



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

FRANCISCA ABRANTES VIEIRA CAVALCANTI

TUTELA ANTECIPADA

SOUSA - PB
2006

FRANCISCA ABRANTES VIEIRA CAVALCANTI

TUTELA ANTECIPADA

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 Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Maria Elza de Andrade.

SOUSA - PB
2006

FRANCISCA ABRANTES VIEIRA CAVALCANTI

TUTELA ANTECIPADA

COMISSÃO EXAMINADORA

(PRESIDENTE-ORIENTADORA)

(2º MEMBRO)

(3º MEMBRO)

SOUSA – PB
Junho /2006

Dedico

A Deus por iluminar meu caminho; aos meus pais e irmãos pelo carinho; amor, amizade e confiança que sempre depositaram em mim; ao meu esposo, pelas palavras de estímulo, amor e compreensão.

Agradeço

A todos aqueles que fizeram parte de minha vida, que direta ou indiretamente me ensinaram quando forte eu posso ser nas horas de atribulações.

"Sabemos o que somos, mas ignoramos o que podemos nos tornar. Deus conceda sabedoria aos que a possuem e permita que os que tontos se valham de seus talentos".

(Shakespeare)

RESUMO

A inserção do instituto da tutela antecipada no sistema processual civil brasileiro veio garantir a possibilidade da antecipação dos efeitos do pedido feito pelo autor na inicial que seria concedido naturalmente através da sentença final do processo. Posto que muitas vezes a parte não pode esperar o tempo necessário para o convencimento judicial, já que se a sua pretensão não for satisfeita urgentemente, de nada adiantará esperar o resultado do processo, pois mesmo que seu direito seja reconhecido, ele não mais poderá ser exercido. A pesquisa se deu através da análise da legislação, leitura, fichamentos de livros, revistas e outras publicações que versassem sobre o tema proposto e depois organizado um texto de forma clara e coerente, para realização deste trabalho. Então o objetivo do texto é expor, de forma simples e concisa a inserção do instituto da antecipação da tutela no ordenamento jurídico pátrio, e tecer algumas considerações sobre as principais questões suscitadas na interpretação do artigo 273 do código de processo civil brasileiro. Tendo como resultado esta pesquisa, supri a necessidade que estava preocupando a consciência jurídica nacional que é evitar o perigo da demora na prestação jurisdicional, assim sendo, a tutela antecipada trata-se de um importante mecanismo, para que se evite o risco do perecimento de direito ou objetos meramente protelatórios do réu. Conclui-se que o nosso ordenamento jurídico se enriqueceu com a possibilidade da antecipação da tutela pretendida, por parte daquele que recorre a imparcialidade do estado, como forma de ver seu direito evidente e claro assegurado preventivamente.

Palavras – chave: tutela. antecipação. satisfação.

ABSTRACT

The insertion of the institute of the anticipated guardianship in the procedural system civil Brazilian came to guarantee the possibility of the anticipation of the effect of the order made for the author in the initial that would be granted of course through the final judgment of the process. Rank that many times the part cannot wait the necessary time for the judicial persuasion, since if its pretension will not be satisfied urgently, of nothing will advance to wait the result of the process, therefore exactness that its right is recognized, it more it could not be exerted. The research if gave through the analysis of the legislation, reading, fichamentos of books, magazines and other publications that turned on the subject considered and later organized a text of clear and coherent form, for accomplishment of this work. Then the objective of the text is to display, of simple and concise for the insertion of the institute of the anticipation of the guardianship in the native legal system, and to weave some considerations on the main questions excited in the interpretation of article 273 of the code of Brazilian civil action. Having as resulted this research, I supplied the code of Brazilian civil action. Having as resulted this research, I supplied the necessity that was worrying the national legal conscience that is to prevent the danger of the delay in the judgement, thus being, the anticipated guardianship is about an important mechanism, so that if it prevents the risk of the right extinction or mere dilatory objects of the male defendant. One concludes that our legal system if enriched with the possibility of the anticipation of the intended guardianship. on the part of that it appeals the impartialidade of the state, as form to see its evident right preventively and clearly assured.

Words – key: guardianship. anticipation. satisfaction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 TUTELA ANTECIPADA: ABORDAGEM HISTÓRICO-JURÍDICA.....	12
1.1 Evolução histórica do instituto tutela antecipada.....	12
1.2 Natureza do instituto.....	14
1.3 Conceituação doutrinária da tutela antecipada.....	15
1.4 Tutela antecipada e a tutela cautelar.....	15
1.4.1 Aspectos comuns da tutela antecipada e da tutela cautelar.....	16
1.4.2 Aspectos diferenciais entre tutela antecipada e tutela cautelar.....	17
CAPÍTULO 2 CONDIÇÕES PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	20
2.1 Requisitos da antecipação da tutela.....	20
2.1.1 Requerimento da parte.....	21
2.1.2 Identidade total ou parcial da tutela antecipada com tutela final pleiteada.....	21
2.1.3 Existência de prova inequívoca.....	22
2.1.4 Verossimilhança da alegação.....	24
2.1.5 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	25
2.1.6 Abuso de direito por parte do réu.....	27
2.1.7 Possibilidade de reversão da medida antecipada.....	28
	20
CAPÍTULO 3 DA CONCESSÃO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO, DA EXECUÇÃO DE REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	31
3.1 Momento para a concessão de tutela antecipada.....	31
3.2 Do dever de fundamentação da decisão.....	33
3.3 Da execução provisória da tutela antecipada.....	34
3.4 Da revogação da tutela antecipada e sentença de improcedência.....	35
3.5 Coletânea jurisprudencial de algumas matérias tratadas em face da tutela antecipada.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

Tutela significa proteger, amparar, defender, assistir. É com esse sentido que o verbo e os substantivos tutor e tutela são empregados na linguagem jurídica nomeadamente nas expressões tutela jurídica e tutela antecipada.

O presente trabalho objetiva expor, de forma simples e concisa, a inserção do instituto da antecipação da tutela no ordenamento jurídico pátrio, e tecer algumas considerações sobre as principais questões suscitadas na interpretação do artigo 273, do Código de Processo Civil.

A pesquisa se conduziu através da análise da legislação e leituras e fichamentos de livros, revistas e outras publicações que versassem sobre o tema proposto. Após a organização dos dados colhidos foi realizada uma discussão acerca do que se poderia prescindir e o que era essencial para retificação de nossas idéias. Seleccionamos os dados e depois confeccionamos um texto de forma clara e coerente, que resultou no trabalho que ora apresentamos.

Com efeito, o Estado, que tem por objetivos fundamentais criar uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem desigualdades, sem preconceitos e discriminação, na qual se garanta o bem de todos, para isso, exerce a administração pública e cria normas reguladoras da convivência social, assumindo também o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas, dispensando aos indivíduos lesados ou ameaçados pela violação delas a devida proteção.

Assim, quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, prestam aos direitos dos indivíduos, esse compromisso de apreciar as lesões ou ameaças a direitos, compromissos de prestar tutela jurisdicional constitui um dever estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz, sob pena de se consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio estado de direito.

A atividade de prestar tutela jurisdicional, e assim, eliminar os conflitos, na “justa composição da lide”, constitui também um poder do Estado, que o exerce monopoliticamente, sujeitando a vontade de todos às suas decisões, inclusive, se necessário, com utilização de meios de coação física.

Para bem se desincumbir desse poder-dever, o Estado se aparelha e funciona organicamente, sendo tarefa dos seus juizes afirmar e atuar concretamente a vontade da lei.

Assim, no afã de fornecer aos jurisdicionados a tutela imediata, ainda que antecipada e provisória, posto que, muitas vezes a parte não pode esperar o tempo necessário para o convencimento judicial, já que se a sua pretensão não for satisfeita urgentemente, de nada adiantará esperar o resultado do processo, pois mesmo que seu direito seja reconhecido, ele não mais poderá ser exercido. Ou então, quando o réu sabendo que o autor terá o seu direito reconhecido, resiste ao processo só para protelar a decisão judicial, prejudicando ainda mais o autor. Assim, o legislador, com a reforma de 1994, criou um instituto que permite desde que presentes os seus requisitos, a antecipação de efeitos concretos da sentença.

Trata-se de matéria atual e que mais tem chamado e demonstrado interesse no meio jurídico, dada a grande inovação e importância que representa, pois entre todas as modificações introduzidas pela reforma do nosso Código de Processo Civil foi a que maior e melhor impacto produziu.

A doutrina moderna vem abordando a possibilidade de antecipação desses efeitos, também com relação àquela parte da demanda que não está mais controvertida, satisfazendo assim o direito do autor, sem que este tenha que esperar até o provimento final.

A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda é uma solução que foi encontrada para os casos em que a demanda está parcialmente resolvida seja porque o réu não contestou determinados fatos, ou reconheceu uma parte do pedido, ou ainda, quando existem pedidos cumulados e alguns deles não se encontram mais controvertidos.

Além de verificar a tutela antecipada quando existe a urgência, busca-se estudar o instituto quando o réu, de maneira protelatória deixa de cumprir com o seu dever de lealdade com o processo, ou seja, quando não há mais controvérsia a respeito de determinado fato ou direito e o réu deixa de satisfazer o direito do autor. O tema pesquisado encontrar-se-á assim distribuídos em capítulos onde:

O capítulo primeiro versará acerca da abordagem histórico-jurídica da tutela antecipada, sua natureza jurídica e conceituação doutrinária acerca do instituto, será ainda abordado os aspectos comuns e diferenciais entre a tutela antecipada e cautelar.

No segundo capítulo abordar-se-á as condições e requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, estes serão apresentados de forma individualizada e são: o requerimento da parte; a identidade total ou parcial da tutela antecipada com tutela final pleiteada; a existência de prova inequívoca; verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; abuso de direito por parte do réu; e a possibilidade de reversão da medida antecipada todos de acordo com o previsto no art. 273 do Código de Processo Civil.

O capítulo terceiro tratará da concessão, fundamentação, execução, revogação da tutela antecipada e seguirá abordando manifestações jurisprudenciais emanadas pelos diversos Tribunais a fim de um mais amplo entendimento da questão proposta.

CAPÍTULO 1 TUTELA ANTECIPADA: ABORDAGEM HISTÓRICO-JURÍDICA

1.1 Evolução histórica do instituto tutela antecipada

O movimento pelo acesso a justiça constitui a expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico em um número grande de países, a questão do acesso permitiu ver a ilusão do desejo de se pensar o direito processual a distância do direito substancial e da realidade social.

A transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que a técnica passe a ser manipulada de modo a permitir a adaptação do processo às novas realidades e a tutela das várias e, então desconhecidas, situações de direito substancial.

O bom funcionamento da justiça é de interesse público difuso, eis que afeta os cidadãos em sua totalidade. Em razão disto, o Poder judiciário deve ser dinâmico e ágil, porque, através destas características constrói-se uma sociedade justa e igualitária, protegendo a democracia e o Estado de Direito.

O instituto da Antecipação de Tutela, Tutela Antecipada ou Tutela Antecipatória, como muitos o chamam atualmente, surgiu a mais de quarenta anos no continente europeu, e que possuía raízes históricas no clássico Direito Romano. Esta evoluiu no direito europeu, em que se concebia a tutela provisória tanto para conservar tanto para regular a situação jurídica material da parte.

Nestas condições era permitida a possibilidade de utilizar as medidas de urgência para antecipar efeitos de possível julgamento de mérito, dentro daquilo que se denominava regulamento provisório do litígio. Sendo este instituto acolhido por diversos países entre eles: a Alemanha, Itália, França, Suíça, posteriormente se espalhando por outros continentes.

O sistema processual civil brasileiro nos últimos anos foi marcado por uma notável evolução, dada por uma onda de reformas iniciadas em 1985, com a introdução no sistema de instrumentos até então desconhecidos no direito, destinados a dar curso a demandas de natureza coletiva e a tutelar direitos.

Pode-se citar, nesta primeira etapa, leis que introduziram estas reformas, a começar pela lei 7.347 de junho de 1985, que disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, e aos direitos e interesses difusos e coletivos de modo geral, à qual surgiram outras como:

a tutela de internos transindividuais de pessoas portadoras de deficiência (lei nº 7.853 de 24/10/89), de crianças e adolescentes (lei nº 8.069 de 13/07/90), de consumidores (lei nº 8.078 de 11/09/92), de probidade administrativa (lei nº 8.429 de 02/06/90), e da ordem econômica (lei nº 8.884 de 11/06/94).

Na reforma processual, levada a efeito pela lei 8.952, de 13/12/94, entre as alterações introduzidas no código de processo civil, a de maior importância e que mais reflexos produziu, foi, a saber:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

- I. *Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*
- II. *Fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito do réu;*

§ 1º *Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.*

§ 2º. *Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

§ 3º. *A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.*

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

§ 5º. *Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Redação dada ao art. pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994).*

Este artigo introduziu o instituto da tutela antecipada ou o adiantamento dos efeitos do julgamento de mérito, desde que, exista prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o protelatório do réu. Assim a tutela antecipada, apesar de ter sido criada com essa dinamização em 1994 com o novo art. 273 do CPC, já existia em nosso ordenamento jurídico, muitas vezes com natureza diversa da atual, mas sempre procurando antecipar os efeitos da sentença diante da urgência.

Em algumas hipóteses excepcionais, pode o julgador antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor, provisoriamente, total ou parcialmente, a própria tutela postulada pela parte.

Em maio de 2002 a lei 10.444, trouxe novas as modificações a lei 8.952 de 13/12/94, acrescentando os parágrafos 3º, 6º, e 7º. Tendo como objetivo principal à consciência jurídica universal, para evitar o perigo da demora do processo, não deixá-lo transformar-se em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora.

Assim, a antecipação da tutela revelou-se uma importante revolução processual, rompendo a barreira do passado que se caracterizava pelo até então existente preconceito de que a antecipação dos efeitos não se coadunava com o acautelamento.

1.2 Natureza do instituto

Sobre a natureza jurídica do instituto, estabeleceu-se um consenso na doutrina de que a tutela antecipatória tem natureza satisfativa, isto é, volta-se à realização da pretensão de direito material do litigante, não se confundindo com a tutela meramente cautelar. Esta teria por escopo impedir o perecimento do direito ou assegurar o seu exercício no futuro, não se confundindo com a natureza ao demandante, ainda que provisoriamente, do próprio direito finalisticamente buscado, típica da tutela antecipatória.

Para KAZUO WATANABE (1996, p. 21):

O artigo 273, nos incisos I e II, elenca duas espécies de tutela antecipada: a) a de urgência, que exige o requisito do fundamento receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) a de proteção ao autor, que, não deve sofrer as conseqüências da demora do processo, decorrente do abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu.

Seguindo este pensamento, tem-se entendido, na maioria da doutrina, que a tutela antecipada de nada tem haver com a cautelar, devido aquela se tratar de

adiantamento do provimento que se busca no mérito da causa, ou seja, de antecipação satisfativa da prestação jurisdicional pretendida na ação.

1.3 Conceituação doutrinária da tutela antecipada

Dá-se o nome de tutela antecipada ao adiantamento dos efeitos da decisão final, a ser proferida em processo de conhecimento, com a finalidade de evitar dano ao direito subjetivo da parte. O provimento antecipado será apreciado e, se for o caso, deferido pelo juiz mediante requerimento da parte, sendo vedada à concessão "ex-officio". Por parte entende-se quem deduz pretensão em juízo, ou seja, que pleiteia o reconhecimento de algum direito material.

Sobre o tema Humberto Theodoro Junior (2000, p. 553):

O que o novo texto do artigo 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas há possibilidade de o juiz conceder ao autor um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegura o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.

Em relação a legitimidade para requerer a antecipação da tutela, está não se limita só ao autor, mas, também o oponente, o denunciante, o reconvinte, o que apresenta declaratória incidental e o réu.

A cerca do assunto: Luiz Rodrigues Wambier (2005, p.309):

Autor é quem formula a pretensão, quem traça os limites e determina os contornos da lide. Autor, no processo, é, além daquele que apresenta da petição inicial, o oponente, o denunciante, o reconvinte, o que apresenta declaratória incidental, o assistente litisconsorcial do autor etc.

A antecipação dos efeitos da tutela pode ser requerida e concedida em qualquer fase do processo.

1.4 Tutela antecipada e a tutela cautelar

A grande maioria, dos doutrinadores entende que a natureza da tutela antecipada nada tem de cautelar, por ser tratar de adiantamento dos efeitos do

provimento que se busca no mérito da causa. Portanto, trata-se, de antecipação satisfativa da prestação jurisdicional que se pretende.

De acordo com KAZUO WATANABE (1996, p. 23):

A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotada assim de caráter satisfativo.

Para ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO (1996, p. 11) “a tutela antecipada é instituto que passa a integrar o procedimento cognitivo comum, afastando por completo a idéia de duplicação de feitos”.

O instituto da tutela antecipada não é medida cautelar, e nem com ela pode ser confundido, haja vista que cada uma tem regras e princípios disciplinadores distintos.

Sobre esse tema, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1994, p. 6327) já se manifestou, destacando a diferença entre os dois institutos:

A antecipação da tutela serve para adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final. Já a cautelar visa garantir o resultado útil do processo principal. Enquanto o pedido de antecipação de tutela pode ser formulado na própria petição inicial da ação principal, a medida cautelar deve ser pleiteada em ação separada, sendo vedada à cumulação dos pedidos principal e cautelar num único processo.

1.4.1 Aspectos comuns da tutela antecipada e da tutela cautelar

Mesmo havendo entendimento dominante de que a tutela antecipada e a tutela cautelar não se confundem, existem, entre esses dois institutos, alguns aspectos comuns, que agora serão analisados.

O primeiro dos aspectos em comum é, o caráter de provisoriedade, valendo dizer, desta forma, que nenhum deles declara, constitui, condena ou executa. Elas

têm a virtude de atender a necessidade do processo proporcionando mais equilíbrio ou igualdades entre as partes para que, sobrevindo à decisão final, o autor, em caso de procedência da demanda obtenha do juiz aquilo e tudo aquilo a que tenha direito.

Outro aspecto em comum é a da cognição sumária (*sumaria cónita*), posto que, em ambos os casos, o juiz, ao apreciar o pedido, há de levar em conta a aparência, e não a certeza do direito tutelado. Embora o artigo 798 requeira a ocorrência de “fundado receio” e o artigo 273, exija prova inequívoca e “Verossimilhança da elegação”, o que se prestigia em ambos os casos, é o *fumus boni iúris*.

Faz-se presente também, o juízo de aparência, posto que o juiz, nesse momento, não está definindo a questão, não está dizendo o direito de forma definitiva. Esta apenas, decidindo de forma provisória, de acordo com as circunstâncias que lhe são apresentadas.

Qualquer um dos institutos seja o da tutela cautelar ou da antecipação da tutela, prever a revogabilidade e modificabilidade, encontrando-se, tais previsões, nos artigos 273 § 4º, 805 e 807 do CPC.

Também é comum a justificação prévia mesmo que o artigo 273, do CPC, nada diz respeito, no procedimento cautelar existe previsão expressa no artigo 804 do CPC. Valendo que, é possível que se conclua da possibilidade de justificação prévia, pois na demonstração de *Periculum in mora*, não se observa diferença entre proteção cautelar e proteção antecipatória.

Esses institutos exigem a possibilidade de reversibilidade, pois não seria aceitável que o juiz determinasse a prática de providência irreversível o que causaria certamente prejuízo ao réu. Não havendo, portanto, possibilidade de reversão, o pedido, quer seja tutela antecipada, quer seja de tutela cautelar, não poderá ser deferido.

Por fim, nenhum dos institutos produz coisa julgada material, vez que são concedidos, mediante *sumaria cónitia* (cognição sumária).

1.4.2 Aspectos diferenciais entre tutela antecipada e tutela cautelar

A princípio a tutela antecipada consiste em prover, antes da decisão do mérito, no todo ou em parte, os objetivos práticos de uma sentença, ao passo que a tutela cautelar objetiva resguardar a tutela que se busca no processo.

Segundo TEORI ALBINO ZALASKI (1997, p. 16):

as medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas, apesar de suas características comuns sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha importância em face da autonomia de regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador.

Então um dos elementos diferenciados desses dois institutos é a autonomia processual, que é um ponto marcante no perfil da tutela acautelatória, mas inexistente na antecipação. Portanto a tutela cautelar é um processo funcional e estruturalmente autônomo, em que não é retirada a sua autonomia, mesmo ele vinculado a um processo satisfativo. Na antecipação de tutela, essa autonomia não existe, por se tratar de uma decisão interlocutória e estar vinculada a um pedido, que busca ser antecipado.

De todos os elementos diferenciados dos dois institutos, o mais importante é o da satisfação do direito, e neste aspecto, é o tema que nitidamente separa as águas da antecipação e da cautela. Esta é, conceitualmente, não satisfativa”.

Outro elemento que diferencia é a urgência em que pese figurar em alguns casos de antecipação de tutela, a urgência não é comum a esta, posto que o inciso II do artigo 273 do CPC não trata deste aspecto. Por outro lado, a urgência é elemento essencial para concessão da cautelar.

A antecipação de tutela somente é possível dentro da própria ação principal. Já a medida cautelar é objeto de ação separada, que pode ser ajuizada antes da ação principal ou no seu curso.

Podemos ver também que a tutela cautelar contenta-se com *fumus boni iuris*, enquanto, a tutela antecipada somente pode apoiar-se em prova inequívoca.

A tutela cautelar tem como pressupostos específicos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, enquanto que a tutela antecipada a probabilidade de existência do direito material é mais forte que a mera plausibilidade desse direito, que na prática reside no próprio direito ao processo principal e na simples aparência de que poder-se-á dele sair vencedor. Além dessa, abriga ainda a hipótese de abuso de direito de defesa e de manifesto propósito protelatório do réu, independente da existência de perigo na demora da prestação definitiva.

No mesmo sentido, o acórdão da 3ª Câmara do TJSC (1996, no Ag 96.001.452-7):

Não se confundem medida cautelar e tutela antecipada. Na primeira basta fumaça do bom direito e perigo de dano. Na segunda, exige-se que a tutela corresponda ao dispositivo da sentença; haja prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu. Tudo isso mediante cognição provisória, com audiência do demandado, que só pode ser dispensada em casos excepcionais.

Essas são as diferenças básicas, mas relevante é ter em vista que a cautelar visa assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, enquanto que a antecipação dos efeitos da tutela incide sobre o próprio direito pleiteado satisfazendo provisoriamente.

CAPÍTULO 2 CONDIÇÕES PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

2.1 Requisitos da antecipação da tutela

Para a concessão da tutela antecipada exige-se a presença dos requisitos previstos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, que são os requisitos genéricos, que sempre devem estar presentes, e requisitos específicos, que são alternativos, ou seja, apenas o preenchimento de um deles permite a antecipação da tutela ora requerida.

Os requisitos para o deferimento da tutela antecipada estão sujeitos a regime próprio, estabelecidos no Caput e incisos do art. 273 do Código de Processo Civil que assim assevera:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(Caput com relação dada pela Lei nº 8.952, de 12/12/1994).

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito proletário do réu. (Incisos I e II acrescidos pela Lei nº 8.952, de 13/12/1994).

§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (§ 1º e 2º acrescidos pela lei nº 8.952, de 13/12/1994).

§ 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, § 4º e 5º, 461ª. (§ 3º com redação dada pela Lei nº 10.444, de 3/05/2002).

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

§ 5º. Concedida ou não a antecipação, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroversas.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela requerer providências de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar incidental do processo ajuizado. (§ § 6 e 7 acrescidos pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002).

Dessa forma, assim como previsto no art. 273 do Código de Processo Civil, os requisitos necessários exigidos para concessão da tutela antecipada, são em síntese os seguintes: 1º) requerimento da parte; 2º) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial; 3º) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte; 4º) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou; 5º) caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e; 7º) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requer a antecipação satisfativa.

2.1.1 Requerimento da parte

O artigo 273 do CPC dispõe que a antecipação da tutela poderá ser concedida a “requerimento da parte”. Esse requisito está diretamente ligado ao nosso sistema jurisdicional, que se embasa no princípio da demanda, pelo qual cabe a parte a iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional, que é inerte, para tanto, deve o pedido ser feito pela parte, já que no entendimento da doutrina jurisprudência, o juiz não poderá concedê-la de ofício. Assim, de lege data, que somente a parte pode pleitear a tutela antecipatória.

Esse preceito também está consolidado em nossa legislação no arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil, onde estabelece que “... nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando à parte ou o interessado a requerer...” e “... o processo civil começa por iniciativa da parte...”.

2.1.2 Identidade total ou parcial da tutela antecipada com tutela final pleiteada

Este requisito serve apenas como nota diferencial da tutela cautelar, já que nesta o pedido não coincide com o do processo principal, ao passo que na

antecipação de tutela há coincidência entre a tutela antecipada total ou parcialmente e a tutela final.

Nesse requisito, a lei se refere à antecipação parcial, pois, se está prevendo a hipótese de que possa haver pedidos cumulados e que não seria o caso de concessão *citra petita*, que não se admite.

2.1.3 Existência de prova inequívoca

A palavra “Equívoco” é o que “tem mais de um sentido”, que se pode tomar por outra coisa, que se pode entender de diversas maneiras. A rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável.

Para o doutrinador J. E. CARREIRA ALVIM (1999. p. 53): “Prova inequívoca será aquela que apresenta alto grau de convencimento, afastava qualquer dúvida razoável, ou em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável”.

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, (1996, p. 69) a expressão “prova inequívoca” parece traduzir, em princípio, prova tão robusta que não permita equívoco ou quaisquer dúvidas.

A denominada “prova inequívoca”, mencionada no art. 273, Caput, deve ser interpretada com menos rigor, sendo suficiente que retrate a existência da situação jurídica exposta na inicial.

Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI (1998. p. 48):

A denominada “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.

Para ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (2000. p. 39), ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça:

A rigor, em si mesmo, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável. Mesmo a escritura pública, lavrada por notário conceituado e revestida de todos os requisitos formais, é possível de ser impregnada em ação anulatória.

Em se tratando da prova testemunhal, não podemos esquecer, que existe a incerteza, posta que esta pode estar comprometida, que o depoente pode não estar dizendo a verdade dos fatos ou, no caso de várias testemunhas, podem estas se enganar quanto ao que esclarecem ou não ter compreendido corretamente o acontecimento sobre o qual testemunham, gerando nesse caso, equívoco quanto aos fatos.

Por sua vez a sentença, também não é prova inequívoca, se assim fosse não caberiam recursos ou mesmo a propositura de ação rescisória fundada em prova falsa, possibilidade prevista no artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil.

Portanto não existe prova inequívoca revestida de absoluta certeza, o que impediria, por conseguinte, restritivo o significado da expressão "prova inequívoca". Então a atenção do legislador foi considerar como prova inequívoca aquela que, antes aos fatos expostos, fosse suficiente para a formação de juízo de probabilidade, capaz de antecipar a medida buscada.

Esse entendimento é definido por LUIZ GUILERME MARINONI e também por ESTEVÃO MALLET (1998, p.63) que vai além dizendo que:

... se a sentença pode fundar-se, até mesmo, em ausência completa de prova, decidindo o juiz apenas com apoio nas regras sobre ônus da prova, diz que prova inequívoca é a prova suficiente à prolação da sentença equivale a incluir, no conceito de prova inequívoca, a hipótese de ausência de prova, o que soa exorbitante.

Desta forma, pode-se concluir que prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito não possa se oposta qualquer dúvida razoável; ou, em outras termos, aquela cuja autenticidade ou veracidade seja provável.

Segundo TEORI ALBINO ZAVASCKI (1997, p. 41): "A lei exige não a prova de verdade absoluta – que sempre será relativa – mas uma prova absoluta que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade, do juízo de verdade".

Para o juiz deferir o pedido, este deverá estar convencido de que, o quadro demonstrado pelo autor, caracteriza, por parte do réu, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, ou de difícil reparação, antes do

juízo da causa, convencido pelas provas acostadas pelo réu, o juízo seguro, antecipará os efeitos da tutela pretendida, antes de ouvir a resposta do réu.

2.1.4 Verossimilhança da alegação

A verossimilhança, em seu conceito jurídico-processual é mais do que o "fumus boni iuris" exigível para o deferimento de medida cautelar, mas não é preciso chegar a uma evidência indiscutível.

A verossimilhança da alegação a que se reporta a lei é juízo de convencimento a ser feito sobre a realidade fática apresentada pelo autor. Inicialmente, cabe destacar que o termo alegação, usado pelo legislador, abrange todo e qualquer requerimento, petição, razões, enfim tudo que for formulado pelos procuradores das partes.

Humberto Theodoro Junior (2000. p. 549):

Sustenta que a verossimilhança somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande, de que sejam verdadeiras as alegações do litigante, e prossegue dizendo que por quebrar a seqüência natural do contraditório, a tutela antecipada não poderá deixar de levar em conta o risco da sentença final contrária a posição inicialmente demonstrada pela parte que requereu e obteve a medida liminar.

Segundo J. E. CARREIRA ALVIM (1999, p. 37):

Quem buscar, pela primeira vez, o sentido dessa expressão – verossimilhança – formará sobre ela um juízo equivalente ao de aparência de verdade. E não deixará de estar certo, porque, no vernáculo, verossimilhança é o mesmo que verossímil (do latim verosímil), que significa semelhante à verdade; que tem aparência de verdade; que não repugna à verdade; ou provável.

A verossimilhança é um juízo emitido sobre a afirmação do fato, quer dizer, sobre a alegação (positio) do fato, provenientes da parte que pede seja admitida a prová-lo e que o afirma como historicamente aconteceu.

Embora não seja posição unânime, alguns doutrinadores têm aceitado a idéia de aproximar a “verossimilhança” do “direito líquido e certo”, entendido como o “direito vinculado a fatos e situações comprovados de plano, e não a posteriori.

Assim, torna-se irrefutável que a parte traga, na primeira oportunidade em que falará nos autos, provas inequívocas e suficientes para crer que esta realidade construída na exordial corresponde à verdade material. Para tanto, poderá utilizar-se de diversos elementos idôneos de convicção, tais como: a) prova preconstituída da relação jurídica; b) reconstrução do conteúdo da relação jurídica, os fins por ela visados, o sentido das palavras que exteriorizavam a manifestação de vontade, as conseqüências esperadas e as conseqüências verificadas; c) precedentes judiciais fundados em circunstâncias que se identifiquem ou se assemelhem ao caso concreto mediante confrontação analítica, indicando a razoável tendência da solução a ser definida; d) ofensa a dispositivo legal expresso e; e) violação a princípio ou garantia constitucional.

Por fim, a certeza, que representa uma firme convicção, fundada na evidência do objeto, demais disso, o juízo de verossimilhança para o deferimento ou não da antecipação da tutela reside num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhes são favoráveis e dos que lhe são contrários.

Em outras palavras, juízo de verossimilhança nada mais é do que um juízo de probabilidade, mais do que o óbvio.

Para CALAMANDREI (1999, p. 621), a verossimilhança vem a ser um grau de conhecimento superior à possibilidade e inferior à probabilidade.

Essa situação do legislador ter vinculado o convencimento da verossimilhança da alegação à prova inequívoca, é forte indício de que a probabilidade identificada na verossimilhança não significa, de forma alguma, um grau mínimo de provável realidade de alegação.

Muito pelo contrário. Na antecipação da tutela, o grau de probabilidade que deriva da prova inequívoca se não é, está muito próximo do máximo. Certo é, que a antecipação da tutela exige probabilidade e esta há de ser intensa, capaz de induzir a identificação plena entre probabilidade e verossimilhança.

2.1.5 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Não basta o juízo de verossimilhança, a alta probabilidade de que o autor venha a ser favorecido com sentença de procedência, a lei exige, mais, que a demora processual possa acarretar ao autor um dano de difícil reparação, ou alternativamente, exige que o réu pelo teor da contestação ou pelo seu proceder no curso do processo revele que não possui motivos sérios para contrapor ao pedido de autor.

A norma estabelecida no inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil, "... fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"; é em parte, semelhante, ao disposto no § 3º, do artigo 461 do mesmo Código "... havendo justificado receio de ineficácia do provimento final...", cujo parágrafo foi introduzido no Código de Processo Civil, pela Lei 8.952 de 13/12/94.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação aparece, no cenário jurídico, como um risco que pode ser considerado palpável, no sentido de que a demora da prestação jurisdicional possa conduzir a uma injustiça, e no caso de não restabelecer o equilíbrio, nem fazendo cessar a lesividade, logo que possível e quando necessário, resultaria daí uma decisão inócua, que nada resolveria. O aludido no artigo 273 não diz respeito necessariamente ao perecimento da pretensão caso não antecipada a tutela, pode ser um dano externo.

Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2000, p. 553): "receio fundado é o que provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em termo do risco de prejuízo grave".

Cumprido destacar que a justificativa do perigo da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação deve ser muito bem demonstrado, não bastando o mero temor desacompanhado de elementos que corroborem para com as assertivas deduzidas no pedido. Logo, existindo o perigo, este deve ser provado, sob pena de não ser deferida a antecipação.

Dessa forma, deve haver, por parte do magistrado a quem couber a decisão da concessão, ou não, da antecipação da tutela, cognição exauriente da alegação, não podendo se valer, apenas, de apreciação sumária do alegado.

Segundo J. E. CARREIRA ALVIM (1999, p. 25):

A circunstância que no âmbito da tutela cautelar, revela a presença do *periculum in mora* encontra, na antecipação da tutela,

equivalência no receio de dano, pois, tanto quanto no processo cautelar, o provimento antecipatório só se faz necessário pela impossibilidade de concluir-se o processo ordinário uno octu, com a subsunção, de imediata, do fato ao direito. Da mesma forma, o *fumus boni juris*, no processo cautelar, encontra correspondência, em sede de alegação. Se bem que – e não é demais ressaltar – a probabilidade da existência do direito (*verossimilhança*) seja mais do que simples aparência do bom direito (*fumus boni juris*).

Portanto, é indispensável para a concessão da tutela antecipada que o ocorra um risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

2.1.6 Abuso de direito por parte do réu

É a segunda via para a obtenção da tutela antecipada, demonstrar que o réu, pela sua conduta processual abusa do direito de defesa, ou que busca por meios escusos protelar o desfecho da demanda, com o objetivo de se beneficiar.

O abuso do direito de defesa seria a prática, no curso do processo, de atos indevidos e desnecessários.

CALMON DE PASSAS (2000, p. 19) define o abuso de direito como:

Talvez a melhor maneira de definir o abuso do direito seja dizer-se que ele ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando o exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida o seu titular, sem outro fim, mesmo lícito que seja moralmente justificável. Todo desvio de finalidade é um abuso.

Podendo este revelar-se também, no uso protelatório de recursos previstos em lei, quando inanes seus fundamentos. Onde um dos maiores fatores do absurdo acúmulo de recursos nos tribunais superiores é a interposição, por entidades de direito público, de recursos com base em normas já declaradas inconstitucionais, ou com fundamento adversos à jurisprudência sumulada nos tribunais e, portanto, cuja improcedência já se pode antever como certa.

Passando para a análise da segunda parte do inciso II, do art. 273 do CPC, acerca do manifesto propósito protelatório do réu.

J. E. CARREIRA ALVIM (1999, p. 27) diz que:

Haverá abuso de direito de defesa ou, manifesto propósito protelatório do réu sempre que a jurisprudência firma-se em determinado sentido, nas Cortes Superiores de Justiça, mormente através de orientação sumulada, é o demandante insistir em negar, através de contestações estereotipadas (mimeografadas, micrografados, xerocopiados), o direito do autor, com o único propósito de retardar a prolação da sentença.

Segundo Costa Machado (1996, p. 63):

Manifesto propósito protelatório do réu é a intenção clara do demandado de procrastinar o andamento do processo e a outorga do provimento final, intenção cuja evidência é relevada pela utilização exorbitante do direito da resposta, que não a contestação e do direito de provocar incidentes, bem como pela prática de quaisquer atos isolados de caráter temerário.

Acerca do direito de resposta, ele é exorbitante, ou excessivo, tanto na hipótese de o réu se valer de uma só de suas modalidades com intenção flagrantemente procrastinatória, como no caso dele se valer do oferecimento simultâneo de várias respostas (reconvenção, exceção, impugnação ao valor da causa, denunciação, etc.) descabidas, todas ou algumas, ou desprovidas de razoável fundamento ou articulação.

O propósito protelatório do réu ou abuso de direito de defesa em certo processo pode igualmente revelar-se pelo confronto com sua atitude em outro processo, onde havia sustentado determinado fundamento de fato ou de direito.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o abuso do direito de defesa é o exercício impertinente do direito de contestar ou recorrer e, o propósito protelatório do réu, é todo e qualquer ato, não relacionado à contestação, que tenham por fim retardar o processo.

2.1.7 Possibilidade de reversão da medida antecipada

O § 2º, do artigo 273, do código de Processo Civil, estabelece que, "... não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Trata-se de um requisito negativo, que deve ser cumprido, para que possa ser concedida a medida, devendo a parte que a pediu, demonstrar e convencer o juiz que a medida é possível de reversão.

Os doutrinadores em sua maioria defendem a idéia de que a natureza do requisito da irreversibilidade é apenas fática.

De acordo com J. E. CARREIRA ALVIM (1999, p. 28):

No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário -, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no Status quo ante, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente o elevadíssimo custo, que a parte beneficiada não estaria em condições de suportar.

Para LUIZ FUX (1996, p. 31):

... a denegação da tutela antecipada é sempre obrigatório quando irreversíveis os efeitos do deferimento. "Trata-se, a seu ver, de uma impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei, uma vez que, em grande parte dos casos da prática judiciária a tutela urgente é irreversível sob o ângulo da realização prática do direito". E continua "... a irreversibilidade significa a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior acaso à decisão antecipada seja reformada registra o jurista as hipóteses de providências cujos resultados são irreversíveis, mas urgente à necessidade de tutela.

Sob esse prima, o juízo desincumbindo-se de seu poder-dever, há de responder de tal maneira malgrado irreversível o estado de coisa a decisão não cause prejuízo irreparável ao demandado. Em essência, é a contrapartida da regra que não permite ao juízo, para conjurar um perigo, criar outro de maior densidade.

Por seu turno, J. E. CARREIRA ALVIM (1999, p. 29) entende que:

... o perigo da irreversibilidade, como circunstância impeditiva da tutela antecipada, deve ser entendido cum grano salis, pois, sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória não poderia nenhuma sentença ser executada de forma definitiva, dada à possibilidade de sua desconstituição.

Existem outras situações em que, mesmo que a medida tenha caráter irreversível, se permite que seja concedida a satisfatividade da antecipação da tutela, sob pena do perecimento do direito a que se busca, como é o caso da negativa de prestação da assistência médico-cirúrgico nos contratos de Plano de

Saúde, sob o fundamento de que o contrato exclui a cobertura de doenças congênitas.

OVIDIO BATISTA (1996. p. 41) dá a seguinte solução: “Se o índice da plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador, entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-la com simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio a jurisprudência do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO diz que:

TUTELA ANTECIPADA – SEGURO SAÚDE – ASSISTÊNCIA MÉDICO HOSPITALAR – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ – ADMISSIBILIDADE – Ordinária. Plano de Saúde. Paciente que se utiliza do serviço “home care”, vital à sua sobrevivência, é que se a figura com perigo irreversível.

Nessas situações de antecipação da tutela não há do que se falar em desrespeito ao princípio do contraditório, que será assegurado pelo juiz, como o que se dá com a possibilidade de reversão da medida antecipatória.

CAPÍTULO 3 DA CONCESSÃO, DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO, DA EXECUÇÃO E REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

3.1 Momento para a concessão da tutela antecipada

A concessão da tutela antecipada pode ser feita desde o ajuizamento da petição inicial, quando a relação processual é ainda linear (autor-juízo), portanto, inaudita altera parte.

A tutela antecipada, quando fundada no inciso I, do artigo 273 do Código de Processo Civil pode ser concedida, a qualquer momento, mesmo antes da citação do réu, não encontrando na lei qualquer óbice para a medida.

O artigo que regula a matéria não fixou o momento específico ou adequado para que ela seja deferida. Ao contrário, deixa essa possibilidade para qualquer momento, desde que preenchidos os requisitos necessários, o que leva a concluir, com a devida vênia aos pensamentos contrários, de que não havendo proibição expressa a esse respeito, pode haver antecipação de tutela inaudita altera parte, conforme defende, JOSÉ ROBERTO BEDAQUE (1997, p. 36). “Dessa forma, é controvertida a posição doutrinária sobre poder, ou não, ser antecipada a tutela sem que tenha havido a manifestação da parte ré”.

Para o jurista NELSON NERY (1995, p. 48):

A liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contrária. Quando a situação do réu puder torna ineficaz a medida, ou também quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo inaudita altera pars, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente ao contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.

Seguindo o mesmo entendimento, LUIZ GUILHERME MARINONI (1998, p. 43) diz que:

O próprio artigo não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o cordão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência, sem dúvida, não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável.

JOSÉ ROBERTO BEDAQUE (1997, p.38) argumenta que:

Nem mesmo a exigência do contraditório constitui empecilho insuperável à posição ora adotada. São inúmeras as hipóteses de liminar sem audiência da parte contrária no sistema processual. Tal solução, excepcional evidentemente, não viola o contraditório, pois à parte prejudicada, ao tomar conhecimento da medida, poderá valer-se dos meios destinados a alterá-la. E o princípio em questão, como do resto os demais, deve ser analisado em conformidade com os escopos maiores do sistema processual.

CARLOS ROBERTO FERES (1998, p. 62) afirma que:

A possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação nem sempre permite que, como acontece em alguns casos, se aguarde a citação principalmente quando o réu ou os réus estão se ocultando, dificultando a realização do ato, ou mesmo se encontrem em lugar incerto e não sabido. Também não pretendeu o legislador tal condição, porque, caso contrário, expressamente o teria disposto na norma.

Então é de se aceitar a possibilidade de concessão da tutela antecipada, em razão de iminente risco que poderá ser atribuído ao autor, caso seja necessária à operação da citação e sua conseqüente apresentação de defesa.

Por outro lado, alguns processualistas entendem que a possibilidade de antecipação sem a manifestação da parte contrária vai contra o princípio constitucional do contraditório. Dentre eles podemos citar CANDIDO RANGEL DINAMARCO (1996, p. 73) que assim se posiciona, "se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se com a ordem constitucional".

Já na hipótese de tutela antecipada com fundamento no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, conclui-se que, não sendo este motivo de urgência, somente poderá ser deferida após, estabelecido o contraditório, já que para que se configure o abuso de direito do processo. Portanto não seria possível a concessão da medida in limine líti, tal qual seria permitido na hipótese do artigo 273, I do CPC.

Quanto ao pedido de tutela antecipada, não estabelece a legislação o momento em que este possa ser exercido. Em regra, geralmente, é formulado como liminar, na própria petição inicial, podendo também ser requerida em qualquer tempo no processo, ou ainda em face de recurso. Não se pode esquecer que o réu também

tem o direito de requerer a antecipação da tutela, por exemplo, nos casos de resposta em ação de caráter dúplice, em caso de reconvenção.

Entendem alguns juristas que a tutela antecipada poderá ser concedida quando da prolação da sentença. Porém, é razoável dizer que a concessão, nesta oportunidade, estaria fora de possibilidade, haja vista que as apelações geralmente são recebidas, com efeito, suspensivo, o que teria totalmente o objetivo da medida.

Contra esse momento para a concessão, o jurista NELSON NERY JUNIOR (1995, p. 49) assim se manifesta, "... a medida pode ser concedida, tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença (...) proferida a sentença não há mais interesse processual na obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão".

Admitir a antecipação na sentença seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais, e retirar do réu, em caso de antecipação na sentença, o direito a recurso adequado.

Portanto, seja pela hipótese do inciso I (urgência), seja pela hipótese do inciso II, abuso do direito de (efetividade do processo) é viável a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial em segundo grau de jurisdição nos casos em que o tribunal tenha competência funcional derivada. Isto, portanto, não significa que o autor, caso seja vencido, não deva responder pelos danos que tenha causado com a execução provisória a antecipação da tutela.

3.2 Do dever de fundamentação da decisão

O § 1º do artigo 273, do Código de Processo Civil, estabelece de forma expressa que, "... na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento". Essa exigência veio reafirmar o princípio constitucional, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, bem como também reafirma a exigência do artigo 165 do Código de processo Civil.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, citando apud (CARREIRA ALVIM 1999, p.41), se manifesta da seguinte forma:

... não obstante o mandamento constitucional e várias leis que são expressas no alusivo a fundamentação a história das nossas decisões, infelizmente, é história de desfundamentação. Daí o verdadeiro apelo do legislador, no § 1º e no § 4º do art. 273 do CPC,

a que os juízes cumpram o que a constituição determina; e que o façam de modo claro e preciso, ou seja, evitando sob pena de nulidade, fundamentações do tipo estando presentes os pressupostos exigidos em lei, defiro a medida postulada, ou ainda, mais simplesmente, concedo a liminar ou denego a liminar, mesmo porque em tais casos o provimento judicial apresentar-se-á inválido.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1997, p. 3465) e manifestou seu entendimento de que:

A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz poderoso fator de limitação no exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial respeito e proteção às liberdades públicas. Com a constitucionalização desse dever jurídico imposto aos magistrados – e que antes era de extração meramente legal – dispensou-se aos jurisdicionados uma tutela processual significativamente mais intensa, não obstante idênticos os efeitos decorrentes de seu descumprimento: a nulidade insuperável da própria decisão. A importância jurídico-política do dever estatal de motivar as decisões jurisdicionais constitui inquestionável garantia inerente à própria noção do Estado Democrático de Direito. Fator condicionante da própria validade dos atos decisórios, a exigência de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais reflete uma expressiva prerrogativa individual contra abusos eventualmente cometidos pelos órgãos do Poder Judiciário.

Do exposto conclui-se que o dever de fundamentação, tanto é exigido quando a medida for concedida, quando também for o caso de indeferimento, assim, a exigência de fundamentação, quando a antecipação puder acarretar situação fática irreversível, mais ainda se impõe ao juiz, o qual deverá justificar a razão pela qual optou pelo risco, inclusive considerando o valor dos bens envolvidos, ou seja, cumpre ao julgador explicitar a incidência e a aplicação do princípio da proporcionalidade aos interesses em conflito.

3.3 Da execução provisória da tutela antecipada

O § 3º do artigo 273 do Código de Processo Civil determina que, "... a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do artigo 588.48 RTJ 140/871". CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. Op. Cit. P. 88-89.29.

Por seu turno, o artigo 588 do CPC, assim estabelece: Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva observados os seguintes princípios:

I- Corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor;

II- Não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;

III- Fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule o que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

Analisando este artigo conclui-se de imediato que a caução exigida é dispensável, pois o § 3º do art. 273, expressamente, exclui o inciso I, do art. 588. Isso, portanto, não significa que o autor, caso seja vencido, não deva responder pelos danos que tenha causado com a execução provisória da antecipação da tutela.

No caso de a antecipação da tutela concedida ser daquelas que não exigem a execução provisória, como o executivo lato sensu ou o mandamental, e o adiantamento dos efeitos das tutelas pode ser concedido por meio de provimentos dessa natureza, a execução será feita no próprio processo de conhecimento, através de mandados e outros meios executivos que sejam admissíveis no caso e efetivamente tutelem o direito da parte.

3.4 Da revogação da tutela antecipada e sentença de improcedência

O § 4º do artigo 273, do Código de Processo Civil, prevê que, "... a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada". Isso significa que sua revogação poderá ocorrer em qualquer instância, inclusive pelo magistrado que lhe concedeu, no caso de vir a acontecer ocorrência de novos fatos, no curso do processo, que o levem a mudar sua convicção.

Assim, se em novo juízo sobre a verossimilhança do direito alegado, motivado pelo aprofundamento da investigação probatória ou mesmo pelo reexame da questão jurídica se convencer o juiz sobre a inverossimilhança, total ou parcial, do direito alegado pela parte que ante lhe parecia verossímil tanto que concedeu a

tutela pretendida, então assim a medida outrora concedida poderá ser revogada, integralmente, ou modificada parcialmente de modo a adaptar-se a nova situação.

ANTONIO CLAUDIO DA COSTA MACHADO, em sua obra Tutela Antecipada citando apud (FERES, 1999, p. 32) assim se manifesta sobre o caso,

Entendendo, pois, o juiz, que aquilo que houvera poder verossímil, na realidade total em parcialmente não traduzia a real situação alegada, isso após ter sido produzida em audiência o restante da prova, ou mesma fora dela, deve revogar ao modificar a tutela concedida anteriormente.

Rassalta-se que o provimento judicial que concede antecipação de tutela é indiscutivelmente, uma decisão interlocutória, daí porque, sobrevindo sentença que inacolha a pretensão do autor, esta última, naturalmente, faz desaparecer aquela primeira, assim, a sentença de improcedência da demanda acarreta por si só, independente de menção expressa a respeito, a revogação da medida antecipatória, revogação que tem eficácia imediata e ex tunc, como ocorre em situação análoga de sentença denegatória do mandado de segurança (Sumula 405, STF).

Cabe ainda ressaltar, a hipótese de manutenção da antecipação da tutela, concedida liminarmente, no caso de a sentença julgar improcedente a pretensão. A conclusão seria a de que a improcedência do pedido importaria revogação da antecipação concedida. Porém, devemos nos ater ao fato de que em algumas situações se aconselhe sua manutenção, até que todos os recursos ainda possíveis possam ser julgados.

MOACYR AMARAL SANTOS (1998, p.53) diz o seguinte:

A eficácia natural da sentença, ou eficácia própria da sentença, como a de todos os atos estatais, é condicionada à verificação da justiça e legalidade da decisão, e produz-se não do momento em que é esta proferida, mas sim do em que se preclui os recursos.

Nesse diapasão, destaca-se os ensinamentos de EURICE TÚLIO LIEBMAN, citado por MOACYR AMARAL SANTOS (1998, p.55) "... alguns desses recursos têm efeito suspensivo, outros têm esse efeito, tão só o devolutivo. Aqueles

se dizem de efeito suspensivo porque suspendem o momento em que a sentença vai produzir a sua eficácia natural”.

Portanto, a duplicidade de efeitos do recurso cria um obstáculo para que a sentença produza seus efeitos. Dessa forma, a tutela antecipada concedida anteriormente à prolação da sentença não perde seus efeitos, haja vista que o art. 520 do Código de Processo Civil não prevê a inserção do instituto da antecipação no elenco dos casos que apontam pela unicidade de efeitos recursais e, nessa mesma linha de raciocínio, é sabido da impossibilidade de sua interpretação extensiva ou analógica quanto ao tema efeitos recursais.

3.5 Coletânea jurisprudencial de algumas matérias tratadas em face da tutela antecipada

Nesse tópico, procura-se apresentar alguns pronunciamentos jurisprudenciais de tribunais acerca da matéria, objeto deste trabalho monográfico, englobando, assim, as mais diversas matérias jurídicas discutidas, a fim de que sirva como fonte de consulta.

A nossa carta magna em seu Art. 5º, fala dos direitos e garantias assegurados a todos os cidadãos e que o Estado deve preservá-los, dentre eles o direito à vida, bem mais sublime que não pode ser desrespeitado por outrem. Sendo o poder público o responsável a assegurar tal proteção evitando assim, que esta venha ser interrompida conforme mostra jurisprudência à cerca deste fato.

AÇÃO ORDINÁRIA – AIDS – PRESERVAÇÃO DA VIDA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – TUTELA ANTECIPADA – DEFERIMENTO – SENTENÇA CONFIRMADA – DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO – Duplo Grau de Jurisdição. Ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Fornecimento de remédios para tratamento da AIDS. Responsabilidade que insere na esfera de atuação do Município na preservação da saúde. Manutenção da sentença em reexame necessário. I – Denominou a Constituição, de direitos individuais, o conjunto de direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade e, nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, inserindo-se o fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS na esfera de

atuação obrigatória do Poder Público, na preservação da vida. II – Manutenção da sentença em reexame necessário. (TJRJ – DGJ 517/1998 – (Ac. 24081999) – 14ª C.Cív. – Rel. Des. Ademir Pimentel – J. 02.06.1999) 41

A Constituição é clara ao dizer que é responsabilidade do Estado a preservação da vida, nos casos de doenças crônicas este deve fornecer medicamentos, para estes tratamentos e deve respeitar a presunção de gratuidade.

Fato bastante polêmico é o caso dos seguros saúde, onde este tem o seu contrato a cláusula do prazo de carência, para que seja dada a cobertura dos seus serviços aos associados. Onde só a total cobertura do plano após esta carência, só que existe casos em que a Lei dá direito de rever esta cláusula, como no caso de perigo de vida, a esta não pode se interpor.

SEGURO SAÚDE – PRAZO DE CARÊNCIA – DISCUSSÃO DE MÉRITO – RECÉM-NASCIDO – DESPESAS MÉDICAS – TUTELA ANTECIPADA –MULTA DIÁRIA – POSSIBILIDADE DA MEDIDA – *Processo Civil. Agravo. Tutela antecipada. Seguro-saúde. Despesas médicas. Cobertura. Recém nascido. Dependente da segurada. Prazo de carência. Correto o deferimento de antecipação de tutela para determinar que a seguradora cubra todas as despesas médicas, inclusive as já realizadas, decorrentes da internação da filha da autora, até o restabelecimento da recém-nascida, posto que presentes os requisitos necessários, inclusive a possibilidade de reversibilidade da medida deferida. O cumprimento ou não do prazo de carência, que só poderá ser conhecido após interpretação de cláusulas contratuais à luz das disposições do Código Civil, do Código do Consumidor e da Lei nº 9.656/98, não pode ser óbice à antecipação de tutela de emergência (art. 273, I, do CPC), que pretende preservar a vida de dependente da segurada. Multa diária. Possibilidade. Indução ao cumprimento. Exegese do art. 461 do CPC. 'Aplicam-se à tutela antecipada regulada no art. 273 do CPC os § 4º e 5º do art. 461' (IX ETAB. 7ª conclusão). Na lei vigente não há limitação para o valor da multa cominada com o intuito de induzir o cumprimento da obrigação. Recurso não provido. (TJRJ – AI 5.403/1999 – (Ac. 01101999) – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Marly Macedônio França – J. 14.08.1999).*

Como pode-se verificar a seguir, numa ação reivindicatória de tutela antecipada em que pode ser motivada a decisão, pelo livre convencimento do juiz, utilizando-se dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil.

AGRAVO – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERIU REVOGAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COM FUNDAMENTO NO ART. 273 DO CPC – DECISÃO MOTIVADA – LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO – AGRAVO IMPROVIDO – UNÂNIME – Em ação reivindicatória, convencendo-se o Magistrado dos requisitos legais da antecipação da tutela requerida com fundamento no art. 273 do CPC, deve ele concedê-la, o fazendo motivadamente, devendo ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de revogação de tal despacho. Agravo improvido. Decisão unânime. (TJSE – AI 291/96 – Ac. 321/97 – 3ª V. Priv. de Assist. – Rel. Des. Fernando Ribeiro Franco – DJSE 06.05.1997).

A tutela antecipada pode ser interposto em diversos casos, como na responsabilidade civil, onde o empregado sofreu um acidente de trabalho, entrando este com ação para o recebimento de pensão provisória, devido seu estado físico debilitado e não poder esperar o julgamento final da ação.

RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRABALHO – TUTELA ANTECIPADA – PENSÃO – DEFERIMENTO PROVISÓRIO – POSSIBILIDADE DA MEDIDA – Agravo de Instrumento. Decisão que, em ação de responsabilidade civil, defere tutela antecipada à vítima de acidente, com dois braços amputados, para que lhe seja paga pensão provisória. O deferimento da tutela antecipada, com fundamento na verossimilhança do pedido, e no evidente periculum in mora, é apanágio do juízo do conhecimento, de posse da prova até então colhida. Agravo improvido. (LCR) (TJRJ – AI 9050/98 – (Reg. 100599) – 9ª C.Civ. – Rel. Des. Jorge Magalhães – J. 30.03.1999).

Poder-se-á também a tutela antecipada ser deferida no caso, em que o autor desta ação esteja correndo perigo de dano irreparável, caso ela não seja deferida, não tem como reaver o prejuízo causado. Como podemos ver a seguir.

CONCURSO PÚBLICO – PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL – PRÁTICA FORENSE – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – 1. O autor demonstrou que é bacharel em direito e que vem exercendo há mais de dois anos atividades que podem ser consideradas de prática forense, nos termos do entendimento jurisprudencial dominante sobre a matéria (STJ, S3, MS 96.0004672/DF e MS 97.0005148/DF). 2. O receio de dano irreparável também encontra-se presente, tendo em vista que, sem a concessão da tutela antecipada, o agravado não poderia ter assegurada sua vaga no cargo de Procurador da Fazenda Nacional previsto no Edital nº 38/96, decorrente

da sua nomeação, que se deu em 15.04.1998. (TRF 4ª R. – AI 1998.04.01.030197-8 – RS – 3ª T. – Relª. Juíza Luiza Dias Cassales – DJU 23.06.1999 – p. 830).

Diante do exposto nota-se a importância que o instituto da antecipação da tutela trouxe para o nosso cotidiano, e o que tem proporcionado de bom, a quem dela se recorre para solucionar problemas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado acerca do tema em abordagem leva-nos a significativas considerações sobre a inserção do instituto da tutela antecipada no processo civil brasileiro, sua introdução no cenário jurídico nacional foi, sem sombra de dúvidas, a mais importante dentre todas as inovações acontecidas nos últimos anos, haja vista que veio de encontro a uma preocupação que era constante, qual seja, a de realizar uma justiça mais rápida.

Constatou-se que o principal objetivo do instituto no nosso ordenamento jurídico foi suprir a necessidade que estava preocupando a consciência jurídica nacional: evitar o perigo da demora na prestação jurisdicional.

Assim sendo, a tutela antecipada trata-se de um importante mecanismo, para que se evite o risco de perecimento de direitos ou objetivos meramente protelatórios do réu.

Pode-se evidenciar com o presente estudo que o instituto da tutela antecipada não pode ser confundido com medida cautelar, haja vista que cada uma tem regras e princípios disciplinadores distintos.

Oportuno realçar, contudo, alguns aspectos comuns existentes entre ambos, como o caráter de provisoriedade, a cognição sumária, o juízo de aparência, a revogabilidade e a modificabilidade, a reversibilidade, além de não produzirem coisa

judgada material.

Dessa forma, após seu aparecimento, foi possível antecipar os efeitos da tutela pretendida, mesmo que de forma precária e provisória, desde que preenchidos os requisitos legais, que são: requerimento da parte; identidade total ou parcial da tutela antecipada com a tutela final pleiteada; existência de prova inequívoca; verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e a possibilidade de reversão da medida antecipada.

Conclui-se que o nosso ordenamento jurídico se enriqueceu com a possibilidade da antecipação da tutela pretendida, por parte daquele que recorre a imparcialidade do Estado, como forma de ver o deus direito evidente e claro assegurado preventivamente e escapando de manobras dilatórias por parte do réu.

Ressalta-se que tal instrumento deve ser usado com muita coerência pelo magistrado, aplicando de acordo com a necessidade em cada caso concreto, até porque esse instituto se revela em verdadeira revolução processual, rompendo a barreira do passado, que se caracterizava por um preconceito existente de que a antecipação dos efeitos da tutela não se coadunava com o acautelamento.

Do exposto, evidencia-se que a tutela antecipada é um instrumento valioso, capaz de impedir o perecimento do direito de quem busca a tutela, e mais, se mostra extremamente útil na busca da repressão dos vários modos maliciosos protelatórios.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela Antecipada na Reforma Processual*. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

BEDAQUE, José Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional "in" Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuriche Napoli*. Morano Editore. v. 5. p. 621. Apud.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 25ª ed. Editora Atla. 2005.

CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL. 6ª ed. Revistas dos Tribunais. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo, Malheiros, 1995.

FERES, Carlos Roberto. *A antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva. 1999.

FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Ed. Destaque, 1995,

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A reforma do processo civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2ª. ed., 1996.

MALLET, Estevão. *Tutela antecipada no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, tomo V.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no código de Processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas do direito processual civil*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. *A 'antecipação' da tutela na recente reforma processual "in" Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada "in" Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*. Apud, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.996.

ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva. 1997. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, v. I, p. 43.