúnia.

### **3.6. Pressupostos Alternativos**

Uma vez preenchidos os requisitos anteriormente trabalhados, e que necessariamente deverão estar presente cumulativamente para a concessão da antecipação da tutela, cabe analisar os pressupostos alternativos que se fazem necessários para que haja a possibilidade de concessão da tutela. Esses pressupostos vêm previstos no inc. I do art. 273, quando se trata de tutela assecuratória e no inc. II do mesmo art. quando se tratar de tutela de caráter sancionatório.

#### **3.6.1 Perigo da Demora**

Essa hipótese encontra previsão no inc. I do art. 273, e consiste no receio do dano irreparável ou de difícil reparação, é o que a doutrina tem denominado de tutela assecuratória ou protetiva, já que conferida por razões de segurança. Exige-se como condição para a concessão da tutela antecipada que exista urgência, ou seja, que a parte não possa esperar o tempo necessário para o provimento final, pois se assim o fizesse correria o risco de não conseguir a satisfação de sua pretensão. Pode-se dizer que esse pressuposto, equivaleria ao *periculum in mora* da tutela cautelar, sem, no entanto com este se confundir. O

Perigo da demora na cautelar é aquele que resulta da probabilidade de um dano, é um temor subjetivo da parte, hipotético eventual. Já o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é aquele que deriva de um risco concreto, seguro, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Assim, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação é risco concreto, atual e grave. Se o risco não é iminente não se justifica a antecipação da tutela. É indispensável pois, a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Nota-se que tal reparabilidade pode ser auferida tanto do ponto de vista objetivo como subjetivo. Objetivamente teremos o dano irreparável que é aquele justamente irreversível, que pode decorrer da violação de um direito à honra, à imagem entre muito outros, a violação de tais direitos não podem ser reparados de forma específica, nem tão pouco pelo equivalente em pecúnia; subjetivamente, têm-se um dano de difícil reparação que é aquele que muito provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que este não terá condições de ressarcir o autor, seja porque a própria natureza da tutela não permite, é o que acontece por exemplo com um dano decorrente do desvio de clientela.

### **3.6.2 Atos Protelatórios e Abusivos da Parte**

Esta hipótese de antecipação encontra amparo legal no art. 273, II do CPC. É o que a doutrina denomina de antecipação punitiva, pois é uma espécie de sanção aplicado a parte que age de forma temerária no tramitar do processo. O abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório vão ensejar a antecipação muito embora não tenha risco de dano.

Os termos, no entanto, são indeterminados, pois só a luz do caso concreto poderá o juiz visualizar se a parte está ou não usando desses artifícios. O termo “abuso de defesa” é exatamente ato praticado pela parte dentro do processo, como por exemplo, o uso infundado de exceções, solicitação desnecessária de oitiva de testemunhas além de outras; já o “manifesto propósito protelatório”, abrangeria os atos e omissões da parte fora do processo, não obstante com ele relacionado,

como por exemplo uma simulação de uma doença, ocultação de uma prova, entre outras.

Uma outra questão bastante discutida em termo doutrinário é a possibilidade de o réu praticar atos abusivos ou protelatórios antes da contestação ou até mesmo antes de sua citação. Duas correntes se formaram, a primeira dela, é no sentido de que a litispendência é pressuposto para a concessão da tutela antecipada, e assim sendo, esta somente poderia ser antecipada após a citação do réu. Uma outra corrente, espousa entendimento no sentido de que há sim a possibilidade da antecipação até mesmo antes da citação, pois o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos entre outros.

Essa forma de antecipação de tutela tem como fundo ideológico a lealdade e a seriedade processual. Assim, mesmo que não haja urgência e a parte possa esperar o fim do processo para ter o bem da vida tutelado, o juiz percebendo que uma das partes está usando esse direito de forma abusiva lançando mão de meios protelatórios, com o único objetivo de retardar o processo, deverá conferir antecipadamente o bem da vida tutelado. Trata-se, pois de uma antecipação pura, desvinculada dos pressupostos da urgência e do dano.

Cumprido por último ressaltar, que essa antecipação na prática é pouco usual, pois o magistrado tem na lei processual diversos mecanismos eficazes de combate a deslealdade processual, podendo ser exemplificado com os artigos 14, 15, 125, 130, 600, dentre outros do CPC. Então, em tendo todos esses mecanismos sancionatórios no próprio texto processual, caberia indagar qual a utilidade de antecipação de tutela, e conclui-se que a maior vantagem nessas hipóteses, é a possibilidade de afastar o efeito suspensivo da apelação, conferindo eficácia imediata à sentença.

## **IV – TUTELA ANTECIPATÓRIA DA PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA**

### **4. Considerações Iniciais**

É sabido, que o objetivo do processo é a prestação jurisdicional. A jurisdição só é efetivamente prestada quando há a composição do litígio, ou seja, quando o juiz soluciona a controvérsia antes existente entre as partes.

A controvérsia é, portanto, a posição antagônica das partes em relação a determinado fato ou assunto. O juiz, para prestar a jurisdição deve solucionar a controvérsia, e para isso precisa de produção de provas e certo tempo para o seu convencimento.

Assim, a demora do processo, só se justifica para que haja a plena e satisfatória solução da controvérsia. Em muitos casos, porém, uma parte do litígio deixa de ser controvertida, seja porque o autor não contestou alguns fatos, ou porque reconheceu parte da pretensão do autor, ou ainda quando houve cumulação de pedidos e alguns já se encontram prontos para a decisão.

Até o ano de 2002, o autor que se visse diante de uma das hipóteses elencadas acima, teria que esperar todo o tramitar do processo, para só então ao final ter o seu direito efetivado, pois havia uma impossibilidade de o juiz cindir o julgamento, ou seja, prevalecia no direito processual brasileiro o princípio da unidade da sentença, fazendo com que todas as questões de direito e de fato fossem decididas em uma única sentença. E assim, o autor que mais das vezes tinha razão teria que arcar sozinho com a demora do processo, e o réu aproveitava esse permissivo legal para protelar o processo até onde fosse possível.

A doutrina vanguardista brasileira inconformada com essa situação de injustiça e orientada pelos princípios processuais constitucionais, que não mais aceitam um processo sem ser efetivo, buscou modificar tal instituto, o qual encontrou acolhimento pelo legislador, que incluiu através da L. 10.444/02 o § 6º no art. 273 do CPC, o qual possibilita a antecipação da tutela quando ausente a controvérsia.

#### **4.1. Evolução Histórica do Instituto**

O primeiro doutrinador brasileiro a defender a antecipação da tutela com fundamento na parte incontroversa da demanda foi Luiz Guilherme Marinoni no ano de 1996, em sua obra "Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado da Lide e Execução Imediata da Sentença". A preocupação do autor, residia justamente na questão do tempo, como um ônus, que na maioria das vezes caberia tão somente ao autor arcar. Tal encargo, contudo, contribuía para um processo inefetivo.

Inicialmente, ante a ausência de previsão legal do instituto o referido doutrinador pregava a sua concessão com fundamento no inc. II do art. 273, que trata justamente da antecipação decorrente do abuso de defesa. Para Marinoni, quando a parcela do Direito não era mais controvertida, qualquer defesa que a protelasse seria abusiva. O autor então passa a erguer a bandeira defendendo que nas hipóteses em que um dos pedidos do autor já pudesse ser apreciado, sem necessidade de produção de prova em audiência o juiz deveria assim proceder.

Em agosto de 2002, entrou em vigor o § 6º do art. 273, que expressamente diz "A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso". Esse dispositivo, veio a materializar a idéia de Marinoni, contribuindo para uma justa divisão do tempo do processo. Em que pese, porém o legislador ter abraçado a causa defendida por Marinoni, ao inserir de forma expressa a possibilidade de antecipação de tutela da parte incontroversa da demanda, o fez dando-lhe a natureza de tutela antecipatória, inserindo sua previsão no § 6º do art. 273, justamente para poder submetê-la a possibilidade de revogação ou modificação, nos termos do § 4º do mesmo artigo.

Ao fazer isso, quis o legislador dotar essa forma de antecipação de tutela do requisito da precariedade, e é exatamente essa característica que maiores discussões vai trazer para o instituto, pois parte considerável da doutrina vai tratá-la não como antecipação de tutela, mas sim como resolução parcial da lide, estando para esta doutrina, à topografia do referido instituto equivocada.

#### **4.2. O Sentido do Termo Incontroverso**

A compreensão exata do termo "incontroverso" é salutar para a interpretação da norma. Isto porque incontroverso aqui, não é apenas o que não é contestado tão pouco o reconhecimento parcial do pedido. Ora, o fundamento para a

antecipação da tutela com base no § 6 do art. 273, é justamente o fato de que seria injusto obrigar a parte que tem razão a esperar todo o tramitar do processo para ver seu direito efetivado. Assim, pouco importa se esse direito foi contestado ou não, pois pode acontecer que mesmo contestado, o direito possa se tornar incontroverso no curso do processo.

Para Marinoni, o significado do incontroverso deve ser buscado no art. 331, § 2º do CPC, que trata justamente da audiência preliminar e diz que não conseguida a conciliação deverá o juiz fixar os pontos controvertidos. Nesse momento, o magistrado poderá perceber que parcela da demanda mesmo que contestada não exige produção de prova em audiência. Nesse caso, o juiz adquire uma convicção de que aqueles fatos são verídicos, um juízo de certeza e não de verossimilhança, pois se esse juízo fosse de verossimilhança seria necessário que os fatos fossem esclarecidos mediante o exame probatório.

Assim no magistério de Marinoni (2008, p. 289) “incontroverso é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo em razão disso, imediata tutela.”

Assim, resta evidente que a incontrovérsia exigida pelo § 6º do art. 273, não diz respeito apenas aos fatos, mas ao objeto do processo que são justamente as conseqüências jurídicas desejadas pelo demandante. É uma percepção por parte daquele que evidenciou o seu direito, de que pelo menos parte da sua pretensão tem fundamento e que, portanto deve ser acolhida de imediato.

Resta pois, dizer em quais situações a procedência parcial da demanda pode se fazer clara, podendo ser citado como exemplos, as hipóteses onde há autocomposição em relação a parcela do pedido; reconhecimento jurídico do pedido, transação ou renúncia ao direito parcial; caso de confissão ficta decorrente da revelia, da contestação genérica ou confissão total, e ainda por último, quando um dos pedidos já puder ser julgado mesmo havendo controvérsia fática, pois não há necessidade de produção de prova em audiência.

Assim, presente qualquer das hipóteses elencadas acima, se faz mister que o magistrado defira a antecipação da tutela, pois são situações em que a tutela do direito pleiteado se tornou evidente, não havendo razão que justifique a protelação da efetivação do direito.

#### **4.2.1. A Controvérsia como Justificativa para a Duração do Processo**

O Estado ao proibir a tutela privada chamou para si o monopólio da jurisdição e isso impõe a obrigatoriedade deste, através do estado-juiz analisar os argumentos sustentados pelas partes e sobremodo a veracidade dos fatos por elas alegados. Assim, além do poder decisório o estado avocou o poder-dever de julgar, e para tanto, requer reflexão, investigação e exame probatório.

Decorre desse fato, que somente quando há discussões entre as partes sobre determinado assunto é que estas são levadas a buscar o judiciário, pois presente uma controvérsia que elas por si só não são capazes de solucionar, precisando que um terceiro assim o faça. Assim, a regra é que as pessoas que buscam o judiciário tragam como objeto dessa busca um assunto que se apresenta controvertido, algo que impede que elas próprias resolvam, exigindo então a participação de um terceiro que se manifesta através do Estado-juiz, e é justamente porque esse terceiro não conhece os fatos que lhe são trazidos, que a solução do litígio apresentado vai demandar tempo, para que o mesmo possa analisar os fundamentos jurídicos e as provas trazidas aos autos.

A presença então da controvérsia, que nada mais é que a situação decorrente da tomada de posições antagônicas pelas partes, impõe a necessidade da instrução, que para tanto requer uma maior duração do processo. Disso decorre uma conclusão lógica, quanto menor a controvérsia, menor a duração do processo, sendo, pois a controvérsia, o fator determinante na duração deste, pois não se concebe que uma pretensão alegada por uma parte e aceita por outra não possa de antemão ser efetivada. Não havendo, pois controvérsia, não se justifica a continuidade do processo e o atraso da prestação jurisdicional.

Dória (2004, p. 82) brilhantemente assim se manifesta:

[...] 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. Em outros termos, quando uma parte da lide deixar de ser controversa, não há mais razão para se aguardar por um pronunciamento judicial final.

Nessa esteira de entendimento também vem decidindo os tribunais, consoante se pode analisar da decisão abaixo proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao aplicar o § 6º do art. 273, no julgado, o referido Tribunal entende

que os elementos da ação podem demonstrar não mais existir controvérsia, e assim abrir oportunidade à tutela antecipatória, assim se manifesta o Tribunal:

Agravo de Instrumento – exclusão do sócio – tutela antecipada – pedido incontroverso. Se os elementos da ação originária, assim como os da ação dela conexa, demonstram não mais existir controvérsia acerca do pedido de exclusão de sócio das sociedades, concede-se a tutela antecipada requerida, na forma do § 6º do art. 273, do CPC.<sup>3</sup>

Assim, conclui-se que a prestação jurisdicional se impõe no exato momento em que as partes chegam a um consenso dos fatos que embasaram o pedido, não havendo razão para procrastinar a efetivação do direito evidente. É nesse sentido, que a doutrina vem afirmando que o § 6º do art. 273, trata-se da tutela dos direitos evidentes.

#### **4.3. Hipóteses em que a Antecipação da Tutela da Parte Incontroversa da Demanda se Impõe**

Conforme já afirmado anteriormente, o pedido pode se tornar incontroverso não somente pela ausência de contestação e do reconhecimento de parte do pedido, mas também quando é contestado e não existe necessidade de dilação probatória em relação a ele.

Assim, cabe analisar as hipóteses que uma vez presente poderá levar a tutela antecipatória.

##### **4.3.1. A Tutela Antecipatória com Fundamento na Técnica da Não Contestação**

O § 6º do art. 273 diz que a tutela poderá ser concedida se “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Com isso, o dispositivo autoriza o juiz, caso o réu não conteste ou reconheça implicitamente um dos pedidos ou parte dele, a efetivar desde logo o direito, pois não há racionalidade em fazer o autor que teve seu direito mostrado incontroverso esperar uma instrução dilatatória para só ao final ter reconhecido o seu direito.

O art. 302 do CPC por sua vez, impõe ao réu o encargo de contestar especificamente todos os fatos alegados pelo autor sob pena de serem presumidos

<sup>3</sup> TJMG, 18ª. CC, AI 1.0525.05.078472-3/002, Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes, J. 08.05.2007

verdadeiros, é o ônus da impugnação específica. O fundamento para tal exigência, reside no fato de que as partes deverão colaborar com a prestação da tutela jurisdicional, ao contestar todos os fatos alegados pelo autor, o réu apresenta a sua versão dos fatos, e auxilia o magistrado a fixar os pontos controvertidos, delimitando a lide.

No entanto, para que um fato seja tido como incontroverso, não basta a simples ausência de contestação específica, é preciso verificar se ele não foi negado no conjunto da defesa, desse modo para que um fato não contestado possa ser presumido verdadeiro, se faz necessário à análise da defesa como um todo. Cabe ressaltar ainda, que a ausência de contestação diz respeito apenas aos fatos, mas não tem relação com a qualificação jurídica, por óbvio então, deverá o juiz analisar se os fatos não contestados conduzirão aos efeitos jurídicos pretendidos.

A precisa fixação da controvérsia é fundamental para uma maior celeridade processual. Pois, a agilização da tutela jurisdicional e sua maior efetividade, conforme já esclarecido anteriormente, não dependem apenas dos órgãos julgadores ao contrário a conduta das partes no tramitar de um processo é fator determinante, para a agilização do processo.

Assim, ao prevê o legislador uma consequência jurídica desfavorável para o réu que não contesta ou se assim o faz é evasivo, está garantindo e zelando pela própria efetividade da tutela, assegurando, por conseguinte, um tratamento isonômico as partes e distribuindo igualitariamente o ônus do tempo do processo entre autor e réu.

Nessa linha de raciocínio percebe-se que o § 6º do art. 273, nada mais é do que uma resposta do legislador ao dever de dotar o processo de técnicas capaz de atender ao direito fundamental à razoável duração do processo.

#### **4.3.2. A Tutela Antecipatória com Fundamento no Reconhecimento Parcial da Pretensão do Autor**

Cabe antes de analisar a antecipação de tutela com base no reconhecimento da pretensão do autor, fazermos algumas distinções que se apresentam necessárias para a compreensão do termo. E essa distinção diz respeito a institutos que embora próximos em um primeiro momento, apresentam

conseqüências jurídicas bastantes diferenciadas, são eles a não-contestação, a revelia, e por fim o reconhecimento da pretensão.

Consoante já deixado esclarecido acima, a não contestação traduz uma omissão proposital do réu, o qual apesar de comparecer em juízo e apresentar defesa deixa de contestar algum dos fatos articulados pelo autor. A revelia por sua vez, pode decorrer não especificamente da vontade deliberado do réu, mas de sua própria falta de compreensão acerca do instituto. A revelia se dá quando o réu citado deixa de comparecer a juízo, ou mesmo que compareça não se faz representar por advogado. Esse fato porém pode está ligado a diversos fatores, inclusive a uma questão social muito patente, ao qual abrange a ignorância por parte daquele réu que deixou de contestar a demanda até a própria dificuldade financeira que tem esse mesmo réu de contratar um advogado. Assim pode se entender que a revelia em, um país como o Brasil onde a marginalização é assombante, se dá mais por questões sociais do que pelo desinteresse deliberado do réu pelo processo.

A conseqüência jurídica da revelia é o julgamento antecipado da lide conforme dispõe o art. 330, II do CPC, porém a questão social que envolve esse fenômeno, tem levado a doutrina e a jurisprudência a mitigarem os seus efeitos. E hoje, mesmo que seja revel, não quer dizer que o réu será a parte vencida na demanda, com isso, chega-se a conclusão que nem a ausência de contestação nem a revelia vinculam a decisão do magistrado, isso porque, o magistrado poderá entender que daqueles fatos articulados pelo autor não decorrem as conseqüências jurídicas do pedido.

Um outro instituto bastante semelhante aos dois acima discutidos, é o fenômeno da confissão que implica na desnecessidade de o autor provar os fatos por si alegados. Tal fenômeno por dizer respeito também à situação fática não vincula a decisão do magistrado.

Toda essa situação muda, porém, quando se trata do reconhecimento, parcial ou total, da pretensão. Para Chiovenda (apud, Doria, 2003) o reconhecimento é a declaração do réu de que a demanda do autor é juridicamente fundada". Aqui não se discute veracidade de fatos, mas tão somente questões de direito, em si mesmo considerado.

O reconhecimento da procedência do pedido obriga o juiz à por termo ao processo, com resolução do mérito, é o que traduz o art. 269, II do CPC. O reconhecimento do pedido pode porém ser total ou parcial, quando há o

reconhecimento total do pedido o que se impõe é a extinção do processo com resolução do mérito, conforme dito acima. Se porém, o reconhecimento for parcial, supõe o fracionamento do pedido, e abre-se a possibilidade da tutela antecipatória com base no § 6º do art. 273, pois fica demonstrado que parcela do pedido se tornou incontroverso.

Os tribunais já estão firmando suas jurisprudências e vêm concedendo a antecipação da tutela com base na parte incontroversa da demanda em hipóteses de reconhecimento parcial do pedido, é que se apresenta no seguinte caso: Ação de cobrança objetivando o recebimento de apólice de seguro empresarial no valor de R\$ 500.000,00, a seguradora reconheceu incontroverso o valor de R\$ 47.507,76. Diante disso, o juiz de primeiro grau concedeu a tutela antecipatória com base no § 6º do art. 273, determinando o levantamento do valor incontroverso. Não conformada, a seguradora interpôs agravo de instrumento ao Tribunal de justiça do Paraná, argumentando que o levantamento apenas seria possível depois do trânsito em julgado da sentença que colocasse fim ao processo. Porém o Tribunal em harmonia com o § 6º do art. 273, e consequentemente com o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional assim se manifestou: "Agravo de Instrumento. Ação de Cobrança. Seguro. Tutela Antecipada. Valor incontroverso. Levantamento do depósito. Possibilidade. Caução. Desnecessidade. Recurso não provido."<sup>4</sup>

Verifica-se assim, que essa forma de antecipação de tutela, garante a efetividade de um direito, já reconhecido pelo réu, mas cuja satisfação vem sendo adiada. O estado ao permitir essa antecipação, nada mais faz do que cumprir o dever que se obrigou quando assumiu o monopólio da jurisdição. Ora se o caput do art. 273 do CPC, possibilita a antecipação de tutela firmada em um juízo de cognição sumária, com mais razão admite-se quando essa cognição for exauriente, caso em que o réu já reconheceu a pretensão do autor, pois a demora do processo é algo por si só injusta e odiosa, imagine então quando esta já não se apresenta mais necessária, haja vista, o réu ter por seu ato de reconhecimento da pretensão do autor, eliminado a causa da demora processual, qual seja: a eliminação da controvérsia.

---

<sup>4</sup> TJPR, 2ª CC, AI 325.936-7, Rel. Dês. Vivente Misurelli, j. 13.03.2006

#### 4.3.3. A Tutela Antecipatória em Casos de Cumulação de Pedidos

O art. 292 do CPC permite a cumulação de pedidos em um mesmo processo, contra o mesmo réu, mesmo que entre esses pedidos não haja conexão. A ausência de conexão faz com que os pedidos se tornem autônomos entre si, com isso, quer se dizer que o acolhimento ou rejeição de um não implica na mesma decisão em relação ao outro.

Logo, dada a independência entre os pedidos cumulados, resulta que uma vez qualquer deles se apresente apto a ser julgado, ou seja, se algum deles dispensar a instrução probatória poderá o juiz apreciar de imediato o mérito. Cabe realçar com o seguinte exemplo: Suponha que uma pessoa vítima de um acidente automobilístico, entre com uma demanda pedindo que o réu seja condenado a pagar danos emergentes e lucros cessantes. O réu, sem negar a imputação que lhe é feita, afirma, porém serem indevidos apenas os lucros cessantes. Nessa hipótese, não há razão para não se admitir a imediata tutela dos danos emergentes. Pois obrigar o autor a esperar toda a instrução probatória para ser reconhecido o direito aos lucros cessantes, e só então lhe deferir os danos emergentes que inicialmente foram reconhecidos pelo próprio réu, seria contrariar os princípios constitucionais processuais, sobretudo o princípio constitucional da tutela jurisdicional tempestiva.

É inegável a importância da possibilidade de o magistrado poder decidir antecipadamente uma parte do pedido ou um dos pedidos que independe de instrução probatória, deixando para apreciar o restante da demanda no final do processo. Nesse aspecto o princípio da unicidade da decisão, formulado por Chiovenda, é de fato mitigado em detrimento do princípio constitucional da efetividade e tempestividade da tutela.

Verifica-se, pois, que uma vez presentes fatores que afastem a controvérsia da demanda, como os acima analisados, não há justificativa plausível para não se efetivar a prestação jurisdicional, pois se o tempo do processo já é um ônus pesado demais, ele só é justificável diante de uma controvérsia. Ora, onde não existe controvérsia, a questão se resume a mera aplicação do direito, que por lógico não deve demandar tempo demasiadamente longo. Assim, a prestação jurisdicional se impõe à medida que as partes concordam com o pedido ou com os fatos que deram origem aos mesmos.

#### 4.4. Fundamentos da Tutela Antecipatória dos Direitos Evidentes

A antecipação da tutela com base na parte incontroversa da demanda tem por fundamento dois princípios lógicos. Ora, se o direito tornou incontroverso no tramitar do processo por óbvio esse direito tornou-se evidente e, por conseguinte, apto a ser efetivado. Assim, um dos fundamentos dessa antecipação, é justamente o fato de ser injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se apresenta mais controvertido. Isso porque, de modo a atender o princípio constitucional da duração razoável do processo e aos meios que garantam a sua celeridade, o processo civil tem que está apto a possibilitar a imediata tutela desse direito, pois se apresenta de uma injustiça evidente e total desrespeito ao princípio referido, o fato de fazer o autor esperar a tutela de um direito incontroverso. Um outro fundamento que decorre do primeiro, é o fato de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, esse fundamento se apresenta mais patente quando se está diante da cumulação de pedidos, ora ao se admitir a cumulação de pedidos em um mesmo processo, cabe a lei processual permitir, por conseguinte o fracionamento do seu julgamento, pois caso contrário, a cumulação de pedidos seria um atentado contra o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, já que o pedido que não mais exige uma dilação probatória restaria prejudicado por aquele que requer a instrução.

#### 4.5. Particularidade da Antecipação da Tutela com Base na Incontroversa da Demanda

A antecipação da tutela como idealizada no direito processual brasileiro destina-se a atender situações urgentes, que não podem esperar todo o tempo de tramitação de um processo sob pena de se tornarem inócuas quando da decisão final. Nesse aspecto, é em regra conferida com base em juízo de probabilidade que analisa não a existência de um direito propriamente dito mais tão somente do *fomus boni iuris*. São firmadas, portanto com base em uma cognição sumária, sendo, portanto, impedidas de fazer coisa julgada material, dado o seu caráter precário.

Porém essa é a regra e como tal comporta exceção. Conforme ficou evidenciado anteriormente, a nova forma de concessão de tutela antecipada criada pela L. 10.444/02, enquadra-se na exceção, já que é conferida com base em juízo de certeza, de cognição exauriente, e funda-se basicamente, na ausência de

contestação e de reconhecimento jurídico parcial do pedido. E é exatamente esse aspecto diferenciador desta forma de antecipação de tutela que vai trazer diversas celeumas doutrinárias.

#### **4.5.1. Requisitos Exigidos para a Concessão**

Diferentemente da antecipação de tutela prevista como regra no art. 273 *caput* inc. I e II, a forma de concessão de tutela aqui apresentada não exige os requisitos impostos pela regra geral, quais sejam: prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano, abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório, tão pouco, o perigo da irreversibilidade.

Sendo que os únicos requisitos para a concessão da tutela antecipada com base na incontrovérsia são justamente a incontrovérsia de um pedido formulado, ou de parcela dele, e a desnecessidade de realização de provas em audiência para determinado pedido, ou de parcela dele, e isto se dá em razão do réu já ter reconhecido juridicamente o pedido formulado pelo autor. Descabe aqui maiores aprofundamento sobre os requisitos elencados em razão de os mesmos já terem sido exhaustivamente discutidos acima, sendo que o mais controvertido dentre eles que é justamente a possibilidade ou não de modificabilidade do provimento que o deferiu ser modificado na sentença, será discutido logo em seguida.

#### **4.5.2. Natureza Jurídica do Instituto: Antecipação dos Efeitos da Tutela ou Resolução Parcial do Mérito**

A grande celeuma doutrinária se apresenta justamente na natureza jurídica que se dará a este instituto, não se encontrando ainda pacificado o tema. O fato é que, a lei processual atualmente não pode ser compreendida sem que seja a luz dos princípios constitucionais principalmente aqueles atinentes ao processo civil, pois são justamente estes que irão harmonizar o sistema processual. Assim, diante de duas interpretações viáveis deve o interprete conduzi-se por aquela que outorgue a máxima efetividade possível da norma constitucional. Ao introduzir o princípio da tempestividade da jurisdição não resta dúvida que o constituinte direcionou sobre modo para os aplicadores do direito, vinculando-os aos mecanismos processuais capazes de efetivar tal princípio.

Conforme já demonstrado anteriormente, o § 6º do art. 273, tem duas premissas básicas quais sejam: A demanda exige tutela no momento em que se torna incontroversa ou madura para julgamento e a protelação da parte da demanda incontroversa pela instrução necessária à elucidação da parte controvertida, por si só configura um processo irracional, e por consequência total desrespeito ao direito fundamental à razoável duração do processo.

Na diretriz adotada pelo presente trabalho, qual seja a de conferir ao texto legal o significado que empreste ao processo a máxima efetividade possível, e esta efetividade só será idônea quando consentânea com o direito fundamental a tutela tempestiva, cabe pois, analisar se o § 4º do art. 273, que admite a revogação-modificação da tutela antecipatória poderá ser aplicada à tutela da parte incontroversa da demanda, sobretudo após a consagração constitucional do direito à duração razoável do processo.

O § 4º do art. 273 do CPC assim preceitua “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”; o § 6º do mesmo artigo trás a seguinte redação: “A tutela antecipada também poderá ser conferida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrar-se incontroversos”. Comparando os dois dispositivos percebemos que o § 4º não afirma ser aplicável à tutela antecipada da parte incontroversa da demanda, por outra o § 6º não diz que a tutela da parte incontroversa da demanda é modificável ou revogável. A discussão gira em torno no aspecto topológico, ou seja, a conclusão no sentido da que a tutela com base na arte incontroversa da demanda pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo decorre do fato do § 6º vir após o § 4º e por tal razão submeter-se-ia ao dispositivo precedente. No entanto, não é essa a interpretação conforme com o direito fundamental à duração razoável do processo, não há razão para se entender que a tutela da parte incontroversa da demanda pode ser modificada ou revogada. Assim também é a lição precisa de Marinoni (2008, p. 209):

O § 6º do art. 273, quando interpretado de acordo com o direito fundamental à duração razoável do processo, faz ver que a técnica da tutela da parte incontroversa da demanda foi instituída para dar a jurisdição o poder de proteger de forma adequada um direito cuja tutela final não pode ser adiada pela necessidade de instrução probatória.

Com base na concepção esposada acima, verifica-se que o § 6º do art. 273, decorre da necessidade de se prestar à **tutela final** à parte da demanda que se

mostra incontroversa no curso da demanda, não sendo assim, para essa corrente doutrinária, fundada em cognição sumária tão pouco sendo uma tutela antecipada propriamente dita. Assemelha-se ao instituto do julgamento antecipado do mérito tutelado no art. 330, I CPC. Enfatizando ainda mais esse entendimento continua, o doutrinador:

[...] A tutela antecipatória da parte incontroversa está longe de significar a antecipação da tutela final, representando, na verdade, a antecipação do momento da concessão da tutela final. Melhor explicando; Enquanto a tutela antecipatória, tal como idealizada em 1994, antecipa a tutela final, a tutela antecipatória da parte incontroversa presta a própria tutela final em momento adequado e tempestivo, garantindo a realização do direito fundamental à duração razoável e aos meios que garantam a celeridade do processo. (Marinoni, 2008)

Assim entendido, não há como prevalecer o entendimento de que a antecipação de tutela amparada pelo § 6º do art. 273 seja revestida da qualidade de modificabilidade e revogabilidade, previsto para antecipações fundadas em cognição sumária, e não previsto para a concessão da tutela final em momento oportuno e tempestivo. Dessa forma, não há motivo para fragilizar a tutela da parte incontroversa, negando-lhe a estabilidade e a expectativa decorrente da coisa julgada material. Nas palavras de Marinoni, “Inexiste qualquer diferença, para efeito de produção da coisa julgada material, entre integralidade e parcela do mérito. O que importa nos dois casos, é que o mérito – na sua integralidade ou em parte – está maduro para julgamento”, e, portanto, não há como sujeitar essa espécie de tutela ao requisito da modificabilidade.

Seguindo a mesma orientação de Luiz Guilherme Marinoni, Didier (2006, p. 578), aceitando a regra da imutabilidade da decisão concessiva da antecipação de tutela assim se manifesta:

Antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base na probabilidade ou cognição sumária. [...] Se o julgamento ocorre quando não falta, 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 da coisa julgada material.

Para Didier Jr. então, a antecipação prevista no § 6º do art. 273, não se trata de tutela antecipada e sim de resolução parcial da lide, sendo que a topografia do instituto é que estaria equivocada. Isso porque, se tem nesse momento a emissão da própria solução judicial definitiva, e apta a ficar imune pela coisa

julgada material. Para o referido autor, o magistrado não mais precisa confirmá-la quando da prolação da sentença, ficando esta decisão final adstrita somente ao que ainda não tiver sido apreciado.

Com efeito, a aptidão para produzir coisa julgada dessa decisão, é muito controvertida em termos doutrinários, se é verdade que ela funda-se em juízo de certeza, não é menos verdade que ainda haverá no processo uma sentença, e segundo uma considerável parte da doutrina esta sentença é que fará coisa julgada, podendo portanto, modificar ou ratificar a decisão anteriormente conferida. Esse é pelo menos o entendimento esposado por Carneiro (2004, p. 64):

[...] Entendemos que a melhor solução, pelo menos na aguarda de novidades legislativas (que pessoalmente não creio oportunas), será manter sob o caráter de antecipação propriamente dita a AT das parcelas ou pedidos não contestados, portanto sem a formação da coisa julgada material, subsistindo a possibilidade de sua alteração ou revogação na pendência da demanda. A decisão interlocutória será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno.

Percebe-se pelo enunciado acima, que o autor além de conferir a natureza jurídica mesmo de antecipação de tutela ao instituto em análise, ainda cogita a possibilidade da sentença final modificá-la, afastando a hipóteses de resolução parcial do mérito e, por conseguinte a possibilidade de tal provimento ficar imune pela coisa julgada material.

Outros autores entendem que caberia ao legislador ter sido mais ousado e ter permitido expressamente o julgamento antecipado parcial. Não o fazendo, perdeu o legislador a oportunidade de fragilizar o princípio da unidade do julgamento do mérito, e assim procedendo, inviabilizou que o provimento previsto no § 6º do art. 273, seja conferido com essa natureza jurídica, sendo que para essa corrente doutrinária, o provimento ali previsto é mesmo antecipação de tutela. Assim entendem Dinamarco, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery e seguindo o mesmo raciocínio Bedaque (2003, p. 332) que assim se manifesta:

A solução do legislador é ainda muito tímida. Como a falta de impugnação específica gera consequências semelhantes às da revelia (CPC, art. 302), deveria haver permissão para que em relação ao pedido incontroverso, houvesse verdadeiro julgamento antecipado, nos moldes do art. 330. Teríamos hipóteses de decisão interlocutória de mérito, perfeitamente compatível com o sistema processual, que define os atos decisórios não pelo conteúdo, mas pelos efeitos gerados no processo (art. 262) Nenhum óbice existe, portanto, ao julgamento antecipado parcial, o que dotaria a

decisão de definitividade, apta ao trânsito em julgado. O processo continuaria seu curso apenas para o exame e julgamento da parte controvertida. Simples antecipação dos efeitos, todavia, não gera resultado definitivo, pois nada obsta que o juiz, durante instrução entenda inexistente o direito, embora incontroversa a afirmação do autor.

Nota-se que o referido autor não atribui ao § 6º do art. 273, permissivo legal para julgamento parcial do mérito, para ele tal só seria possível, se o legislador expressamente assim o tivesse previsto. Não o fazendo, quis o legislador que tal provimento continue a ter natureza jurídica de antecipação de tutela, tal qual expressa no CPC. Para Didier Jr, defender a tese de que se trata o § 6º do art. 273 de simples hipótese de antecipação de tutela é na palavras do autor “retirar-lhe qualquer utilidade”. Pois se assim quisesse o legislador, bastaria tê-la enquadrada no inciso II do referido artigo, que trata da antecipação de tutela em decorrência do abuso do direito de defesa, pois a permanência do réu, no caso seria manifestamente abusiva, em razão da incontrovérsia.

Diante da controvérsia, mas amparado no princípio constitucional que norteia o presente trabalho, qual seja: o da tempestividade da tutela jurisdicional, não há como ser outra a conclusão de que de fato a decisão proferida com base no § 6º do art. 273, trata-se verdadeiramente de uma decisão de mérito fundada em cognição exauriente, e portanto apta a ser imunizada pela coisa julgada material, passível portanto de execução definitiva. Atribuir a tal decisão o caráter de provisoriedade e a possibilidade de na sentença definitiva o juiz a revogar, seria contrariar a sistemática processual que hoje não pode mais ser vista sem ser a luz da Constituição que como tal impõe que mecanismos processuais sejam desenvolvidos com vista à efetivação dos direitos materiais. Sem falar que, a possível reversibilidade da decisão também geraria uma insegurança jurídica, pois aquele a quem a decisão tivesse aproveitado ficaria a mercê do “humor” do magistrado podendo este, ao proferir sentença definitiva modificar a decisão anteriormente firmada, e tal não se coadunaria com a lógica processual aqui defendida, ou seja, conferir a tutela jurisdicional do modo mais tempestivo possível. Ora, o direito efetivado na decisão anterior é um direito evidente que assim se tornou em razão das provas trazidas aos autos, e que, portanto, ao ser conferido, estaria tão somente o aplicador do direito, tutelando um outro direito e esse agora fundamental expresso na Lei Maior, que é exatamente a da prestação da tutela jurisdicional em momento oportuno, em momento certo.

Assim, não há como ser outra a interpretação do § 6º do art. 273, ou seja, o referido dispositivo trata mesmo da própria tutela final prestada em momento adequado e tempestivo. Trata-se de decisão definitiva, autônoma que se separa do restante da demanda a ser apreciada no tramitar do processo, assim descabe ao magistrado confirmá-la em decisão futura. Para Didier Jr. o instituto consiste em uma nova modalidade de “julgamento conforme o estado do processo”, essa seria para o autor a topografia exata do instituto e que, portanto deveria está inserido na seção pertinente no Código de Processo Civil. Somente esta interpretação se harmoniza com o direito fundamental a razoável duração do processo consagrado pela Constituição Federal.

#### **4.5.2.1. Natureza Jurídica da Decisão Concessiva da Tutela com Fundamento na Incontrovérsia.**

O Juiz no exercício de sua atividade jurisdicional executa três espécies típicas de atos processuais: a sentença, a decisão interlocutória e os despachos ordinatórios conforme preceitua o art. 162 do CPC. A abrangência do trabalho só permite tecer alguns comentários sobre os dois primeiros atos do juiz, os despachos são aqui afastados. A própria legislação, define os atos processuais ora analisados, assim os definindo: § 1º do art. 162 “**Sentença** é ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei”; o parágrafo 2º por sua vez define a **Decisão Interlocutória** como sendo “o ato pelo qual o juiz no curso do processo, resolve questão incidente”.

Percebe-se pela conceituação que atualmente o conteúdo de uma decisão é que lhe emprestará a natureza jurídica. Nesse sentido vem uma parte da Doutrina a afirmar que o novo conceito de sentença possibilitou o fracionamento do julgamento, haja vista, a qualquer momento antes do final da demanda ocorrer uma das situações previstas nos art. 267 e 269 do CPC, assim para essa doutrina ter-se-ia afastado no direito brasileiro o princípio da unidade da sentença, assim havia pois, a possibilidade de sentenças parciais, que em que pese analisar o mérito, o ato do juiz não esgotaria o conteúdo do processo. Sendo que as sentenças parciais fazem também coisa julgada material e apenas se distingue das definitivas por não encerrar inteiramente o processo, assim uma vez proferida uma sentença parcial, estaria o magistrado impedido de emitir um julgamento divergente nas fases

posteriores do processo. Na visão, portanto dessa doutrina, a decisão fundada no § 6º do art. 273, tem natureza de uma sentença parcial, já que decide uma das questões de mérito sem concluir o processo.

Uma outra corrente doutrinária espousa entendimento no sentido de que a decisão que confere a tutela com fundamento na parte incontroversa da demanda trata-se na verdade de uma decisão interlocutória, pois não há nesse momento ainda o encerramento de toda a atividade jurisdicional de conhecimento em primeira instância, já que parcela do mérito ainda restará para ser decidido.

Em que pese à celeuma doutrinária, é de se notar que a natureza jurídica dada a esta decisão se reveste de singular importância, pois revelará qual recurso será cabível, e a depender do recurso cabível, poderá gerar ou não uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Ora, se, se entender que trata de uma sentença parcial, então o recurso cabível será apelação; agora em se entendendo que é uma decisão interlocutória então caber-se-á o Agravo. A lógica e a perspectiva aqui abordada direcionam para que considere-se tal decisão como interlocutória embora revestida de conteúdo de sentença, já que tal decisão trata de parte do mérito da causa, é hipótese semelhante à decisão que pronuncia a prescrição e a decadência, que embora trate de mérito conforme preceitua o art. 269 IV do CPC, sempre foi compreendida como decisão interlocutória. Outra não pode ser a interpretação quando considerado a racionalidade do processo e nesta dimensão o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Assim, concluindo com Marinoni (2008, p. 214) têm-se que “a decisão do § 6º do art. 273, embora julgue o mérito no curso do processo, deve ser definida como decisão interlocutória para permitir a sua impugnação na forma adequada, ou seja, mediante agravo de instrumento”. Essa conclusão se dá pelo fato de que qualquer decisão tomada no curso do procedimento, qualquer que seja a sua natureza, não poderá ser submetida ao recurso de apelação, trata-se de recurso inidôneo a esse tipo de decisão, pois tal decisão não porá fim ao processo, que deverá prosseguir normalmente para final julgamento.

Cabe ressaltar que o agravo de instrumento manejado para impugnar a decisão que julga parcela incontroversa da demanda no curso do processo, assume feições diferenciadas com relação a sua feição original. Como é sabido, o agravo de instrumento ao contrário da apelação não admite sustentação oral tão pouco

embargos infringentes que só encontra tutela nos acórdãos proferidos em apelação ou ação rescisória conforme dispõe o art. 530 do CPC. Porém, não há como negar às partes o direito a sustentação oral tão pouco a possibilidade de manejar os embargos infringentes, pois se assim o fizer, está conferindo aos litigantes oportunidades diferentes em situações que merecem idêntico tratamento, e isso configuraria cerceamento de defesa, e, portanto inconstitucional. Com relação a possibilidade de Embargos infringentes em agravo que trate do mérito da causa, mesmo negado pela art. 530 do CPC tem encontrado respaldo tanto na doutrina como na jurisprudência sendo inclusive objeto de súmula do STJ, que assim anuncia: "cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito"<sup>5</sup>. Nesta perspectiva, todas as garantias atribuídas ao regime de apelação deverão ser aplicadas ao regime de agravo quando este impugnar decisão que julga parcela incontroversa da demanda. Em que pese, a ausência de legislação que traga de forma expressa essa diferenciação na forma de conduzir o agravo aqui exposto, outra interpretação não poderia ser dada, quando se analisa a ritualística processual dentro da óptica constitucional.

#### **4.5.2.2. Execução da Tutela Fundada na Parte Incontroversa da Demanda**

Ao buscar o judiciário o titular de um direito busca a sua efetivação e não simplesmente uma decisão que o conceda, se a decisão concessiva de um direito não puder ser de imediato executada torna-se-á para aquele que demonstrou tal direito uma decisão inócua e desprovida de qualquer utilidade. Assim, somente quando executada é que as decisões judiciais adquirem relevância.

Dessa forma, o que vai de fato efetivar a tutela prestada não é simplesmente a decisão que a concedeu, mas sua execução. Assim, ao ser conferida uma tutela a um titular de um direito, esta deverá estar apta a desde já poder ser executada, sob pena de afrontar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Pois, ao reconhecer a possibilidade de antecipar a tutela, quando o direito buscado mostra-se evidente, quis o legislador distribuir o ônus do tempo do processo entre as partes, tratando autor e réu de maneira isonômica, assim o

---

<sup>5</sup> Súmula 255 do STJ

fazendo evita-se a postergação da satisfação de um direito, daquele que demonstrou de plano, a existência da pretensão deduzida.

A partir dessa compreensão, torna-se completamente absurdo defender a tese de que a tutela antecipatória fundada em direito evidente, somente poderá vir a ser executada quando confirmada pela sentença. Ora, qual seria a utilidade de uma decisão concessiva de um direito evidente e que justamente busca distribuir o ônus do tempo do processo de maneira igualitária se ela não puder ser executada no curso do processo? Tal possibilidade soaria absurda e o instituto ficaria reduzido a uma mera garantia formal desprovida de qualquer efetivação.

E aqui cabe a análise de como fazer para executar a decisão concessiva da tutela com base na incontrovérsia da demanda. Conforme dito anteriormente, a decisão que confere tal provimento tem natureza jurídica de decisão interlocutória embora apta a ser imunizada pela coisa julgada material. A normatização processual, no entanto, não está estruturado para a execução de decisões interlocutórias haja vista a estrutura do Código de Processo Civil só prevê execuções de sentenças. Cabe então a doutrina a tarefa de buscar através de uma interpretação harmônica da sistemática processual uma maneira de executar tais decisões, de maneira a que o provimento venha dá vida a tutela conferida.

E aqui, como de praxe mais uma vez divide-se a doutrina. Uma corrente representada por Didier Jr., Rafael Oliveira e Paulo Sarno, defendem que acaso venha a decisão que resolve parcialmente o mérito transitar em julgado, esta decisão deverá ser executada de forma definitiva. Não se aplicando, por conseguinte o § 3º do art. 273, c/c o art. 475-O do CPC. E essa corrente assim se posiciona, por entender o instituto aqui analisado não como uma forma de antecipação de tutela, mas como anteriormente colocado, forma de julgamento antecipado da lide. Em que pese, a execução se dá de forma definitiva, dada a completa ausência de normatização processual no tocante a forma de procedimento deverá ser adotado, portanto a sistemática processual prevista para a execução provisória devendo o requerimento ser instruído por petição escrita, com cópia dos documentos e peças dos autos principais, aplicando-se por analogia o § 3º do art. 475-O.

Já para a corrente que entende que a decisão interlocutória concessiva da tutela com base na incontroversa da demanda requer confirmação quando da sentença final, a execução dessa decisão tem natureza provisória e deve seguir todo o regramento previsto pelo art. 475-O do CPC.

Para Marinoni, a decisão que concede a tutela da parte incontroversa da demanda por estar imunizada pela coisa julgada material já poderá de antemão ser executada de forma definitiva no curso do processo. Isso porque, se o direito tornou-se evidente, seja porque os fatos não são controvertidos, seja porque a demanda foi reconhecida pela parte contrária não há razão plausível que faça o favorecido com aquela decisão esperar todo o tramitar do processo para só depois promover a execução. Aqui, diferentemente do que propõe Didier Jr., a execução da tutela antecipatória embora seja imediata, deve atender de maneira integral o dispositivo 475-O do CPC, haja vista o título ser provisório, e apenas o título é provisório, porque a decisão já tem eficácia embora não imutável, já que tal decisão pode ser objeto de Recurso de Agravo.

Claro está que a razão assiste a corrente doutrinária que defende a execução definitiva da decisão concessiva da tutela com base na incontroversa da demanda. Isso em razão de que a técnica antecipatória deve ser vista como uma necessidade derivada do direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva e efetiva. Se outra for à interpretação, a referida decisão estará desprovida de qualquer utilidade, já que estará longe de atingir qualquer de suas finalidades, quais sejam: A tempestividade da jurisdição e a distribuição equânime do ônus do tempo do processo entre autor e réu.

#### **4.5.3. A Tutela Antecipada como Corolário do Direito Fundamental a Razoável Duração do Processo.**

É sabido, que o tempo do processo é algo inerente à própria existência do Estado e por consequência uma forma de imprimir segurança jurídica às relações. Pois para que o estado tutele os conflitos se faz necessário antes averiguar a existência dos direitos afirmados em juízo, e isso exige necessariamente tempo.

Quando o Estado proíbe a autotutela, ele se obriga a prestá-la de forma efetiva, e a tutela só será efetiva quando o Estado a cumpre de maneira adequada a cada conflito de interesse colocado sob seu crivo, tornando efetivo o direito material. O fato é que Quando o Estado não adequa a tutela a determinadas situações conflitivas, ele está negando a própria tutela que se obrigou a prestar, quando assumiu o monopólio de assim o fazer.

O procedimento ordinário clássico que exhibe um aspecto de neutralidade em relação ao direito material, mais das vezes não é apto a concretizar as várias situações concretas. Nesse sentido, cabe ao Estado outorgar a todos os cidadãos o poder de utilizar a técnica processual adequada ao caso concreto, isso porque as diferentes situações de direito substancial exigem instrumentos processuais diferenciados.

A Emenda Constitucional 45/2004 instituiu o direito fundamental a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, ora ao instituir esse direito atribuiu aos processualistas o ônus de adequar os procedimentos para que tal direito não seja apenas uma garantia formal. Esse é, pois o propósito do instituto previsto no § 6º do art. 273 do CPC, e sobre ele assim se manifesta Marinoni (2007, p. 209):

O 6º do art. 273 do CPC, quando interpretado de acordo com o direito fundamental à duração razoável, faz ver que a técnica da tutela da parte incontroversa da demanda foi instituída para dar à jurisdição o poder de proteger de forma adequada um direito cuja tutela final não pode ser adiada pela necessidade de instrução probatória.

Um aspecto diferenciador registrado no § 6º do art. 273 do CPC, é que este instituto visa justamente prestar a tutela final à parte da demanda que se tornou madura para julgamento no curso do processo, trata-se de uma antecipação do momento da concessão da tutela final, e não antecipação da tutela final, ou seja, o art. 273 vai trabalhar formas de antecipar a tutela final, enquanto o § 6º do mesmo artigo vai prestar a própria tutela em momento adequado e tempestivo, e é só assim que esse dispositivo consegue ser uma técnica de efetivação do direito à razoável duração do processo.

Cabe afastar por último a interpretação que tal técnica violaria o direito de defesa, ora a concessão da tutela nessa hipótese só pode ser conferida na ausência de necessidade de produção de provas, tal qual, já se apresenta no permissivo legal do julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330 do CPC. Concluindo, verifica-se que o instituto previsto no § 6º do art. 273 do CPC, é um instrumento imprescindível para a garantia do direito fundamental a razoável duração do processo e suas características estão longe de mitigar o direito de defesa.

Esta é, pois a interpretação que se impõe do instituto na linha assumida por este trabalho. Pois só assim, haverá uma superação dos malefícios

causados pelo excesso de tempo no processo, de modo a conferir efetividade à função jurisdicional. E em consequência, dá vida aos princípios constitucionalmente assegurados, e mais especificamente ao princípio do devido processo legal que tem como consectários o princípio a tempestividade da tutela jurisdicional.

Assim, conferir a tutela quando esta não mais se tornar controvertida, é antes de tudo, adiantar no tempo, é conferir efetividade à função jurisdicional, é utilizar-se de um instrumento infraconstitucional necessário à realização de um direito constitucional. E, se assim não for o entendimento, pode-se concluir que é vazio alguns direito assegurados pela constituição. Ora, se o cidadão não tiver mecanismos processuais capazes de fazer valer esses direitos, implica dizer, que estes cidadãos também não têm direito.

## V – CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional 45/04 conferiu autonomia ao direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) ao positivar tal direito impôs aos poderes constituídos o encargo de cada um, na esfera de sua função, auxiliar o judiciário de modo a tornar efetivo tal direito. Assim, caberá ao Legislador estabelecer procedimentos céleres de modo a facilitar a tramitação dos processos, pois sem base legal, o juiz estará impossibilitado de prestar uma tutela adequada; Ao Executivo cabe criar possibilidades econômico-financeiro para que a justiça possa funcionar da maneira constitucionalmente prevista. E ao judiciário como destinatário principal da norma, competirá processar e julgar esses feitos de forma eficaz e célere. De modo que, somente a harmonia entre esses poderes, é que irá viabilizar a efetividade desse direito.

A busca pela celeridade e efetividade dos direitos deve necessariamente passar por um juízo de equilíbrio e ponderação, haja vista, a atividade processual exigir uma reconstituição dos fatos que para tanto exige tempo. E é exatamente esse juízo de ponderação que vai determinar a medida do “tempo razoável”. Assim, a tutela jurisdicional é prestada em um prazo razoável, quando assegurado ao autor e ao réu o direito de participação adequada, tal participação só será idônea quando o sistema processual racionaliza a distribuição do tempo do processo entre as partes litigantes e afasta toda e qualquer defesa abusiva.

A doutrina processual mais moderna e a legislação brasileira vêm se utilizando de novos institutos processuais na tentativa de superação da dogmática clássica, buscando com isso a conciliação entre segurança jurídica e celeridade e eficácia da tutela e da efetividade dos direitos. Essa harmonia deve ser pautada pelos princípios constitucionais processuais que atualmente condicionam todo o agir da processualística e impõe que toda e qualquer interpretação que priorize o tecnicismo e as formalidades exageradas devam ser expurgada do sistema processual.

A tutela antecipada é hoje um desses instrumentos que visa abreviar a demora natural do processo. O direito processual civil expressamente prevê os seguintes tipos de tutela antecipatória: antecipação assecuratória, antecipação por comportamento abusivo e antecipação do pedido incontroverso, cada um com

requisitos e características próprias. A concessão da tutela antecipada em sua forma genérica e mais comum exige o preenchimento de determinados requisitos, quais sejam: O requerimento da parte, a prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e a reversibilidade. O requerimento da parte é necessário, porque o juiz não pode conceder a antecipação de ofício. Os requisitos, prova inequívoca e verossimilhança devem ser conjugados, para se chegar ao conceito de probabilidade. A reversibilidade, por conseguinte não deve ser entendida de forma absoluta. Em primeiro lugar porque a lei se refere à reversibilidade do provimento e não dos efeitos da tutela e em segundo lugar porque as posições do réu e do autor devem ser sopesadas, concedendo a tutela antecipada sempre que a não concessão for mais irreversível para o autor do que seria a concessão para o réu.

Além dos requisitos acima expostos que devem ser conjugados, o art. 273 do CPC, prevê ainda dois outros que são alternativos: O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

O art. 273 prevê em seu § 6º que a antecipação da tutela poderá ainda ser concedida quando um ou mais de um dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. A incontrovérsia surge exatamente da ausência de contestação, quando o réu reconhece um dos pedidos ou uma parte dele ou ainda quando existem pedidos cumulados e um ou alguns deles estão preparados para a decisão, enquanto os demais necessitam de instrução probatória.

Acontece que o instituto previsto no § 6º do art. 273 tem característica bastante peculiar, não se exigindo para a sua concessão, os requisitos de prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano, abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório. Assim, para a sua concessão basta haver simplesmente fundamento razoável para uma decisão mais rápida, e esse fundamento é justamente a incontrovérsia, pois, a demora do processo é necessária para solucionar uma incontrovérsia, se esta não existe, não há razão para o autor aguardar a satisfação do seu direito; Um outro aspecto que torna o instituto distinto da antecipação de tutela é justamente a não submissão do mesmo a regra da reversibilidade prevista no § 4º do art. 273, pois a decisão concessiva do direito evidenciado é tomada com base em um juízo de cognição exauriente, o que lhe proporciona a característica da coisa julgada material.

Os aspectos diferenciadores acima expostos levam a conclusão que o referido instituto trata-se na verdade não de uma forma de tutela antecipada e sim de uma forma de resolução parcial do mérito tal qual previsto no art. 330 do CPC. Assim a topografia do instituto estaria equivocada, devendo o legislador a ter inserido no Capítulo V, Seção II do CPC, que trata justamente do julgamento conforme o estado do processo.

A posição aqui assumida, não é pacífica, pois abalizada doutrina não dá ao instituto essa natureza jurídica tratando-o mesmo como forma de tutela antecipada, e ainda submetendo-a uma possível confirmação quando da sentença, podendo para esta doutrina, inclusive haver uma revogação da decisão anteriormente tomada, não ficando, a decisão acobertada pela coisa julgada material.

Porém, assumiu-se essa posição, por entender estar ela mais consentânea com o direito fundamental a razoável duração do processo. Ora, se o direito restou evidenciado, de modo a não exigir mais qualquer dilação probatória não resta dúvida, que o magistrado deverá efetivá-lo de plano, não mais sendo necessário se manifestar sobre o mesmo quando da sentença final. Trata-se na verdade de uma decisão definitiva, que deve ser tratada de forma absolutamente autônoma, pois há uma total cisão do julgamento.

A decisão concessiva do direito evidente trata-se de decisão interlocutória já que não põe termo ao processo, devendo ser atacada pelo recurso de Agravo de Instrumento. Porém, a legislação processual não traz qualquer disposição da forma como este Recurso pode ser manejado, o que levou a doutrina a tratá-lo de forma peculiar. Assim, deve-se conferir a esta espécie de agravo a possibilidade de sustentação oral bem como o manejo de embargos infringentes, que em regra só são possíveis para acórdãos proferidos em apelação ou ação rescisória, conforme dispõe o art. 530 do CPC. E, isso, pelo simples fato de que essa decisão interlocutória diferentemente das demais, trás consigo a possibilidade de fazer coisa julgada material, o que em regra é um atributo das sentenças. Então se não for conferido as mesmas oportunidades que seriam conferidas quando do pronunciamento de uma sentença, estar-se-ia cerceando a defesa, e gerando com isso uma situação de inconstitucionalidade.

Com relação à execução da decisão concessiva do direito evidente resta claro que esta deve ser feita de imediato, sob pena de assim não o fazendo

tornar-se uma decisão vazia e desprovida de qualquer utilidade prática. Nesta perspectiva, afasta-se aqui a doutrina que defende que a decisão para ser executada deverá ser confirmada pela sentença final, se assim o fosse, tal decisão tornar-se-ia uma garantia formal, ferindo seus objetivos primordiais quais sejam: A tempestividade da jurisdição e a distribuição equânime do ônus do tempo do processo entre as partes.

Diante do que aqui foi exposto, resta evidenciado a tendência interpretativa do presente trabalho, que é justamente a de interpretar a legislação de modo a que a conclusão dos processos e a efetividade de suas decisões não sejam sempre cercadas de incertezas e adiamentos. Pois nada mais frustrante do que ver um direito reconhecido e após longa batalha judicial, descobrir que pelo decurso do tempo, o mesmo já não tem qualquer utilidade prática, isso é a negação da própria justiça. Essa preocupação com a celeridade e a efetividade do processo é uma constante na vida de todos aqueles que militam na área jurídica, assim, é fundamental que advogados, membros do Ministério Público e Magistrados compreendam a força do dispositivo legal aqui tratado e busquem aplicá-lo no cotidiano processual, pois concluindo com o Ministro do STJ Ministro César Asfor Rocha, que de forma tão feliz traduziu a preocupação aqui discutida, assim se manifestando: “Ampliamos o acesso à justiça, mas pouco fizemos para alargar a sua saída. Sabemos quando a demanda começa, todavia não sabemos quando o processo termina. [...] todos temos a responsabilidade de criar caminhos para que a conclusão das lides se alcance dentro de um horizonte temporal curto [...]”. É essa, pois a responsabilidade que é imposta para todos aqueles que militam no judiciário. Pois este sim, é um dos mecanismos que poderá atenuar a angústia e revolta daqueles que têm que esperar durante anos por uma decisão judicial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. 415 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgências**, 3ª ed. 2003, p. 332.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo:Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto Yussef Said Cahali. 9 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. RT Mini Códigos.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (1973). Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Organização do texto Yussef Said Cahali. 9 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. RT Mini Códigos.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN. n.º 1511-7/DF. Min rel. Carlos Velloso, DJ 06.06.2003. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20.11.2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 18ª CC, AI 1.0525.05.0784723/002, Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes. DJ 08.05.2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIDIER Jr. Fredie; **Curso de Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 7 ed. Ver. Ampl. e atual. De acordo com e EC/45, o Código Civil, as Súmulas do STF, STJ E TRF e as Leis Federais n.º 11.232/05, 11.276/06, 11.280/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06. Bahia: Jus podivm, 2007. 561p.

DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada**. Vol 2. rev. amp e atual. De acordo com a Emenda/45, Código Civil, as súmulas do STF e do STJ e as Leis Federais nº 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06 e 11.419/06. Bahia: Juspodivm, 2007, 619p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5ª ed.. São Paulo:Malheiros, 1996. 271 p.

DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela Antecipada em Relação à Parte Incontroversa da Demanda**. 2 ed. rev. e atual. De acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (coleção temas atuais do Direito Processual Civil, v. 151p.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2001. 218p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10 ed. rev. atual. E amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 318p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 237p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. atualizada até a EC nº 47/05. São Paulo: Atlas, 2005.926p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Antecipação dos Efeitos da Tutela: Algumas Questões Controvertidas**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2001.

NERY, Rosa e NERY Jr. Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 733p.

SAMPAIO JR. José Herval. **Processo Constitucional: Nova Concepção de Jurisdição**; prefácio de Luiz Guilherme Marinoni. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, 225p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. e atual nos termos da reforma constitucional n. 48 de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros, 2005, 924p.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I., ed. 26. Rio de Janeiro: Forense, 1999.