

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LUÍS AUGUSTO TEIXEIRA MORAIS

**Antecipação da tutela por abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu: uma análise qualitativa e quantitativa da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**

RIBEIRÃO PRETO

2016



LUÍS AUGUSTO TEIXEIRA MORAIS

**Antecipação da tutela por abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório  
do réu: uma análise qualitativa e quantitativa da jurisprudência do Tribunal de Justiça  
de São Paulo**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto como  
requisito parcial ao título de bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira  
Filho – Departamento de Direito Privado e  
Processo Civil

RIBEIRÃO PRETO

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca e  
Seção Técnica de Informática da FDRP/USP, com  
os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Morais, Luís Augusto Teixeira

M827a Antecipação da tutela por abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu: uma análise qualitativa e quantitativa da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo / Luís Augusto Teixeira Morais; orientador Benedito Cerezzo Pereira Filho. -- Ribeirão Preto, 2016. 251 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação - Departamento de Direito Privado e Processo Civil) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. TUTELA ANTECIPADA. 2. TUTELA ANTECIPADA SANCIÓNATÓRIA. 3. PESQUISA EMPÍRICA. 4. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 5. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. I. Pereira Filho, Benedito Cerezzo, orient. II. Título

Nome: MORAIS, Luís Augusto Teixeira

Título: Antecipação da tutela por abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu: uma análise qualitativa e quantitativa da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

## DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho*

*À minha amada esposa Priscilla Hortense pelo incomensurável apoio material e espiritual que sempre me oferece.*

*À minha adorada mãe Ana Rita e aos meus queridos irmão e sobrinhos, Leonardo, Francisco e Stella.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Benedutto Cerezzo Pereira Filho pelo respeito e dedicação com que me norteou, dando-me foco e diretrizes;

À Universidade de São Paulo pelo fomento ao trabalho por meio de Bolsa Institucional RUSP;

Aos professores e funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto;

Aos meus colegas das diversas Turmas da FDRP pelas quais passei como aluno transferido, pelo acolhimento.

## RESUMO

. O objetivo do trabalho foi estudar sob o aspecto teórico e empírico a tutela antecipada sancionatória como também alguns institutos comuns a todos os incisos do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 e apresentar as principais alterações ocorridas no instituto trazidas pelo novo *Codex*, conforme a Lei 13.105 de 2015. Para tanto, buscou-se na literatura e nas publicações mais relevantes o entendimento doutrinário sobre o tema e, fundamentalmente, analisar quantitativa e qualitativamente as decisões presentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, favoráveis e desfavoráveis à antecipação da tutela, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973. Da revisão bibliográfica efetuada, pôde-se depreender que a doutrina ainda não encontrou convergência plena no que se refere à interpretação de alguns caracteres da tutela antecipada em geral e também da tutela antecipada sancionatória, apesar de o instituto ter sido criado na década de 1990. Entretanto, a falta de convergência ainda impera, mesmo que sob um novo Código que alterou dramaticamente o instituto com a pretensão de dirimir antigas divergências e facilitar sua aplicação. Consideradas as limitações do trabalho, como o intuito de não fazer generalizações taxativas sobre a aplicação da tutela antecipada e ser um estudo exploratório, conseguiu-se obter algumas informações importantes sobre a aplicação da tutela sancionatória, mas também de temas de importância geral para o instituto. O reflexo da não convergência interpretativa por parte da doutrina foi amplamente verificado na análise qualitativa dos acórdãos. Além disso, foram observadas interpretações não sancionadas pela doutrina, ou seja, a análise conjunta dos incisos I e II, ainda que a urgência não seja requisito para o deferimento da tutela antecipada baseada em abuso de direito e propósito protelatório e vice-versa. Observou-se também que o recurso mais utilizado é o Agravo de Instrumento em 93,64% das vezes e que é grande a preponderância de Cândido Rangel Dinamarco nas fundamentações adotadas, sendo que seu nome e uma de suas obras (“A reforma do Código de Processo Civil”) aparecem em, respectivamente, uma a cada quatro citações de autores e uma a cada cinco citações de obras referentes ao tema. Entretanto nomes como o de Humberto Theodoro Júnior e Luiz Guilherme Marinoni apareceram com destaque.

**Palavras-chave:** Tutela antecipada. Tutela antecipada sancionatória. Pesquisa empírica. Novo Código de Processo Civil de 2015. Tribunal de Justiça de São Paulo.

## ABSTRACT

The aim of this work was to study the sanctionatory preliminary injunction under the aspect theoretical and empirical as well as some common institutes to all provisions of article 273 of the Civil Procedure Code of 1973, and present the main changes in the institute brought by the new Codex, according law 13.105 of 2015. Therefore, it sought in literature and in the relevant doctrinaire publications the understanding of the subject and fundamentally analyze quantitatively and qualitatively the jurisprudence of the São Paulo Court of Justice, both favorable and unfavorable to the preliminary injunction, under the term of the Civil procedure Code of 1973. From the literature review carried out, it could be inferred that the doctrine has not found full convergence as regards the interpretation of some characters of the preliminary injunction in general and also the sanctionatory preliminary injunction despite the institute has been created in the 1990s. However, the lack of convergence still persists, even under a new code that dramatically altered the institute with the intention of settling old divergences and facilitate their application. Considering the limitations of the work, as the intention of not doing exhaustive generalizations about the application of preliminary injunction and to be an exploratory study, it managed to get some important information on the application of the sanctionatory preliminary injunction, but also of other general important issues to the institute. The reflection of interpretive divergence by the doctrine was widely seen in the qualitative analysis of judgments. Moreover, were observed interpretations not sanctioned by the doctrine, that is, the combined analysis of items I and II, although the urgency do not be a requirement for the granting of preliminary injunction based on abuse of rights and procrastinating purpose and vice-versa. It was also observed that the most used feature is the Interlocutory Appeal in 93.64% of the time and that there is a great preponderance of Cândido Rangel Dinamarco the adopted rationales, and his name and one of his works ( "The reform of the Code of Civil procedure ") appear respectively at one to four quotes from authors and one in five quotes from works on the topic. But names like Humberto Theodoro Junior and Luiz Guilherme Marinoni appeared prominently.

**Keywords:** Preliminary injunction. Sanctionatory preliminary injunction. Empirical research. New Civil Procedure Code 2015. Court of São Paulo.

## LISTA DE TABELAS

|   |     |
|---|-----|
| Tabela 1 – Dados do cálculo da amostragem.....  | 25  |
| Tabela 2 – Distribuição dos termos pesquisados na população .....   | 192 |
| Tabela 3 – Distribuição dos provimentos gerados pela amostra (analisados pelo TJ/SP)...   | 193 |
| Tabela 4 – Distribuição da amostra geral e da amostra de interesse de acordo com a<br>Câmara julgadora.....   | 196 |
| Tabela 5 – Distribuição dos termos pesquisados pelos provimentos encontrados .....  | 199 |
| Tabela 6 – Composição de cada tipo de provimento conforme o termo de pesquisa<br>utilizado .....  | 202 |
| Tabela 7 – Distribuição do tipo de provimento analisado pelo juízo <i>a quo</i> .....   | 205 |
| Tabela 8 – Distribuição do tipo de provimento analisado em recurso.....   | 206 |
| Tabela 9 – Distribuição da coincidência entre o provimento analisado pelo juízo <i>a quo</i><br>e em recurso .....  | 207 |
| Tabela10 – Distribuição dos acórdãos que tiveram seu provimento alterado em<br>decorrência do recurso e sua relação com deferimento pelo juízo <i>a quo</i> e o<br>recurso..... | 208 |
| Tabela 11 – Proporção dos demais incisos em relação à tutela antecipada do art. 273, I<br>do CPC, analisada pelo juízo <i>a quo</i> .....                                       | 210 |
| Tabela 12 – Proporção dos demais incisos em relação à tutela antecipada do art. 273, I<br>do CPC, analisada em recurso .....  | 210 |
| Tabela 13 – Distribuição do momento do pedido da tutela antecipada na “amostra de<br>interesse”.....  | 211 |
| Tabela 14 – Distribuição dos tipos de provimento analisados pelo juízo <i>a quo</i> entre os<br>diversos momentos possíveis para pedido da tutela antecipada .....              | 212 |
| Tabela 15 – Distribuição da tutela sancionatória entre os diversos momentos possíveis<br>do pedido .....  | 214 |

|  |     |
|--|-----|
| Tabela 16 – Distribuição das decisões dos juízos <i>a quo</i> e <i>ad quem</i> em relação às tutelas antecipadas solicitadas em diferentes momentos processuais nos acórdãos em que se analisou o inciso II de maneira isolada .....       | 215 |
| Tabela 17 – Distribuição das decisões dos juízos <i>a quo</i> e <i>ad quem</i> em relação às tutelas antecipadas solicitadas em diferentes momentos processuais nos acórdãos em que se analisou os incisos I e II de maneira conjunta..... | 218 |
| Tabela 18 – Distribuição das decisões dos juízos <i>a quo</i> e <i>ad quem</i> em relação às tutelas antecipadas solicitadas em diferentes momentos processuais nos acórdãos em que se analisou o inciso I de maneira isolada.....         | 220 |
| Tabela 19 – Percentuais de indeferimento e suas respectivas variações nos provimentos analisados pelo juízo <i>a quo</i> e em recurso, distribuídos em diversos momentos de solicitação .....  | 223 |
| Tabela 20 – Distribuição dos diversos recursos utilizados contra decisão que deferiu ou indeferiu tutela antecipada .....  | 229 |
| Tabela 21 – Frequência de citações de autores nos acórdãos de interesse analisados .....   | 230 |
| Tabela 22 – Frequência das obras citadas nos acórdãos de interesse.....  | 232 |
| Tabela 23 – Frequência da jurisprudência citada nos acórdãos de interesse.....   | 234 |

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO .....  | 17 |
| 2 OBJETIVOS .....   | 20 |
| 3 METODOLOGIA .....   | 21 |
| 3.1 Metodologia da parte teórica .....  | 21 |
| 3.2 Metodologia da parte empírica.....  | 22 |
| 3.2.1 População de interesse.....   | 22 |
| 3.2.2 O cálculo da amostra .....  | 23 |
| 3.2.3 Sorteio dos acórdãos .....  | 31 |
| 3.2.4 Análise quantitativa e qualitativa .....  | 32 |
| 4 REVISÃO DA LITERATURA .....   | 34 |
| 4.1 Antecedentes da tutela antecipada.....  | 34 |
| 4.1.1 A distribuição do tempo do processo .....   | 34 |
| 4.1.2 O procedimento ordinário do processo de conhecimento e sua contribuição para a demora da jurisdição.....                | 35 |
| 4.1.3 A tempestividade do processo e o direito de defesa sob o enfoque da realidade social.....                               | 37 |
| 4.1.4 A tutela antecipada como remédio para a distribuição do tempo do processo.....  | 39 |
| 4.1.5 A lealdade e a boa-fé no direito processual civil.....  | 41 |
| 4.1.6 A tutela antecipada sancionatória – a distribuição do tempo do processo e o combate a atitudes desleais e de má-fé..... | 43 |
| 4.2 Características particulares à tutela antecipada sancionatória .....  | 45 |
| 4.2.1 Os fundamentos históricos do abuso de direito.....  | 45 |
| 4.2.2 O abuso de direito no processo civil.....   | 47 |
| 4.2.3 A tutela antecipada sancionatória não é medida urgente.....   | 50 |
| 4.2.4 A tutela antecipada sancionatória como sanção processual .....  | 51 |

|  |           |
|--|-----------|
| <u>4.2.5 O abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório – espécies de abuso do processo .....</u>     | 53        |
| <u>4.2.6 Antecipação de tutela sancionatória em caso de defesa de mérito indireta infundada.....</u>                     | 57        |
| <u>4.2.7 A antecipação da tutela sancionatória no procedimento monitório .....</u>                                       | 58        |
| <u>4.2.8 A tutela antecipada sancionatória e a possibilidade de cumulação com outra sanção processual.....</u>           | 59        |
| <u>4.2.9 Possibilidade de conceder tutela antecipada sancionatória na existência de litisconsórcio passivo .....</u>     | 59        |
| <b>4.3 Características gerais da tutela antecipada em cotejo com a tutela antecipada sancionatória .....</b>             | <b>60</b> |
| <u>4.3.1 Independência entre os requisitos para concessão das diversas espécies de tutela antecipada.....</u>            | 60        |
| <u>4.3.2 Tutela antecipada e tutela cautelar .....</u>   | 61        |
| <u>4.3.3 O tempo do processo, o dano marginal e o dano concreto.....</u>   | 64        |
| <u>4.3.4 Prova inequívoca e verossimilhança (“probabilidade” e <i>fumus boni iuris</i>) .....</u>                        | 66        |
| <u>4.3.5 Necessidade de fundamentar a decisão que concede ou denega a tutela antecipada .....</u>                        | 73        |
| <u>4.3.6 Momento da concessão da tutela antecipatória.....</u>   | 75        |
| <u>4.3.7 O princípio da menor restrição possível.....</u>  | 79        |
| <u>4.3.8 A tutela antecipatória e as várias modalidades de tutela jurisdicional.....</u>                                 | 79        |
| <u>4.3.9 A quem cabe pedir a tutela antecipada.....</u>  | 82        |
| <u>4.3.10 Possibilidade de concessão <i>ex officio</i> da tutela antecipada .....</u>                                    | 83        |
| <u>4.3.11 A tutela antecipada sob o aspecto do princípio da correlação entre a tutela jurisdicional e a demanda.....</u> | 84        |
| <u>4.3.12 A discricionariedade na decisão antecipatória .....</u>  | 85        |
| <u>4.3.13 Efeitos irreversíveis e a tutela antecipada .....</u>  | 87        |
| <u>4.3.14 Recurso contra a decisão que concede ou denega a tutela antecipatória .....</u>                                | 91        |

|   |     |
|---|-----|
| <u>4.3.15 Efeito suspensivo dos recursos na tutela antecipatória</u> .....  | 92  |
| <u>4.3.16 A tutela antecipatória e sua eficácia temporal</u> .....  | 94  |
| <u>4.3.17 Possibilidade de concessão da tutela antecipada em face da fazenda pública</u> .....  | 96  |
| <u>4.3.18 A execução da tutela antecipatória</u> .....  | 98  |
| <u>4.3.19 Possibilidade de exigir caução para a antecipação da tutela</u> .....   | 100 |
| <u>4.3.20 Responsabilização pelos danos da antecipação da tutela caso esta seja revogada</u> .....  | 100 |
| <u>4.3.21 A antecipação da tutela sancionatória em grau de recurso</u> .....  | 102 |
| <b>4.4 A tutela de urgência e de evidência no CPC/2015</b> .....  | 103 |
| <u>4.4.1 Sobre o objetivo primordial do Novo CPC</u> .....  | 103 |
| <u>4.4.2 Sobre o nome tutela provisória e a desconsideração pelo objetivo de efetivar direitos</u> .....  | 104 |
| <u>4.4.3 Os fundamentos da tutela provisória</u> .....  | 105 |
| <u>4.4.4 Sobre a sistematização das tutelas de urgência, sua mudança topológica e a eliminação das cautelares nominadas</u> .....   | 106 |
| <u>4.4.5 O vocabulo probabilidade e a impropriedade de se estabelecer a proibição da antecipação perante a irreversibilidade dos efeitos da decisão</u> .....                                     | 107 |
| <u>4.4.6 Explicação da melhor adequação do termo “perigo na demora”</u> .....   | 109 |
| <u>4.4.7 Sobre a importância da fundamentação judicial e a utilização vazia do <i>fumus boni iuris</i> e do <i>periculum in mora</i> para fundamentar as decisões sobre a tutela provisória</u> . | 109 |
| <u>4.4.8 A possibilidade de concessão da tutela provisória liminarmente</u> .....   | 110 |
| <u>4.4.9 A possibilidade de concessão de ofício da tutela provisória</u> .....  | 111 |
| <u>4.4.10 O momento processual adequado para pedir a tutela provisória</u> .....  | 113 |
| <u>4.4.11 Os recursos em sede de tutela provisória</u> .....  | 114 |
| <u>4.4.12 Sobre a eficácia e a provisoriaidade do provimento</u> .....  | 115 |
| <u>4.4.13 Sobre a efetivação da tutela provisória deferida</u> .....  | 115 |
| <u>4.4.14 A possibilidade de caução para deferimento da tutela provisória</u> .....   | 117 |

|   |     |
|---|-----|
| <u>4.4.15 A possibilidade de substituição da medida de urgência por prestação de caução ou outra garantia e sua supressão no novo CPC .....</u>                 | 117 |
| <u>4.4.16 A responsabilidade objetiva motivada por dano produzido pela efetivação da tutela provisória.....</u>   | 118 |
| <u>4.4.17 Preferência no julgamento do processo principal .....</u>   | 120 |
| <u>4.4.18 Tutela de evidência: conceito e finalidade.....</u>   | 121 |
| <u>4.4.19 A autonomização do procedimento da tutela antecipada antecedente e sua estabilização .....</u>  | 128 |
| <u>4.4.20 A possibilidade de requerer as tutelas provisórias em caráter antecedente e incidental.....</u>   | 128 |
| <u>4.4.21 A competência do pedido da tutela provisória antecedente e incidental .....</u>   | 130 |
| <u>4.4.22 A possibilidade de pedir a tutela de evidência de maneira antecedente .....</u>   | 131 |
| <u>4.4.23 Sobre o procedimento para a concessão da tutela antecipada antecedente .....</u>  | 132 |
| <u>4.4.24 Sobre o ônus do autor em aditar a petição inicial .....</u>   | 133 |
| <u>4.4.25 A desnecessidade de dar seguimento à ação principal nos casos de tutela provisória plenamente satisfativa.....</u>                                    | 134 |
| <u>4.4.26 Consequências do não aditamento do autor .....</u>  | 134 |
| <u>4.4.27 A citação e a intimação do réu para audiência de conciliação ou mediação e para promoção das medidas necessárias contra a tutela provisória .....</u> | 135 |
| <u>4.4.28 A estabilização da tutela antecipada antecedente e as medidas à disposição do réu para evitá-la.....</u>  | 135 |
| <u>4.4.29 A possibilidade de ajuizamento de demanda após a estabilização dos efeitos da tutela.....</u>   | 136 |
| <u>4.4.30 A não concessão da tutela antecipada e seus desdobramentos .....</u>  | 138 |
| <b>5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA COLETADA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.....</b>  | 140 |
| <b>5.1 Análise qualitativa sobre os aspectos gerais da tutela antecipada – análise dogmática de excertos de diversos acórdãos .....</b>                         | 140 |

|   |     |
|---|-----|
| <u>5.1.1 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o "abuso de direito de defesa" ou o “manifesto propósito protelatório do réu”</u> ..... | 140 |
| 5.1.1.1 Independência do inciso II em relação ao <i>periculum in mora</i> .....   | 140 |
| 5.1.1.2 Alegações infundadas e manifestamente infundadas.....   | 141 |
| 5.1.1.3 Argumentos de autoridade .....  | 143 |
| 5.1.1.4 Atos processuais lícitos e necessários.....   | 144 |
| <u>5.1.2 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a concessão da tutela antecipada <i>inaudita altera pars</i></u> .....                  | 144 |
| 5.1.2.1 Impossibilidade da ocorrência do abuso de direito de defesa e do manifesto propósito protelatório <i>inaudita altera pars</i> .....   | 144 |
| 5.1.2.2 A excepcionalidade da concessão da tutela antecipada <i>inaudita altera pars</i> e a inobservância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa... ..                                  | 146 |
| <u>5.1.3 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre "prova inequívoca" e "verossimilhança" .....</u>  | 149 |
| 5.1.3.1 Prova inequívoca.....   | 149 |
| 5.1.3.2 Verossimilhança e <i>fumus boni juris</i> .....   | 156 |
| 5.1.3.3 Nível de cognição exigido impossibilita análise sumária.....  | 159 |
| 5.1.3.4 Não continuidade da análise das alegações relativas aos incisos da tutela antecipada por faltar verossimilhança. Somente verossimilhança não garante a antecipação da tutela .....                          | 161 |
| 5.1.3.5 Necessidade de provar o dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório.....   | 162 |
| <u>5.1.4 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o momento de solicitação/deferimento da tutela antecipada .....</u>                     | 164 |
| <u>5.1.5 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a provisoriade da tutela antecipada .....</u>   | 168 |

|   |     |
|---|-----|
| <u>5.1.6 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o recurso contra a decisão que defere ou denega a antecipação de tutela .....</u>   | 169 |
| <u>5.1.7 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a tutela antecipada deferida <i>ex officio</i> .....</u>  | 172 |
| <u>5.1.8 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre § 3º do art. 273 (arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.) .....</u>   | 173 |
| <u>5.1.9 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre julgamento antecipado da lide, art. 273, II, § 6º .....</u>   | 174 |
| <u>5.1.10 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a identidade do pedido na ação com o pedido na tutela antecipada, as diferença entre a tutela antecipada e a tutela cautelar e a fungibilidade entre as medidas.....</u> | 176 |
| <u>5.1.11 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a tutela antecipada deferida contra ente de direito público.....</u>   | 179 |
| <u>5.1.12 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado .....</u>   | 181 |
| <u>5.1.13 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a necessidade de fundamentar a decisão que concede ou denega a tutela antecipada.....</u>  | 183 |
| <u>5.1.14 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a concessão da tutela antecipada nas diversas espécies de tutela jurisdicional.....</u>  | 185 |
| <u>5.1.15 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a exigência de caução que condicione o deferimento da tutela antecipada.....</u>   | 187 |

|   |            |
|---|------------|
| <u>5.1.16 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o princípio da menor restrição possível.....</u> | 188        |
| 5.1.16.1 Proposta de se mudar o provimento solicitado por aquele aceito pelo réu ou pelo magistrado.....  | 189        |
| <b>5.2 Análise quantitativa – aspectos gerais relativos à amostra coletada.....</b>   | <b>192</b> |
| <b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>  | <b>239</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>  | <b>246</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das obrigações precípuas do Estado liberal foi garantir segurança jurídica aos cidadãos que litigavam, ou seja, que ninguém tivesse direitos e bens reduzidos sem cognição plena e exauriente, privilegiando-se o direito de defesa e ao contraditório em detrimento da efetividade e da tempestividade no processo. A certeza jurídica tornou-se a baliza principiológica do século XIX. Em decorrência de tal ideologia, houve o abandono da prestação jurisdicional fundada em cognição sumária e parcial.

Entretanto, com a evolução do Estado liberal para o Estado de bem-estar social, que trouxe mudanças de paradigmas ao processo, o objetivo deslocou-se da certeza jurídica para o resultado do processo, visando a conferir direitos de gozo dos bens da vida de forma efetiva e tempestiva.

A busca da verdade e a cognição plena e exauriente, não propiciavam uma tutela jurisdicional adequada. O procedimento ordinário perpetuava a tutela intempestiva e a injustiça, pois exigia o cumprimento de fases, que jamais poderiam ser ultrapassadas para se obter a celeridade.

Com a referida mudança de paradigma, cresceu a importância dos procedimentos sumários para atendimento da necessidade material, com maior celeridade para a entrega do bem da vida e foi na busca do atendimento desta demanda, que a reforma do Código de Processo Civil, ocorrida em 1994, propôs alternativas para superar a morosidade da prestação jurisdicional.

Dentre tais alternativas, o legislador reformista introduziu no Código de Processo Civil a antecipação da tutela jurisdicional do art. 273, baseado em verossimilhança, em probabilidade do direito, com posterior cognição completa pelo decurso normal do processo de conhecimento, nos casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, CPC), em que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II,CPC) e quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (art. 273, § 6º, CPC).

Dentre as contribuições do art. 273 do Código de Processo Civil, o inciso II, que é objeto de interesse do presente trabalho, visa ao enfrentamento do excessivo tempo do processo causado por atitudes desleais e de má-fé do réu, como o abuso do direito de defesa e os atos meramente protelatórios, dividindo o ônus do tempo entre os demandantes.

O impulso para o estudo do inciso II do art. 273 do CPC surgiu das indagações a respeito da utilização da tutela antecipada sancionatória, ou seja, do grau de utilização do instituto, do percentual de deferimentos deste provimento, de como é o entendimento judicial sobre suas principais características, entre outros.

Com o intuito de traçar um panorama doutrinário sobre a tutela antecipada sancionatória, o trabalho foi dividido em seis capítulos, sendo que os três primeiros tratam de aspectos formais, como a presente introdução, os objetivos e a metodologia utilizada.

O capítulo quatro trata da revisão da literatura. Nele estão presentes os subcapítulos que atendem a dois objetivos gerais do trabalho, quais sejam: 1) revisar a literatura, considerando as publicações mais relevantes no meio jurídico, referentes à tutela antecipada sancionatória e aos intitutos comuns à tutela antecipada, sob a regência do Código de Processo Civil de 1973, conforme subcapítulos: 4.1 – antecedentes da tutela antecipada; 4.2 – características particulares à tutela antecipada sancionatória; e 4.3 – características gerais da tutela antecipada em cotejo com a tutela antecipada sancionatória; e 2) apresentar as alterações ocorridas na antecipação de tutela, trazidas pelo novo Código de Processo Civil, conforme a Lei 13.105 de 2015, na forma do subcapítulo 4.4 – a tutela de urgência e de evidência no CPC/2015.

O subcapítulo 4.1. – Antecedentes da tutela antecipada – objetiva demonstrar a importância da tutela antecipada no processo civil, e, além disso, abordar aspectos referentes à lealdade e à boa-fé no processo civil e o potencial da tutela antecipada sancionatória para melhor distribuir o tempo do processo e combater atitudes processuais condenáveis.

O subcapítulo 4.2 – Características particulares à tutela antecipada sancionatória – tem por escopo demonstrar, de maneira didática, as características particulares à tutela antecipada sancionatória, trazendo os fundamentos históricos do abuso de direito e sua inserção no processo civil. Também é discutida a natureza híbrida da tutela antecipada sancionatória como um dispositivo que distribui o ônus do tempo processual ao mesmo tempo em que serve de sanção, que visa a conter o abuso de direito das condutas impróprias no processo.

O subcapítulo 4.3 – Características gerais da tutela antecipada em cotejo com a tutela antecipada sancionatória – faz um cotejo entre as características gerais da tutela antecipada e da tutela antecipada sancionatória visando a entender sua aplicação e suas especificidades. Para cumprir tais objetivos, buscou-se diferenciar a tutela antecipada da tutela cautelar, conceituar o dano concreto e o dano marginal do processo, analisar os pré-requisitos para o

deferimento das diversas espécies de tutela, como a prova inequívoca e a verossimilhança, entre outras características que fazem parte da interpretação do dispositivo.

No item 4.4 – A tutela de urgência e de evidência no CPC/2015 – busca trazer as alterações mais relevantes do instituto da tutela antecipada com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015. De maneira geral, são trazidos os objetivos gerais do novo CPC, discussões sobre o nome adotado para as tutelas de urgência e de evidência, qual seja, tutela provisória, seus fundamentos, o momento da sua concessão, com a novidade da tutela antecipada antecedente, entre outros diversos assuntos.

No capítulo 5 – Análise da jurisprudência coletada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – faz-se a análise qualitativa e quantitativa da aplicação da antecipação da tutela sancionatória, de acordo com o art. 273, II do Código de Processo Civil de 1973 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da pesquisa de sua jurisprudência.

E por fim, no capítulo 6 são apresentadas as considerações finais.

## 2 OBJETIVOS

Os objetivos do trabalho são:

- a) Revisar a literatura, considerando as publicações mais relevantes no meio jurídico, referentes à tutela antecipada sancionatória e aos institutos comuns à tutela antecipada, sob a regência do Código de Processo Civil de 1973;
- b) Apresentar as alterações ocorridas na antecipação de tutela, trazidas pelo novo Código de Processo Civil, conforme a Lei 13.105 de 2015; e
- b) Analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob o ponto de vista quantitativo e qualitativo dos acórdãos favoráveis e desfavoráveis à antecipação de tutela sancionatória (acórdãos que concedem ou denegam a antecipação da tutela pelo art. 273, II do Código de Processo Civil de 1973).

## 3 METODOLOGIA

### 3.1 Metodologia da parte teórica

A pesquisa de revisão da bibliografia teve como base a doutrina e os bancos de dados e buscou-se compreender o desenvolvimento teórico e as bases decisórias acerca da tutela antecipada, com fulcro no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil.

A divisão dos temas foi baseada na obra de Lopes (2006), “Tutela Antecipada Sancionatória”, cuja metodologia e organização impecáveis foram excelentes balizadores para este trabalho.

Por fim, também por meio da revisão bibliográfica, buscou-se as alterações mais importantes trazidas ao instituto da tutela antecipada pelo novo Código de Processo Civil de 2015.

### 3.2 Metodologia da parte empírica

Para a segunda etapa do trabalho foi pesquisada a aplicação do instituto da tutela antecipada sancionatória na jurisprudência. Entretanto, uma vez que a análise de toda a jurisprudência brasileira seria tarefa extrema para o escopo e duração de um trabalho de conclusão de curso, tomou-se como base os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, procedendo-se à análise dos julgados de acordo com o método quantitativo e qualitativo.

Para a pesquisa, foi acessado o portal eletrônico na internet do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo endereço eletrônico é <https://esaj.tjsp.jus.br/>, no qual foram realizadas as pesquisas de acordo com “termos” ou “argumentos de pesquisa” que geraram uma população ( $N$ ) de 2.017 acórdãos dos quais se gerou uma amostra de 340 acórdãos.

#### 3.2.1 População de interesse

Para a extração da população de interesse foi utilizado o dispositivo de consultas de jurisprudência do Portal de Serviços e-SAJ – Sistema de Automatização da Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sua funcionalidade “consulta completa”. Foram utilizados para a pesquisa os campos “ementa”, no qual foram inseridos “termos” ou “argumentos de pesquisa” para se obter acórdãos relativos à tutela antecipada sancionatória, e “data do julgamento”, no qual foram inseridas as datas de interesse e cujo período máximo permitido para pesquisa é de um ano, limitado ao ano de 1998<sup>1</sup>.

Os termos utilizados para pesquisa foram: “abuso de direito de defesa”, “propósito protelatório”, “inciso II do art. 273”, “art.273, II”, “defesa protelatória”, “artigo 273, II”, “tutela antecipada como sanção”, “inciso II do artigo 273”, “art. 273, inciso II”, “artigo 273, inciso II”, “art. 273, inc. II” e “antecipação de tutela como sanção”.

---

<sup>1</sup> O portal da internet do Tribunal de Justiça de São Paulo começou a disponibilizar seus julgados a partir de 1998. Tendo sido adotada esta base de dados, a faixa inicial da pesquisa será a data de disponibilização dos acórdãos pelo site do Tribunal, malgrado a entrada em vigor da lei 8.952, que introduziu o dispositivo da antecipação de tutela, tenha ocorrido em 13 de dezembro de 1994.

O período final da pesquisa, ou seja, sua data de corte, foi estipulada em 30/04/2014, data de cadastramento do projeto de pesquisa de iniciação científica, que o presente trabalho de conclusão de curso aproveita.

Tais termos foram escolhidos com a intenção de delimitar, o quanto possível, o tipo de tutela antecipada que estava sendo alvo da pesquisa. Termos genéricos como “tutela antecipada” ou termos sem o uso de aspas não foram utilizados no intuito de aumentar o grau de acurácia.

Por outro lado, houve tentativa de cruzamento dos mesmos termos utilizando-se da conjunção “e”, como por exemplo, “art. 273, II” e “propósito protelatório”. Entretanto, houve baixíssimo número de acórdãos encontrados, o que restringiria em demasia a pesquisa, principalmente no que se refere à parte quantitativa.

Cabe ressaltar que se optou por pesquisar no campo “ementa” porque tal tipo de pesquisa direciona melhor o foco da busca, já que o campo “pesquisa livre” faz a procura pelo termo de pesquisa, tanto na ementa quanto no corpo do acórdão, e muitas vezes, conforme testes realizados anteriormente, foram encontradas muitas citações, mas que nada se referiam ao que se pesquisava.

Assim, a pesquisa restrita ao campo “ementa” procurou selecionar a população de acórdãos em que os termos de pesquisa são citados na ementa, o que aumenta o grau de importância a eles conferido.

O resultado das pesquisas efetuadas gerou uma população de 2.017 acórdãos.

### 3.2.2 O cálculo da amostra

Para um trabalho de iniciação científica e de conclusão de curso ou mesmo para um trabalho de maior fôlego a análise de 2.017 acórdãos é tarefa que não encontra facilidades. Nesse sentido, aplicou-se uma ferramenta estatística para gerar uma amostra que representasse a população gerada de maneira fidedigna.

De maneira geral, a pesquisa social abrange um universo de elementos tão grande que é impossível analisá-los em sua totalidade. Por isso, é muito frequente a utilização de uma amostra, ou seja, de uma pequena parte dos elementos que compõem o universo (GIL, 2012).

Quando uma amostra é selecionada, espera-se que ela seja representativa dessa população. Para tanto é necessária observância dos procedimentos definidos pela Teoria da Amostragem (GIL, 2012).

Para que uma amostra possa ser representativa das características da população ou do conjunto universo, deve ser composta por uma quantidade suficiente de casos, o que será calculado com base nos seguintes fatores: extensão do universo, nível de confiança estabelecido, erro máximo permitido e a percentagem com a qual o fenômeno se verifica (GIL, 2012).

Para o cálculo do número de acórdãos, que compõem a amostra selecionada, foi utilizada a fórmula abaixo para amostra de populações finitas:

$$n = \frac{\delta^2 p \cdot q \cdot N}{e^2 (N - 1) + \delta^2 p \cdot q}$$

Onde: n= tamanho da amostra

$\delta^2$ = Nível de confiança escolhido, expresso em números de desvios-padrão

$p$  = Percentagem com a qual o fenômeno se verifica (quando não possível, adota-se o valor máximo de 50%)

$q$  = Percentagem complementar

$N$  = Tamanho da população

$e^2$  = Erro máximo permitido

O nível de confiança e o erro máximo estipulados no presente trabalho foram, respectivamente, de 95%, (valor de 1,96 na tabela de equivalência) e de 5%, conforme preconizado para pesquisa social (RICHARDSON et al., 2009). Substituindo os números na fórmula, temos o número da amostra  $n$ :

$$n = \frac{1,96^2 \cdot 50 \cdot 50 \cdot 2017}{5^2 (2017 - 1) + 1,96^2 \cdot 50 \cdot 50}$$

Chegou-se a um  $n$  (tamanho da amostra) igual a 322,72 acórdãos, que foi arredondado para 323. Como se trata de uma população não homogênea, isto é, formada pelo resultado da pesquisa de diferentes termos e em datas diversas, a amostra teve de ser distribuída proporcionalmente ao percentual de representatividade de cada uma dessas variáveis na população, o que se dá o nome de *amostra estratificada*. Para tanto, foi gerada uma tabela auxiliar para se calcular o tamanho da amostra por termo/ano pesquisado, conforme abaixo:

Tabela 1– Dados do cálculo da amostragem

| Ano               | Termo pesquisado             | Quantidade encontrada | % da amostra | Cálculo amostral | Arredondamento |
|-------------------|------------------------------|-----------------------|--------------|------------------|----------------|
|                   | "art.273, II"                | 1                     | 2,56%        | 0,16             | 1              |
|                   | “defesa protelatória”        | 1                     | 2,56%        | 0,16             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"     | 15                    | 38,46%       | 2,40             | 2              |
|                   | "abuso de direito de defesa" | 22                    | 56,41%       | 3,52             | 3              |
| <b>Total 1999</b> |                              | <b>39</b>             | <b>1,93%</b> | <b>6,24</b>      | <b>7</b>       |
|                   | "inciso II do art. 273"      | 7                     | 5,69%        | 1,12             | 1              |
|                   | "inciso II do artigo 273"    | 1                     | 0,81%        | 0,16             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"     | 56                    | 45,53%       | 8,96             | 8              |
|                   | "abuso de direito de defesa" | 59                    | 47,97%       | 9,44             | 9              |
| <b>Total 2000</b> |                              | <b>123</b>            | <b>6,10%</b> | <b>19,69</b>     | <b>19</b>      |
|                   | "art.273, II"                | 1                     | 0,81%        | 0,16             | 1              |
|                   | "inciso II do art. 273"      | 23                    | 18,70%       | 3,68             | 3              |
|                   | "artigo 273, II"             | 1                     | 0,81%        | 0,16             | 1              |
|                   | "inciso II do artigo 273"    | 1                     | 0,81%        | 0,16             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"     | 42                    | 34,15%       | 6,72             | 6              |
|                   | "abuso de direito de defesa" | 55                    | 44,72%       | 8,80             | 8              |
| <b>Total 2001</b> |                              | <b>123</b>            | <b>6,10%</b> | <b>19,69</b>     | <b>20</b>      |
|                   | "inciso II do art. 273"      | 4                     | 2,58%        | 0,64             | 1              |

| Ano               | Termo pesquisado             | Quantidade encontrada | % da amostra | Cálculo amostral | Arredondamento |
|-------------------|------------------------------|-----------------------|--------------|------------------|----------------|
|                   | "artigo 273, II"             | 1                     | 0,65%        | 0,16             | 1              |
|                   | "inciso II do artigo 273"    | 1                     | 0,65%        | 0,16             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"     | 99                    | 63,87%       | 15,85            | 15             |
|                   | "abuso de direito de defesa" | 50                    | 32,26%       | 8,00             | 8              |
| <b>Total 2002</b> |                              | <b>155</b>            | <b>7,68%</b> | <b>24,82</b>     | <b>26</b>      |
|                   | "art.273, II"                | 1                     | 1,06%        | 0,16             | 1              |
|                   | "inciso II do art. 273"      | 7                     | 7,45%        | 1,12             | 1              |
|                   | "artigo 273, II"             | 3                     | 3,19%        | 0,48             | 1              |
|                   | "inciso II do artigo 273"    | 2                     | 2,13%        | 0,32             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"     | 38                    | 40,43%       | 6,08             | 6              |
|                   | "abuso de direito de defesa" | 43                    | 45,74%       | 6,88             | 6              |
| <b>Total 2003</b> |                              | <b>94</b>             | <b>4,66%</b> | <b>15,05</b>     | <b>16</b>      |
|                   | "art.273, II"                | 2                     | 1,98%        | 0,32             | 1              |
|                   | "art. 273, inciso II"        | 2                     | 1,98%        | 0,32             | 1              |
|                   | "inciso II do art. 273"      | 5                     | 4,95%        | 0,80             | 1              |
|                   | “defesa protelatória”        | 1                     | 0,99%        | 0,16             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"     | 34                    | 33,66%       | 5,44             | 5              |
|                   | "abuso de direito de defesa" | 57                    | 56,44%       | 9,12             | 9              |

| Ano               | Termo pesquisado                | Quantidade encontrada | % da amostra | Cálculo amostral | Arredondamento |
|-------------------|---------------------------------|-----------------------|--------------|------------------|----------------|
| <b>Total 2004</b> |                                 | <b>101</b>            | <b>5,01%</b> | <b>16,17</b>     | <b>18</b>      |
|                   | "art.273, II"                   | 12                    | 9,09%        | 1,92             | 1              |
|                   | "art. 273, inc II"              | 1                     | 0,76%        | 0,16             | 1              |
|                   | "inciso II do art. 273"         | 4                     | 3,03%        | 0,64             | 1              |
|                   | “defesa protelatória”           | 1                     | 0,76%        | 0,16             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"        | 44                    | 33,33%       | 7,04             | 7              |
|                   | "abuso de direito de defesa"    | 70                    | 53,03%       | 11,20            | 11             |
| <b>Total 2005</b> |                                 | <b>132</b>            | <b>6,54%</b> | <b>21,13</b>     | <b>22</b>      |
|                   | "artigo 273, II"                | 2                     | 7,41%        | 0,32             | 1              |
|                   | “defesa protelatória”           | 3                     | 11,11%       | 0,48             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"        | 14                    | 51,85%       | 2,24             | 2              |
|                   | "abuso de direito de defesa"    | 8                     | 29,63%       | 1,28             | 1              |
| <b>Total 2006</b> |                                 | <b>27</b>             | <b>1,34%</b> | <b>4,32</b>      | <b>5</b>       |
|                   | “tutela antecipada como sanção” | 1                     | 2,70%        | 0,16             | 1              |
|                   | "art.273, II"                   | 5                     | 13,51%       | 0,80             | 1              |
|                   | "inciso II do art. 273"         | 1                     | 2,70%        | 0,16             | 1              |
|                   | "artigo 273, II"                | 1                     | 2,70%        | 0,16             | 1              |
|                   | “defesa protelatória”           | 1                     | 2,70%        | 0,16             | 1              |
|                   | "propósito                      | 16                    | 43,24%       | 2,56             | 2              |

| Ano               | Termo pesquisado                | Quantidade encontrada | % da amostra  | Cálculo amostral | Arredondamento |
|-------------------|---------------------------------|-----------------------|---------------|------------------|----------------|
|                   | protelatório"                   |                       |               |                  |                |
|                   | "abuso de direito de defesa"    | 12                    | 32,43%        | 1,92             | 1              |
| <b>Total 2007</b> |                                 | <b>37</b>             | <b>1,83%</b>  | <b>5,92</b>      | <b>8</b>       |
|                   | "tutela antecipada como sanção" | 1                     | 0,58%         | 0,16             | 1              |
|                   | "art.273, II"                   | 1                     | 0,58%         | 0,16             | 1              |
|                   | "artigo 273, II"                | 1                     | 0,58%         | 0,16             | 1              |
|                   | "artigo 273, inciso II"         | 1                     | 0,58%         | 0,16             | 1              |
|                   | "defesa protelatória"           | 2                     | 1,16%         | 0,32             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"        | 71                    | 41,04%        | 11,36            | 11             |
|                   | "abuso de direito de defesa"    | 96                    | 55,49%        | 15,37            | 15             |
| <b>Total 2008</b> |                                 | <b>173</b>            | <b>8,58%</b>  | <b>27,70</b>     | <b>31</b>      |
|                   | "art.273, II"                   | 3                     | 1,12%         | 0,48             | 1              |
|                   | "defesa protelatória"           | 3                     | 1,12%         | 0,48             | 1              |
|                   | "propósito protelatório"        | 93                    | 34,70%        | 14,89            | 14             |
|                   | "abuso de direito de defesa"    | 169                   | 63,06%        | 27,06            | 27             |
| <b>Total 2009</b> |                                 | <b>268</b>            | <b>13,29%</b> | <b>42,91</b>     | <b>43</b>      |
|                   | "art.273, II"                   | 5                     | 2,14%         | 0,80             | 1              |
|                   | "inciso II do art. 273"         | 1                     | 0,43%         | 0,16             | 1              |
|                   | "artigo 273, II"                | 1                     | 0,43%         | 0,16             | 1              |

| Ano               | Termo pesquisado                | Quantidade encontrada | % da amostra  | Cálculo amostral | Arredondamento |
|-------------------|---------------------------------|-----------------------|---------------|------------------|----------------|
|                   | “defesa protelatória”           | 2                     | 0,85%         | 0,32             | 1              |
|                   | “propósito protelatório”        | 127                   | 54,27%        | 20,33            | 20             |
|                   | “abuso de direito de defesa”    | 98                    | 41,88%        | 15,69            | 15             |
| <b>Total 2010</b> |                                 | <b>234</b>            | <b>11,60%</b> | <b>37,47</b>     | <b>39</b>      |
|                   | “tutela antecipada como sanção” | 1                     | 0,59%         | 0,16             | 1              |
|                   | “art.273, II”                   | 7                     | 4,14%         | 1,12             | 1              |
|                   | “art. 273, inciso II”           | 1                     | 0,59%         | 0,16             | 1              |
|                   | “propósito protelatório”        | 87                    | 51,48%        | 13,93            | 13             |
|                   | “abuso de direito de defesa”    | 73                    | 43,20%        | 11,69            | 11             |
| <b>Total 2011</b> |                                 | <b>169</b>            | <b>8,38%</b>  | <b>27,06</b>     | <b>27</b>      |
|                   | “tutela antecipada como sanção” | 2                     | 1,32%         | 0,32             | 1              |
|                   | “art.273, II”                   | 4                     | 2,63%         | 0,64             | 1              |
|                   | “artigo 273, II”                | 2                     | 1,32%         | 0,32             | 1              |
|                   | “inciso II do artigo 273”       | 1                     | 0,66%         | 0,16             | 1              |
|                   | “defesa protelatória”           | 2                     | 1,32%         | 0,32             | 1              |
|                   | “propósito protelatório”        | 77                    | 50,66%        | 12,33            | 12             |
|                   | “abuso de direito de defesa”    | 64                    | 42,11%        | 10,24            | 10             |
| <b>Total 2012</b> |                                 | <b>152</b>            | <b>7,54%</b>  | <b>24,34</b>     | <b>27</b>      |

| Ano                    | Termo pesquisado                    | Quantidade encontrada | % da amostra   | Cálculo amostral | Arredondamento |
|------------------------|-------------------------------------|-----------------------|----------------|------------------|----------------|
|                        | “tutela antecipada como sanção”     | 4                     | 2,78%          | 0,64             | 1              |
|                        | “artigo 273, II”                    | 1                     | 0,69%          | 0,16             | 1              |
|                        | “artigo 273, inciso II”             | 1                     | 0,69%          | 0,16             | 1              |
|                        | “propósito protelatório”            | 78                    | 54,17%         | 12,49            | 12             |
|                        | “abuso de direito de defesa”        | 60                    | 41,67%         | 9,60             | 9              |
| <b>Total 2013</b>      |                                     | <b>144</b>            | <b>7,14%</b>   | <b>23,05</b>     | <b>24</b>      |
|                        | “tutela antecipada como sanção”     | 1                     | 2,17%          | 0,16             | 1              |
|                        | “antecipação de tutela como sanção” | 1                     | 2,17%          | 0,16             | 1              |
|                        | “propósito protelatório”            | 23                    | 50,00%         | 3,68             | 3              |
|                        | “abuso de direito de defesa”        | 21                    | 45,65%         | 3,36             | 3              |
| <b>Total 2014</b>      |                                     | <b>46</b>             | <b>2,28%</b>   | <b>7,36</b>      | <b>8</b>       |
| <b>Total População</b> |                                     | <b>2017</b>           | <b>100,00%</b> | <b>323</b>       | <b>340</b>     |

Esta tabela está representando a quantidade de acórdãos encontrados na população através da busca dos termos de pesquisa por ano. Por exemplo, no ano de 2014 foram encontrados 46 acórdãos, que representam 2,28% do total de 2.017 acórdãos da população, distribuídos em: “tutela antecipada como sanção”: 1 acórdão, “antecipação de tutela como sanção”: 1 acórdão, “propósito protelatório”: 23 acórdãos e “abuso de direito de defesa”: 21 acórdãos. Pode-se também verificar que o termo “tutela antecipada como sanção” representa 2,17% do número de acórdãos totais do ano de 2014, percentual que, aplicado sobre a amostra calculada resulta em um número inferior a 1 acórdão, ou seja, em 0,16 acórdão. Com tal

resultado, este termo de pesquisa no ano de 2014 não faria parte da amostra. Por isso, foi feita a inclusão de todos os termos pesquisados que obtiveram resultado menor do que 1 e maior do que 0, para abrangê-los na análise, resultando uma amostra de 340 acórdãos pela soma de 17 destes à amostra original de 323 acórdãos.

### 3.2.3 Sorteio dos acórdãos

Após ser calculado o tamanho da amostra de maneira proporcional, dentro do período de pesquisa estipulado, fez-se um sorteio de *números aleatórios* utilizando-se para isto o programa *Microsoft Excel* de forma a não haver escolha de acórdãos e preservar a aleatoriedade da amostra.

Para explicação da metodologia de sorteio, utilizar-se-á o exemplo do termo de pesquisa “abuso de direito de defesa”, pesquisado no ano de 2005. Neste ano foram encontrados 70 acórdãos e foi calculada uma amostra proporcional de 11 acórdãos. Posteriormente, foram sorteados 11 números aleatórios no programa acima referido, que gerou a seguinte sequência: 3, 13, 19, 31, 32, 43, 53, 55, 57, 58 e 62.<sup>2</sup>

O Portal de Serviços e-SAJ – Sistema de Automatização da Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo – Consulta de Jurisprudência – lista o resultado das consultas efetuadas numerando os acórdãos conforme a quantidade encontrada. No exemplo acima o sistema enumerou-os de 1 a 70, sendo que bastou selecionar os acórdãos pelos números sorteados pelo *Excel* para obter os seguintes números unificados de registro: (3) 0076179-05.2005.8.26.0000, (13) 5141588000, (19) 0063090-46.2004.8.26.0000, (31) 0072044-81.2004.8.26.0000, (32) 0073314-43.2004.8.26.0000, (43) 0063252-41.2004.8.26.0000, (53) 0070643-

---

<sup>2</sup> Replicada a mesma pesquisa no e-SAJ, em 13/07/2016, o número de acórdãos listado não se repetiu, retornando um resultado de 52 acórdãos. É provável que tenha havido mudanças na parametrização do sistema e-SAJ, pois a coleta de dados dos acórdãos para a pesquisa ocorreu entre os meses de agosto de 2014 e janeiro de 2015.

Anteriormente, a pesquisa do termo entre aspas retornava resultados relativos ao termo idêntico ao informado e também a termos próximos, por exemplo: na consulta do termo “abuso de direito de defesa” era retornado resultado de acórdãos que continham a mesma expressão, mas também com outras expressões próximas como: “abuso do direito de defesa” e “abuso de direito de recorrer”, sendo que a pesquisa destes termos, na data de abrangência, com a utilização do operador booleano “OU” retorna os mesmos 70 acórdãos originais.

13.2005.8.26.0000, (55) 0070968-22.2004.8.26.0000, (57) 0071393-49.2004.8.26.0000, (58) 0072463-04.2004.8.26.0000 e (62) 0039144-45.2004.8.26.0000.

Este procedimento foi repetido para cada termo de pesquisa, em cada ano pesquisado, até abranger a totalidade da amostra e selecionar todos os acórdãos para análise.

### 3.2.4 Análise quantitativa e qualitativa

Uma vez selecionada a amostra, iniciou-se a fase de análise. Procedeu-se a uma breve leitura dos 340 acórdãos selecionados no intuito de executar uma triagem prévia e refugar os acórdãos que não iriam servir aos propósitos da pesquisa, ou seja, os que não se tratavam de nenhum tipo de tutela antecipada referente ao artigo 273 do Código de Processo Civil.

Após esta triagem, foram trabalhadas duas frentes distintas, porém complementares. A primeira das frentes tratou da realização de uma classificação inicial e da coleta do maior número de dados sobre os acórdãos triados para quantificá-los e dar subsídios a análises estatísticas básicas. Foram coletados dados gerais referentes à tutela antecipada dos incisos I, II e II, § 6º.

Exemplo dos dados quantitativos reunidos: distribuição da quantidade de tutela antecipada deferida por tipo de provimento, do tipo de tutela antecipada pedida ou concedida em primeiro grau de jurisdição, do tipo de provimento analisado no recurso, do grau de coincidência entre a tutela antecipada pedida ou concedida em primeiro grau e aquela analisada no recurso, do momento do pedido da tutela antecipada, do tipo de tutela antecipada pedida ou concedida em primeiro grau em relação ao momento do pedido, do recurso utilizado para rever a decisão de primeiro grau sobre a tutela antecipada, da relação entre o recurso utilizado e o momento em que a tutela antecipada foi pedida ou deferida, entre outros.

Tais providências caracterizam o *método quantitativo* que é o emprego da quantificação tanto na coleta de informações quanto no seu tratamento, por meio de técnicas estatísticas, desde as mais simples, como percentual, média, desvio-padrão, às mais complexas, como o coeficiente de correlação, análise de regressão, entre outras. Tal método representa a intenção de garantir a precisão dos resultados, evitar distorções de análise e interpretação, o que possibilita uma margem de segurança quanto às inferências (RICHARDSON et al., 2009).

Conforme referido acima, as análises estatísticas do presente trabalho foram as mais simplificadas. Utilizou-se a percentagem relativa e valores nominais.

A segunda das frentes, com enfoque qualitativo, foi realizada com a apreensão dos conceitos mais relevantes à pesquisa, emanados do próprio relator ou de citações da doutrina ou da jurisprudência, que corroborassem o seu entendimento acerca de diversas questões sensíveis à aplicação da tutela antecipada. Este entendimento do relator foi cotejado com o entendimento doutrinário mais atualizado, conforme revisão bibliográfica da doutrina e dos bancos de dados trazida na primeira parte do trabalho.

Em relação à tutela sancionatória foram feitas análises a respeito do entendimento judicial principalmente em relação ao abuso de direito de defesa e ao propósito protelatório do réu.

Apesar do foco de interesse se fechar sobre a tutela antecipada do inciso II, algumas análises qualitativas gerais sobre os outros incisos foram buscadas, posto que também fazem parte da esfera teórica da tutela sancionatória e ajudam a desvelar sua específica aplicação, pois são institutos comuns, como por exemplo, a verossimilhança da alegação, a prova inequívoca, o recurso que se interpõe contra a decisão que defere ou indefere a antecipação de tutela, o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a tutela concedida *inaudita altera pars*, a provisoriaidade da tutela antecipada, entre outros assuntos relevantes.

Dessa forma, combinando a pesquisa qualitativa e quantitativa entende-se que houve uma sinergia entre tais tipos de análise, que propiciou uma compreensão mais global sobre a aplicabilidade da tutela antecipada sancionatória.

## 4 REVISÃO DA LITERATURA

### 4.1 Antecedentes da tutela antecipada

#### 4.1.1 A distribuição do tempo do processo

Nas últimas décadas, houve o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, que outorgaram ao Estado a função de promover o bem-estar dos indivíduos ante sua antiga função de agir apenas como defensor das liberdades individuais. As relações de consumo foram protegidas de maneira especial, emergiram novos direitos de família, complexas questões sobre direito previdenciário e trabalhista. Além disso, houve mudança na mentalidade da população acerca de seus direitos, o que levou ao aumento das demandas no Judiciário. Pessoas de menor poder aquisitivo puderam ter mais acesso à justiça. Entretanto, tais pessoas por pertencerem às camadas mais humildes da sociedade são incapazes de suportar por muito tempo o dano marginal inerente ao processo (dano provocado em todo e qualquer processo à parte que tem razão, mesmo que a espera não seja lesiva) (LOPES, 2006).

Sabe-se que a distribuição dos ônus e prejuízos advindos do decurso do tempo não é, em regra, igualitária no processo. É o autor que fica prejudicado, porque a demora impossibilita que ele veja a sua pretensão apreciada e satisfeita em curto espaço de tempo (GONÇALVES, 2013) e o objeto de sua satisfação encontra-se em poder do demandado, que por isso não carrega o ônus do tempo processual.

Em qualquer processo civil há uma situação de luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida por parte do autor, justamente devido à demanda de tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não a tem). Isso demonstra que o processo jamais poderá deixar de prejudicar o autor que tem razão. Em um processo condenatório, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação na esfera patrimonial do réu, portanto quanto maior a demora do processo, melhor para o réu (MARINONI, 1997).

Ainda que o autor possa obter o bem da vida perseguido, a demora na sua obtenção é, por si só, fonte de dano. É o dano que se denomina de dano marginal em sentido estrito ou de dano marginal de indução processual (MARINONI, 1997).

Pode-se pensar esse dano sob diversos aspectos, entretanto, os de maior impacto, são os danos econômicos, que são frequentemente graves, pois uma vez impostos à parte autora pela demora do processo, imobilizam bens e capitais (MARINONI, 1997).

Nesse sentido, Lopes (2006, p. 24) afirma:

Sob o prisma econômico, essas mudanças, associadas à lentidão da justiça têm o perverso efeito de proporcionar um incremento das desigualdades sociais. Os mais abastados têm melhores condições de suportar o tempo do processo e suas incertezas, o que faz os mais pobres aceitarem maus acordos ou desistirem de suas pretensões. A parte que não suporta o ônus do tempo do processo possui um forte e ilegítimo poder de subjuguar o adversário aos seus interesses.

#### 4.1.2 O procedimento ordinário do processo de conhecimento e sua contribuição para a demora da jurisdição

Pode-se afirmar que uma das fontes da demora da jurisdição é a opção legislativa e doutrinária pelo processo de conhecimento de rito ordinário como o procedimento padrão para a cognição.

No procedimento ordinário, o ônus do tempo do processo recai unicamente sobre o autor, como se fosse culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos (MARINONI, 1997).

A teoria processual chamou de processo de conhecimento aquele destinado a declarar a existência do direito, e de processo de execução aquele voltado a realizar o direito já declarado. Com isso, o processo de conhecimento deveria averiguar a existência do direito afirmado pelo autor, ou descobrir a verdade, para então o juiz proferir a sentença, declarando ou não o direito afirmado. A tutela executiva teria como pressuposto a declaração do direito do credor ou a coisa julgada material, considerada o fundamento lógico-jurídico da tutela executiva.

Marinoni (1997, p. 17) faz a seguinte reflexão sobre o procedimento ordinário:

Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois neste plano há direitos evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria.

O princípio da *nulla executio sine titulo* foi concebido para deixar bastante claro que a execução não poderia ser iniciada sem título, e que este, em caso de sentença condenatória, deveria conter em si um direito já declarado ou não mais passível de discussão (MARINONI; ARENHART, 2008).

Ou seja, tudo em nome da certeza jurídica, de uma decisão embasada em uma cognição plena e exauriente.

Sob esse prisma, o processo de conhecimento tornou-se uma forma eficiente de aproximar-se da realidade dos fatos, que busca, muito além de qualquer resultado prático e tempestivo, decisões próximas da certeza, tendo em vista a segurança jurídica, que na grande maioria das vezes, atende apenas aos próprios interesses do judiciário. Entretanto a certeza jurídica, em vista das novas exigências de tutela, não pode construir o pressuposto lógico-jurídico para se instaurar a execução (MARINONI, 1997).

A doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como o padrão de tutela dos direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às várias necessidades do direito material e da realidade social, pois não é adequado à tutela de todas as situações jurídicas substanciais, e sua universalização é impossível. Aliás, o que se vê hoje nos sistemas de direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e em remédio contra a ineficiência deste procedimento (MARINONI, 1997).

A doutrina clássica, no momento em que construiu o procedimento ordinário – compreendido como o procedimento de cognição plena e exauriente – e baniu do sistema processual os procedimentos sumários especiais, notadamente aqueles de cognição parcial, deu prioridade ao valor segurança sobre o valor tempestividade. Chiovenda acusou os procedimentos sumários de serem incompatíveis com os princípios e objetivos da civilização moderna, que exigiria um processo teleologicamente voltado para a descoberta da verdade e, além disso, capaz de oferecer a indispensável segurança de que as relações jurídicas necessitariam para se desenvolverem. (MARINONI, 1997, p. 15)

Marinoni e Arenhart (2008), com acurácia, criticam a “certeza jurídica” informando que a execução sempre foi dependente dela, o que é uma ilusão, pois qualquer pessoa mais atenta pode constatar que o juiz, mesmo após a produção das provas e ao final do procedimento comum de conhecimento, pode estar envolvido em situação de dúvida.

Em um processo condenatório, a demora na obtenção do bem, significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior a demora do processo, maior será o dano do autor e maior o benefício conferido ao réu. O réu que mantém o bem em sua esfera jurídico-patrimonial ao longo de todo o processo é, evidentemente, o único beneficiado pela demora (MARINONI, 1997).

Assim, a certeza em primeiro grau, no processo comum ordinário, está apoiada em todas as garantias do devido processo legal: o contraditório pleno, o juiz natural, a

immediatidade, a verdade real, a garantia de uma cognição plena e exauriente, e de uma decisão amplamente fundamentada e motivada (VINCENZI, 2002).

Dessa forma, não há como obter um processo mais célere, se não for utilizada alguma forma de redução da plenariedade do procedimento e alterar a lógica que Baptista da Silva (1993, p. 160) demonstrou sobre o sistema processual brasileiro: “[...] nosso direito prefere sacrificar o demandante, em homenagem ao princípio da segurança máxima do resultado, impedindo que o juiz lhe conceda a posse provisória do bem que lhe pertence”.

#### 4.1.3 A tempestividade do processo e o direito de defesa sob o enfoque da realidade social

Segundo Marinoni (1997, p. 17, grifo nosso), “de nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão”.

O processo do direito continental europeu, influenciado pelas ideias do liberalismo do século XIX, foi responsável pela concepção da ideia de neutralidade, que é uma das características do procedimento ordinário e que culmina na indiferença da lei pelo plano da realidade social. Por outro lado o direito de defesa é outro monumento da filosofia liberal, marcado pela falta de sensibilidade de juristas cegos para o que se passa na vida real dos homens (MARINONI, 1997).

Marinoni (1997, p. 17-18) analisa o direito à defesa, enquadrando-o na justiça brasileira:

Aqueles que conhecem a realidade da justiça brasileira podem perceber, sem grande esforço, que o direito à defesa – se concebido na forma plena como pretende parte da doutrina – ao mesmo tempo em que tutela o direito do réu à cognição definitiva, pode privar o autor de muita coisa. Imaginar – em uma concepção narcísica e romântica de devido processo legal – que as garantias nada retiram de alguém é desprezar o “lado oculto e feio” do processo, o lado que não pode ser visto (ou não quer ser visto) pelo processualista que tem “olhos” apenas para o plano normativo ou para o plano das abstrações dogmáticas.

Assim, como se vê, tanto a indiferença da lei pelo plano da realidade social como da doutrina, contribuíram para que houvesse uma grande dificuldade na distribuição do tempo do processo, que segundo Marinoni, (1997, p. 19), inspirado em Dinamarco, é a dimensão fundamental da vida humana:

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.

Diante disso, vê-se que, o juiz, ao interpretar as normas processuais, deve estar ciente de que sua função é comprometida com o conteúdo do direito do seu momento histórico, não cabe a ele aplicar friamente a lei. O juiz que apreende o conteúdo do direito do momento em que vive sabe reconhecer o texto da lei que não corresponde às expectativas sociais e extrair da Constituição os elementos que lhe permitem decidir de modo a fazer valer o conteúdo do direito de seu tempo (MARINONI, 1997).

O direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. O direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República, não se refere apenas ao direito de ir a juízo, mas significa que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Sendo assim, o legislador infraconstitucional está obrigado a construir procedimentos que tutelem a efetividade, a adequação e a tempestividade dos direitos. Está obrigado, a prever tutelas que garantam uma racional distribuição do processo (MARINONI, 1997).

Cruz e Tucci (1999, p. 237) oferece uma análise da colidência entre os postulados da segurança jurídica, representado por uma cognição suficientemente segura para a decisão e a efetividade, da qual certamente a tempestividade é parte:

Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (“tempo fisiológico”), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais que o necessário (“tempo patológico”). Obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade – emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.

Dessa forma, pode-se concluir que o direito de defesa, como qualquer outro direito, não deve ser admitido como absoluto, mas sim cotejado com outros direitos e princípios constitucionalmente previstos, e no caso, se houver prejuízos à efetividade e tempestividade do processo, deve ser limitado em detrimento destes outros.

#### 4.1.4 A tutela antecipada como remédio para a distribuição do tempo do processo

Marinoni (1997, p. 26) faz uma síntese do que foi visto até o momento:

Há, no procedimento comum, um enorme conflito entre o direito à cognição definitiva (direito de defesa) e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Para que o autor não seja prejudicado, em demasia, pela demora do processo, deve atuar, no interior do procedimento de cognição plena e exauriente, uma técnica que permita a antecipação da tutela executiva. Ora, se é inegável a existência do conflito entre o direito à tempestividade da tutela e o direito à cognição definitiva, e é sabido que o réu tem interesse em utilizar o processo para conservar o *status quo* pelo maior espaço de tempo possível, deve ser admissível a antecipação da tutela executiva nos casos de direitos evidentes e de defesas infundadas. Não há outra alternativa para o processo não prejudicar, além da conta, o autor que tem razão.

Como visto, a doutrina tradicional dava maior importância ao direito de ação, ou seja, a uma sentença de mérito, não importando qual seria seu resultado. Dinamarco (2013) refere-se a uma postura “introspectiva” do sistema processual, em que não havia preocupação com os objetivos a realizar, com os resultados que dele esperam a sociedade, o Estado e os indivíduos.

Entretanto, em uma mudança de perspectiva, o processo passou a privilegiar o resultado final, ou seja, a tutela jurisdicional, compreendida como os resultados que produz na vida das pessoas em relação a outras ou aos bens da vida. Daí a moderna preferência pelas considerações acerca da tutela jurisdicional, representativa das projeções metaprocessuais (DINAMARCO, 2013).

A importância dada à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, ou seja, aquela que privilegia a devida entrega do bem da vida em um prazo adequado de tempo, passou a ter importância fundamental para o direito processual.

No procedimento comum a alternativa no combate à demora seria inserir em seu interior uma técnica que possibilitasse distribuir o tempo do processo, pois seria irracional obrigar o autor a sofrer com tal demora, quando demonstrasse, no curso do procedimento, que o direito, provavelmente lhe pertencia. Assim, se o autor prova fatos constitutivos de seu direito e o réu apenas apresenta exceção substancial indireta, requerendo instrução dilatória infundada, não é racional e nem tampouco justo que ao autor continue sendo imposto este ônus (MARINONI, 1997).

Em vista dessa mudança de paradigma, o resultado do processo começou a ser encarado como a parte de maior importância, e o processo pôde sair do círculo vicioso no qual se fechava em si mesmo, tornando o procedimento tantas vezes inócuo e injusto.

Nessa perspectiva, a tempestividade da tutela jurisdicional tornou-se um dos objetos de maior preocupação para a prestação de uma tutela efetiva.

Em uma tentativa de sanar os problemas advindos do tempo, começou a ser utilizada a tutela cautelar com finalidade satisfativa, ou como técnica de antecipação da tutela, o que se dava de forma não técnica, pois a tutela cautelar não pode satisfazer, ainda que provisoriamente, o direito acautelado, desnaturando sua função (MARINONI; ARENHART, 2008).

Segundo Marinoni e Arenhart (2008, p. 200), cabe advertir que:

A tutela antecipatória foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da “antecipação da tutela”, e essa “antecipação” – segundo a jurisprudência – não podia ser obtida por meio de ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de “fundado receio de dano” e de “abuso de direito de defesa”, nele inserindo o art. 273.

Dessa forma, o legislador brasileiro, observando a desnecessária duplicação de procedimentos para a tutela do direito material e a impossibilidade da realização de parcela do direito evidenciado no curso do processo de conhecimento, introduziu no Código de Processo Civil a norma que hoje consta no art. 273 (melhor explicado no item 4.1.3.2) (MARINONI; ARENHART, 2010).

Nesse sentido, Marinoni e Arenhart (2008, 199) lecionam que:

A tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I do CPC), mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu (art. 273, II e § 6º, do CPC).

Em resumo, a tutela antecipada hoje prevista no art. 273 do Código de Processo Civil foi concebida com o fim de acabar com a utilização anormal do poder geral de cautela do art. 798. A tutela antecipada do art. 273, *caput*, e inc. I, embasada na probabilidade de existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, estendeu a

possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional a todo e qualquer procedimento, instituindo um poder geral de antecipação da tutela jurisdicional. Em verdade tal dispositivo foi uma correção ao enquadramento da antecipação de tutela, retirando-a do procedimento cautelar (LOPES, 2006).

#### 4.1.5 A lealdade e a boa-fé no direito processual civil

Não haveria sentido em aplicar os imperativos de conduta ética e proba apenas enquanto o relacionamento entre as partes se restringe ao direito material, cessando tais deveres com a instauração da relação jurídica de direito processual (LEONARDO, 2013).

Sendo assim, Grinover (2001, p. 219, grifo nosso) adverte:

A relação jurídica processual rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. *Há muito o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça.* Assim, as atividades das partes, embora empenhadas na obtenção da vitória, assumem uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente à verdade, como algo que se aproxime da certeza, ou seja, com alto grau de probabilidade. *É por essa razão que os códigos processuais adotam normas que visam a inibir e sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e a seus procuradores.*

As reformas do Código de Processo Civil, iniciadas nos anos 90, revelam um movimento pela ética no processo, coibindo recursos protelatórios e infundados, ampliando os poderes dos relatores nos tribunais, permitindo a antecipação da tutela de mérito, entre outras providências (VINCENZI, 2002).

Dessa forma, o dever de manter comportamentos condizentes com os mandamentos éticos está sintetizado na fórmula ampla e genérica “proceder com lealdade e boa-fé”, contida no inciso II do art. 14 do Código de Processo Civil (DINAMARCO, 2009).

De modo explícito e direto o Código impõe o “dever de veracidade nas alegações de fato pelas partes” (art. 14, I), o de “não formular pretensões nem alegar defesas, cientes de que são destituídas de fundamento” (inc. III), o de “não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito” (inc. IV) e o de “cumprir com exatidão os preceitos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de medidas judiciais, de natureza antecipatória ou final” (inc. V) (DINAMARCO, 2009).

O dever de lealdade é entendido em uma acepção dilatada, abrangendo a vedação ao abuso do direito e a observância dos deveres de cooperação e boa-fé processual (LEONARDO, 2013).

Ainda, conforme Leonardo (2013, p 64):

A boa-fé objetiva, também chamada de boa-fé-lealdade, impõe um comportamento honesto entre os sujeitos da relação jurídica, de forma que, no âmbito do processo, não parece haver diferença entre dever de lealdade e de boa-fé, estando positivados no mesmo dispositivo legal (art. 14, II, do Código de Processo Civil). Não se mostra possível uma conduta desleal que seja conforme a boa-fé, e a recíproca é verdadeira, de modo que parecem ser conceitos que se confundem.

Vincenzi (2002) informa que como norma criadora de deveres, a boa-fé impõe certas condutas pautadas na lealdade e nos deveres de cooperação e colaboração, e se revela em seus aspectos objetivos, que se podem importar do direito privado, e sua observância deve ser imposta pelo juiz no processo civil sempre que for necessário.

Nesse sentido, a adequada compreensão do contraditório remete a uma ideia mais abrangente, que enxerga neste um dever, do qual resulta o dever de lealdade processual e a boa-fé objetiva, como padrão de conduta que se espera das partes litigantes e de todos os que intervêm na relação processual (LEONARDO, 2013).

A aplicação da regra da boa-fé possui dois diferentes momentos na relação processual: em um primeiro momento, a boa-fé subjetiva permite presumir que há um comportamento leal e cooperativo dos litigantes, o que faz de certa maneira acelerar o procedimento e permitir maior eficácia dos provimentos jurisdicionais. Em um segundo momento, a regra de boa-fé objetiva tem a função de criar deveres de cooperação e colaboração e limitar o exercício inadmissível de posições jurídicas (VINCENZI, 2002).

Lopes (2006) afirma que interesse público, moralidade e dignidade da justiça são subjacentes ao correto desenvolvimento da atividade jurisdicional que conduzem à necessidade de impor deveres éticos aos sujeitos processuais, regras éticas de conduta a serem observadas sob pena de imposição de sanção.

Dentre as condutas desleais ou de má-fé de interesse para este trabalho, estão o abuso de direito de defesa e a atitude protelatória do réu, que atingem a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, sendo que a parte ré, que não está suportando o dano marginal do processo, protraí indefinidamente no tempo a satisfação do direito do autor que tem razão.

#### 4.1.6 A tutela antecipada sancionatória – a distribuição do tempo do processo e o combate a atitudes desleais e de má-fé

Dentre as grandes contribuições do artigo 273 ao desenvolvimento do processo civil, vislumbra-se a importância fundamental no enfrentamento da morosidade processual e das atitudes desleais e de má-fé do inciso II pela sua capacidade de dividir o ônus temporal que o processo impõe principalmente ao autor, tendo em vista os inúmeros meios de defesa, muitas vezes apenas utilizados com fins protelatórios e abusivos e outras atitudes meramente protelatórias.

O fundamento do art. 273, inc. II, inserido pela reforma de 1994, foi uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro e está fundado na probabilidade da existência do direito do autor e no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu. Não se trata de tutelar uma situação de urgência como na hipótese do inciso I. A finalidade do dispositivo é aprimorar a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, o acesso à ordem jurídica justa, invertendo o ônus do tempo do processo, em face da injustiça causada pela conduta desleal do demandado (LOPES, 2006).

A importância do art. 273, II é dividir o tempo do processo, retirando das mãos do réu que não tem razão, o bem objeto de disputa, colocando-o nas do autor, pois pelo próprio caráter ético do processo, este não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não tem. Nesse sentido, é que o dispositivo dota o processo de um mecanismo que permite a distribuição racional do gravame imposto pelo tempo do processo, pois não é racional, por exemplo, que o autor espere o tempo do duplo grau de jurisdição quando o juiz já declarou a existência do direito afirmado em primeiro grau (MARINONI, 1997).

Marinoni (1997) explica que a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa tem também efeito pedagógico importante, pois desestimula as defesas abusivas, utilizadas para protelar o momento da realização dos direitos ou para retirar do autor alguma vantagem econômica em troca do tempo do processo.

Por outro lado, por envolver confronto entre garantias constitucionais de grande relevância, a tutela antecipada sancionatória não pode ser concedida de maneira desmedida, sem uma apuração devida de seus requisitos. Entretanto, este cuidado não deve constituir razão para que o Poder Judiciário seja tolerante com atitudes desleais daqueles que atentem contra a dignidade da justiça e prejudiquem a prestação efetiva e tempestiva da tutela

jurisdicional, pois uma vez, caracterizados tais requisitos, a tutela antecipada sancionatória deve ser concedida sem medo, não podendo o judiciário denegá-la sob a argumentação de ofensa das garantias à ampla defesa e ao contraditório (LOPES, 2006).

No entanto, se o cuidado na aplicação da tutela antecipatória sancionatória deve ser uma constante, não deve ser empecilho para a aplicação do instituto quando devidamente constatado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Infelizmente, não é assim que as cortes brasileiras vêm atuando. É o que se pode depreender do excerto retirado de um artigo do professor Daniel Amorim Assumpção Neves:

A constatação da pouca utilização dessa espécie de tutela antecipada na prática é uma tendência da timidez com que os juízes aplicam as sanções processuais previstas no ordenamento jurídico. E uma pena, ainda mais se considerando que a crise ética que avassala nosso país também se encontra presente no dia-a-dia forense, de forma a ser imperioso um maior controle e respeito aos princípios da boa-fé e lealdade processual. Soma-se a essa timidez o pouco conhecimento e pouco tratamento prático dispensado à tutela antecipada sancionatória para se justificar sua *raríssima aplicação prática*. Mas como o brocado diz que a esperança é a última que morre, há sempre a expectativa de que o instituto ora analisado passe a ser mais frequente do que é nos dias atuais. (NEVES, 2006, p. 19, grifo nosso).

Batista da Silva (2000, p. 142-143, grifo nosso) realiza uma fundamental análise acerca da tutela antecipada sancionatória e de sua baixa aplicação por parte dos magistrados:

Melhor teria sido que o legislador evitasse condicionar a concessão do provimento antecipatório, nas situações previstas pelo art. 273, II, à ocorrência de ‘abuso do direito de defesa’ ou de ‘manifesto propósito protelatório’ do réu. Quem conhece a experiência judiciária e, principalmente, as raízes culturais que tornam *extremamente tolerante nossa relação contra todas as formas de litigância temerária*, não terá muito otimismo quanto à utilização da prerrogativa constante deste dispositivo. Ao contrário, *talvez o aceno a esses pressupostos seja uma boa razão para não se conceder a antecipação da tutela, mesmo que a verossimilhança se tenha reforçado em razão da litigância temerária, preferindo o juiz de espírito mais conservador ou mais tímido negá-la, sob o fundamento de que não se estaria caracterizado quer o abuso do direito de defesa quer o propósito protelatório, condutas estas, como se sabe, de difícil comprovação*.

Esta análise liga-se ao presente trabalho de maneira fundamental, pois o principal aspecto a ser analisado em sua segunda parte, por meio de pesquisa da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, é como tal instituto vem sendo aplicado pelos magistrados. Verificar se após exatos vinte anos da criação do instituto, ele se encontra consolidado e amplamente aplicado ou se ocorre o contrário disso.

Pode-se dizer que, sendo o processo um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, é inevitável que seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que permita a distribuição racional do tempo do processo (MARINONI, 1997).

Conforme visto, tal dispositivo está devidamente em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, representado pelo art. 273, inc. II, entretanto, a letra da lei sem a devida aplicação se torna inútil, pois de nada adianta criar um dispositivo potencialmente eficaz e não aplicá-lo a contento.

Conforme todo o exposto, a tutela antecipada, objetivando aprimorar a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, deu início à relativização do binômio conhecimento-execução, sendo que sua aplicação pode tornar possível a satisfação da pretensão no seio do próprio processo de conhecimento (LOPES, 2006).

Enfim, o processo, sem a devida aplicação da antecipação de tutela, pode colaborar para a atuação de má-fé, por parte do réu que não tenha razão, em seu intuito meramente protelatório (LOPES, 2006).

## 4.2 Características particulares à tutela antecipada sancionatória

### 4.2.1 Os fundamentos históricos do abuso de direito

O abuso do processo ou o abuso de direito no processo finca suas raízes no abuso de direito de origem privada. Para um bom entendimento do instituto do abuso do processo é relevante situá-lo historicamente. Para tanto, recorreu-se ao trabalho de Brunela Vieira de Vincenzi, que traça um escorço histórico sobre o instituto.

Vincenzi (2002, *passim*) informa que os jurisconsultos romanos não reconheciam o abuso de direito, pois diziam que aqueles que exerciam um direito não agiam com culpa e não incorriam em responsabilidade.

Tal concepção prevaleceu por alguns anos após o Código de Napoleão, quando os tribunais franceses começaram a aceitar a teoria do abuso do direito.

Até essa época, os direitos subjetivos eram exercidos de maneira ilimitada, sem se discutir se causavam ou não danos e prejuízos a outrem. Em outras palavras, o direito excluía a responsabilidade.

As circunstâncias, no entanto, exigiram mudanças e flexibilização ao exercício desses direitos que não poderiam ser absolutos em vista dos prejuízos e dos danos causados a

terceiros e foi neste contexto que os tribunais franceses semearam as ideias do abuso de direito, que posteriormente foram adotadas pelo mundo inteiro.

Na França, a teoria do abuso de direito não representou uma ruptura com o pensamento jus subjetivo, pois a regulação do exercício do direito subjetivo de um indivíduo deveria ser limitada de acordo com o direito subjetivo do outro indivíduo, que estivesse em relação com aquele, pressupondo culpa e dolo do agente, equiparando-se à responsabilidade civil.

Chegada à Alemanha, a teoria do abuso de direito obteve novas características, próprias do objetivismo alemão. Influenciada pelo cientificismo, a aplicação do instituto foi sendo aprimorada até se chegar à aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva contida no § 242 do BGB, possibilitando o controle do exercício abusivo em todos os setores do direito, impondo um dever positivo de conduta e possibilitando reprimir o exercício inadmissível de posições jurídicas, antes que ocorressem danos, e não somente indenizando os prejuízos causados.

No Brasil, o instituto não foi positivado no Código Civil de 1916, entretanto, foi constantemente utilizado na doutrina e na jurisprudência, que se valeram do abuso de direito como uma espécie de princípio geral aplicado a vários ramos do direito, como, por exemplo, o abuso do poder econômico e a concorrência desleal, as relações de vizinhança, as práticas e cláusulas abusivas contra o consumidor, o abuso de posições jurídicas processuais e o dano processual, os crimes cometidos com abuso de poder, o peculato e o abuso de autoridade.

Barbosa Moreira (2003, p. 127, grifo nosso), todavia, afirma que a doutrina do abuso de direito foi positivada pelo Código Civil de 1916, porém, de maneira indireta:

O CC/16 não se referiu de modo explícito à figura de que ora se trata. Dizia, porém, no art. 160, I, que não constituiam atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou *no exercício regular de um direito reconhecido*”. A expressão “exercício regular” serviu de base a especulações doutrinárias: *se tinha sentido de qualificar de “regular” certa maneira de exercer um direito, é porque se admitia a possibilidade de que o direito fosse exercido de maneira ‘irregular’*. Daí a afirmação, frequente na literatura civilística, e prestigiada por ninguém menos que o próprio autor do projeto, de que o Código, se bem que *por via indireta*, consagrara, em termos genéricos, a tese do abuso de direito. E mais: raciocinando a *contrario sensu*, teria de afirmar-se a ilicitude do ato praticado com abuso do direito.

Naquela época, para a configuração do abuso de direito deveria estar presente o elemento subjetivo do agente, ou seja, ter agido o agente com culpa ou dolo, equiparando-se tal abuso à responsabilidade civil, como ocorreu na França.

Entretanto, com o advento do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, o legislador tentou aproximar institutos inconciliáveis, assimilando o abuso à responsabilidade civil como faz a doutrina e a jurisprudência francesa e utilizando a regra da boa-fé (objetiva) como limite ao exercício abusivo, proveniente do direito alemão, tornando difícil sua aplicação prática.

#### 4.2.2 O abuso de direito no processo civil

Conforme visto, o instituto do abuso de direito teve origem na França e sua primeira aplicação foi no direito privado, como uma reação ao individualismo da época, que não aceitava de forma alguma a limitação a direitos subjetivos (VINCENZI, 2002).

Porém, com a difusão do instituto pelo mundo, o abuso de direito obteve aplicação em vários ramos do direito, inclusive no direito processual civil.

Devido à característica publicista da relação jurídico-processual, é muito relevante que se coíba danos à atividade jurisdicional, ainda que não ocorram prejuízos econômicos à parte. A simples afronta ao desempenho da jurisdição já é suficiente para configurar a existência de abuso do processo (LEONARDO, 2013).

Castro Filho (1960) ensina que no direito privado o abuso atinge somente a contraparte, entretanto, no âmbito do processo, a conduta abusiva atinge também o Estado, já que o indivíduo utiliza-se da máquina jurisdicional estatal para prejudicar ou obter resultados ilícitos.

Contudo, o que se entende por abuso do direito no processo ou abuso do processo?

Apesar do conceito de abuso do processo ter sido emprestado do direito civil, diferença importante os distingue. No abuso do direito material são atingidos imediatamente os interesses do indivíduo lesado, ou seja, a lesão fica circunscrita ao direito privado. Já no abuso do processo, há ofensa à parte, mas o principal ofendido é a Justiça em sua dignidade (LOPES, 2006).

O abuso do direito processual é conceituado por Theodoro Júnior (2000, p. 113) da seguinte maneira:

[...] consiste o abuso do direito processual nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma finalidade de agir no curso do processo, mas que dele se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-lo da correta apreciação judicial, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional.

De acordo com Lopes (2006), a efetividade e a tempestividade são amplamente prejudicadas pelo abuso dos instrumentos processuais, pela atitude protelatória, mediante a qual, sem legitimidade alguma, a parte que não está suportando o dano marginal protraí indefinidamente a satisfação do direito de seu adversário.

É de se frisar, que o abuso de direito não se confunde simplesmente com o ato ilícito. É ato jurídico que possui aparência de legalidade, mas usado de maneira vedada em lei e para alcançar objetivos diferentes dos pretendidos quando da instituição do direito à prática do ato, isto é, ocorre um desvio de finalidade (LOPES, 2006).

Corrobora com tal afirmação Leonardo (2013), que leciona que o ato abusivo não se confunde com ato ilícito, embora tenha um fim ilícito, pois se trata de conduta lícita que tem por escopo um fim ilícito, não se confundindo com a prática de atos contrários à norma, que se resolve com a previsão de nulidade, preclusão, indeferimento da inicial etc.; o abuso do direito decorre do exercício do próprio direito, realizado na busca de um objetivo ilícito.

Dinamarco (2009b) ensina que o abuso do processo, embora independa de cláusula explícita em lei, pode se manifestar pelo emprego de meios e instrumentos desleais, como também pelo uso exagerado de meios que nada tenham de ilícito.

Nessa seara, Castro Filho (1960) registrou as modalidades do abuso no processo civil: o dolo, a temeridade, a fraude, a emulação, o mero capricho, o erro grosseiro, a violência, a protelação do feito, a infração ao dever de dizer a verdade e o anormal uso do poder de disposição do processo.

Entretanto, Lopes (2006), afirma não ser prudente arrolar situações específicas que caracterizem o abuso do processo. Sustenta que a vida oferece uma gama imensa de situações nas quais pode haver abuso e que estipular previamente as condutas abusivas implicaria sérias imperfeições na aplicação das sanções processuais.

Para completar a análise, indaga-se sobre a relevância do elemento subjetivo para a configuração de abuso de direito, ou seja, é preciso haver dolo ou culpa ou basta apenas o desvio de finalidade? Leonardo (2013) responde que, embora haja vozes na doutrina que se filiem à teoria subjetiva, ganha força, sobretudo, após o advento do Código Civil de 2002, a corrente objetivista que dispensa o elemento subjetivo para a constatação do abuso.

Não se pode ignorar que o princípio da boa-fé objetiva positivado no novo Código Civil, disciplina um novo método de interpretação dos atos jurídicos, de maneira dissociada do elemento volitivo de quem o pratica (LEONARDO, 2013).

Segundo Vincenzi (2002), a necessidade de perquirir o íntimo do titular do direito subjetivo para saber se tinha consciência de que estava abusando do seu direito é similar ao ilícito civil, o que, ademais, impõe uma demanda específica com ampla instrução probatória, a fim de se investigar a existência de culpa ou dolo, para somente ao final obter a condenação do causador do dano. Tais circunstâncias dificultam a tutela imediata e inibitória do ato abusivo, impondo um grande fardo probatório e desestímulos ao prejudicado, principalmente se se trata de atos processuais.

Ainda segundo Vincenzi (2002), o melhor é não deixar o abuso de direitos acontecer, criando um dever positivo, cuja violação enseja a imediata coibição, ou seja, privilegia-se a boa-fé objetiva, com função preventiva e não resarcitória (como a indenização por perdas e danos ligada à responsabilidade civil e regida pela boa-fé subjetiva).

Diversos são os mecanismos para se coibir o abuso do processo. Por ser uma conduta potencialmente danosa, o abuso gera a responsabilidade civil. Entretanto, como o ato abusivo não atinge somente a parte contrária, há outros mecanismos como: outros impedimentos ou restrições de direitos, a proibição de falar nos autos, de manifestar novo recurso ou de só poder voltar a exercê-los se recolher o valor referente à sanção aplicada. Pode também levar à invalidade do ato (LEONARDO, 2013).

Entretanto, tais mecanismos somente visavam a imputar punições ao litigante que abusou de seus direitos, faltava um mecanismo que pudesse minimizar o dano da parte contrária, pois se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, deve ser dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que nada mais é do que uma técnica que permite distribuir racionalmente o tempo do processo (MARINONI, 1997).

A tutela antecipada sancionatória surge como outro mecanismo para coibir duas modalidades de abuso do processo: o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório, insculpidos no art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil.

O art. 273, inc. II do Código de Processo Civil permite antecipar a tutela quando ficarem caracterizadas tais modalidades de abuso do processo, pois diante do conflito entre

tempestividade e segurança, a tutela antecipada se afigura possível quando a defesa deixar entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, consequentemente, injusta se tornar a espera para a realização do direito.

#### 4.2.3 A tutela antecipada sancionatória não é medida urgente

Com a criação das medidas de urgência ou das tutelas de urgência, gênero que abrange a tutela cautelar e a antecipação de tutela, o direito processual converteu-se à ideologia da velocidade, que domina o século atual. A tônica comum da tutela de urgência é o enfrentamento do perigo da demora do processo, criando técnicas capazes de impedir que um dano ocorra ao processo ou ao direito material do autor antes da tutela jurisdicional definitiva. Dentro desse gênero o direito positivo brasileiro distinguiu a tutela de urgência cautelar e a tutela de urgência satisfativa (LEONARDO, 2013).

A inclusão genérica por parte da doutrina da tutela antecipatória do art. 273 no gênero das medidas urgentes desconsidera os diferentes fundamentos que dão ensejo à sua concessão. Somente podem ser enquadradas no âmbito das medidas urgentes as que representem uma situação de urgência, ou seja, as que possuam o *periculum in mora* como fundamento. Dessa forma, apenas a tutela antecipatória do art. 273, inc. I do Código de Processo Civil pode ser incluída no gênero das medidas urgentes (LOPES, 2006).

A tutela antecipatória sancionatória não pode ser considerada uma medida urgente, pois não corresponde a uma ameaça concreta e imediata de perecimento de um direito ou sua futura inutilidade. Seu fundamento encontra-se ancorado em outras exigências como a probabilidade da existência do direito do autor e a atitude desleal do demandado, caracterizado pelo abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Essencialmente, ela é um instrumento destinado a evitar que o demandante continue suportando o ônus do tempo processual, quando a conduta desleal do demandado objetive protelar ao máximo a tutela jurisdicional (LOPES, 2006).

Também não faz parte do rol das medidas urgentes a tutela antecipada da parte do pedido fundada em fatos incontrovertíveis (art. 273, § 6º do CPC), portanto, são medidas de urgência a tutela cautelar e a tutela antecipada fundada no *periculum in mora*. Integram o gênero “tutela antecipatória” a tutela antecipada fundada no *periculum in mora* (art. 273, I), a

tutela antecipatória sancionatória (art. 273, II) e a já citada acima tutela antecipada da parte do pedido fundada em fatos incontroversos.

#### 4.2.4 A tutela antecipada sancionatória como sanção processual

Ao contrário do que afirma parte da doutrina, a tutela antecipada sancionatória não se caracteriza apenas como um modelo de aceleração processual, mas insere-se de forma híbrida no quadro das medidas pelas quais o legislador pretende coibir a má-fé no processo, ou seja, como uma sanção processual. Esta posição é a que melhor se encaixa com a finalidade pública do processo, que devido aos seus objetivos, não pode permitir que as vias de exercício do direito de defesa sejam usadas de maneira inconsistente e desleal (PUOLI, 2002).

Da interpretação sistemática do Código de Processo Civil depreende-se o acerto dessa afirmação, pois o abuso de direito de defesa e o propósito protelatório do réu funcionam como uma “ponte” que liga e identifica o instituto da antecipação com a má-conduta processual culminando na atuação do poder de polícia do juiz, de forma que se pode concluir que existe clara intenção do legislador em utilizar o instituto da antecipação como forma de penalização para o litigante temerário (PUOLI, 2002).

Lopes (2006) explica que o ônus processual, decorrente do interesse particular das partes no processo, cria determinadas obrigações, que uma vez não cumpridas, prejudicam a realização de seu próprio interesse por meio do sistema de preclusões. Por outro lado, existem os deveres processuais, instituídos com a finalidade de resguardar o interesse público no processo, representados pelos imperativos impostos no interesse de um terceiro ou da comunidade.

Nesse sentido, a existência de deveres processuais dá ensejo à existência de sanções processuais para o reforço da observância desses deveres. Na maioria dos sistemas processuais impõe-se o dever de lealdade na prática dos atos processuais ou de outros atos que possuam efeito no processo (LOPES, 2006).

Entre as sanções previstas no Código de Processo Civil que resguardam a observância do dever de lealdade, está a tutela antecipada sancionatória (art. 273, II do CPC), que constitui ao mesmo tempo espécie de tutela antecipada, haja vista, sua destinação de satisfação antecipada da pretensão, e de sanção, uma vez que atua reforçando a observância do dever de lealdade processual e é remédio à inobservância desse dever (LOPES, 2006).

A *contrario sensu*, Baptista da Silva (2000, p. 142, grifo nosso) entende que o art. 273, II do Código de Processo Civil é apenas uma espécie de tutela antecipada fundamentada na simples probabilidade de existência do direito alegado pelo demandante:

O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. *O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza.* Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante ao exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma constatação séria a opor o direito do autor.

Para Lopes (2006), entretanto, a interpretação de Baptista da Silva extrapola os limites da disciplina legal do instituto e desconsidera os requisitos previstos no art. 273, II para se antecipar a tutela. A simples probabilidade de existência do direito, inexistindo o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, não é suficiente para a antecipação. Esses requisitos são fundamentais para caracterizar a hipótese, pois em face deles é que há uma sanção. A possibilidade de antecipar a tutela funciona como um reforço à observância do dever de lealdade das partes no processo (desestímulo a deslealdade) e como um remédio à inobservância desse dever, pois o fim almejado com as condutas desleais é frustrado pela antecipação da tutela.

A interpretação de Lopes (2006) sobre o excerto extraído de Baptista da Silva (200, p. 142) caiu por terra sob o novo Código de Processo Civil de 2015, pois nem verossimilhança e tampouco probabilidade do direito são sequer mencionadas como pré-requisitos no Título III – Da Tutela de Evidência, sendo a única ressalva do *caput* a independência da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, donde a probabilidade do direito do autor é derivada exclusivamente da conduta desleal e de má-fé do réu (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório).

Como visto, existem diversas sanções processuais no caso de atitudes desleais do demandado, como impedimentos ou restrições de direitos, a proibição de falar nos autos, de manifestar novo recurso ou de só poder voltar a exercê-los se recolher o valor referente à sanção aplicada, entre outros. Entretanto, tais mecanismos somente visam punir o litigante que abusou de seus direitos, mas a tutela antecipada sancionatória é um mecanismo que minimiza o dano da parte contrária, pois permite distribuir racionalmente o tempo do processo (MARINONI, 1997).

Dessa forma, pode-se concluir que a tutela antecipada sancionatória, pode ser entendida tanto como um mecanismo antecipatório como um mecanismo sancionatório, possuindo natureza híbrida.

#### 4.2.5 O abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório – espécies de abuso do processo

Apesar da forte semelhança entre as expressões abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, parecendo ser a primeira, gênero da qual a segunda é espécie, há diferença fundamental entre os termos (LOPES, 2006).

Zavascki (2009) ensina que abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório são expressões sujeitas a preenchimento valorativo, pois de conteúdo indeterminado, entretanto a interpretação dos conceitos deve estar sujeita à finalidade da norma para que não haja arbitrariedade. Contudo, tratando-se de expressões que o legislador considera de conteúdo distinto, é importante que se busquem critérios para distingui-las:

Ora, a referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a *atos processuais*. Por isso por abuso do direito de defesa hão de ser entendidos os atos protelatórios praticados *no processo* (v.g., os do art. 14, III e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – *fora do processo*, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença. (ZAVASCKI, 2009, p. 81) (grifos do autor)

Lopes (2006) resume o conceito de abuso do direito de defesa como a utilização abusiva, desvirtuada de suas prerrogativas processuais. Para o autor, tal abuso não necessita estar direcionado à protelação do desfecho do processo ou provocar demora adicional, mas caso os instrumentos de defesa sejam usados de forma abusiva ou desleal, independentemente do intuito protelatório, desde que sua atitude seja potencialmente nociva ao demandante e vedada no ordenamento processual, restará caracterizado o abuso do direito de defesa, o qual, associado à probabilidade de existência do direito postulado, conforme o art. 273, *caput* do Código de Processo Civil, é suficiente à antecipação da tutela sancionatória.

O citado autor justifica tal posicionamento afirmando que, o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, evidenciado após a propositura da demanda, não ofende apenas o demandante, mas também “e em primeiro lugar o interesse público imanente ao exercício da atividade jurisdicional e ao pleno alcance de seus escopos”, implicando na

desnecessidade de efetivo retardamento da demanda para que seja deferida a tutela antecipada sancionatória (LOPES, 2006, p. 127).

Ao contrário, Marinoni (1997, p. 30, grifo nosso) ao revelar as principais características do abuso do direito de defesa ou defesa abusiva, vincula-a a possibilidade de protelação da realização do direito e não à sua efetiva realização, afirmado:

A defesa do réu deve ser considerada abusiva quando puder *protelar indevidamente a realização do direito afirmado pelo autor*; quando o direito do autor estiver evidenciado e a defesa *não tiver fundamento razoável*, ou ainda quando puder protelar indevidamente, por outra razão digna de consideração, a realização do direito, cabe a tutela antecipatória baseada em abuso de direito de defesa.

Em sentido diverso, Zavascki (2009, p. 81, grifo nosso) afirma que:

Em qualquer hipótese, a antecipação da tutela só se justificará se necessária (princípio da necessidade), ou seja, se o *comportamento do réu importar, efetivamente, o retardamento. O ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória*. Assim, a invocação, pelo réu, na contestação, de razões infundadas, por si só não justifica a antecipação da tutela.

Não cabe ao presente trabalho, no entanto, investigar em profundidade a discordância dos autores em relação ao tema, mas apenas demonstrar que há uma divergência doutrinária que pode, de certo modo, interferir na decisão judicial ou mesmo resultar em decisões que se filiem a um ou outro entendimento, o que se analisará em momento posterior, na investigação da jurisprudência.

Para Zavascki (2009), se o instituto da tutela antecipada sancionatória busca privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional, há que se entender que, na interpretação do conteúdo sobre o abuso do direito de defesa ou do propósito protelatório, o magistrado deve levar em consideração somente os atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo. Por exemplo, no caso da expressão “manifesto propósito protelatório do réu”, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela ante a mera intenção de protelar. O que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática de atos ou omissões que retardem o andamento do processo.

Como visto, a expressão “manifesto propósito protelatório do réu” diz respeito a atos do demandado não convertidos em atos processuais, isto é, praticados fora do processo, e que visam a protelar a satisfação do direito do autor de forma injusta. Dessa forma, de acordo com Lopes (2006), a antecipação da tutela baseada no manifesto propósito protelatório do réu é possível desde o início da propositura da demanda. Para isso basta que, anteriormente à

instauração do processo, o demandado recuse-se de forma injustificada a cumprir sua obrigação, sendo que essa conduta possa ser devidamente comprovada pelo autor.

Lopes (2006) também colaciona alguns exemplos de ação que caracterizam o manifesto propósito protelatório: retenção reiterada dos autos do processo além dos prazos legais; utilização de qualquer meio com a finalidade de retardar citações e intimações; criar embaraços à realização de provas periciais; alienação pelo demandado de bens necessários à satisfação do direito do demandante; ou quando a conduta pretérita à instauração do processo, ou concomitante a ele, evidencie o intuito de protelar a satisfação de um direito claramente existente.

A caracterização do abuso do direito de defesa, derivado do conteúdo das alegações da parte, pode se referir a uma defesa infundada e uma defesa manifestamente infundada. A diferença entre estas defesas fica confiada à sensibilidade do magistrado. A alegação manifestamente infundada, portanto abusiva, não pode exigir fundamentação para ser repelida, pois é facilmente perceptível, de modo que a simples argumentação deve ser suficiente para tanto (LOPES, 2006).

É manifestamente infundada a defesa que contrarie a jurisprudência pacífica dos tribunais, o posicionamento pacífico da doutrina, aquela que defende tese absurda. Assim, tem-se admitido ocorrer abuso de direito de defesa que enseja tutela antecipada sancionatória quando a defesa contrarie súmula ou jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, principalmente quando a matéria é alegada em petições padronizadas e resta evidente o único propósito de protelar seu desfecho (LOPES, 2006).

Por se tratar de termo jurídico indeterminado, o abuso do direito de defesa não possui um elenco preciso que o caracterize. Entretanto, para Lopes (2006) as condutas previstas nos arts. 14, 17 e 600 do Código do Processo Civil fornecem um guia, mas não esgotam a matéria. É possível elencar alguns casos que caracterizam abuso: deduzir defesa contra texto expresso de lei ou baseada em fato incontrovertido ou inverídico (art. 17, I e II); proceder de modo temerário (art. 17, V); repetir requerimento anteriormente indeferido; deduzir alegação no processo que contrarie outra alegação do mesmo processo ou de outro; prestar informações inverídicas; e interpor recurso evidentemente incabível ou contrário à matéria já preclusa ou pacificada nos tribunais.

Para Marinoni (1997), não basta, no entanto, que o comportamento do réu configure hipótese descrita no inciso IV ou VI do art. 17 do Código de Processo Civil. Para o autor, não

é a indevida retenção dos autos, por exemplo, que autoriza a antecipação da tutela. Se esta conduta configura ilícito processual, pode abrir oportunidade para penalização daquele que procede mal, mas jamais para a antecipação, que somente pode estar relacionada com a evidência do direito do autor e com a fragilidade da resistência do réu. Não é possível confundir abuso de direito de defesa com litigância de má-fé. Para efeitos de tutela antecipada, é possível extrair do art. 17 alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso de direito de defesa, mas isso não significa que as hipóteses deste artigo possam servir de guia para a compreensão da tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa.

Conforme Lopes (2006), para se apurar o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, há de se levar em conta a boa-fé objetiva do agente, pois a comprovação da real intenção do demandado é praticamente impossível na maioria dos casos e relegaria o instituto à inutilidade. Reforça esse posicionamento a consagração da tese objetiva do art. 187 do Código Civil de 2002, que não exige verificação da intenção do agente para a caracterização do abuso de direito. Assim, a defesa de teses jurídicas que denotem abuso, ainda que não se comprove a real intenção do demandado de abusar de seu direito, constitui fundamento suficiente para a antecipação de tutela.

A boa-fé objetiva é um dever positivo de agir com lealdade no processo. Exemplos podem ser o dever de veracidade e o dever do réu de se manifestar precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, que impedem o réu de contestar o fato constitutivo e aceitá-lo na exceção indireta. Tal dever contribui para que o juiz possa eliminar a consideração de fatos que poderiam ser contestados apenas por má-fé, tornando a prestação jurisdicional mais efetiva (MARINONI, 1997).

Conforme visto anteriormente (item 4.1.2.2), a boa-fé objetiva privilegia a prevenção de ilícitos, ou seja, visa a impedir a ocorrência do abuso do processo e não tem função meramente resarcitória, como a indenização por perdas e danos ligada à responsabilidade civil, que depende de comprovação da intenção do agente, ou seja, é regida pela boa-fé subjetiva (VINCENZI, 2002).

#### 4.2.6 Antecipação de tutela sancionatória em caso de defesa de mérito indireta infundada

As defesas no processo dividem-se em defesa de mérito ou substancial e se contrapõem à defesa processual, dividindo-se em defesa de mérito direta e indireta, sendo a primeira a que nega fato constitutivo e a segunda a que afirma fato impeditivo, extintivo ou modificativo (MARINONI, 2011).

Se o ônus da prova é repartido entre autor e réu na medida do que alegam, ou seja, o autor deve provar o fato constitutivo e o réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo – art. 333, CPC, por que o tempo do processo também não é repartido de acordo com essa regra? Por que incumbe ao autor suportar o tempo necessário para que o réu produza sua prova? Essa questão é de extrema importância para a realização do princípio da efetividade (MARINONI, 2011).

Uma vez incontrovertido o fato constitutivo, é injusto obrigar o autor a sofrer com o tempo necessário para o réu provar o que alega, especialmente quando este pode utilizar-se da atividade probatória apenas para protelar a realização do direito (MARINONI, 2011).

Uma defesa de mérito indireta equivale à não contestação de fatos constitutivos. Quando o autor afirma possuir um crédito, por exemplo, em virtude de uma venda, o réu, que alega vícios na mercadoria, automaticamente admite que realizou um contrato de compra e venda e recebeu a mercadoria, ou seja, confessa os fatos constitutivos do direito do autor. Dessa forma, a parte que alega um fato extintivo, modificativo ou impeditivo assume um comportamento processual equivalente a não contestação dos fatos constitutivos. Em tal hipótese, surge o germe justificador da antecipação da tutela (MARINONI, 2011).

Entretanto, a tutela antecipatória apenas tem sentido quando a defesa indireta não admite julgamento antecipado. Além disso, não basta que os fatos constitutivos não tenham sido contestados e haja uma defesa de mérito indireta. Exige-se, ainda que a defesa seja reconhecida como infundada, ou seja, que a probabilidade do insucesso da defesa indireta esteja evidente (MARINONI, 2011).

Quando se institui como requisito para a tutela antecipatória sancionatória, a defesa infundada, torna-se evidente que o objetivo da técnica não é simplesmente dividir o ônus do tempo do processo, mas distribuí-lo na medida em que o réu pode abusar de seu direito de

defesa para protelar o momento satisfatório, por meio da defesa de mérito infundada (MARINONI, 2011).

#### 4.2.7 A antecipação da tutela sancionatória no procedimento monitório

O procedimento monitório foi pensado pelo legislador como alternativa para uma maior tempestividade do processo. Pode ser utilizado por quem tenha prova escrita, que não tenha eficácia executiva e pretenda obter soma em dinheiro, coisa fungível ou determinado bem móvel. O devedor, no prazo de quinze dias, poderá cumprir o mandado de pagamento expedido pelo juiz, quedar inerte ou apresentar embargos ao mandado. Se não apresentar embargos ou se os mesmos forem rejeitados, o título executivo será constituído (MARINONI & ARENHART, 2013).

O procedimento monitório parte da premissa de que um direito evidenciado por prova escrita não sofre, em regra, contestação plausível e isso pode inibir as defesas infundadas e permitir a execução sem as delongas do procedimento ordinário (MARINONI, 1997).

Entretanto, para que se cumpra a expectativa do legislador quanto ao procedimento, é necessária a utilização da técnica da tutela antecipada sancionatória para inibir defesas infundadas (MARINONI, 1997). A tutela antecipatória mediante a técnica monitória somente é possível, no procedimento comum, após ouvir o réu. Não é suficiente a prova escrita, mas apenas a prova gerada em contraditório, ou seja, contestada ou não pelo réu, de acordo com o art. 372 do Código de Processo Civil, que estipula que, compete à parte contra quem foi produzido o documento particular alegar, no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto, sendo que o silêncio do réu importa a presunção de que a parte interessada possui documento verdadeiro (MARINONI, 2011).

O documento particular é prova escrita, porém, se for impugnado, não permite a concessão da tutela antecipatória, pois o ônus de provar sua autenticidade recai sobre o autor, conforme o art. 389, II, do Código de Processo Civil. A tutela antecipatória é cabível apenas quando o réu, sem impugnar o documento, opõe defesa de mérito infundada. É preciso também que a defesa de mérito indireta exija prova e, que dessa, advenha a distensão do tempo processual (MARINONI, 2011).

A presente técnica aproxima-se, parcialmente, da defesa de mérito indireta, a diferença é que a defesa de mérito indireta supõe a não contestação do fato constitutivo, enquanto que a técnica monitória exige prova documental ou prova escrita não impugnada (MARINONI, 2011).

#### 4.2.8 A tutela antecipada sancionatória e a possibilidade de cumulação com outra sanção processual

Lopes (2006) afirma que a possibilidade de se impor mais de uma sanção contra a mesma conduta, tem como pressuposto o exercício de espécies diferentes de sanções, ou seja, somente se pode cumulá-las se uma delas for a título de punição e a outra a título de resarcimento, pois é vedada no ordenamento a aplicação de mais de uma sanção contra uma mesma conduta (*ne bis in idem*).

Como a tutela antecipada sancionatória é uma sanção processual de natureza punitiva é preciso coteja-la com outras punições para evitar a duplicação da punição. Ocorrendo situação na qual incida a tutela antecipada sancionatória e outra sanção processual, aquela prevalece pelo critério da especialidade em decorrência de sua maior aptidão para proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva (LOPES, 2006).

Didier Jr. Braga e Oliveira (2011, p. 562) discordam do fato de não poder haver duplicação das sanções:

Não parece acertada a conclusão. O ato ilícito pode ter múltipla consequência jurídica, sem qualquer impedimento teórico neste sentido. Uma mesma conduta pode repercutir nos âmbitos cível, penal e administrativo. O par. ún. do art. 14 e o 601 de CPC são expressos em admitir a cumulação de sanções processuais.

#### 4.2.9 Possibilidade de conceder tutela antecipada sancionatória na existência de litisconsórcio passivo

Conforme Lopes (2006), o litisconsórcio passivo, caracterizado pela existência de mais de uma pessoa no polo passivo da demanda, poderá ser classificado como litisconsórcio comum, quando houver possibilidade de adotar solução diferente para cada litisconsorte, e o litisconsórcio unitário, quando o julgador deverá decidir de forma homogênea para todos os litisconsortes.

Essa classificação é importante para definir a incidência da tutela antecipada sancionatória, pois se todos os demandados agirem com abuso ou propósito protelatório, não haverá dúvidas quanto à admissibilidade da antecipação. Fácil também é a solução se apenas um dos litisconsortes agir de forma desleal e o litisconsórcio for comum, porque, neste caso, a decisão que antecipar a tutela afetará somente quem agiu de tal maneira, sem prejudicar os demais (LOPES, 2006).

Todavia, se o litisconsórcio for unitário, é impossível antecipar a tutela somente contra um dos litisconsortes sem prejudicar os outros. Lopes (2006) afirma não ser possível antecipar a tutela se apenas um dos litisconsortes agir deslealmente, pois não é lícito punir os demais, que não violaram deveres processuais. A solução então é aplicar outras sanções previstas no Código de Processo Civil.

#### **4.3 Características gerais da tutela antecipada em cotejo com a tutela antecipada sancionatória**

##### 4.3.1 Independência entre os requisitos para concessão das diversas espécies de tutela antecipada

É imprescindível que seja feita uma ressalva antes de iniciar a análise das características das diferentes espécies de tutela antecipada, no que se refere aos requisitos de concessão de cada uma. A provável existência do direito alegado (CPC, art. 273, caput) é comum às hipóteses dos incisos I e II do art. 273. Na tutela antecipada de parte do pedido fundada em fatos incontroversos, a cognição do magistrado é quase exauriente, não sendo apropriado dizer ser um direito provável, mas baseado em quase certeza do direito pleiteado (LOPES, 2006).

As exigências de dano irreparável ou de difícil reparação (inc. I); do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (inc. II); e da incontrovérsia sobre os fatos relevantes ao julgamento de parte do pedido (§ 6º), são independentes entre si e referem-se a espécies distintas de tutela antecipada (LOPES, 2006).

#### 4.3.2 Tutela antecipada e tutela cautelar

Na composição do Código de Processo Civil de 1973, o legislador disciplinou no Livro reservado ao “Processo Cautelar”, diversos procedimentos especiais, entre eles atribuiu ao juiz um poder geral de cautela, que permitiu ao magistrado “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação” (art. 798 do CPC) (ZAVASCKI, 2009).

A interpretação desse instituto gerou controvérsias na doutrina. No centro da polêmica encontrava-se a questão de saber se o poder geral de cautela autorizava o juiz a conceder medidas de garantia do processo, de forma restrita, ou ao contrário, dava-lhe poderes para antecipar o direito material afirmado pelo demandante, gerando uma grande discussão doutrinária acerca das medidas cautelares satisfativas (ZAVASCKI, 2009).

Dinamarco (2001, p. 33) estabelece a diferença básica entre os dois institutos:

São cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil para o correto exercício da jurisdição e consequente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, ainda pendente o processo, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas.

Nesse sentido, Marinoni (2011) explica que a tutela cautelar visa assegurar a viabilidade da realização do direito, e que, se parte da doutrina afirma que a tutela cautelar pode realizar o próprio direito, estará incidindo em contradição, pois o direito material realizado não necessita mais ser assegurado, ou seja, nenhuma função cautelar necessita ser cumprida.

Segundo Zavascki (2009, p. 44-45), a dessintonia doutrinária refletiu-se na jurisprudência:

Todavia, o que ocorreu nos tribunais, de um modo geral, foi a gradual passagem de uma linha de orientação nitidamente radical, de rejeitar medidas cautelares satisfativas, para outra exatamente oposta. A ação cautelar passou a ser aceita, não apenas como instrumento para a obtenção de medidas para garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito relativa a pretensões que reclamassem fruição urgente. Esse movimento pendular acompanhou, aliás, um movimento mais amplo, sentido também em outros países com sistema semelhante ao nosso, de expansão da tutela provisória. Na onda expansiva, vieram abusos, como por exemplo, o da concessão de liminares, mais que satisfativas, irreversíveis, cuja execução inviabilizava o retorno da situação fática ao estado anterior,

comprometendo irremediavelmente a garantia do contraditório e da defesa, bem como a efetividade prática de eventual sucesso do réu na sentença final.

Por outro lado, Marinoni (2011) informa que nessa época, também ocorreram equívocos cometidos pelos tribunais e pela doutrina por não considerarem corretamente a cognição inerente ao procedimento materialmente sumário. Os tribunais e a doutrina importavam-se muito com a satisfatibilidade da tutela, supondo que a ação principal seria desnecessária. Supunham que a satisfatibilidade da tutela era o bastante para dispensar o ajuizamento da ação principal. A tutela satisfativa em cognição sumária exige o prosseguimento do contraditório, não só devido ao fato de não poder haver coisa julgada material sem cognição exauriente como, também, porque o réu somente pode sofrer o prejuízo definitivo com uma sentença fundada em coisa julgada material.

O uso da tutela cautelar com fim satisfativo, ou como técnica de antecipação da tutela de conhecimento, aliado ao problema, que se verificava com muita frequência na prática forense, da desnecessária duplicação de procedimentos para a tutela do direito material e da impossibilidade da realização de parcela do direito evidenciado no curso do processo, levou o legislador brasileiro a introduzir no Código de Processo Civil a norma que hoje consta no art. 273 (MARINONI; ARENHART, 2010).

Conforme visto, as tutelas cautelares começaram a ser utilizadas de maneira inadequada, ou seja, com finalidade satisfativa, sendo que não é da natureza da tutela cautelar satisfazer um direito, ressalvado o próprio direito à cautela, mas sim, assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o. Trata-se de uma tutela de cunho não-satisfativo, mas tão somente assecuratório, que visa neutralizar os efeitos maléficos do tempo (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011).

A tutela cautelar não pode satisfazer, ainda que provisoriamente, o direito acautelado. A tutela cautelar não pode assumir uma configuração que desnature sua função, pois, de outra forma, restará como simples tutela de cognição sumária (MARINONI & ARENHART, 2010).

Para Lopes (2006, p. 47-49), porém, os limites entre os institutos devem ser relativizados:

Não obstante estarem delimitados os lindes entre ambos os institutos, nem sempre facilmente visualizados na prática, a garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa (CF, art. 5º, inc. XXXV) e o prisma metodológico do processo civil de resultados conduzem o intérprete a relativizar tal distinção e, em consequência, a interpretar conjuntamente tais institutos na busca do aprimoramento da prestação jurisdicional. Nesse sentido, as medidas cautelares e as antecipatórias são atualmente enquadradas como espécies de um gênero comum, o das medidas de urgência. A

virtude dessa construção, que tem como elemento de convergência o *periculum in mora* necessário à concessão de ambas as medidas, é ressaltar os pontos comuns entre os institutos e possibilitar, se houver compatibilidade, a extensão ao outro da disciplina pertinente a um deles. Com a introdução do art. 273, § 7º do Código de Processo Civil na Reforma do Código de Processo Civil, a grande similitude entre os institutos foi reconhecida pelo legislador, com a caracterização da fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar.

Assim, Lopes (2006, p. 60) afirma que, diante da disciplina precária e lacunosa do art. 273 do Código de Processo Civil para a tutela antecipada, a doutrina sustenta a possibilidade de extensão da disciplina das medidas cautelares às antecipatórias, amparada na semelhança existente entre elas:

Se a extensão da disciplina das cautelares à tutela antecipada do art. 273, caput e inc. I do Código de Processo Civil, não causa grandes problemas, a questão torna-se mais delicada quando analisamos as outras espécies de tutela. O aspecto que irmania a tutela cautelar e a tutela antecipada fundada no art. 273, caput e inc. I, e permite reduzi-las ao gênero medidas urgentes, é o *periculum in mora*. *Tal requisito não está presente na tutela antecipada sancionatória ou na tutela antecipada da parte do pedido fundada em fatos controversos (CPC, art. 273, § 6º) e, portanto, há um forte impedimento sistemático para a extensão analógica da disciplina das medidas cautelares nessas hipóteses.* (grifo nosso)

Tais afirmações de Lopes foram apoiadas na doutrina de Dinamarco (2001, p. 36) que leciona sobre as cautelares e as antecipações de tutela:

[...] todas elas têm em comum o objetivo de obstar aos males do tempo, donde resulta a extrema semelhança entre os dois institutos. Comparando-os, percebe-se que essa comunhão de objetivos é um elemento muito mais significativo e perceptível que as diferenças entre eles, tanto que em inúmeros casos continua sendo equivocadamente afirmada ou pressuposta a natureza cautelar de certos provimentos que na realidade cautelares não são – é o caso, em primeiro lugar, da sustação de protesto e dos alimentos provisionais. [...] Assim, sendo tão intimamente ligados esses dois institutos, ao menos por analogia devem ser aplicados à tutela jurisdicional antecipada muitos dos dispositivos destinados diretamente à tutela cautelar.

Entretanto, para Zavascki (2009), a fungibilidade introduzida no sistema não eliminou a distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias. A razão de distingui-las está em que cada uma das espécies de tutela provisória tem regime próprio, inconfundível e, ressalvada a hipótese do § 7º do art. 273, “infungível”, insusceptível de substituição pelo regime da outra. O autor ainda adverte que a fungibilidade tem mão única, diz respeito à medida cautelar, que possa ser deferida em caráter incidental. Não autoriza, porém, que a medida antecipatória seja requerida como cautelar, por ação autônoma.

Marinoni 2011, p. 106), no mesmo sentido de Zavascki, faz a seguinte observação:

[...] é muito estranho e até curioso que se pretenda sustentar que justamente aquela tutela que não podia ser admitida pelos doutrinadores e pelos tribunais como “cautelar”, e que por esta razão obrigou à instituição da tutela antecipatória no art.

273, possa agora ser pensada como tendo a natureza (cautelar) que anteriormente afastava a sua própria concessão.

#### 4.3.3 O tempo do processo, o dano marginal e o dano concreto

Conforme visto, a tutela definitiva é formada em procedimento contraditório, de cognição plena e exauriente, e por mais curto que seja, sempre necessita de um devido espaço temporal para a entrega da prestação jurisdicional. Todavia, certas situações conspiram contra esse tempo (ZAVASCKI, 2009).

O dano provocado em qualquer processo à parte que tem razão, mesmo que a espera não seja excessivamente lesiva, provém do fato do titular do direito ser obrigado a esperar todo o curso do processo para vê-lo satisfeito, é o que se denomina de dano marginal do processo (LOPES, 2006).

Conforme Dinamarco (2001), o tempo pode afetar de diversas formas as partes do processo, causando também danos concretos: (i) tornando inútil o provimento jurisdicional emitido ao final do processo, ante a irreversível consumação do mal temido; (ii) gerando profundo sofrimento pela espera da tutela jurisdicional ao titular do direito; e (iii) prejudicando a utilização dos meios indispensáveis à correta realização do processo ou ao seu exercício útil.

Zavascki (2009) elabora uma classificação semelhante à de Dinamarco sobre os danos do tempo processual: (a) risco ao direito pela sua não fruição imediata, (b), risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais e (c) risco à regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embaraços.

As classificações dos danos de Dinamarco e de Zavascki podem ser correlacionadas da seguinte maneira: o número (i) tornando inútil o provimento jurisdicional emitido ao final do processo, ante a irreversível consumação do mal temido e o número (ii) gerando profundo sofrimento pela espera da tutela jurisdicional ao titular do direito com (a) risco ao direito pela sua não fruição imediata; e outra correlação possível é a do número (iii) prejudicando a utilização dos meios indispensáveis à correta realização do processo ou ao seu exercício útil com (b) risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais. Já a letra (c) não possui correlação com nenhum item proposto por Dinamarco, pois se refere a embaraços ao andamento do processo devido a condutas desleais do demandado, sendo parte do dano marginal do processo.

A solução prevista no ordenamento jurídico para as situações (i) e (ii) indicadas por Dinamarco é a tutela antecipada do art. 273, *caput*, inc. I, do Código de Processo Civil, que objetiva resguardar a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, que abrange os casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. A situação (iii) é solucionada pela tutela cautelar, que resguarda os meios necessários ao correto desenvolvimento do processo ou ao seu exercício útil (LOPES, 2006). Conforme a classificação de Zavascki, como a alínea (a) se correlaciona com os números (i) e (ii), será dada esta mesma solução, ou seja, a antecipação da tutela do art. 273, *caput*, inc. I. Em relação à alínea (b), será dada a mesma solução da situação (iii), ou seja, a aplicação de medidas cautelares preventivas.

Por outro lado, o dano marginal não é fundamento para concessão de tutela antecipada do art. 273, inc. I, do Código de Processo Civil, pois esta exerce função de solucionar situações de urgência, que possam provocar danos concretos irreparáveis ou de difícil reparação, categoria na qual o dano marginal não se enquadra (LOPES, 2006).

Quanto ao dano marginal, outros remédios estão previstos no Código de Processo Civil, como por exemplo, a condenação para o futuro (CPC, art. 460, parágrafo único), a execução provisória, os títulos executivos extrajudiciais, processo monitório e a tutela antecipada sancionatória (LOPES, 2006).

Quando se verifica abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, o embaraço ao andamento do tempo do processo ocorre sem que o direito afirmado esteja sob risco de dano irreparável ou de difícil reparação, (ZAVASCKI, 2009). Nesse caso é possível aplicar a tutela antecipada do art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil. Este é o mesmo caso que Zavascki classificou na alínea (c) risco à regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embaraços, que prejudicam a efetividade e a tempestividade do processo e são gerados pela conduta desleal do demandado.

A tutela antecipada da parte da pretensão fundada em fatos incontrovertidos (CPC, art. 273, § 6º) também objetiva amenizar o dano marginal do processo (LOPES, 2006).

Em síntese, pode-se dizer que o art. 273 do Código de Processo Civil foi legislado com a intenção de mitigar os danos concretos e o dano marginal decorrentes do processo.

#### 4.3.4 Prova inequívoca e verossimilhança (“probabilidade” e *fumus boni iuris*)

A tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I do CPC), mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu (art. 273, II e § 6º, do CPC)

O art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil, enuncia um pressuposto comum aos tipos de tutela antecipatória, que foram citados acima: “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”. (LOPES, 2006, p. 64)

Segundo LOPES, a fórmula confusa empregada no dispositivo, que guarda contradição entre os termos “prova inequívoca” e “verossimilhança”, deu ensejo a divergentes interpretações quanto ao sentido da norma. (LOPES, 2006)

Dinamarco (1996, p. 145) propõe a seguinte interpretação dos termos:

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. [...] A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.

Em semelhante sentido, para Puoli (2002), a utilização conjunta dos termos “prova inequívoca” e “verossimilhança”, que em sentido literal exprimem ideias oposta, na mesma frase impõem uma mitigação do entendimento que normalmente se teria deles se o legislador tivesse optado por empregá-los separadamente. Em conjunto, esses termos plasmam uma terceira ideia, não se podendo interpretar “prova inequívoca” por prova cabal e eliminadora de incerteza, sob pena de tal leitura restringir sobremaneira o instituto da antecipação. Por outro lado, a “verossimilhança da alegação” deverá apresentar mais do que a mera aparência de verdade, pois o instituto representa séria restrição aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A *contrario sensu*, Theodoro Jr. (2006, p.454)afirma que a antecipação não deve ser provida prodigamente com base em simples alegações e suspeitas, mas deverá apoiar-se em prova preexistente, não necessariamente documental, mas que seja clara, evidente e que possua um grau de convencimento tal, que não se levante dúvidas razoáveis a seu respeito. Em sua visão, a lei não se contenta com a simples probabilidade, já que na situação do art. 273 do CPC, reclama a verossimilhança a seu respeito, a qual somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações do litigante, e continua:

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando-se a disputa por sentença definitiva. Mas, não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão ao final, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu o quadro de convencimento pode resultar alterado, e o juiz terá de julgar a lide contra o autor.

Puoli (2002), entretanto, discorda do posicionamento doutrinário de Theodoro JR., afirmando que no caso de a prova inequívoca ser do grau de certeza necessário para julgamento do mérito, não haveria por que, então, não julgar desde logo o mérito da demanda, podendo-se utilizar do art. 330 do Código de Processo Civil para o julgamento antecipado da lide, que pelo princípio da economia processual, impediria o prolongamento desnecessário do feito.

Theodoro Jr. (2006) rebate o argumento do julgamento antecipado da lide de seus opositores, afirmando que a antecipação de tutela desejada não se supre com o dispositivo do art. 330 do Código de Processo Civil, pois mesmo julgado o mérito, o direito subjetivo da parte poderá continuar insatisfeito e será preciso aguardar a solução de eventual recurso do vencido para entrar no estágio de execução forçada. Dessa forma, mesmo que seja cabível o julgamento antecipado do mérito, poderá haver interesse da parte na obtenção de liminar nos moldes do art. 273 do CPC, pois o que se procura alcançar com a tutela antecipada, é muito mais que a simples e provisória condenação do réu e sim os atos concretos de efetiva satisfação do direito.

Para Zavascki (2009), a antecipação da tutela deve se dar quando houver um *fumus boni iuris* especialmente qualificado: diferentemente do que ocorre no processo cautelar, onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados, a antecipação da tutela pressupõe verossimilhança quanto ao fundamento do direito e relativa

certeza quanto à verdade dos fatos. Assim, o que a lei exige não é prova de verdade absoluta, pois esta sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas uma prova robusta, que, embora sumária, aproxime com segurança o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

Concorde com Zavascki, LOPES (2006) considera que, tal como em relação às medidas cautelares, à antecipação da tutela seria suficiente o *fumus boni iuris*, com a ressalva da necessidade de um maior grau de probabilidade da existência do direito, em face do maior potencial lesivo desta medida.

Marinoni (2011) posiciona-se contrário a tais afirmações, lecionando que, pretender explicar o conceito de prova inequívoca com uma tentativa de comparação entre a verossimilhança do art. 273 e o *fumus boni iuris* próprio à tutela cautelar, como se prova e convicção pudessem ser mensurados em graus e comparados, não tem propósito, pois não há lógica na distinção entre convicção de verossimilhança própria à tutela antecipada e aquela característica à tutela cautelar. É um equívoco imaginar que a verossimilhança possa variar conforme se esteja diante da tutela cautelar ou da tutela antecipatória.

Marinoni (2011) explica que a grande dificuldade da doutrina e dos tribunais diante da relação feita entre prova inequívoca e verossimilhança, decorre da dificuldade de compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança. Essa dificuldade é explicável pelo vício que se encontra na base da formação dos doutrinadores e operadores do direito, que não distingue a prova do convencimento judicial, que é uma diferenciação fundamental para se explicar a relação entre as duas expressões. Dessa forma, explica o referido processualista, a prova existe para convencer o juiz, e é absurdo identificar prova com convencimento, como se pudesse existir prova de verossimilhança ou prova de verdade.

Continua o mesmo autor a explanar que, é evidente que ao juiz é impossível descobrir a essência da verdade dos fatos, porém isso não lhe autoriza a definir o mérito sem convicção. Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade, pois a convicção da verdade não quer dizer que “as coisas tenham acontecido daquela forma”. Nesse sentido, a convicção da verdade está relacionada com a limitação humana de conhecer e buscar a verdade. A verossimilhança não pode ser colocada no mesmo plano da convicção, pois existe convicção de verdade e convicção de verossimilhança, ainda que ambas somente possam resultar em verossimilhança. O juiz para decidir ou sentenciar, deve sempre procurar se

convencer de que a sua decisão ou sentença nunca irá se afastar da verossimilhança (MARINONI, 2011).

Marinoni (2011) ainda diferencia convicção de verdade e convicção de verossimilhança. Para tanto, utiliza-se de uma teoria de origem sueca que entende poder o juiz definir o mérito baseado na denominada verossimilhança preponderante. A regra do ônus da prova, segundo esta teoria, não possui importância como mecanismo de distribuição do ônus probatório e, nem tampouco, como regra de juízo, mas seria uma espécie de régua que indicaria a parte vencedora, sendo que a parte que conseguisse fazer a régua pender para o seu lado, ainda que com um mínimo de prova, deveria ganhar a causa, prevalecendo o princípio da verossimilhança preponderante, ou seja, existindo um mínimo de preponderância da prova, uma preponderância de 51%, isso seria suficiente para obter a razão. (EKELOF, 1962, apud MARINONI, 2011)

Tal tese foi originalmente ligada à definição do mérito, e não às decisões de tutelas proferidas no curso do processo. Também a teoria da verossimilhança preponderante não pode e nem deve ser guia para todas as decisões finais do juiz (de mérito), embora possa ser utilizada em determinadas situações, quando a dificuldade probatória e a natureza do direito material justificam a menor exigência de provas. Apenas quando a possibilidade de elucidação não é plena, e não há como exigir convicção de verdade, utiliza-se a verossimilhança preponderante (MARINONI, 2011).

Porém, quando o art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil se refere à convicção de verossimilhança, não pretende indicar a mesma convicção de verossimilhança suficiente para julgamento de procedência de determinadas situações de direito material (julgamentos de mérito com menores exigências probatórias), mas sim a convicção de verossimilhança característica das decisões que postecipam o contraditório, ou seja, fundadas em cognição sumária. Trata-se de expressa autorização para o juiz decidir com base em convicção de verossimilhança preponderante, regra processual que parte da premissa de que, ao juiz basta, para conceder a tutela antecipada, sacrificar o improável em benefício do provável, pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade (MARINONI, 2011).

Há quem afirme que a antecipação de tutela exige a mesma prova inequívoca que a decisão definitiva. Essa afirmativa mistura os conceitos de prova e convicção, pois o que se poderia afirmar, no máximo, seria que a antecipação exige a mesma convicção que a decisão

definitiva, o que já seria equivocado, pois o art. 273 se contenta com a convicção de verossimilhança (MARINONI, 2011).

Barbosa Moreira (2001, p. 103-105) expõe as seguintes considerações sobre o *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil:

[...] 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’. [...] Gira-se num círculo vicioso: o juiz deve convencer-se da verossimilhança da alegação, e a prova deve ser tal que disso o convença. Em semelhante perspectiva, sugerir, como há quem sugira, que se traduza ‘verossimilhança’ por ‘probabilidade’ desloca o problema sem resolvê-lo: continuará a 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. Em quaisquer interpretações desse gênero, imputa-se à lei o defeito de expressar duas vezes a mesma ideia, ou melhor, de formular duas vezes o mesmo pressuposto da antecipação: uma, ao qualificar de ‘inequívoca’ a prova; outra, ao exigir que à vista dela o juiz ‘se convença’. Gostaríamos de propor uma alternativa, com apoio em premissa diversa. Se a força persuasiva da prova está suficientemente indicada no trecho ‘desde que [...] se convença’, e não se presume na lei a existência de palavras inúteis, outro deve ser o significado do adjetivo na locução ‘prova inequívoca’. Raciocinemos, pois, a partir daí. ‘Inequívoca’ é o antônimo de ‘equívoca’. Consoante ensinam os dicionários, ‘equívoco’ significa aquilo ‘que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação’. Um sinônimo de ‘equívoco’ seria ‘ambíguo’, e o antônimo perfeito, ‘únivoco’, definido como ‘palavra, conceito ou atributo que se aplica a sujeitos diversos de maneira absolutamente idêntica’. Nessa óptica, será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva[...]. Se nos colocamos no ponto de vista acima indicado, cessa toda e qualquer dificuldade para compatibilizar, na interpretação do art. 273, a qualidade de ‘inequívoca’, exigível na prova, e o patamar de simples ‘verossimilhança’ – ou de ‘probabilidade’, se se preferir – que a alegação precisa alcançar, na mente do juiz, para justificar a antecipação da tutela. Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela ‘inequívoca’, no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Quer-nos parecer que a solução aqui proposta elimina os rangidos que inevitavelmente se ouvem na articulação, tal como habitualmente feita, das duas peças do art. 273, *caput*.

Entretanto, para Marinoni (2011), Barbosa Moreira, ao tentar esclarecer o problema, não chegou a uma solução aceitável. Sua proposta, que partiu da distinção entre prova equívoca e prova inequívoca, concluiu que a prova a que se possa atribuir mais de um sentido será equívoca, e aquela que possibilite entendimento em um só sentido será inequívoca. O autor faz uma interpretação puramente gramatical do significado de prova inequívoca, mas não se preocupa com a finalidade da norma, esquecendo-se do mais importante, que o art. 273 expressamente autoriza o juiz a decidir com base em convicção de verossimilhança, ou seja, não relaciona de modo adequado o significado de prova inequívoca com a autorização para o juiz decidir com base em convicção de verossimilhança, pois “uma prova que aponta em dois

sentidos também pode formar convicção de verossimilhança, bastando apontar para o direito do autor de forma mais convincente". (MARINONI, 2011, p. 172)

A construção interpretativa de Barbosa Moreira subordina a valoração da prova ou a elaboração do juízo a uma primeira fase, que seria ultrapassada apenas quando houvesse prova que apontasse apenas em um sentido, ou seja, inequívoca, tendo como premissa que a prova que apontasse em mais de um sentido não poderia permitir a convicção do juiz, devendo ser excluída e não valorada. Todavia, o juiz pode extrair convicção de qualquer prova, mesmo da que aponta em dois sentidos. Se o juiz, antes de valorar a prova, deve aferir sua credibilidade, não há como confundir prova que aponta em dois sentidos com falta de credibilidade, pois não há como aceitar a tese de que não é possível chegar à fase em que se verifica a força persuasiva da prova para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente. Não se pode aceitar que prova inequívoca seja prova que aponte em uma direção, isso seria dizer que a prova que aponta em duas direções não tem credibilidade e não deve ser valorada, entretanto, isso é absurdo, pois a doutrina aceita essa espécie de prova até mesmo no processo penal (MARINONI, 2011).

Salaverría (2003, apud MARINONI, 2011), doutrinador espanhol do direito penal, alude à clara possibilidade de se valorar as provas equívocas. O autor refere-se à ocasião em que as provas apresentam uma certa margem de indeterminação, remetendo a hipóteses que se excluem entre si e exemplifica com uma prova de corpo de delito de uma ferida provocada por uma arma de fogo, que pode tanto ser compatível com o homicídio como com o suicídio. Para dirimir a ambiguidade gerada, o autor aconselha ser imprescindível *valorar a compatibilidade dessa prova com os demais dados probatórios*.

Com isso, Marinoni (2011) sublinha que se a prova que aponta em dois sentidos não puder ser valorada, o juiz não poderá sequer conjugá-la com uma prova que aponta apenas em um sentido para formar sua convicção, assim a aceitação da tese de Barbosa Moreira excluiria a possibilidade de o juiz conjugar provas, o que como regra geral de interpretação a que se propõe, impede o juiz de encontrar na regra, uma interpretação útil e adequada aos casos concretos. Essa tentativa de formatar a interpretação judicial, limitando a aplicação do instituto da antecipação da tutela não é aconselhável, não se quer dizer que não seja possível dar um significado geral a um termo, mas que esse significado não venha a impedir que se dê à norma interpretações socialmente úteis e racionalmente justificáveis, ainda mais em vista da urgência do instituto, que requer tempestividade para não frustrar o direito do autor.

Lopes (2006), no mesmo sentido, considera que apesar de mais fiel à letra da norma, a interpretação de Barbosa Moreira não se adequa ao seu espírito. A urgência advinda do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, 273, I) ou a necessidade de sancionar conduta desleal com a tutela antecipatória (inciso II), ocorrem nas mais diversas situações, sendo difícil delimitá-las previamente. Apesar de inexistir prova com sentido unívoco acerca de determinado fato relevante, o contexto do litígio pode demonstrar uma fortíssima probabilidade de existência do direito alegado, sendo contrário ao objetivo do dispositivo permitir que o perigo de dano se concretize ou que o autor continue suportando o ônus do tempo do processo.

Marinoni (2011) ressalta que a variedade das necessidades de direito material e dos casos concretos, obviamente, impossibilitam de se definir, segundo critérios matemáticos, a modalidade de prova e o grau de convicção que devem presidir a tutela antecipatória. A única regra que se pode seguir diante do instituto da antecipação é que a convicção do juiz, em razão de ser tomada em cognição sumária, deve seguir a lógica da verossimilhança preponderante, regra que está bem distante das ideias de graduação da convicção e de restrição da prova, que são capazes de inviabilizar a elasticidade que deve marcar a tutela antecipatória.

Quando o juiz concede a tutela sumária, nada declara, apenas limita-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de maneira que, uma vez aprofundada a cognição com o andamento do processo, nada impede que afirme que o direito que supôs existente, na realidade não existe (MARINONI, 2011).

Apesar de a probabilidade ser suficiente para conceder a tutela antecipatória, o momento processual no qual são concedidas tais tutelas previstas no art. 273 do Código de Processo Civil, tornam possível uma cognição mais aprofundada, se pedidas em fases mais avançadas do processo (LOPES, 2006). Se forem concedidas após a fase instrutória ou após a prolação da sentença, antes ou depois da subida dos autos ao tribunal, a decisão será fundamentada em cognição exauriente das questões relevantes ao mérito, apesar da não definitividade (MARINONI, 2011).

A tutela antecipada sancionatória demanda uma maior robustez de provas para ser deferida. Entretanto, ainda se trata de probabilidade e não de certeza sobre o direito alegado. Do próprio fato da tutela sancionatória voltar-se contra atitudes desleais do réu, é possível que se depreenda a necessidade de uma probabilidade mais forte, pois na grande maioria dos

casos, apenas será considerada abusiva a defesa do demandado ou sua atitude manifestamente protelatória, se a força de persuasão dos argumentos e provas do demandante seja tamanha que as destituam de seriedade (LOPES, 2006).

Corrobora com essa afirmação Talamini (2001, p. 356):

A caracterização do abuso de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, aptos a ensejar a antecipação de tutela, pressupõe a constatação da extrema probabilidade do direito do autor. Afinal, para que se possa qualificar a conduta como abusiva ou protelatória, é preciso que exista juízo de plausibilidade bastante intenso acerca de quem tem razão. Só isso explicará que tudo o que a parte aparentemente sem razão faça, a partir de então, seja considerado excessivo ou supérfluo para os fins do processo.

#### 4.3.5 Necessidade de fundamentar a decisão que concede ou denega a tutela antecipada

A necessidade de motivar as decisões judiciais é inerente ao Estado de Direito. Do princípio do livre convencimento motivado (art. 131, CPC) provém a liberdade do juiz de apreciar os elementos dos autos e, como desdobramento, o dever de motivar suas decisões, conforme também disposto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal (LOPES, 2006).

O juiz tem o dever de justificar a decisão que antecipa a tutela, conforme frisa o art. 273, § 1º do Código de Processo Civil. Tem o dever também de justificar a decisão que a denega. Esse dever justifica-se pela natureza excepcional da tutela antecipada que visa a prestigiar garantias constitucionais e apenas é legitimamente concedida quando devidamente caracterizados seus pressupostos, pois representa uma exceção ao momento da tutela jurisdicional (LOPES, 2006). Ocorre que o juiz, embora cônscio dessa necessidade, sente falta de critérios seguros para explicar, conforme exigência do dispositivo supracitado, “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento” (MARINONI, 2011).

Essa falta de critérios impede os advogados, por outro lado, de controlar a decisão do juiz, pois uma vez que a decisão sequer possui adequada justificativa, torna-se impossível argumentar que a decisão é incorreta. Não é por outra razão que, são comuns decisões de primeiro grau que concedem ou negam a tutela antecipada sem qualquer fundamento idôneo e decisões de segundo grau que as revogam ou as mantêm sem nada argumentar de forma convincente (MARINONI, 2011).

Entretanto, como justificar a convicção de verossimilhança? Para isso, desde logo é necessário afastar a ideia absurda de que a justificativa da decisão antecipatória não exige a mesma atenção da justificativa da sentença. É inegável que as exigências postas pelas novas

situações de direito material ampliaram o poder de decisão dos juízes, que podem decidir no curso do processo e baseados em convicção de verossimilhança. Todavia, isso não pode implicar que esse tipo de decisão não possa ser controlado (MARINONI, 2011).

A garantia da motivação das decisões judiciais possui relação com a necessidade de controle da atividade jurisdicional. A justificativa das decisões não serve somente para legitimá-las perante a população, mas, sobretudo, para oferecer às partes o direito de compreendê-las e impugná-las perante os tribunais (MARINONI, 2011).

Assim, o juiz, ao valorar a credibilidade das provas, ao estabelecer a ligação entre as provas e os fatos e ao valorar as presunções e o conjunto probatório, submete o sua atividade a sistemas racionais, o que lhe permite decidir e justificar sua decisão, contudo muitas vezes necessita da adição de outros critérios como os da coerência e da congruência (a narrativa judicial não pode conter ilogicidades, como a de aceitar um fato como verdadeiro e falso ao mesmo tempo, admitir fatos entre si incompatíveis, utilizar de uma regra de experiência em uma situação e a negar em outra – sem que entre elas exista motivo para discriminação – ou se valer de regras de experiência incompatíveis). Na tutela antecipatória o juiz não pode deixar de justificar: as razões que o levaram a acreditar na prova; a ligação que efetuou entre as provas e os fatos; os motivos que o levaram a estabelecer, ou não, uma presunção; e referir e fundamentar as regras de experiência que guiaram o seu raciocínio (MARINONI, 2011).

Em suma, a motivação da decisão que antecipa a tutela deve ser tão racional quanto a da sentença, com a única diferença que deve justificar apenas uma convicção de verossimilhança preponderante (MARINONI, 2011).

Vale destacar que, além da indicação clara e precisa da verossimilhança do direito alegado pelo autor, a decisão antecipatória deve demonstrar, conforme o caso: (i) a existência do dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, CPC); (ii) do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, CPC); ou (iii) a incontrovérsia dos fatos em que se fundamentam parte do pedido do demandante (art. 273, § 6º, CPC) (LOPES, 2006).

Com essa afirmação corrobora Theodoro Jr. (2006, p. 455)que tece o seguinte comentário:

Quanto à “verossimilhança da alegação”, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua

irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

#### 4.3.6 Momento da concessão da tutela antecipatória

Conforme observa Lopes (2006), devido aos objetivos institucionais imanentes à tutela antecipada e às garantias constitucionais que ela visa a implementar, pode-se afirmar que inexistem limites temporais à sua concessão. É possível concedê-la em qualquer momento processual, se devidamente caracterizados os requisitos de cada uma das espécies de tutela antecipatória. Entretanto a questão não é pacífica na doutrina, encontrando-se posicionamentos restritivos.

De acordo com Dinamarco (2001, p.40):

Na busca de uma solução compatível com o objetivo institucional da tutela antecipada, com o sistema do Código de Processo Civil e com a superior garantia constitucional do acesso à justiça, a resposta deve ser pela mais ampla abertura para a concessão da medida a qualquer tempo, a partir de quando o processo se instaura pela propositura da demanda em juízo e enquanto ele estiver sob o comando do juiz de primeiro grau.

Discute-se na doutrina sobre a possibilidade de antecipar a tutela em processo apartado, proposto em caráter preparatório ao principal, em aplicação analógica da tutela cautelar (CPC, arts. 800, 806 e 808, inc. I). Lopes (2006) afirma ser plenamente possível, pois apesar de o art. 273 do CPC disciplinar a tutela antecipada dispondo sobre sua concessão em caráter incidental, interpretação que negue sua concessão em caráter preparatório atenta contra a garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, pois o jurisdicionado pode não ter outro meio para obter a satisfação de sua pretensão. Entretanto, a tutela antecipada em caráter preparatório é restrita à hipótese do art. 273, inc. I, pois sua legitimidade é haurida na urgência da necessidade do demandante.

Marinoni (2011) faz crítica à ação cautelar que defere tutela antecipada, afirmando que a reforma processual eliminou a necessidade do uso distorcido da ação cautelar para obtenção da tutela antecipatória, evitando a problemática duplicação de procedimentos.

Zavascki (2009) adverte que a fungibilidade prevista no § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil tem mão única, diz respeito à medida cautelar, que possa ser deferida em caráter incidental. Não autoriza, porém, que a medida antecipatória seja requerida como cautelar, por ação autônoma. Nesse sentido fica nítida sua postura quanto ao não deferimento de medida antecipatória em ação cautelar.

Outra questão que gera discussão na doutrina é a possibilidade de concessão da tutela antecipatória liminarmente e *inaudita altera pars*.

Segundo LOPES (2006) parte da doutrina entende vedada a antecipação da tutela sem prévia manifestação do demandado, sob pena de intolerável violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, essa opinião não prevalece, e também não é a que melhor se amolda a uma interpretação sistemática das garantias constitucionais do processo, pois efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional também são garantidas pela Constituição. Conclui que é plenamente possível a concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars* quando o tempo necessário à citação do demandado e apresentação de sua resposta ensejar no perecimento do direito do demandante.

Marinoni e Arenhart (2008) lecionam que a necessidade da ouvida do réu poderá comprometer a efetividade da própria tutela urgente, em alguns casos, e que esta poderá ser concedida antes da ouvida do réu quando o caso concreto exigir, ou seja, quando o tempo necessário para a ouvida do réu puder prejudicar a efetividade do direito afirmado e demonstrado como provável.

Ainda de acordo com Lopes (2006), no caso da tutela antecipada sancionatória, a grande maioria da doutrina entende ser estritamente necessária a prévia manifestação do demandado para que ela possa ser pleiteada e concedida, pois de outro modo não haveria como restar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Entretanto, o autor aduz que tal interpretação não é compatível com o significado que se adota dos requisitos previstos no art. 273, inc. II do Código de Processo Civil. O abuso do direito de defesa diz respeito a atitudes do demandado no processo, à utilização abusiva de expedientes processuais. Contudo, o manifesto propósito protelatório do réu é caracterizado por atitudes exteriores ao processo, atos ou omissões do demandado, não revertidos em atos processuais, que visem a protelar a satisfação do direito do demandante. Sendo assim, o manifesto propósito protelatório pode caracterizar-se antes da propositura da demanda, não podendo descartar que a tutela antecipada sancionatória possa ser pleiteada na petição inicial, porém a antecipação *inaudita altera pars* não é possível, pois inexiste urgência na concessão da medida, fator legitimante da antecipação sem a audiência do demandado. No entanto, em situações excepcionalíssimas, essa impossibilidade pode ser superada, principalmente em causas movidas contra o Poder Público, nas quais o direito do demandante está pacificado nos

tribunais, inclusive com súmulas, e o ente público opõe defesa simplesmente com propósito de retardar a decisão da causa.

Zavascki (2009, p. 84) faz a seguinte análise do tempo da antecipação da tutela:

Também para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da menor restrição possível: o momento não pode ser antecipado mais que o necessário. O perigo de dano, com efeito, pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da demanda. E, nesse caso, a antecipação assecuratória será concedida liminarmente. Porém, se o perigo, mesmo previsível, não tiver aptidão para se concretizar antes da citação, ou antes da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos. Quanto à antecipação punitiva, esta certamente supõe a ocorrência de fatos que emperrem o curso de processo, e dificilmente se poderia imaginá-los praticados antes da citação ou da resposta.

Corrobora com tais argumentos Bedaque (2003), que aduz que na hipótese do art. 273, inc. II, que pressupõe abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu, a antecipação da tutela somente pode ocorrer após a resposta do réu.

Nesse mesmo sentido Didier Jr., Braga e Oliveira (2011): afirmam que a antecipação de tutela poderá ser concedida liminarmente quando o perigo de dano se der antes ou durante o ajuizamento da demanda. Acaso não haja risco de ocorrência do dano antes da citação do réu, não há que se concedê-la em caráter liminar, pois não haverá justificativa razoável para a postergação do exercício do contraditório por parte do demandado. Seria uma restrição ilegítima e desproporcional ao seu direito de manifestação e defesa. Somente o perigo justifica a restrição ao contraditório.

Para Marinoni (2011), a tutela antecipada somente deve ser prestada, fora casos excepcionais, após a apresentação da contestação. A tutela antecipada antes da ouvida do réu somente tem razão quando a sua audiência possa causar lesão ao direito do demandante. Porém, a lei processual não pode vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois a própria necessidade da ouvida pode comprometer a efetividade da tutela antecipatória e por isso ela deve ser concedida, mediante as devidas justificativas, quando as circunstâncias do caso concreto demonstrarem a necessidade, mesmo que seja antes da ouvida do réu. Argumentar lesão ao contraditório é voltar a um assunto já encerrado, pois o contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela de direitos. O cerne da questão se encontra na provisoriação da medida, que derruba a alegada constitucionalidade das liminares sem a ouvida da parte contrária.

A tutela antecipada de parte incontroversa do pedido (CPC, art. 273, § 6º) apenas pode ser requerida após o demandado apresentar defesa ou não apresentar, hipótese em que será

possível o julgamento antecipado do mérito e a antecipação da tutela, caso os direitos envolvidos sejam disponíveis (CPC, art. 330 c/c art. 273, § 6º) (LOPES, 2006).

Anteriormente ao advento da lei n. 11.232 de 22.12.2005, a antecipação da tutela na sentença era admissível. A sentença era definida como o ato judicial que põe fim ao processo, sem fazer qualquer referência ao conteúdo da decisão. Como não existia restrição de conteúdo, era possível tratar de questões alheias ao mérito da causa, como a tutela antecipada, sem que houvesse duplicidade de atos decisórios. Entretanto, tal lei alterou o conceito de sentença, que passou a ser “ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei” (LOPES, 2006).

Diante disso, parece impossível antecipar a tutela na sentença. Se, em um mesmo ato, o juiz julga a causa e antecipa a tutela, a decisão terá, simultaneamente, o conteúdo típico de uma sentença e de uma decisão interlocutória. O dogma da unidade da sentença caiu por terra, sendo possível vislumbrar duas decisões de naturezas distintas no mesmo ato. Portanto, a antecipação de tutela sempre será veiculada em decisão interlocutória, ainda que a antecipação seja concedida conjuntamente com o julgamento do mérito (LOPES, 2006).

Também é irracional admitir que não poderá ser prestada a tutela antecipatória após o encerramento da fase instrutória. Há um grande equívoco no sistema processual brasileiro, que impede a execução da sentença na pendência do recurso de apelação, “nem ao menos quando estão presentes os fundamentos que justificam a própria tutela antecipatória” (MARINONI; ARENHART, 2008, p.217).

A necessidade da tutela antecipada pode ocorrer em grau de recurso, quando a competência para apreciá-la será do relator. Essa é a oportunidade mais propícia para a incidência da tutela antecipada sancionatória, devido à frequente interposição de recursos com o único objetivo de protelar o desfecho do processo. A urgência também pode justificar a tutela antecipada nesse momento (CPC, art. 273, inc. I), contudo não há razão para conceder tutela antecipada da parte do pedido fundada em fatos incontroversos (CPC, art. 273, § 6º) em sede recursal, pois como a parte incontroversa caracteriza-se com a apresentação da defesa, cabe ao juiz conceder a antecipação logo após esse momento. Por outro lado, caso o sucumbente não recorra a todos os capítulos da sentença, não é necessária a antecipação de tutela em relação a este capítulo, pois em relação a ele opera-se o trânsito em julgado, sendo possível executá-lo desde logo (LOPES, 2006).

#### 4.3.7 O princípio da menor restrição possível

A aplicação da tutela antecipada, que busca garantir princípios constitucionais como os da adequação, efetividade e tempestividade, por vezes, restringe princípios também constitucionais como os da ampla defesa e do contraditório. Porém esta restrição somente é legítima na medida do estritamente necessário. Nesse sentido, a doutrina concebeu a existência de um princípio próprio à tutela antecipada, denominado de princípio da menor restrição possível (LOPES, 2006).

Zavascki (2009) preconiza que, para se determinar a extensão da antecipação o juiz deve observar fielmente ao princípio da menor restrição possível, pois a antecipação dos efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário à salvaguarda do outro direito fundamental considerado, no caso, prevalente.

Marinoni 2011 (p. 62-63) traz exemplo acerca da menor restrição possível que pode ser atingida devido ao juiz não ficar vinculado à providência solicitada:

Assim, por exemplo, se o autor requer, como tutela final, que o juiz ordene sob pena de multa a cessação das atividades da empresa ré que estariam causando danos ao meio ambiente – é possível que o juiz ordene que seja instalado equipamento capaz de neutralizar a poluição (por ser este o ‘meio mais idôneo’, já que, além de permitir a tutela efetiva do direito, causa a ‘menor restrição possível’). Se assim é possível em face da tutela final, é evidente que, neste caso o juiz poderia, *tratando de eventual postulação antecipatória*, deixar de atender a requerimento de cessação das atividades da ré para determinar a instalação de determinado equipamento. (Grifo do autor)

O princípio da menor restrição possível possui algumas diferenças quando aplicado à tutela antecipada sancionatória, pois nesse caso não está presente um dano concreto a ser suportado pelo autor, mas um dano marginal inerente a todo o processo. No caso, a atitude do demandado constitui uma afronta à dignidade da justiça e faz antever, com grandes chances, a alta probabilidade do acolhimento da pretensão do demandante, sendo assim, não há razões que apontem para uma restrição, e toda tutela pedida deve ser antecipada, assim que verificada sua atitude desleal (LOPES, 2006).

#### 4.3.8 A tutela antecipatória e as várias modalidades de tutela jurisdicional

A sentença é a técnica processual estruturada para prestar a devida tutela de direitos decorrentes de diversas necessidades, como por exemplo, o direito que está na iminência de

ser lesado e que exige tutela inibitória e aquele que já sofreu um dano e, portanto, tem direito à tutela resarcitória. A sentença não deve ser vista apenas como a técnica que encerra o processo, mas como ato do juiz que deve tutelar o direito (MARINONI, 2011).

A doutrina classifica a tutela jurisdicional em: declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental. As declaratórias e as constitutivas são satisfativas sem qualquer procedimento posterior. A tutela condenatória condena o réu a uma prestação que, se não for satisfeita voluntariamente, dependerá de posterior execução. A tutela executiva é uma espécie de tutela condenatória na qual a satisfação ocorre no bojo do próprio processo de conhecimento, sem a necessidade de ulterior processo de execução. A prestação de tutela condenatória pura deixou de ser a regra no sistema processual após o advento da lei nº 11.232/2005, quando as tutelas condenatórias passaram a ser executivas. A tutela mandamental carrega uma ordem do órgão jurisdicional para que o réu faça ou deixe de fazer alguma coisa (LOPES, 2006).

Consonante com o conceito de tutela jurisdicional, ou seja, consistente no efetivo bem da vida concedido ao jurisdicionado, perde um pouco o sentido se discutir sobre a possibilidade de se antecipar as tutelas declaratória e constitutiva, sob o argumento de não ser possível antecipar a declaração ou a constituição de uma situação jurídica. Entretanto, a questão é resolvida por meio da afirmação de que o que se antecipam são os efeitos da tutela, os efeitos executivos ou mandamentais (efeitos práticos) delas derivados. O que se indica como antecipação dos efeitos da tutela constitutiva ou declaratória é, em realidade, a antecipação de parte das próprias tutelas constitutiva e declaratória, ou seja, sua repercussão prática no mundo da vida e essa repercussão constitui elemento integrante da tutela jurisdicional (LOPES, 2006).

Theodoro Jr. (2006) ensina que qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas contém uma determinação básica dirigida ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito reconhecido, declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em relação ao direito do demandante que pode ser imposta pela tutela antecipatória. Dessa maneira, reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de agir de maneira contrária, ou incompatível com esse direito tutelado.

A tutela antecipada pode ser concedida no processo monitório, no processo de execução e nos procedimentos especiais disciplinados no Código de Processo Civil e em leis extravagantes. Em todos estes casos é possível conceder qualquer das espécies de tutela antecipada, não sendo nenhuma incompatível com as modalidades de processo ou de tutela jurisdicional citadas (LOPES, 2006).

No caso da tutela das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa (arts. 461 e 461-A CPC), apesar de sua disciplina prever apenas a tutela antecipatória fundada no *periculum in mora* (art. 461, § 3º, CPC), não existe incompatibilidade com a tutela antecipada sancionatória ou com a da parte do pedido fundada em fatos incontroversos (a. rt. 273, II e § 6º), sendo ambas aplicáveis. Em virtude da maior adequação, efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional buscada na disciplina do art. 461 do Código de Processo Civil, seria ilógico não aplicar todas as espécies de tutela antecipatória previstas no art. 273. (LOPES, 2006)

Nesse sentido, Marinoni (2011, p. 209):

É certo que, tratando-se de abuso de direito de defesa (art. 273, II, CPC) e de parcela incontroversa da demanda (art. 273, § 6.º, CPC), a tutela antecipada pode ser postulada, com base em qualquer um desses fundamentos, ainda que nas ações ancoradas nos arts. 461 e 461-A. É que a inexistência de referência a esses fundamentos nos arts. 461 e 461-A não pode ser interpretada como se não pudesse haver abuso de direito de defesa ou parcela incontroversa da demanda nas ações em que se pretende um fazer, um não fazer ou a entrega de coisa.

No caso do mandado de segurança e em outros processos e procedimentos especiais em que esteja prevista a possibilidade de concessão de tutela antecipada fundada em *periculum in mora*, é possível conceder as outras duas espécies, devido à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e em vista das garantias da efetividade e tempestividade (LOPES, 2006).

Zavascki (2009, p. 245) faz o seguinte comentário sobre a aplicação da tutela antecipatória no procedimento especial do mandado de segurança:

Mais provável é a ocorrência da hipótese inversa, ou seja, que a autoridade impetrada crie embaraços ao normal andamento do processo, negando-se, por exemplo, ou retardando, a fornecer ou a exibir documento em seu poder, requisitado com base no dispositivo referido. Nesse último caso, ou em qualquer outro em que se tornar evidente o propósito protelatório ou abuso do direito de defesa da autoridade impetrada, caberia indagar, ante a omissão da lei especial, sobre a possibilidade de antecipar a tutela, com fundamento no art. 273, II, do Código de Processo Civil. A resposta é certamente afirmativa, sempre ao fundamento de que se aplicam ao procedimento especial, ‘subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário’ (CPC, art. 272). Não teria sentido privar a ação de mandado de segurança, que se quer ágil e expedita, desse importante mecanismo impulsionador da celeridade.

#### 4.3.9 A quem cabe pedir a tutela antecipada

De acordo com o art. 273 do Código de Processo Civil, “o juiz poderá a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial [...]”.

Quanto ao autor, não há dúvidas de ser legitimado a requerer antecipação de tutela. Entretanto, limitar ao demandante tal prerrogativa, como se o fato dele ter dado início ao processo significasse desde logo que tem razão, constitui atentado à garantia de tratamento paritário das partes no processo (art. 5º, *caput* da CF). Tal garantia legitima qualquer das partes a requerer a tutela antecipada, desde que cumpridos seus requisitos e a antecipação seja útil (LOPES, 2006).

Lopes (2006) afirma que podem requerer tutela antecipada o Ministério Público, atuando como *custos legis*, o opONENTE, o assistente litisconsorcial, a parte que promove denunciaçāo da lide, o demandado que propõe reconvenção ou oferece pedido contraposto nas ações díplices e o demandado, ainda que se limite a apresentar resposta.

Para Marinoni (2011), não há dúvida de que o autor ou o réu podem requerer a tutela antecipatória. Tanto o réu reconvinte quanto o réu parte de ações díplices, assim como aquele que se limita a apresentar contestação, podem formular pedido de antecipação da tutela, entretanto:

Questão mais difícil é a de saber se o réu, quando se limita a apresentar contestação, sem realizar pedido, pode requerer a tutela antecipatória. A doutrina não vem admitindo tal possibilidade. Aliás, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu que ‘de acordo com o art. 273 do Código de Processo Civil é a tutela pedida na inicial que é antecipada’, razão pela qual não pode o réu pretender a antecipação da tutela. A princípio, de fato, seria possível argumentar que o réu não faz ‘pedido inicial’ e que, portanto, não pode requerer a tutela. Tal argumento, porém, filiado a uma interpretação literal da norma, não é suficiente, já que o legislador infraconstitucional deve estar atento ao princípio da isonomia e o réu pode necessitar, em determinados casos, da tutela antecipatória. O réu, na contestação, de lado as hipóteses excepcionais de ações díplices, não formula pedido. Entretanto, o réu, ao solicitar a rejeição do pedido formulado pelo autor, requer tutela jurisdicional. O réu, na contestação, requer tutela jurisdicional de conteúdo declaratório. Se o autor pode requerer a tutela antecipatória na pendência da ação declaratória que objetiva declarar a legitimidade de um ato, o réu também poderá, em tese, solicitar a tutela antecipatória na ação declaratória de ilegitimidade de ato se, em face do caso concreto, estiverem presentes circunstâncias que façam crer que o autor praticará atos que impedirão o réu de praticar o ato que supõe legítimo. A tutela inibirá o autor de praticar os atos que poderiam impedir o réu de praticar o ato que, em caso de improcedência, será declarado legítimo. (MARINONI, 2011, p. 146-147)

De maneira diferente, Zavascki (2009) considera parte, para fins de pedir tutela antecipada, apenas o autor, o reconvinte, o opoente, o substituto processual e o réu que é parte nas ações dúplices. O autor deixa de lado o réu que se limita a apresentar simples contestação.

De acordo com Lopes (2006), mesmo no caso da tutela antecipada sancionatória, apesar de a mesma se referir ao abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, uma interpretação sistemática e em conformidade com a Constituição Federal conduz à possibilidade de concedê-la em benefício do demandado. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o autor abusar de seu direito de demandar, com a proposição de demanda claramente infundada ou quando, obtendo medida antecipatória contra o réu, começa o autor a acomodar-se e não contribuir para o andamento do processo.

#### 4.3.10 Possibilidade de concessão *ex officio* da tutela antecipada

Consciente do grande poder outorgado ao juiz na condução do processo, o legislador responsável pelas reformas do Código de Processo Civil estipulou requisitos cuja condição é imprescindível para outorga e legalidade da concessão da tutela antecipada (PUOLI, 2002).

Entre esses requisitos indispensáveis está o que estipula que o pedido venha da parte interessada, sendo que a opção do legislador foi a de não aumentar os poderes do juiz a ponto de não permitir a tutela antecipada concedida sem pedido da parte (PUOLI, 2002).

Conforme Zavascki (2009), a antecipação da tutela depende, de acordo o texto do art. 273, *caput* do Código de Processo Civil, de “requerimento da parte”, ou seja, está sujeita ao princípio dispositivo, não podendo ser concedida *ex officio*.

Nesse sentido, os provimentos antecipatórios, ao contrário das medidas cautelares, não se destinam a apoiar o processo e ao correto exercício da jurisdição, mas favorecer uma das partes em suas relações com a outra ou com o bem da vida em disputa (DINAMARCO, 2001).

Assim sendo, Lopes (2006) afirma que a concessão da tutela antecipatória seria de interesse exclusivo da parte e não da Justiça, desse modo, não haveria legitimidade do magistrado para atuar, senão, provocado pela parte.

Entretanto, ainda de acordo com Lopes (2006), tal restrição amolda-se apenas à tutela antecipada do art. 273, I do Código de Processo Civil, baseada no *periculum in mora*. No caso

da tutela antecipada sancionatória do art. 273, II a situação é diferente, pois tal espécie de tutela possui natureza dúplice de tutela antecipada e de sanção processual, que visa a conservar a lealdade entre as partes do processo e preservar o comportamento dos litigantes, sendo que sua função precípua é a de proteger o interesse público, semelhante à imposição de multa por litigância de má-fé (art. 18 do CPC), que por representar uma afronta aos direitos processuais e à prestação jurisdicional, deve ser imposta de ofício pelo magistrado.

Segundo Lopes (2006) a justificativa dada por Dinamarco para possibilitar a concessão de ofício da tutela cautelar, incidente ao processo, enquadra-se perfeitamente ao caso da tutela antecipada sancionatória, pois cabe ao juiz, segundo o renomado processualista, “velar pela rápida solução do litígio” (art. 125, II do CPC), “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (inc III) e ainda, impedir desgastes da jurisdição devido a certos comportamentos das partes, responsabilidades que o autorizam a conceder tanto tutela cautelar como antecipatória sancionatória de ofício.

Essa aproximação doutrinária entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, proposta por alguns processualistas, inclusive por Dinamarco, gera tal tipo de interpretação verificada acima, que estende a exegese da tutela cautelar à tutela antecipatória, possibilitando dar ao dispositivo um entendimento mais amplo e sistemático do que teria se fosse lido somente no âmbito do art. 273.

Por outro lado, não abala tal raciocínio o problema da responsabilização pelos danos causados pela revogação da tutela antecipada sancionatória, concedida de ofício, quando da sentença desfavorável à parte por ela beneficiada. Pode-se dizer que essa responsabilidade não existe, pois a antecipação decorreu da própria atitude desleal do demandado, que, se sofreu danos, estes advieram de sua própria conduta no processo. Assim, não há como dizer que a tutela concedida *ex officio* ensejaria na responsabilização do juiz ou da parte beneficiada (LOPES, 2006).

#### 4.3.11 A tutela antecipada sob o aspecto do princípio da correlação entre a tutela jurisdicional e a demanda

O princípio da correlação entre a tutela jurisdicional e a demanda propugna que o pronunciamento judicial não deve ficar aquém, além, ou ser diferente do pedido. Tal princípio também costuma ser aplicado à tutela antecipada. A antecipação deve ser concedida com

parâmetro no pedido principal do demandante, ou seja, deve ter a mesma natureza e não pode ir além dele, entretanto, há possibilidade de se antecipar parcialmente a tutela (LOPES, 2006).

No caso da tutela antecipada sancionatória sempre deverá ser antecipada integralmente, a menos que haja alguma restrição, como a irreversibilidade, devido à falta de uma medida que permita mensurar a necessidade de antecipação da tutela jurisdicional. Na tutela da parte do pedido fundada em fatos incontroversos não é possível conceder antecipação de natureza diversa e seus limites são determinados pela parte incontroversa (LOPES, 2006).

Em se tratando da tutela antecipada com fundamento no *periculum in mora*, esta não pode ultrapassar os limites do pedido, mas pode ficar aquém e ter natureza diversa, por exemplo, em uma ação reivindicatória com pedido de imissão na posse, caso demandante e demandado não tenham outro imóvel para morar, concessão de tutela antecipada para que o demandado, apesar de permanecer na posse do imóvel, pague durante o curso do processo os aluguéis ao demandante, proporciona menores restrições à esfera de direitos do demandado (LOPES, 2006).

#### 4.3.12 A discricionariedade na decisão antecipatória

O legislador reformista, que introduziu a tutela antecipada com o art. 273 do Código de Processo Civil, fez a opção por associar o instituto da antecipação ao emprego de diversos termos imprecisos, que deverão ser interpretados pelo juiz no caso concreto. Se isso, por um lado, garante uma maleabilidade para que seja retirada maior utilidade do esquema legal, por outro, importa em fortalecer o juiz, que passa a ter possibilidade de preencher conteúdos de conceitos como prova inequívoca, verossimilhança, irreversibilidade etc (PUOLI, 2002).

Por esse motivo, a doutrina tem preconizado a necessidade de que, o exame judicial dos requisitos da tutela antecipada seja feito com rigorosa cautela (PUOLI, 2002).

Conforme Dinamarco (1996), o juiz não pode correr riscos significativos e deve proceder com equilíbrio para evitar transferir para o réu os problemas do autor.

Disso decorre a necessidade de que a doutrina trace os parâmetros para que se possa melhor compreender os limites de atuação a que a atividade do julgador estará submetida, sob pena de se cometerem abusos em nome da efetividade do processo ou, por outro lado,

controlar a timidez do juiz que, diante dos requisitos legais, resista em antecipar o efeito solicitado. (PUOLI, 2002)

Ao contrário do que sugere o verbo poderá, utilizado no caput do art. 273 do Código de Processo Civil, a decisão sobre a concessão da tutela antecipada não é discricionária. O verbo poderá condiciona a antecipação da tutela ao atendimento da prova inequívoca, da verossimilhança etc., mas não ao ato integralmente livre do juiz, ou seja, o cumprimento dos requisitos vincula o juiz à antecipação da tutela (PUOLI, 2002).

Lopes (2006) entende que, conforme a doutrina de Eros Grau, é impróprio falar em norma jurídica que contenha conceitos jurídicos indeterminados para se conceituar discricionariedade, como faz Antônio Bandeira de Mello, pois indeterminado é o termo jurídico que expressa o conceito. Nesse sentido, encontrar o referencial do termo na situação concreta é uma atividade hermenêutica e não discricionária, pois na aplicação da norma não é realizado qualquer juízo de conveniência ou oportunidade da solução. Assim, uma vez enquadrada a situação fática no antecedente da norma, o consequente incide automaticamente, sem que para isso seja necessária qualquer escolha:

[...] Enquanto a opção entre mais de uma alternativa presente no consequente da norma é realizada mediante um juízo de oportunidade, a interpretação dos termos jurídicos indeterminados deriva de um juízo de legalidade. Como consequência prática de suma importância, a interpretação dos termos jurídicos indeterminados pode sempre ser questionada perante o Poder Judiciário, regra que não vale para o mérito do ato discricionário (com exceção de casos em que ocorra afronta direta aos princípios constitucionais que regem a atividade do Poder Público). (LOPES, 2006, p. 96)

Lopes (2006) arremata sua exposição informando que, ao interpretar termos de conteúdo indeterminado, o julgador não exerce uma atividade de natureza discricionária, mas apenas descobre o conceito do termo. Uma vez caracterizados os pressupostos da antecipação é seu dever concedê-la, sob pena de julgar *contra legem*.

Com diferente justificativa, Zavascki (2009), ensina que presentes os pressupostos do art. 273 do Código de Processo Civil, o juiz tem o dever de deferir o pedido, assim como, em caso contrário, será obrigado a indeferir a decisão. Na tutela antecipada estão em jogo direitos fundamentais, cuja garantia não pode ficar adstrita a disposição arbitrária de quem quer que seja, principalmente do juiz, que tem por missão zelar pela efetividade dos direitos.

#### 4.3.13 Efeitos irreversíveis e a tutela antecipada

O art. 273, § 2º do Código de Processo Civil proíbe a antecipação da tutela “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

A doutrina, de maneira geral, critica a terminologia “irreversibilidade do provimento”, uma vez que, via de regra, todos os provimentos antecipatórios são reversíveis, devido a possibilidade de interposição de recurso de agravo de instrumento. Surge, então, o questionamento: se todos os provimentos antecipatórios são reversíveis, a qual reversibilidade o art. 273 se refere? (MIELKE SILVA, 2009)

Dinamarco (1996, p. 144) faz críticas às interpretações de Marinoni sobre a antecipação da tutela em face da “irreversibilidade do provimento”:

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

Marinoni (2011) ao refletir sobre as ponderações de Dinamarco sobre sua interpretação acerca do art. 273, § 2º, afirma que no caso da tutela antecipatória, ainda não se pode saber se o direito afirmado pelo autor existe ou não existe. É devido a este fato que há tutela de direito provável. A alusão a um direito improvável já traz em si a ideia de que o direito pode existir. O que poderia ser afirmado é que o direito material não pode ser qualificado de “provável” ou “improvável”, pois ele existe ou não existe. No plano do processo e, particularmente, do juízo sumário, o que está em jogo é a probabilidade da existência do direito afirmado, ou seja, o “direito provável”, que é uma categoria que pertencente ao processo, assim como o “direito líquido e certo”. A razão que impediria alguém de falar em sacrifício do direito improvável também, por conseguinte, estaria banindo, para sempre, a já consagrada locução *fumus boni iuris*, pois se é impossível admitir que um direito improvável possa ser prejudicado porque o direito pode existir, é também impossível tutelar um direito baseado em *fumus boni iuris*, porque o direito pode inexistir.

Marinoni (2011) continua com suas ponderações acerca das críticas feitas por Dinamarco, informando que devido ao princípio da probabilidade, quando da colisão de direitos fundamentais, baseado na doutrina de Karl Larenz, não se pode desconsiderar a necessidade da ponderação do valor jurídico dos bens em confronto, pois embora o direito do autor deva ser provável, o valor dos bens é elemento de grande importância para se decidir a antecipação da tutela. Embora a solução da colisão entre direitos fundamentais deva necessariamente ocorrer na sentença, a necessidade de antecipação de tutela obriga o juiz a ponderar os direitos fitando as circunstâncias presentes no curso do processo, por meio de um juízo de cognição sumária. Assim, diante de direitos fundamentais em colisão, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado como um necessário método auxiliar da decisão, pois simplesmente definir na lei, que o juiz não pode conceder a tutela quando esta puder trazer prejuízos irreversíveis ao réu, de modo a privilegiar o formalismo, impediria a consideração das particularidades do “caso concreto” e comprometeria o juiz com uma decisão que, em certas circunstâncias, poderia não ser a mais adequada.

Marinoni (2011) conclui que o valor da efetividade requer a consideração das circunstâncias de cada caso concreto e exige definições de texturas mais abertas, como por exemplo, admitir o risco de prejuízo irreversível ao réu. Não admitir a possibilidade de ponderação de direitos no juízo sumário retira da doutrina a capacidade de construir uma dogmática mais sensível à realidade social e impede que as reformas processuais atendam às expectativas dos consumidores de tutela jurisdicional, transformando-as em leis sem qualquer função social.

Após as discussões pioneiras de Marinoni sobre a possibilidade de se antecipar a tutela, mesmo pesando a irreversibilidade do provimento, parte da doutrina começou a rever a aplicação do dispositivo, flexibilizando sua interpretação, conscientizando-se de que o requisito da irreversibilidade não poderia ser interpretado de forma tão ortodoxa.

Dessa forma, a doutrina dividiu-se, nos que exigem que haja a reversibilidade dos efeitos fáticos do provimento, ou seja, que exista a possibilidade de retornar as coisas ao *status quo ante*, para que a tutela possa ser antecipada, e nos que afirmam que a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir obstáculo para a concessão da tutela antecipatória, devendo o magistrado fazer um juízo de ponderação do interesse mais relevante, aplicando o princípio da proporcionalidade (MIELKE SILVA, 2009).

Lopes (2006) propõe a flexibilização da concessão da tutela antecipada fundada no *periculum in mora* na “especialíssima hipótese” do risco da irreversibilidade recíproca, em que somente nesse caso, o veto à antecipação não pode ser absoluto, pois afrontaria a garantia constitucional da prestação efetiva e tempestiva, e levaria a “redução do provimento jurisdicional final a um mero exercício retórico” (LOPES, 2006, p. 98), sendo a única solução recorrer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, propostos por Marinoni, tutelando o interesse de maior relevância, e se forem de igual valor, o que for mais provável.

Zavascki (2009) afirma que a vedação inscrita no § 2º deve ser relativizada, sob pena do instituto da antecipação da tutela ficar comprometido quase por inteiro. Mesmo na situação de risco à reversibilidade, notadamente, à reposição *in natura*, é possível o deferimento da antecipação desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos inversos da sua não fruição imediata, ou seja, que haja risco de não fruição pelo demandante. Sendo assim, privilegia-se o direito provável em prejuízo do improvável.

Baptista Da Silva (2000, p. 132), no mesmo diapasão:

O § 2º do art. 273 exagerou na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipações de tutela, proibindo-lhe concedê-las quando ‘houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’. Pode acontecer – e esta ocorrência não é rara na prática forense – que o estado perigoso imponha ao juiz uma opção entre alternativas capazes, em qualquer sentido que a decisão seja tomada, de gerar risco de irreversibilidade de efeitos práticos, seja esta irreversibilidade decorrente do ‘estado perigoso’ contra o qual se busca tutela, seja uma irreversibilidade análoga provocada pela concessão da medida. Pode ocorrer que o risco de irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável em benefício do direito que se mostre mais verossímil, posto que, como disse TOMMASEO, ‘sacrificare l’improbabile al probabile, in questo consiste l’etica della giurisdizione d’urgenza’.

Medina *et al* (2012, p. 61), trazem exemplo de tutela com irreversibilidade recíproca:

[...] pode o juiz deferir a realização de transplante de coração para paciente em estado grave, em ação movida contra operadora de plano de saúde renitente, embora haja irreversibilidade *in natura* da medida (nem se cogita de retirar o coração do autor em caso de julgamento de improcedência do pedido). Sendo julgado improcedente o pedido, deve ser admitida a indenização *in pecunia* em detrimento da reversibilidade *in natura*. No caso, mesmo se o autor for pessoa de parcós recursos financeiros (irreversibilidade *in pecunia*), há de se aplicar o princípio da proporcionalidade, admitindo a tutela do direito à vida, em que pese a impossibilidade de reparação financeira ao final.

No entanto, pode-se argumentar que a irreversibilidade possui grande tendência a ser recíproca, não constituindo situação de caráter especialíssimo, pois o não deferimento da tutela antecipada não sana o perigo de dano decorrente da demora, ou seja, o *periculum in*

*mora* transforma-se quase sempre em dano irreversível (dano irreparável) ou de reversibilidade bastante difícil (dano de difícil reparação).

Ainda de acordo com Lopes (2006) o problema da irreversibilidade recíproca não se apresenta na aplicação da tutela antecipada sancionatória, pois esta não responde a uma situação de urgência, portanto, de sua concessão não decorre uma situação irreversível à esfera do demandante. Por outro lado, os princípios da efetividade e da tempestividade da tutela jurisdicional e os ditames éticos do processo, que repudiam que o demandante seja prejudicado pela atitude desleal do demandado, em face da forte probabilidade da existência de seu direito, cedem diante da regra que proíbe a antecipação da tutela devido à “irreversibilidade do provimento”, uma vez que é amparada pelas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Todavia, a *ampla defesa* e o contraditório estão sendo exercidos de forma plena, ou até mais que plena, desvirtuada, o demandado está abusando do seu direito de defesa ou mesmo protelando o feito, extrapolando seu direito. Assim, não há o que falar em cerceamento do direito de defesa e contraditório, mas longe disso, em seu abuso, o que deve ser coibido com a tutela antecipada sancionatória. Nesse sentido, a irreversibilidade pode ser entendida como parte da própria sanção, sendo a conduta desleal do réu que autorizou sua aplicação. Não é só porque o provimento é irreversível que deve ser negada a antecipação. Se o réu abusa de seu direito, protela o feito com vistas a postergar a entrega do bem, não há porque não se antecipar a tutela.

Sob outro aspecto da irreversibilidade, Zavascki (2009)ressalta que em circunstâncias de se conferir tutela antecipatória mesmo que haja risco de irreversibilidade, impõe-se ao juiz prover os meios adequados para assegurar em maior grau possível a viabilidade de reversão, exigindo garantias reais ou fidejussórias, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações.

De forma semelhante, Lopes (2006) informa, que, apesar da reversibilidade não admitir solução em perdas e danos, a irreversibilidade recíproca admite este remédio para a hipótese de revogação da tutela antecipada, portanto, sendo prudente exigir caução quando do deferimento da mesma.

#### 4.3.14 Recurso contra a decisão que concede ou denega a tutela antecipatória

Com o advento da Lei 11.232/2005 houve profunda transformação dos atos judiciais. Um deles foi o abandono do conceito topológico de sentença, em que toda a matéria que se encontrasse inserida na sentença seria considerada sentença e passível de ser recorrida somente através de apelação. O novo parâmetro passou a ser o conteúdo, sendo possível que, um mesmo ato ostente capítulos de natureza distinta, alguns qualificados como sentença e outros como decisão interlocutória, estes recorridos por meio de agravo. Nesse sentido, sentença é apenas a decisão “que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei” (art. 162,§ 1º, CPC) (LOPES, 2006).

Como a tutela antecipada não possui conteúdo dos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil e não é prejudicial ou preliminar ao julgamento de mérito, a decisão que a apreciará será decisão interlocutória e, portanto, o recurso cabível será o agravo de instrumento (LOPES, 2006).

Segundo Zavascki (2009), da decisão do juiz, que anteriormente à sentença, julga o pedido de antecipação de tutela, deferindo-o ou não, tem como recurso cabível o agravo, por tratar-se de uma decisão interlocutória. Pela própria natureza da medida pleiteada, o agravo adequado é o de instrumento e não o retido. O agravo retido é apreciado juntamente com a apelação, sendo que, de escassa utilidade seria seu exame para deferir ou indeferir pedido de tutela antecipatória, em vista das hipóteses de (i) a apelação confirmar que o pedido é procedente, pois a tutela, nesse caso, poderá ser obtida por meio da execução provisória do acórdão, cujos meios de impugnação, geralmente, não possuem efeito suspensivo e (ii) a apelação tiver julgado a improcedência da demanda, quando não terá razão nem fundamento para deferir a medida antecipatória.

Ainda para Zavascki (2009), esta orientação prevalece mesmo diante da disposição do art. 522 do CPC, que teve redação dada pela lei 11.187/2005, segundo a qual o agravo será, em regra, na forma retida, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”. Em se tratando de decisão que defere ou indefere antecipação de tutela, o futuro julgamento de agravo retido (causa já decidida) não terá consequência prática e consequentemente acarreta a inutilidade do próprio recurso.

A tutela antecipada deferida juntamente com a sentença não constitui óbice ao princípio da unirrecorribilidade das decisões, que veda a interposição simultânea ou cumulativa de recursos para impugnar um mesmo ato judicial. Se em um mesmo ato o magistrado julgar a causa e antecipar a tutela, estar-se-á diante de duas decisões, havendo a possibilidade de dois recursos. Há uma vantagem prática nesta bipartição. Anteriormente, como a decisão sobre a tutela antecipatória era integrada à decisão, o recurso para impugná-la era a apelação. Nesta situação, não era possível ao tribunal antecipar a tutela recursal ou conceder efeito suspensivo em uma situação de urgência, pois a apelação não proporcionava ao tribunal o contato imediato com o recurso. A solução era propor uma ação cautelar ou impetrar mandado de segurança concomitantemente com a apelação. Se o caso não fosse extremamente urgente, era interposto agravo de instrumento contra a decisão de recebimento do recurso com ou sem efeito suspensivo. Com a qualificação da tutela antecipatória como decisão interlocutória, ainda que simultânea à sentença, a impugnação direta por agravo de instrumento acabou com os citados inconvenientes (LOPES, 2006).

Marinoni (2011) expõe que concedida ou negada a tutela antecipada, a parte pode agravar e requerer ao relator, baseado no art. 558 do Código de Processo Civil, a suspensão dos efeitos da antecipação ou a antecipação da tutela. Aduz que, o fato de o legislador ter inicialmente dado ao relator apenas a possibilidade de conferir efeito suspensivo ao agravo não poderia retirar do jurisdicionado o direito de exigir a tempestiva tutela antecipatória indevidamente indeferida pelo juízo de primeiro grau. E ressalta que o juiz pode causar dano não somente quando concede a tutela, mas igualmente quando a nega.

Entretanto, após a nova redação do art. 527, III do Código de Processo Civil, dada pela Lei 10.352/2001, o relator passou a ter poderes para também antecipar a tutela, total ou parcialmente, conforme já defendia Marinoni bem antes da reforma de 2001(MARINONI, 2011).

#### 4.3.15 Efeito suspensivo dos recursos na tutela antecipatória

A sentença somente pode ser executada, fora as hipóteses excepcionais em que o recurso é recebido apenas no efeito devolutivo, a partir do momento em que transita em julgado. Há uma contradição entre a impossibilidade da sentença ser executada antes do trânsito em julgado e o recebimento do recurso no efeito suspensivo. Em verdade, não é o

recurso de apelação que tem efeito suspensivo, mas a sentença que não tem executividade antes de transitar em julgado (MARINONI, 1997).

Admitir a possibilidade de antecipação da tutela no bojo da sentença é deferir efeitos imediatos na vida dos jurisdicionados em ato processual que, em regra, não possui tal predisposição. Entretanto, isto criava aparente contradição com o sistema vigente do Código: desde o advento da Lei 8.952/94, o sistema do Código de Processo Civil passou a conter dispositivos de sentidos de atuação opostos: o art. 273 viabilizando o deferimento de medida antecipatória, e, em sentido oposto, o art. 520, salvo exceções legais, conferia geral e irrestrito efeito suspensivo às apelações (PUOLI, 2002).

Irrecusável era a conclusão sobre ser o deferimento da antecipação de tutela causa suficiente para o pontual e concreto afastamento do efeito suspensivo do recurso de apelação interposto. Tal solução era a única que poderia harmonizar a coexistência das duas normas no ordenamento jurídico. A contradição foi resolvida com o advento da Lei 10.352/2001 que eliminou a contradição referida, por força do inciso VII do art. 520, que dispôs sobre a retirada do efeito suspensivo da apelação contra a sentença que confirmar a antecipação da tutela (PUOLI, 2002).

O art. 520, VII do Código de Processo Civil dispõe que não há efeito suspensivo no recurso de apelação interposto contra sentença que confirma decisão que antecipa tutela. Apesar de prudente a inclusão da disposição, seria descabido, conforme LOPES (2006), imaginar que uma decisão fundamentada em cognição sumária, produzisse efeitos no decorrer do processo e, justamente quando confirmada por sentença, proferida com base em cognição exauriente, tivesse sua eficácia tolhida.

Segundo Marinoni (2011), há um grande equívoco no sistema processual que não admite a execução da sentença pendente o recurso de apelação, ao menos nos casos em que estão presentes os fundamentos para se antecipar a tutela. A lei que alterou o art. 520 perdeu a oportunidade de corrigir tal defeito, pois não basta afirmar que o recurso de apelação não terá efeito suspensivo quando a sentença confirmar a antecipação de tutela, como dispõe o inciso VII. É claro que nesse caso, o recurso de apelação não deve suspender a eficácia ou a “execução” da tutela antecipatória. O inciso VII refere-se à sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, portanto deve-se presumir que a tutela antecipatória foi concedida anteriormente à sentença.

O correto, para Marinoni (2011), seria estabelecer, no art. 520, que a sentença pudesse ser executada na pendência da apelação quando concedida a tutela, pouco importando se foi concedida ou não a tutela antecipatória, e, assim, se a sentença está ou não a confirmando.

Marinoni (2011, p. 160) continua informando que, se a sentença ainda não pode produzir efeitos na pendência da apelação mesmo estando presentes os requisitos que justificam a antecipação da tutela, a única saída racional é a de conceder a tutela por meio de decisão interlocutória, pois o recurso contra ela, que é o agravo, é recebido somente no efeito devolutivo:

na mesma folha de papel, e no mesmo momento, o juiz pode proferir a decisão interlocutória, concedendo a tutela, e a sentença, que então confirmará a tutela já concedida e não poderá ser atacada através de recurso de apelação que deva ser recebido no efeito suspensivo (nesta situação, então, aplicar-se-ia o art. 520, VII, do Código de Processo Civil).

Conforme se entende, há em um mesmo instrumento, uma decisão interlocutória e uma sentença, aquela atacável por agravo (que deve ser recebido no efeito devolutivo) e esta por meio de apelação (que deve ser recebida no efeito apenas devolutivo por ter confirmado a tutela antecipatória) (MARINONI, 2011).

#### 4.3.16 A tutela antecipatória e sua eficácia temporal

Como decisão provisória a tutela antecipada possui contornos instáveis e pode ser modificada a qualquer tempo. Além de poder ser revogada por outra decisão no decorrer do processo (art. 273, § 4º, CPC), é implicitamente revogada quando a sentença trouxer uma decisão contrária. Em nome da lógica e da coerência do sistema, uma decisão fundamentada em cognição sumária não pode sobrepor-se a outra fundamentada em cognição exauriente a respeito da mesma questão (LOPES, 2006).

Para Zavascki (2009), as severas exigências para a concessão da tutela antecipatória, se observadas como devem, fazem supor que não são frequentes os casos de revogação, entretanto, quando ocorrem, a eficácia revogatória será imediata, pois o recurso de agravo não terá efeito suspensivo. O mesmo se dará caso a revogação provier de sentença que extinguir o processo sem exame de mérito ou que julgar pela improcedência do pedido. Neste caso, a apelação, mesmo com efeito suspensivo não poderá suspender a revogação. Além de imediata, a eficácia será *ex tunc* e a situação fática deve ser recomposta de imediato e de

maneira integral, exceto se os direitos salvaguardados forem extremamente valorizados pelo sistema constitucional, como no caso de alimentos provisionais.

Marinoni (2011) expõe que a tutela de cognição sumária não encontra limite no trânsito em julgado da sentença de procedência, mas no trânsito em julgado de improcedência. A tutela sumária produz antecipadamente efeito executivo próprio da sentença condenatória, antecipando a realização do direito, por isso não pode ser simplesmente substituída pela sentença condenatória transitada em julgado. Quando do trânsito em julgado da sentença antes da plena realização do direito, a sentença de cognição exauriente e definitiva empresta carga declaratória à decisão proferida em cognição sumária, transformando a tutela antecipada em tutela final.

Por outro lado, Marinoni (2011) defende, juntamente com Ovídio Baptista da Silva, que apesar de grande parte da doutrina ser contrária à manutenção da tutela sumária em caso de sentença de improcedência, em hipóteses excepcionais, o juiz pode mantê-la. Esta tendência seria a de aceitar a possibilidade da manutenção da tutela ainda que um de seus pressupostos, a probabilidade da existência do direito, não exista mais. Para o autor, não há contradição entre a declaração da inexistência do direito e a necessidade da manutenção da tutela, pois a declaração da inexistência do direito não elimina o fundado receio de dano, pois o que vale é o julgamento do tribunal, ou seja, a cognição definitiva e não a cognição exauriente.

No mesmo sentido, Baptista Da Silva (2000b, p. 124) baseia a argumentação de Marinoni:

Não se leva em consideração a circunstância de que a revogação prematura do provimento liminar, ou mesmo da medida cautelar concedida em sentença final cautelar, deixará o direito litigioso sem qualquer proteção assegurativa durante a tramitação dos recursos, em muitos casos extremamente demorada, de tal modo que a reforma da sentença, nos graus superiores de jurisdição, poderia deparar-se com uma situação de prejuízo irremediável ao direito somente agora reconhecido em grau de recurso. Para que situações desta espécie sejam evitadas, recomenda-se que o magistrado – sensível às circunstâncias especiais do caso concreto – disponha, em sua sentença contrária à parte que obtivera a provisional, que esta medida liminar, não obstante a natureza do julgamento posterior divergente, conserve-se eficaz até o trânsito em julgado da sentença a ser proferida no juízo do recurso.[...].

Lopes (2006) informa que caso o juiz imponha a manutenção da eficácia da decisão antecipatória, mesmo diante de sentença de improcedência, é legítimo agir assim, apesar de parecer contraditório, quando reconheça que a solução da sentença é minoritária nos tribunais superiores, ou se perceba que a antecipação provocará danos irreversíveis ao demandante e

pouco incômodo ao demandado. Entretanto, tal medida é apenas legítima na hipótese do art. 273, I do Código de Processo Civil, pois a urgência inerente a esta espécie de tutela é que legitima a manutenção da antecipação. No caso da tutela antecipada sancionatória e da tutela antecipada da parte fundada em fatos incontrovertidos, como não há urgência que legitime a manutenção da antecipação, eventual sentença desfavorável significará a revogação da decisão antecipatória e a reversão dos efeitos produzidos.

#### 4.3.17 Possibilidade de concessão da tutela antecipada em face da fazenda pública

Segundo Zavascki (2009), relativamente ao regime geral do instituto da antecipação da tutela, nenhuma disposição específica foi editada para diferenciar as entidades públicas, que, por conseguinte, ficam sujeitas à sua aplicação.

Aponta-se como empecilho à concessão de medidas de antecipação de tutela o regime de precatórios, de acordo com o art. 100 da Constituição, que impõe como condição o trânsito em julgado para pagamento dos créditos contra a Fazenda Pública decorrentes de “sentença judiciária”. Relativamente a todas as demais obrigações e deveres, a Fazenda Pública está sujeita ao regime executivo aplicável às pessoas e instituições de direito privado, seja no que se refere à execução definitiva ou provisória ou ao cumprimento de medidas antecipatórias (ZAVASCKI, 2009).

Entretanto, há necessidade de compatibilizar as exigências constitucionais em relação ao pagamento de precatórios com os demais preceitos constitucionais, como os que asseguram a efetividade e a tempestividade da jurisdição. Havendo conflitos entre os princípios, a balança tende a pender em benefício da utilidade da prestação jurisdicional, ainda que isso represente uma limitação ao princípio, de natureza estritamente patrimonial, relativo ao sistema de precatórios e ao de segurança jurídica advinda do trânsito em julgado (ZAVASCKI, 2009).

Por exemplo, o direito público subjetivo à saúde é prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela Constituição da República, é bem jurídico constitucionalmente tutelado pelo qual deve velar o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas que visem a garantir acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. Diante disso, recai sobre o Estado, inafastável vínculo institucional, que consiste em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, de modo a permitir, em caso

de injustificável inadimplemento estatal, que as pessoas tenham acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes foi imposta pela Constituição (ZAVASCKI, 2009).

Nessa linha de entendimento, pode-se tomar como exemplo, situações de conflito inconciliável entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade de recursos da Fazenda, também com previsão constitucional. Neste caso, prevalece o direito à saúde, pois sendo urgente e impostergável a aquisição de um medicamento, sob pena de grave comprometimento à saúde do demandante, não seria justo submetê-lo ao regime comum e lento da execução de quantia contra a Fazenda Pública (ZAVASCKI, 2009).

Nesse sentido, as pessoas jurídicas de direito público estão submetidas ao regime processual que facilita a antecipação de tutela. Contudo, a Lei 9.494/1997 estendeu as limitações da Lei 8.437/1992, que restringem a possibilidade de concessão de medidas cautelares contra a Fazenda Pública, à antecipação de tutela (ZAVASCKI, 2009).

Zavascki (2009), por meio de interessante análise da palavra “liminar” utilizada na Lei 8.437/1992, chega à conclusão de que a mesma é utilizada no sentido de liminar satisfativa, ou seja, as medidas cautelares a que se refere esta lei são as de natureza antecipatória satisfativa, que à época eram pleiteadas, de modo geral, via ação cautelar inominada, com fundamento no art. 798 do Código de Processo Civil, e que atualmente são obtidas no próprio processo de conhecimento, com fundamento no art. 273. Assim, as limitações impostas pela referida lei se aplicam aos provimentos antecipatórios, o que veio a ser referendado, no entendimento do autor, de maneira desnecessária, pela Lei 9.494/1997 (ZAVASCKI, 2009).

Duas questões são levantadas por Zavascki (2009): as restrições ao poder de deferir medidas liminares são constitucionais? Se constitucionais essas restrições são absolutas? Para o autor, em princípio a restrição não é constitucional, como também constatou o STF no julgamento da medida liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-6, que, entretanto, ressaltou não estar prejudicado o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar (ZAVASCKI, 2009).

Lopes (2006), em sentido diverso, afirma que a lei é inconstitucional e que essa é mais uma norma voltada para a concessão de privilégios à Fazenda Pública contrária ao espírito do Estado Democrático de Direito e que afronta a garantia constitucional do

tratamento paritário das partes no processo e também é contrária à efetividade e à tempestividade da jurisdição.

No mesmo diapasão, Marinoni (2011) afirma que se o legislador infraconstitucional está obrigado a prever tutelas que, atuando dentro do procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, não pode decidir em contradição com o próprio princípio da efetividade, que o cidadão somente pode ter direito à tutela efetiva e tempestiva frente ao particular.

Marinoni (2011, p. 258) continua sua exposição:

Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de “fundado receio de dano” é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda é ré. Por outro lado, não admitir a tutela antecipatória com base no inciso II ou no § 6º do art. 273 significa liberar a Fazenda Pública para abusar do seu direito de defesa, obrigando aquele que contra ela demanda a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo. Não é preciso lembrar que a distribuição do tempo do processo é uma necessidade que decorre do princípio da isonomia e que o princípio constitucional da efetividade deve ser lido através da regra que estabelece que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

Para Lopes (2006), ainda que não se considere inconstitucional a restrição da Lei 9.494/1997, esta deve ser interpretada restritiva e casuisticamente, tal como preconizado pela jurisprudência.

#### 4.3.18 A execução da tutela antecipatória

A decisão que concede a tutela antecipatória está longe de ser a procurada pelo autor, isso porque o processo somente produz efeitos no plano material, ou seja, adquire relevância, quando é executado.

Assim, conforme ZAVASCKI, antecipar os efeitos da tutela pretendida significa antecipar a eficácia potencialmente contida na sentença:

[...] antecipar os efeitos da tutela significa satisfazer, no plano dos fatos, o pedido formulado na inicial. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura postulada como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de procedência, assim entendidos os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano da realidade. Em outras palavras: antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal.

Dessa forma, conforme Marinoni (2011), a tutela antecipatória não se limita à decisão que a concede, pois a decisão interlocutória é apenas uma das técnicas processuais que devem

estar ao dispor do juiz para sua completa operacionalização. O direito à tutela jurisdicional efetiva deve ser compreendido como o direito às técnicas processuais que permitam a concretização da tutela do direito, incluindo os meios de execução adequados. De maneira que a real concessão da tutela antecipatória depende da sua execução.

A técnica antecipatória, nos casos de abuso de direito de defesa e direito evidente, deve ser contemplada como necessidade derivada do direito fundamental à tutela efetiva, pois na sua falta, o Estado estaria impedido de fazer a distribuição do tempo entre as partes e de exercer o poder jurisdicional por meio de um processo isonômico (MARINONI, 2011).

O art. 273, § 3º do Código de Processo Civil dispõe que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”. Conforme a natureza da providência a ser atendida, se consistir em prestação de fazer ou de não fazer, o seu cumprimento observará o estabelecido nos §§ 4º e 5º do art. 461. Mesmo procedimento será adotado para prestação de entrega de coisa, conforme prevê o § 3º do art. 461-A. Se for prestação de pagar quantia, a medida será cumprida observando, “no que couber”, as normas da execução provisória da sentença, que anteriormente estavam previstas no art. 588 e, com a Lei nº 11.232/2005, passaram a ser previstas no art. 475-O do Código de Processo Civil (ZAVASCKI, 2009).

A execução da tutela antecipatória é imediata, mas deve atender ao disposto no art. 475-O do CPC (MARINONI, 2011).

Zavascki (2009) afirma que, apesar de a interpretação literal e a *contrario sensu* do § 3º do art. 273 possa levar a conclusão diferente, por força do próprio sistema, as normas relativas à execução provisória são aplicáveis quase integralmente a qualquer caso de cumprimento de medida antecipatória, independente da natureza da prestação. Desse modo, é inquestionável que, em qualquer caso, a execução da medida corre por responsabilidade do requerente, que se obriga, caso se reforme a decisão, à reparação dos prejuízos causados (art. 475-O, I). Da mesma forma, é certo que o cumprimento da medida antecipada perderá seu efeito se a decisão vier a ser modificada ou anulada, caso em que as parte deverão ser restituídas ao estado anterior (art. 475-O, II).

#### 4.3.19 Possibilidade de exigir caução para a antecipação da tutela

Apesar de não estar prevista expressamente no art. 273 do Código de Processo Civil, a exigência de caução para se antecipar a tutela é plenamente lícita ao juiz (LOPES, 2006).

Não se pode descartar que a medida antecipatória tenha seu cumprimento condicionado à exigência de caução, conforme previsto no art. 475-O, III. Tal obrigatoriedade pode parecer inútil, afinal o § 2º do art. 273 dispõe que, “não se concederá antecipação da tutela quando houver perigo da irreversibilidade do provimento antecipado”. Nesse sentido, sendo a finalidade da caução garantir condições de reversibilidade ou a indenização correspondente, tal exigência só teria cabimento se não houvesse perigo de irreversibilidade, que pela lógica da interpretação isolada do § 2º do art. 273 não teria sentido, pois onde fosse cabível caução não seria cabível a antecipação (ZAVASCKI, 2009).

Entretanto, em vista da necessária relativização da proibição prevista no § 2º, que se não fosse feita poderia eliminar o próprio instituto da antecipação, muitas vezes há concessão de tutelas em que há certo risco à reversibilidade, especialmente à reversibilidade específica *in natura*. Em tais casos é perfeitamente viável que se imponha ao autor, beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que assegure, pelo menos, eventual indenização por danos (ZAVASCKI, 2009).

Para Lopes (2006), a caução é aconselhável na antecipação fundada no *periculum in mora*, pois não é tão difícil, ao final, o demandante restar vencido. Na tutela antecipada sancionatória, como o juízo de probabilidade do demandante é mais robusto, a caução deverá ser exigida em casos excepcionais, caso haja alguma possibilidade de solução contrária à da decisão antecipatória.

#### 4.3.20 Responsabilização pelos danos da antecipação da tutela caso esta seja revogada

A instabilidade da decisão antecipatória, que é fundada em cognição sumária e passível de revogação a qualquer tempo (art. 273, § 4º), levanta a questão da responsabilidade pelos prejuízos causados à parte que suportou o ônus da antecipação da tutela, caso a mesma seja revogada (LOPES, 2006).

Há entendimento de que a responsabilidade do requerente da tutela antecipada pelos danos causados a seu adversário seja objetiva, em aplicação analógica ao art. 811 do Código

de Processo Civil, referente às normas de medidas cautelares, pois a medida é concedida em caráter de urgência e fundamentada em juízo de cognição sumária, constituindo grande injustiça e frontal colidência com princípios fundamentais, que a parte vencedora suporte tais danos (LOPES, 2006).

Nesse sentido, segundo Dinamarco (2001, p. 43), “se a efetivação da medida urgente houver causado dano, é natural que por ele responda aquele que requerera tal medida e dela se beneficiara”.

É inegável que, em qualquer caso, o cumprimento da medida antecipatória corre por conta e risco do requerente. Tal medida se impõe a qualquer tipo de execução, o que inclui a execução provisória, pois seria afrontoso a todo o sistema de direito, debitar da conta do demandado, ao final vitorioso, os danos decorrentes de anterior execução de provimento jurisdicional fundado em mero juízo de verossimilhança e antecipado a pedido do demandante (ZAVASCKI, 2009).

Entretanto, como a tutela antecipada sancionatória não se trata de medida urgente e partilha poucos aspectos das medidas cautelares, é necessário cuidado na aplicação analógica do art. 811 do CPC, pois não estão presentes em sua disciplina as razões que determinam no citado artigo, a instituição da responsabilidade objetiva. Na tutela antecipada sancionatória a justificativa não é a concessão de um benefício ao requerente, mas reprimir uma atitude desleal do demandado, que abusou do direito de defesa ou agiu em manifesto propósito protelatório (LOPES, 2006).

A responsabilidade subjetiva é a regra neste caso, somente haverá indenização integral dos prejuízos caso reste provado que o requerente agiu com culpa ou dolo, a ser apurado, ante a complexidade da situação, em demanda autônoma (LOPES, 2006).

Corrobora com isso Zavascki (2009, p. 95), informando que se pode questionar em tais casos, a natureza da responsabilidade, se objetiva ou subjetiva:

Caberia então distinguir as hipóteses de antecipação assecuratória e antecipação punitiva. Na primeira – porque originada de fatos que (a) não têm necessariamente a participação ilícita do demandado e, sobretudo, (b) repercutem essencialmente na esfera de interesses particulares dos litigantes – a responsabilidade do demandante pelos riscos da execução provisória é medida objetiva. Já na segunda hipótese – em que a antecipação da tutela é motivada sempre pelo ato ilícito do demandado, praticado não apenas contra os interesses do demandante, mas contra a própria função jurisdicional do Estado – pode-se sustentar que a responsabilidade do demandante por danos decorrentes da execução antecipada tem aqui natureza subjetiva: caberá a ele a obrigação de restituir ao demandado os benefícios obtidos com a antecipação da tutela; porém, qualquer outro dano que a execução possa ter

acarretado somente será ressarcido se configurada participação culposa ou dolosa do demandante.

#### 4.3.21 A antecipação da tutela sancionatória em grau de recurso

Dentre as faculdades processuais, a que dá maior ensejo à ocorrência de abusos, é a possibilidade de recorrer. Especialmente o recurso de apelação, que em regra, possui efeito suspensivo e é usado abusivamente (LOPES, 2006).

Marinoni (1997, p. 170), a respeito do duplo grau de jurisdição, emite a seguinte opinião: “A sacralização do duplo grau de jurisdição ou do direito ao recurso, bem como os estreitos limites em que é admitida a ‘execução provisória’ da sentença, estimulam o réu a interpor recurso para manter na sua esfera jurídico-patrimonial, por mais algum tempo, o bem reivindicado pelo autor”.

Para Marinoni (2011), o abuso do direito de recorrer é mais grave do que o abuso do direito de defesa, pois o réu, no momento da sentença, encontra o autor menos resistente a um acordo que ofereça o tempo do processo em troca de uma vantagem patrimonial.

Tendo em vista que o abuso do direito de recorrer não pode ser ignorado e que tal prática deve ser inibida, pode-se aplicar a condenação por litigância de má-fé, o indeferimento do recurso pelo relator (art. 557 do CPC), ou a tutela antecipatória sancionatória, que possuem efeito pedagógico importante, pois desestimulam os recursos infundados (MARINONI, 1997).

Lopes (2006, p.122) faz a seguinte consideração sobre o art. 557 do Código de Processo Civil:

O art. 557 do Código de Processo Civil, ao prever a possibilidade do relator negar seguimento ‘a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’, constitui um poderoso instrumento contra a utilização abusiva dos recursos.

Para Zavascki (2009), o art. 557 do CPC possibilitou a tutela definitiva, tornando dispensável a antecipação provisória do art. 273, inc. II, pois uma vez negado o seguimento do recurso, abre-se a execução da sentença recorrida (MARINONI, 1997).

Entretanto, contra a decisão que denega recurso protelatório, conforme o art. 557 do CPC cabe agravo. Tendo em vista que este agravo pode ser interposto também com finalidade protelatória, o recorrido pode requerer, em sua resposta, não só o indeferimento imediato do

agravo, mas igualmente a tutela antecipada sancionatória, neste caso restando intacta a importância do instituto da antecipação da tutela, mesmo após o advento do art. 557

Como se pode ver, o art. 557 do CPC não tornou a antecipação provisória do art. 273, II do CPC inócuia. Corrobora com isso Lopes (2006, p. 122), que afirma que o instituto da tutela antecipada sancionatória é um complemento indispensável ao dispositivo do art. 557 do CPC:

Isolado, no entanto, tal dispositivo não é suficiente na maioria dos casos para superar o problema. Mais especificamente em relação ao recurso de apelação, a essa norma deve ser agregado o art. 273, caput e inciso II do Código de Processo Civil, a tutela antecipada sancionatória, para, caso o recurso incida numa das hipóteses previstas no mencionado art. 557, ser antecipada a tutela jurisdicional. Essa é a única forma de neutralizar o tempo necessário ao julgamento do recurso de apelação nos tribunais, o qual é suportado injustamente pelo recorrido.

#### **4.4 A tutela de urgência e de evidência no CPC/2015**

##### 4.4.1 Sobre o objetivo primordial do Novo CPC

O fenômeno da busca por celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, baseada em diretrizes constitucionais, não é exclusivamente brasileiro, ao contrário vem de fora e o contagia, como se pode verificar nas diversas reformas processuais havidas na Espanha, Alemanha, Itália, Portugal, entre outros (SIMONASSI, 2013).

O objetivo primordial do novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) é dar maior celeridade e efetividade à justiça, implicando em significativas mudanças no sistema processual civil (SIMONASSI, 2013).

Em reflexão sobre o novo Código de Processo Civil necessário a uma sociedade em constante mudança, Pereira Filho (2010) faz a seguinte afirmação: “Parece-me [...] ser consenso de que a nova ordem processual será regida pela Constituição Federal, prestigiando as garantias fundamentais num equilíbrio que permeia celeridade com segurança jurídica, compreendida como justiça da decisão”.

Dessa forma, é fundamental ter instrumentos processuais que garantam a efetiva tutela de direitos e é o direito material que fornece bases para se falar em tutela jurisdicional efetiva, pois o que se procura garantir é a tutela específica deste direito (SIMONASSI, 2013).

Entretanto, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) o legislador incorre em um duplo equívoco ao tentar caracterizar a urgência que fundamenta a técnica antecipatória como

aquela útil a combater o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300). Primeiro, porque o legislador imagina que a tutela antecipada serve apenas para combater o perigo de dano, ignorando a possibilidade de obtenção de tutelas finais contra o perigo de ilícito de maneira antecipada (tutela inibitória e de remoção de ilícito, art. 497, parágrafo único). Em segundo lugar, o legislador julgou que a tutela cautelar, voltada a afastar o risco ao resultado útil do processo, significa a tutela do processo e não do próprio direito da parte, como acreditava a ultrapassada doutrina de décadas atrás.

O amparo ao direito material e a proteção contra seu perecimento, no caso de perigo de dano na demora da prestação jurisdicional, é o que justifica o mecanismo das tutelas de urgência no sistema processual, em atendimento ao fundamento da razoável duração do processo e da celeridade processual presentes no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) (SIMONASSI, 2013).

Nesse mesmo sentido, Pereira Filho (2011, p. 52) ensina que “a efetividade do processo, adstrita a uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, deve ser pensada à luz do direito material, ou seja, na proteção que o processo tem de ser capaz de lhe conferir”.

Assim, do ponto de vista de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), falha o legislador em não direcionar sua atenção à tutela de direitos de forma integral, ignorando as tutelas contra o perigo de ilícito, como assegura o art. 497, parágrafo único.

De maneira sucinta, Pereira Filho (2011, p. 53) afirma que “há direitos que só podem ser protegidos se não forem violados. É da sua essência a não violação. [...] a única forma capaz de evitar ou cessar ofensa à norma que tutela direito fundamental inviolável é a tutela inibitória”.

Conclui-se que o legislador do novo CPC, apesar de objetivar a celeridade e a efetividade não atentou para a tutela do direito material de forma integral ao ignorar as tutelas contra o perigo de ilícito.

#### 4.4.2 Sobre o nome tutela provisória e a desconsideração pelo objetivo de efetivar direitos

A conjugação da técnica processual com a tutela de direitos, feita em determinado momento da história do Direito Processual Civil no Brasil pelo instituto da antecipação de

tutela, segundo Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015) encontra uma pálida e pobre tradução na designação de “tutela provisória” no novo CPC/2015.

Ao preferir essa denominação, o legislador regrediu no tempo e optou por ver o processo de uma perspectiva interna em detrimento de uma preocupação com a efetiva tutela de direitos. Aludir apenas a tutelas provisórias ou sumárias sem iluminá-las com o conceito de tutela de direitos é perder de vista aquilo que o processo vai efetivamente tutelar. “Os critérios processuais – provisoredade e cognição sumária, por exemplo – são inquestionavelmente importantes, mas são insuficientes para o adequado equacionamento das relações entre direito e processo no Estado Constitucional” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, p. 198, 2015).

Embora o legislador tenha se equivocado ao acentuar a característica meramente processual da provisoredade em detrimento da relação entre a técnica antecipatória e a tutela de direitos, ao menos reconheceu a necessidade de o procedimento comum contar com atividade de cognição e de execução e de poder gerar decisões provisórias e definitivas sobre o mérito da causa, fazendo com que a técnica antecipatória fosse prevista na parte geral, podendo ser articulada de maneira incidental ou antecedente, tanto no procedimento comum como em qualquer outro procedimento diferenciado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

#### 4.4.3 Os fundamentos da tutela provisória

A técnica antecipatória tem por função distribuir o ônus do tempo no processo, para tanto, fundamenta-se ora na urgência e ora na evidência, razão pela qual o legislador do CPC/2015, no art. 294, dispôs que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”, sendo que a tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou antecipada (ou satisfativa, conforme parágrafo único, do art. 294) e a tutela de evidência é sempre satisfativa (art. 311) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Na opinião de Alvim (2012), apesar de haver distinguido a tutela de urgência da tutela da evidência, o legislador acabou por amalgamar os dois institutos ao dispor no art. 300, do CPC/2015 sobre “elementos que evidenciem a probabilidade do direito”, pois se esses elementos forem evidentes, a hipótese será de tutela de evidência e não de tutela de urgência,

e, portanto, ao tratar o novo CPC da tutela de urgência acaba por contemplar também a tutela de evidência.

No entanto, o vocábulo “evidenciem” do supracitado art. 300, provavelmente não foi empregado com o intuito de demonstrar o direito evidente relativo à tutela de evidência, mas deve ter sido utilizado pelo legislador coincidentemente por não ter escolhido uma melhor sinônima, já que a tutela de evidência independe da urgência ou do risco de dano.

#### 4.4.4 Sobre a sistematização das tutelas de urgência, sua mudança topológica e a eliminação das cautelares nominadas

Tanto as tutelas de urgência quanto as tutelas de evidência foram classificadas no gênero Tutela Provisória e alocadas no livro V, do CPC/2015, sendo que as primeiras foram divididas nas espécies tutelas satisfativas e tutelas cautelares. Tais tutelas são prestadas mediante provimentos provisórios fundados em cognição sumária (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Sendo assim, as tutelas de urgência preventivas são as que, deferidas pelo processo cautelar ou por medidas cautelares, conforme medida que visa proteger o processo, segundo a visão adotada por Maciel Júnior (2013), objetivam proteger pessoas, provas e bens antes ou no curso do processo principal, preservando seu resultado útil. As tutelas de urgência satisfativas objetivam antecipar os efeitos da sentença, entregando o bem da pretensão para uso e gozo imediato do autor, em face de prova que evidencie o direito afirmado na petição inicial. As tutelas preventivas ou cautelares não têm como objetivo resolver situação controvertida (mérito) de um processo pendente ou a ser proposto; já as tutelas satisfativas ou antecipatórias possuem controvérsia desde o momento em que é deferido o pedido liminar (MACIEL JÚNIOR, 2013).

Entretanto, para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) existe direito à satisfação dos direitos e direito à sua asseguração, que é referível àquele. Nesse sentido, há identidade total ou parcial entre a cautelar prestada liminarmente e aquela que pode ser prestada ao final com a sentença. Porém, quando é prestada tutela cautelar ao direito, não é estabelecida uma relação de ordem processual e nem tampouco de identidade, mas uma relação entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, uma relação material e de referibilidade, ou seja, a tutela cautelar é referível à tutela satisfativa, pois seu objeto está em assegurar sua eventual e futura realização.

Sendo a tutela cautelar diferente da satisfativa, uma não pode ser incorporada pela outra, como ocorre entre provimentos provisórios e definitivos, mas a tutela cautelar visa à proteção do direito material, tal qual a tutela satisfativa.

A técnica processual pode prestar tanto a tutela satisfativa quanto a tutela cautelar e é nesse sentido que o legislador refere que a tutela provisória de urgência pode ser satisfativa (antecipada) ou cautelar (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015)

Houve no CPC/2015 uma tentativa de sistematização das tutelas de urgência, principalmente porque topicamente foram deslocadas as medidas de urgência para a parte geral do novo Código, com a eliminação das medidas cautelares nominadas (SIMONASSI, 2013).

A tutela cautelar é uma espécie do gênero das tutelas de urgência, que o CPC/2015 ao suprimir o processo cautelar, migrou para a Parte Geral, devendo ser postulada mediante simples petição, se anterior ao processo, ou de forma incidental, se em um processo em curso.

#### 4.4.5 O vocabulário probabilidade e a impropriedade de se estabelecer a proibição da antecipação perante a irreversibilidade dos efeitos da decisão

O fundamento tanto da tutela de urgência quanto da tutela de evidência está alicerçado na técnica antecipatória que trabalha dentro dos domínios da probabilidade do direito (art. 300), que é entendida como uma convicção judicial formada a partir de uma cognição sumária das alegações das partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

No CPC/1973 a antecipação da tutela era condicionada à existência de prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, entretanto o legislador do CPC/2015 resolveu trocá-las pelo conceito, de função mais pragmática, probabilidade do direito, com base em uma cognição sumária, ouvindo apenas uma das partes ou fundado em quadros probatórios incompletos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

O legislador não diferenciou, para efeitos de avaliação da probabilidade do direito, o caso em que se pede tutela inibitória dos demais casos de tutela provisória repressiva, pois como o objetivo daquela é evitar a violação de um direito, somente será possível provar fato que constitua indício de que a violação futura provavelmente ocorrerá, sendo que o juízo provisório deve ser atinente à probabilidade de ocorrência de um fato ilícito futuro e de que

este poderá ocorrer antes da atuação da sentença; juízo diferente daquele que há de ser feito na tutela provisória repressiva, que deve estar centrado sobre o fato violador e sobre a necessidade da tutela antecipatória para não agravamento do dano (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Como visto, o requisito fundamental da tutela de urgência no CPC/2015 é a probabilidade do direito, enquanto o CPC/1973 tratava por verossimilhança da alegação (art. 273) e a doutrina e a jurisprudência por verossimilhança, como sinônimo de probabilidade (ALVIM, 2012).

Para Alvim (2012), ao mudar o vocábulo verossimilhança por probabilidade, em que pese o primeiro aludir à alegação e o segundo ao direito, o CPC/2015 “acabou trocando seis por meia dúzia”, pois o que é provável é verossímil, e o que é verossímil é provável.

Para fins de concessão ou denegação da tutela antecipatória, o que o juiz deve verificar é se, em face das alegações do requerente, delas se infere, mediante um juízo de probabilidade, a existência da pretensão material invocada. A probabilidade serve como um termômetro para o juízo do juiz, que pode ser máxima, média ou mínima, sendo que apenas a probabilidade máxima ou próxima da máxima autoriza a concessão da medida satisfativa, devendo a probabilidade média ou próxima da média autorizar a tutela cautelar, enquanto a probabilidade mínima, em princípio, não autoriza nada, devendo a pretensão de tutela ser objeto da decisão final, no procedimento ou no processo (ALVIM, 2012).

O anteprojeto e o projeto do novo Código de Processo Civil adotavam o termo plausibilidade. Entretanto esses vocábulos plausibilidade, como plausível, probabilidade, como provável e verossimilhança, como verossímil, para Alvim (2012) possuem idêntico significado, sendo que sua escolha fica de acordo com a preferência de quem os emprega. No caso do CPC/2015, a preferência foi por probabilidade.

Conforme enuncia o art. 300, § 3º, “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Este dispositivo, segundo Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015, p. 204), fere a lógica do provável em detrimento do direito improvável, pois se a tutela antecipatória tem por finalidade combater o perigo na demora capaz de gerar um ato ilícito ou um fato danoso, muitas vezes irreparável ao direito provável, não há como não admitir a concessão da tutela sob o simples argumento de que possa trazer um prejuízo irreversível ao réu, pois seria como dizer “que o

direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável”.

O *caput* do art. 311, do CPC/2015, que trata da tutela de evidência, dispõe que esta será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

A independência da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo na tutela de evidência vem expressa logo no *caput* do art. 311, mas no diploma de 1973, vinha subentendida no art. 273, inciso II, pois a exigência de dano irreparável ou de difícil reparação era condição apenas do inciso I, ou seja, para a tutela de urgência.

#### 4.4.6 Explicação da melhor adequação do termo “perigo na demora”

Na opinião de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), se o legislador fosse mais preciso na estruturação do regime da tutela provisória e mais atento às necessidades do direito material, poderia ter caracterizado a urgência, fundamento de seu deferimento, como “perigo na demora” (*periculum in mora*), ou seja, sem a tutela provisória capaz de satisfazer ou acautelar o direito, incide-se no perigo desse não poder ser realizado.

O perigo na demora é suficientemente amplo para viabilizar tanto tutelas contra o ilícito como tutelas contra o dano e mais adequada à compreensão da técnica processual à luz da tutela de direitos, daí porque “perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo” devem ser lidos como perigo na demora (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

#### 4.4.7 Sobre a importância da fundamentação judicial e a utilização vazia do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para fundamentar as decisões sobre a tutela provisória

A decisão que conceder, negar, modificar ou revogar tutela de urgência e de evidência (tutela provisória) deverá ser fundamentada de modo claro e preciso pelo juiz, que explicitará as razões do seu convencimento, conforme art. 298, do CPC/2015.

Segundo Alvim (2012), este preceito seria desnecessário, se fosse um hábito do juiz cumprir a determinação legal e constitucional de fundamentar suas decisões, evitando deixar a parte interessada à deriva e sem saber os motivos que embasaram o convencimento judicial.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), fundamentar de modo claro e preciso é dar as razões que justificam a decisão judicial por vários motivos, dentre eles, permitir que as partes possam articular seu recurso para viabilizar o controle institucional pelo tribunal e permitir que a sociedade tome conhecimento de como é praticada a jurisdição, ou seja, o exercício do controle social do poder. Agrega-se a isso, que a fundamentação quando aliada à publicidade (arts. 93, IX, CF/1988 e 11, CPC/2015) constitui um importante sinal de que a justiça está sendo administrada de maneira democrática.

Entretanto, uma crítica pertinente é feita sobre a fundamentação relativa às tutelas provisórias:

No particular, vejo nessas expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora* um conceito medieval, inteiramente carente de substrato material, não passando de um equívoco de que versa os provimentos antecipatórios, pois, se o juiz disser, na prática, que presentes (ou ausentes) o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concede (ou denega) a liminar, não diz absolutamente nada –, ou melhor, diz “nada”, numa linguagem medieval –, faltando um mínimo básico para cumprir o preceito constitucional da fundamentação (CF, art. 93, IX); mas que na prática passa a impressão, embora falsa, de ter o juiz fundamentado a decisão. (ALVIM, 2012, p. 389).

#### 4.4.8 A possibilidade de concessão da tutela provisória liminarmente

Ensina Alvim (2012) que o vocábulo “liminar” traduz, de modo geral, a concessão da medida no limiar do processo, ou seja, por ocasião do despacho da petição escrita, introdutória do pedido, isto é, anteriormente à citação do réu (*inaudita altera pars*).

A tutela provisória concedida liminarmente terá a realização do contraditório postergada para quando da oitiva do réu (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Postulada a tutela de direito mediante decisão provisória fundada na urgência, o contraditório poderá ser postergado quando: (i) a oitiva do réu/requerido for capaz de colocar em risco a possibilidade de obter a tutela específica do direito do autor, ou seja, quando a demora ínsita à formação do contraditório puder concretizar a ameaça que se busca inibir: reiteração de ilícito ou a sua continuação, ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação ou agravamento injusto do dano experimentado pela parte; e (ii) a oitiva do réu/requerido for capaz de colocar em risco a eficácia da tutela provisória, ou seja, quando a parte contrária agir de tal modo que seja capaz de frustrar o resultado pretendido com a tutela provisória. A possibilidade de haver frustração da efetividade da tutela sumária devido ao tempo ou à atuação da parte contrária constitui pressuposto para a postergação do

contraditório no processo civil, tanto para a tutela satisfativa como para a tutela cautelar (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

É possível também, postergar o contraditório quando a parte postula tutela provisória fundada na evidência. Como regra, a defesa inconsistente somente se configura com o efetivo exercício da defesa, o que leva à conclusão de que a concessão da tutela de evidência sempre dependerá da anterior realização do contraditório. Entretanto, o legislador permitiu a postergação do contraditório em duas situações em que a defesa do réu será potencialmente inconsistente: quando o autor fundamenta seu pedido em precedentes do STF e do STJ ou em jurisprudência em incidente de resolução de demandas repetitivas pelos TJs e TRFs (art. 311,II); e quando feito pedido em pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (art. 311, III). Em ambos os casos, o contraditório é postergado porque é injusto sobrecarregar o autor com a demora para realizar um direito que já está definido pelas cortes superiores ou se encontra confortado com prova específica que o instrumentaliza no plano do direito material(MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

#### 4.4.9 A possibilidade de concessão de ofício da tutela provisória

No sistema do CPC/1973, apesar de o art. 273 dispor expressamente que a tutela antecipada será concedida se houver requerimento da parte, a doutrina discute, como visto em item anterior, a possibilidade de sua concessão *ex officio*, existindo argumentos favoráveis e desfavoráveis em relação a esta questão.

A doutrina, em alguns casos, afirma ser possível a concessão de ofício, principalmente no caso do inciso II, tutela sancionatória, devido a suas particularidades, como ter natureza dúplice de tutela antecipada e de sanção processual, que visa a conservar a lealdade entre as partes do processo e preservar o comportamento dos litigantes, protegendo o interesse público (LOPES, 2006).

Nas versões do anteprojeto constante no Ato do Presidente do Senado Federal – APSF 379/2009, art. 284 e do Projeto de Lei do Senado Federal – PLS 166/2010, art. 277, tais dispositivos previam que em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderia conceder medidas de urgência de ofício. Estes dispositivos, no entanto, foram suprimidos no CPC/2015.

Mas, o que, concretamente, estas versões anteriores do novo CPC incluíam como medidas de urgência? Somente as cautelares ou também as satisfativas?

Alvim (2012) entende que as medidas de urgência dispostas nos artigos das versões anteriores, acima citados, eram cautelares, incluindo as inominadas e, como regra, devem ser objeto de pedido, e só excepcionalmente, nos casos previstos em lei, podem ser concedidas de ofício, pois as medidas de urgência são geralmente informadas pelo princípio dispositivo, que condiciona a prestação jurisdicional a pedido expresso da parte.

A antecipação de ofício, tanto das medidas de urgência satisfativas quanto as de evidência, ainda está dependendo da interpretação da doutrina e da jurisprudência, pois não houve, como se vê, um dispositivo que garantisse sua aplicação.

Souza (2014) afirma que, de modo contrário ao que estabelecia o art. 273 do CPC/1973, o art. 311 do CPC/2015 não menciona expressamente que a tutela de evidência somente poderá ser deferida mediante requerimento da parte interessada. Entretanto, pela sistemática dos procedimentos das tutelas de urgência e de evidência do novo CPC, somente no projeto originário o legislador permitiu a concessão de ofício, e somente em relação às tutelas de urgência (cautelar e satisfativa, ao contrário do entendimento de Alvim, acima). No entanto, já na aprovação do Relatório Final da Câmara dos Deputados não se verifica mais a possibilidade expressa de concessão da tutela antecipada *ex officio*, nem mesmo em caráter urgente. Porém, mesmo sem o permissivo legal, o juiz pode conceder antecipação de tutela de ofício com base na urgência devido a princípios constitucionais, como nas demandas que envolverem interesse público e social, família, criança, idosos, enfermos etc.

O requerimento da técnica antecipatória obedece ao princípio da demanda (arts. 2º e 141, CPC/2015), isto é, para a concessão da tutela provisória deve haver requerimento da parte. Porém, na dogmática do Código de 1973, a prestação da tutela cautelar de ofício era admitida sob o “argumento equivocado”, conforme Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015, p. 205), de que o juiz não estaria protegendo o direito da parte, mas o próprio processo (ponto de vista contrário a Lopes (2006), conforme visto acima). Entretanto, uma possibilidade de conferir ao juiz um papel mais participativo, é viabilizar que faça uma consulta à parte que poderá se beneficiar com a tutela provisória, a fim de que essa se manifeste expressamente se deseja ou não sua concessão, ou seja, colaborando com a parte (art. 6º), o juiz pode consultá-la a respeito de seu interesse na concessão da tutela sumária, pois pode ser que não exista

interesse em fruir desta decisão em face do regime de responsabilidade objetiva que a ela alcança.

#### 4.4.10 O momento processual adequado para pedir a tutela provisória

A tutela provisória pode ser concedida ao longo de todo o procedimento comum e também na sentença. No entanto, em um sistema que admite a técnica antecipatória, seria racional que a sentença de primeiro grau tivesse eficácia imediata, ou seja, que a apelação não possuísse efeito suspensivo. Nas palavras de Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015, p. 208), “o Código de Processo Civil, [...] perdeu a oportunidade de corrigir essa grave irracionalidade [...] de admitir que decisões fundadas em cognição sumária tenham eficácia imediata e decisões fundadas em cognição exauriente não tenham – e manteve o efeito suspensivo da apelação (art. 1.102)”. Dessa forma, a saída que permite outorgar a tutela adequada aos direitos é permitir a tutela provisória na sentença, quando presentes os pressupostos para sua concessão. Nada obsta também que, a tutela provisória seja concedida em sede de recurso, pois no geral, enquanto não houver decisão definitiva, estando presentes os pressupostos legais, é possível obter a tutela antecipatória.

Alteração importante do CPC/2015, quanto ao momento do pedido, veio no sentido de que quando a tutela provisória tiver de ser requerida em ação de competência originária do tribunal e em sede recursal, este deve ser feito diretamente ao juízo competente para prover ou desprover o recurso (arts. 299, parágrafo único e 932, § 3º, II), isto é, àquele juízo destinado a conhecer o mérito do recurso, e não àquele competente para a sua simples admissibilidade, salvo hipótese de sobrerestamento do recurso, por força de afetação de recurso repetitivo, em que será feito ao tribunal local (art. 1.029, § 5º, III). O parágrafo único, do art. 299 inova em relação ao direito anterior ao dispor em sentido contrário às súmulas 634 e 635 do STF<sup>3</sup> (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Para Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015, p. 209) a solução do direito anterior era equivocada, pois partia do pressuposto de que a análise da plausibilidade do direito alegado possuía estreita relação com a decisão a respeito da admissibilidade do recurso. Dessa forma,

---

<sup>3</sup> Súmula 634, STF: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. Súmula 635, STF: “cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido da medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente de admissibilidade”.

não seria possível deferir a apreciação da tutela sumária ao STF ou ao STJ antes de o tribunal de origem se pronunciar sobre a admissibilidade do recurso extraordinário ou do especial, devido ao caráter preliminar dessa atividade. É de se notar que, a proibição deve recair sobre a possibilidade do tribunal de origem examinar o mérito do recurso. Entretanto, uma vez outorgada a este a possibilidade de apreciar a tutela sumária, conferia-se também o poder de analisar, ainda que baseado em probabilidade, o mérito do recurso. Em suma, o tribunal de origem poderia inibir os efeitos da sua própria decisão em função de um recurso que não lhe concernia apreciar, mas tão somente admitir ou não.

Entretanto, esta alteração considerada um avanço, sofreu um retrocesso, pois a Lei 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, mudou a redação do art. 1.029, § 5º, III, do CPC/2015, inserindo a possibilidade de que o tribunal de origem possa analisar o pedido de tutela provisória no período compreendido entre a interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial e a publicação da decisão de admissão do mesmo.

#### 4.4.11 Os recursos em sede de tutela provisória

Da decisão que defere ou indefere a tutela provisória cabe agravo de instrumento (art. 1.015, I), pois esta constitui uma decisão interlocutória (art. 203, § 2º). Indeferido o pedido, pode o autor requerer no agravo, desde logo, ao seu relator, a antecipação da tutela recursal no tribunal, ou deferido, requerer o réu efeito suspensivo ao recurso (art. 1.019, I). Se, no entanto, a tutela provisória for confirmada, concedida ou revogada na sentença, o único recurso cabível é a apelação (art. 1.009, § 3º).

Alvim (2012) considera desnecessário repetir, no art. 298 do CPC/2015, qual o recurso combate a decisão que concede ou denega a tutela provisória, qual seja, o agravo de instrumento, pois esta já se encontra no art. 1.015, fazendo crítica desde à época do projeto, de que o mesmo era pródigo em desnecessárias repetições.

O juiz pode entender necessária a cientificação do réu/requerido quando houver pedido de tutela provisória fundada na urgência, anteriormente à oitiva daquele. Neste caso, conforme Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015), é importante compreender que a manifestação judicial que concede vista à parte contrária não é mero despacho, mas efetiva decisão que julga pela inexistência de perigo suficiente para a imediata apreciação do pedido, e, como versa sobre decisão de tutelas provisórias, cabe agravo de instrumento (art. 1.015, I).

#### 4.4.12 Sobre a eficácia e a provisорiedade do provimento

Conforme o art. 296, CPC/2015, “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo ser revogada ou modificada”. E o parágrafo único complementa que “salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”.

De acordo com Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015), a provisорiedade oriunda da técnica antecipatória evidencia: (i) *revogabilidade*, ou seja, como a base da cognição é sumária, conforme esta se exaure ao longo do processo, pode haver a existência de novos elementos capazes de alterar a convicção judicial, o que remete à revogabilidade do provimento provisório, que é precário, instável, e que pode ser revogado ou modificado a qualquer momento, entretanto, não é correto pensar que este tipo de tutela não possui qualquer estabilidade, sendo equívoco imaginar que a estabilidade no processo deve necessariamente se identificar com a coisa julgada, dessa forma, somente novas circunstâncias justificam a modificação ou a revogação da tutela provisória deferida, sendo que o simples reexame de questão jurídica não autoriza sua revogação e, simetricamente, o pedido indeferido só justifica novo requerimento a partir de novas circunstâncias; (ii) *duração do provimento*, ou seja, quanto à sua eficácia temporal, o termo final é estabelecido pela tutela definitiva, no entanto, excepcionalmente, é possível manter uma tutela provisória eficaz (satisfativa ou cautelar) para além da prolação da sentença definitiva, quando o perigo é maior do que a convicção judicial a respeito da existência ou inexistência do direito; e (iii) *relação entre provimento provisório e provimento definitivo*, isto é, uma relação processual e de identidade: a tutela antecipada guarda uma relação de identidade, que pode ser total ou parcial, com a tutela satisfativa final, ou seja, com o objeto do pedido definitivo ou final, que incorporará o objeto do provimento provisório. Da mesma forma ocorre com a tutela cautelar prestada liminarmente e confirmada na sentença, há identidade total ou parcial entre a cautelar prestada liminarmente e aquela que pode ser prestada ao final com a sentença.

#### 4.4.13 Sobre a efetivação da tutela provisória deferida

A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença no que couber, conforme o parágrafo único, do art. 297, do CPC/2015.

Efetivação é o ato pelo qual se cumprem decisões interlocutórias e neste sentido orienta-se o CPC/2015, preferindo o vocábulo “efetivação” para aludir ao cumprimento da medida liminar, embora adote como parâmetro operativo as regras para o cumprimento provisório da sentença, que seria uma “execução” provisória (ALVIM, 2012).

Contra o perigo na demora pode-se utilizar a tutela satisfativa (tutela antecipada) ou a tutela cautelar. Nos dois casos o juiz está autorizado a tutelar atípicamente o direito, lançando mão das providências que entender mais adequadas e necessárias. Embora o legislador tenha estabelecido isso, quanto à tutela antecipada, apenas de maneira genérica (art. 297), que, em verdade, é delimitada pelo pedido definitivo, em relação à tutela cautelar, estabeleceu claramente as formas pelas quais esta pode ser efetivada: mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida para asseguração do direito (art. 301) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO,2015).

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 212), as técnicas processuais destinadas a efetivar a tutela provisória passaram por sensível evolução, pois o direito vigente primeiro outorga poder ao juiz para efetivação a partir da ideia de adequação da tutela, conforme o art. 297, CPC/2015: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”, para somente depois afirmar que as regras sobre o cumprimento provisório da sentença serão observadas, e, apenas no que couber, conforme o parágrafo único do art. 297, “A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.” Com o novo Código, o direito brasileiro “completou um arco que vai da previsão de formas rígidas de execução a um sistema que privilegia a versatilidade e a maleabilidade das técnicas executivas”, pois independentemente da execução com finalidades específicas, como o pagamento de quantia, por exemplo, ao juiz cabe “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (art. 139, IV).

A adequada técnica processual para a efetivação da tutela do direito, ou seja, a aptidão do meio empregado para promover a efetivação da tutela do direito, é o que interessa em primeiro plano, pois toda e qualquer técnica processual executiva adequada está disponível para a efetivação da tutela de direitos, e quando houver mais de uma opção disponível, o juiz deve-se utilizar do meio menos restritivo e observar, no que couber, as regras para o

cumprimento provisório da sentença (arts. 520 e 522, CPC/2015) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015)

#### 4.4.14 A possibilidade de caução para deferimento da tutela provisória

A previsão de que o juiz pode exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, como requisito complementar à concessão da tutela de urgência, está presente no § 1º do art. 300 do CPC/2015. Trata-se de uma possibilidade oferecida pela norma ao magistrado, que poderá exigir-la de acordo com seu próprio entendimento do caso. O dispositivo ressalva a dispensa da parte economicamente hipossuficiente, que não puder oferecê-la.

Este dispositivo estava previsto nas versões anteriores do anteprojeto e do projeto (parágrafo único, do art. 283, do APSF 379/2009 e parágrafo único, do art. 276, do PLS 166/2010), mais especificamente para a tutela de urgência concedida liminarmente.

A regra do § 1º do art. 300 do CPC/2015 é mais razoável do que a do art. 804, do CPC/1973, que trata especificamente da exigência de caução para os casos das medidas cautelares, pois ressalva a inexigibilidade da caução da parte economicamente hipossuficiente.

O dispositivo previu a possibilidade de exigência de caução apenas para as tutelas de urgência, excluindo as tutelas de evidência desta possibilidade, o que parece acertado, haja vista a menor chance de reversão das tutelas de evidência, que possuem um juízo de probabilidade mais forte.

#### 4.4.15 A possibilidade de substituição da medida de urgência por prestação de caução ou outra garantia e sua supressão no novo CPC

No anteprojeto (APSF 379/2009) e também no projeto de lei do Senado (PLS 166/2010) constava parágrafo único dos arts. 278 e 270, respectivamente, a previsão de que, uma vez concedida medida de urgência, esta poderia ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Com isso, houve tentativa de que tal comando alcançasse as medidas satisfativas, pois no art. 805, do CPC/1973 já se encontrava presente semelhante disposição, mas com previsão apenas para as medidas cautelares. Tal dispositivo foi suprimido a partir do Substitutivo da Câmara dos Deputados, Projeto de Lei 8.046, de 2010, da Câmara dos Deputados (PLCD 8.046/2010) e não vingou no CPC/2015.

Alvim (2012) ressalta que a palavra “substituir” deve ser entendida com rigor, pois não se substitui uma medida cautelar ou satisfativa que não foi deferida em detrimento de uma caução. Para haver substituição é essencial que, anteriormente, haja sido deferida a medida de urgência, de caráter satisfativo ou cautelar, pois somente assim haverá a substituição da tutela propriamente dita.

#### 4.4.16 A responsabilidade objetiva motivada por dano produzido pela efetivação da tutela provisória

Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa em quatro hipóteses, conforme previsão do art.302, incisos de I a IV.

O requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da tutela de urgência, se a sentença lhe for desfavorável, sendo responsável pelo fato objetivo de ter sido postulada e efetivada a medida, conforme o inciso I, art. 302, CPC/2015.

Responde também quando, obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias (inciso II, art. 302, CPC/2015).

Alvim (2012) ressalta que, “fornecer os meios necessários para a citação” significa adotar, o autor ou requerente, as providências que lhe cumpram para viabilizar a citação, como, fornecer as peças necessárias para acompanhar o ofício ou mandado intimatório; recolher custas complementares; depositar despesas relativas à citação, entre outros. Entretanto, a expressão utilizada nas versões anteriores do projeto e no anteprojeto, qual seja, “não promover a citação”, estava na contramão do sistema processual, tanto do de 1973 quanto do atual CPC/2015, pois a promoção da citação não é feita pelas partes, mas por mediação do oficial de justiça.

O inciso III aduz que o requerente da medida também será responsabilizado se ocorrer cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal e o inciso IV, se o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

De acordo com Alvim (2012) o problema do inciso IV, do art. 302, relativo à prescrição e à decadência, é sistêmico e está em admitir-se que se discuta o mérito da pretensão principal, a pedido do réu, em uma medida de urgência, o que, no caso, só poderia ser concebido quando formulado pedido contraposto.

Conforme o parágrafo único, do art. 302, do CPC/2015, a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

A previsão de reparação do dano, no art. 302, especifica a efetivação da tutela de urgência, o que não ocorria nas versões anteriores dos projetos e do anteprojeto, os quais tratavam de danos causados pela “efetivação da medida” (art. 282, APSF 379/2009 e art. 274, PLS 166/2010) e “tutela antecipada cautelar” (art. 303, PLCD 8.046/2010).

A pergunta que se descontina é se o dano causado pela tutela de evidência não deve ser reparado conforme as hipóteses dos incisos do art. 302, do CPC/2015.

Para Alvim (2012) há responsabilidade objetiva tanto em relação às medidas de urgência quanto às de evidência, pouco importando a relação de causalidade (culpa, fraude, malícia, dolo etc), restando ao beneficiário da medida apenas provar que da sua efetivação não resultou prejuízo para a outra parte.

Lopes (2006) em análise da aplicação analógica do art. 811, do CPC/1973 às tutelas antecipadas (utilização das regras de responsabilização objetiva das medidas cautelares para os casos de tutela antecipada), afirma que tal analogia no caso da tutela antecipada sancionatória, como não se trata de medida urgente e partilha poucos aspectos das medidas cautelares, é bastante delicada, pois não estão presentes em sua disciplina as razões que determinam a instituição da responsabilidade objetiva. Na tutela antecipada sancionatória a justificativa não é a concessão de um benefício ao requerente, mas a repressão a uma atitude desleal do demandado, que abusou do direito de defesa ou agiu em manifesto propósito protelatório.

A responsabilidade pela fruição da tutela provisória é caracterizada pela doutrina como uma responsabilidade objetiva, ou seja, em que ocorre a responsabilidade independentemente da ocorrência de dolo ou culpa. Dessa forma, a indenização será liquidada

sempre que possível nos autos em que a medida tiver sido concedida (art. 302, parágrafo único) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Os prejuízos compreendem tudo o que resultar negativo no patrimônio do requerido em função da efetivação da medida, como, lucros cessantes, danos emergentes, além de outros que consiga demonstrar. Não se afasta, também, a reparação de eventuais danos morais (ALVIM, 2012).

A obrigação do requerente de indenizar o requerido não depende de condenação judicial, sendo decorrência das hipóteses legais previstas nos incisos, cabendo ao requerido promover a liquidação dos danos e promover a cobrança, nos autos do procedimento em que tiver sido concedida a medida (ALVIM, 2012).

Na apuração do valor de prejuízo aplicam-se as regras da liquidação de sentença, seguindo-se, por analogia, o procedimento para cumprimento de sentença. Não se tem propriamente o cumprimento de uma sentença, mas de uma obrigação *ope legis*, que tem o mesmo perfil de uma condenação (ALVIM, 2012).

#### 4.4.17 Preferência no julgamento do processo principal

Para Alvim (2012) somente o fato de ser concedida a tutela provisória já induz preferência em favor do julgamento do processo principal, se houver, pois tais medidas, concedidas em favor de uma das partes e em desfavor da outra, não permitem a demora na resolução do mérito, quando são maiores e talvez irreparáveis os prejuízos em razão da efetivação da tutela liminar, que ao final, não se confirmou.

No art. 296, do anteprojeto APSF 379/2009 e no art. 275, do PLS 166/2010, aparecia dispositivo, hoje ausente no CPC/2015, que dispunha que tramitariam prioritariamente os processos em que havia sido concedida tutela de evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais. Tal supressão somente se justifica diante da interpretação pacífica dos tribunais sobre tal preferência.

#### 4.4.18 Tutela de evidência: conceito e finalidade

O legislador buscou caracterizar a evidência do direito capaz de justificar a prestação da tutela de evidência a partir das hipóteses de concessão presentes nos quatro incisos do artigo 311 do CPC/2015, sendo que o denominador comum capaz de ligá-las é a noção de defesa inconsistente, inspirada no *référez provision* do Direito Processual francês, que subordina sua concessão a uma obrigação não seriamente contestada, ou seja, a tutela poderá ser antecipada se a defesa utilizada pelo réu for inconsistente ou possuir grandes probabilidades de o ser, como no caso das defesas abusivas ou potencialmente abusivas, de forma semelhante ao art. 273, inciso II, do CPC/1973. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Em sede doutrinária, no sistema de 1973, a verossimilhança da alegação ou o direito evidente, vem caracterizado pelo abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, sendo que a ideia central é expressar a força da evidência do direito do autor, de tal maneira que, a defesa do réu resta abusiva e protelatória, tendo por único fim postergar ao máximo a satisfação dos interesses daquele (ALVIM, 2012).

Ao tratar da tutela de emergência, o CPC/2015 dispõe sobre requisitos para sua concessão, ou seja, elementos que demonstram a probabilidade do direito. Porém, ao tratar da tutela de evidência, o art. 311 não faz nenhuma indicação sobre o que seja a evidência do direito a esta tutela, sendo que evidência só pode ser depreendida da denominação em si mesma, ou seja, do direito que é evidente, conforme asseverou Alvim (2012) em análise das versões anteprojeto e do projeto de lei do CPC.

Alvim (2012) informa que doutrinas, como as de Luiz Fux, vem identificando a evidência como a liquidez e certeza do direito do mandado de segurança, o que é uma comparação desarrazoada, pois o próprio conceito de direito líquido e certo do *writ*, não pode ser mais ilíquido e incerto.

O projeto do novo CPC trazia outra hipótese de concessão de tutela de evidência, assim como o CPC/1973: quando um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles mostrarem-se incontroverso, ou seja, se o réu reconhecesse o pedido ou não o contestasse, a solução seria definitiva. Entretanto, o CPC/2015 ao invés de tratar o pedido incontroverso como tutela de evidência preferiu enquadrá-lo no julgamento parcial do mérito, nos termos do art. 356, I. Dessa forma o legislador incorporou definitivamente ao novo diploma processual o instituto

da divisão da sentença em capítulos, permitindo que haja a prolação parcial de mérito em relação aos pedidos controversos (SOUZA, 2014).

Para Alvim (2012, p. 401) o direito evidente da tutela de evidência nada possui de diferente do direito plausível, provável, verossímil, que enseja a tutela de urgência, diferindo desta última, apenas pela especificidade de casos que os quatro incisos do art. 311 estabelecem como direito evidente.

Corrobora com a argumentação de Alvim, (MACIEL JÚNIOR, 2013):

[...] erro grosseiro e perceptível a olho nu é a inserção de uma invenção de mal gosto chamada de “tutela de evidência”. Criou-se aqui uma nova forma de tutela, como um *tertium genus*. A evidência é instituto vinculado ao direito americano e diz respeito às provas que devem ser apresentadas pelas partes que justifiquem a existência da demanda. [...] a evidência é fundamento da tutela satisfativa, mas não da cautelar, que é preventiva e pressupõe apenas *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A evidência é o fundamento das tutelas satisfativas. Porque existe prova (evidência) das alegações do autor justifica-se a urgência na apreciação do pedido de antecipação de tutela, invertendo-se o ônus do tempo no processo e impondo que o réu que resiste sem motivos, suporte os efeitos da tutela em prol do autor aparentemente com razão. [...] O “Título I” do projeto trata inicialmente a evidência como uma espécie de tutela antecipada, coloca-a ao lado da tutela de urgência, distinguindo-as como se se tratassem de ideias que devessem ser extremadas e não pudessem se relacionar em um mesmo instituto. [...] Ora, toda antecipação de tutela tem obrigatoriamente de ser fundada na evidência de um direito que justifique a antecipação dos efeitos do provimento e inverta o ônus do tempo no processo. A urgência que autoriza o deferimento liminar decorre da evidência do direito demonstrado pela parte e justifica ser injusto que o autor, aparentemente com razão, seja “condenado” ao processo. Ou seja, se o direito do autor é evidente, urge que o receba logo e o réu suporte o ônus do tempo e os custos do processo.

De acordo com Souza (2014), o instituto da tutela de evidência, desde o princípio, vem suscitando preocupações quanto ao seu sentido ambíguo e de imprecisão técnica. Dessa forma, foi apresentada pelo Senador Francisco Dornelles emenda ao projeto originário do novo CPC, sugerindo a alteração da nomenclatura, substituindo a expressão “tutela de evidência” por “tutela de direito aparente”, sob o argumento de que a referência à evidência seria tecnicamente imprecisa, pois o que mereceria tutela seria o direito material da parte e não a eventual evidência, que é uma espécie de critério de persuasão racional e que insinuaria a verificação de uma certeza que não existe nessa forma de tutela.

Contudo, tal emenda foi rejeitada pelo relator do projeto, sob a justificativa de que a expressão adotada estava correta, pois “tutela de evidência” já é consagrada pela doutrina como uma das espécies de tutelas possíveis no processo civil, sendo apropriada para os casos em que o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo (SOUZA, 2014).

Para Souza (2014), no intuito de se compreender melhor a polêmica surgida entre as expressões tutela de evidência e tutela de direito aparente, é necessário entender o que vem a ser evidência. Para isso o autor se utiliza da doutrina de Rui Cunha Martins, professor da Universidade de Coimbra. Para este autor, evidente é o que dispensa prova, é um simulacro de autorreferibilidade, ou seja, uma justificação centrada em si própria. Nesse sentido, para o professor evocado, o Estado Democrático de Direito será de fato mais democrático e de direito quanto menor for a contaminação pelas expressões da evidência.

De acordo com Martins (2010, apud SOUZA, 2014) admitindo-se que exista simultaneamente uma verdade de evidência e uma verdade da prova, torna-se admissível que a verdade de evidência seja alheia à ideia de processo, enquanto a verdade da prova não deverá ser, pois diferentemente da prova, a evidência não remete para outros dispositivos de avaliação, pois constitui um desdobramento do sentido de sua própria verdade, ou nos dizeres do referido autor, “alucinando”. Significa que caberá à prova trabalhar a verdade de modo não alucinatório, retirando-a do campo da evidência e sujeitando-a ao processo.

Entretanto, para Souza (2014) a evidência prevista no novo CPC não é mera insinuação, pois possibilita concretizações e desempenhos por meio de mecanismos de aferição da verdade, ou seja, análise de provas, e, resumindo o pensamento de Rui Cunha Martins, conclui que a evidência, portanto, não é objeto de tutela jurisdicional, mas critério de persuasão de concessão da tutela jurisdicional, dessa forma estava correto o Senador Francisco Dornelles ao afirmar que a evidência não seria tutelável, pois a tutela jurisdicional se presta a proteger o direito material com base na evidência.

Embora o art. 311 do CPC/2015 pretenda indicar as hipóteses legais que caracterizam o critério de evidência, algumas destas hipóteses não se enquadram como “evidência”, principalmente pelo fato de não dispensarem prova. Na verdade, somente o inciso I do art. 311, poderia, em sua essência, ser considerado como efetivo critério que demonstra a evidência, pois esta decorre do comportamento do réu que será sancionado com a antecipação da tutela jurisdicional (SOUZA, 2014).

A hipótese do inciso II exige a comprovação apenas documental das alegações de fato e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, ou seja, a prova passa a ser o critério essencial para a concessão da tutela antecipada, e não a simples evidência. Os incisos III e IV, da mesma forma, preconizam um critério probatório, ou seja, quando se tratar de pedido reipersecatório baseado em prova documental adequada e quando a

petição inicial for instruída com prova documental suficiente a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Nessas hipóteses fica claro que a evidência não é o critério para a concessão da tutela antecipada, mas sim, a prova (SOUZA, 2014).

O art. 311, I do CPC/2015, deve ser compreendido como uma “regra aberta” que permite antecipar a tutela sem o requisito da urgência, em qualquer situação em que a defesa do réu demonstre fragilidade diante da força dos argumentos do autor, e, em sentido contrário a Souza, da prova por ele produzida na petição inicial, ou seja, toda vez em que ocorrer uma defesa inconsistente. Esta é uma importante técnica processual que tem por finalidade a atípica concretização do princípio da igualdade e da paridade de armas entre os litigantes (arts. 5º, I, da CF/1988, e 7º do CPC/2015) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

A segunda hipótese de concessão da tutela de evidência, conforme o inciso II, do CPC/2015 é uma maneira de o novo instituto processual civil prestigiar as decisões de recursos repetitivos, criados devido ao grande congestionamento dos tribunais superiores, que não possuem condições de cumprir sua missão constitucional de revisar as decisões dos tribunais inferiores, de acordo com o que dispõe a Constituição (art. 102, § 6º) que permitiu a vinculação sumular das decisões do STF (ALVIM, 2012).

Se a matéria for unicamente de direito, não houver questão fática para interferir na decisão judicial e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante, essa jurisprudência ou essa súmula constituirá fundamento suficiente para a evidência do direito, autorizando sua antecipação (ALVIM, 2012).

Dessa forma, o inciso II, do art. 311, permite a antecipação da tutela de evidência desde que o fato possa ser comprovado apenas mediante prova documental, dispensando outras provas que dependam da realização da audiência de instrução e julgamento, e, desde que a tese jurídica já esteja firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Dessa forma, as hipóteses do dispositivo citado, a cognição realizada será exauriente e definitiva, seja pelo resultado dos recursos repetitivos no STJ e STF, seja pelo julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas ou em decorrência de súmula vinculante (SOUZA, 2014).

Entretanto, o art. 311, II comete um equívoco de orientação a respeito do tema dos precedentes. O que demonstra a inconsistência da defesa do réu não é o fato de que a tese do autor esteja fundamentada em “julgamento de casos repetitivos” ou em “súmula vinculante”, mas o fato de estar fundamentada em precedente do STF ou do STJ ou em jurisprudência

formada nos TJs e nos TRFs em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas. O que o artigo sob comento autoriza é a tutela de evidência no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência formada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos TJ ou nos TRFs. Tais precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não estar presentes em súmulas vinculantes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Outra hipótese é o inciso III, do art. 311, do CPC/2015, que permite que o proprietário requeira a restituição da coisa em depósito, cuja entrega seja injustamente recusada pelo depositário, mediante antecipação de tutela com base na evidência, de cognição sumária e satisfativa, com possibilidade de concessão liminar e com possibilidade de cominação de multa diária em caso de descumprimento. Para tanto, o autor deve comprovar documentalmente e de forma adequada, que deu em depósito convencional o bem móvel ou imóvel, sendo desnecessária a comprovação do risco de dano. Embora o dispositivo mencione a possibilidade de multa diária, nada impede que o juiz expeça mandado de busca e apreensão ou de reintegração de posse. Importante salientar, que o PLS 166/2010 previa a hipótese de concessão também para os casos de depósito legal, mas o CPC/2015 faz referência apenas ao depósito contratual (SOUZA, 2014).

A hipótese do inciso III, do art. 311, do CPC/2015 veio substituir o procedimento especial de depósito previsto no direito anterior. Com o depósito devidamente provado, deve o juiz determinar a entrega da coisa (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Essa regra só é contemplada no novo Código devido à extinção da ação de depósito (art. 902, CPC/1973), que obrigava o autor a instruir a petição inicial com a prova literal do depósito, pedindo a citação do réu para entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar o equivalente em dinheiro. O requerente pede (pedido reipersecatório) coisa móvel, objeto do contrato de depósito, que está fora do seu patrimônio. A exibição do contrato de depósito é prova mais do que irrefutável ou inequívoca para que o depositante obtenha a medida liminar de entrega do bem depositado, fundado na tutela da evidência (ALVIM, 2012).

Sobre o inciso III, do art. 311, do CPC/2015, Gajardoni (2015, p. 3) faz a seguinte análise:

O dispositivo recupera o prestígio do depósito. Dota-se a tutela processual do depositante de maior eficácia, através de instrumento processual bastante hábil, equivalente à busca e apreensão do DL 911/69 ou do art. 1.071 do CPC/1973. Desde que haja prova documental do contrato de depósito (a prova literal referida no art. 902 do CPC/1973), possibilita-se a imediata retomada da coisa. E indo até mais além do que o DL 911/69, estabelece que a ordem de entrega do bem (busca e apreensão) se dará, inclusive, sob a cominação de multa (astreinte). Tem-se se aqui –

como já se tinha na busca e apreensão do DL 911/69 e no art. 1.071 do CPC/1973 –, típico caso de tutela da evidência (ou do direito provável), a dispensar qualquer perquirição sobre risco de desvio ou destruição da coisa pelo depositário. O direito se mostra tão evidente ante a prova do depósito que, pela lógica do Sistema, não faz sentido privar o autor de tutela imediata (embora ainda dependente de confirmação na sentença final). Com a ordem liminar de busca e apreensão do bem, distribui-se de modo mais justo o tempo do processo, fazendo com que aquele que aparenta não ter razão (o depositário infiel) acabe por suportá-lo. Trata-se de excelente inovação do Novo CPC. Ressuscita-se a ação de depósito em nova roupagem, fora dos procedimentos especiais. E permite-se que, doravante, as partes contratem o depósito cientes de que, em caso de descumprimento da obrigação de entrega, há uma resposta imediata do sistema processual para o inadimplemento.

O inciso III, do art. 285, do anteprojeto APSF 379/2009 e também o inciso III, do art. 278, do PLS 166/2010 dispunha que se a inicial fosse instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não opusesse prova inequívoca, a tutela de evidência seria deferida.

A proposta desse artigo deu origem ao inciso IV, do art. 311, do CPC/2015, dispõe que se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, a tutela de urgência será deferida. No CPC/2015, as expressões prova irrefutável e prova inequívoca foram substituídas, respectivamente, por prova documental suficiente e prova capaz de gerar dúvida razoável.

Na proposta originária do PLS 166/2010 (art. 278, III) havia hipótese de concessão de tutela de evidência que exigia prova irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não opusesse prova inequívoca. Conforme Souza (2014), se a prova exigida fosse irrefutável, não se estaria diante de uma tutela de evidência, mas de um julgamento parcial do mérito, e, além disso, afirma que nenhuma prova é irrefutável, pois é possível gerar dúvida razoável por meio de prova testemunhal que suscite falsidade documental. Para dirimir o equívoco, o legislador optou por dar a seguinte redação ao inciso IV, do art. 311, do CPC/2015: “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”, o que remete à provável verdade dos fatos como um dos pressupostos para antecipar a tutela de evidência. No entanto, é necessário afirmar a determinação da verdade dos fatos entre os objetivos institucionais do processo, pois sem isso é bastante difícil explicar racionalmente a concessão da tutela de evidência fundada nesta hipótese.

Dessa forma, Taruffo (2002) reflete que, o problema não é se o processo deve ou pode ser dirigido para a verdade, mas saber o que pode ser entendido por verdade dos fatos no

processo e quando, como e com que meios essa verdade pode ser alcançada, sendo que, para a dogmática jurídica, o método mais apropriado passa pela análise das provas produzidas pelas partes na relação processual e a coerência na reconstrução dos fatos, embora não baste reduzir a verdade dos fatos à sua coerência narrativa.

Assim, as exigibilidades concomitantes do inciso IV, do art. 311, segundo Souza (2014), na verdade, são mera repetição, pois um requisito é pressuposto lógico do outro, já que se o réu apresentasse prova suficiente para gerar dúvida razoável ao direito do autor, isso significaria a não existência de prova documental suficiente dos fatos constitutivos do mesmo direito e vice-versa. Assim, a concessão da tutela de evidência baseada neste dispositivo, somente seria possível se fosse oferecida ao réu a oportunidade de produzir prova capaz de gerar dúvida razoável, inclusive, se fosse o caso, possibilitando-lhe ampla instrução probatória, portanto, com o exaurimento da cognição e a consequente impossibilidade de sua concessão liminar.

A instituição da tutela de evidência pretende racionalizar economicamente o sistema existente, com a valorização da rápida e eficaz prestação jurisdicional, para se evitar o prolongamento da demanda, em atendimento ao princípio da economia processual, conforme circunstâncias expressas em lei, com a entrega do que se pretende ao final do procedimento de cognição exauriente. De outro lado, é um reforço à exigência de se combater o uso distorcido dos instrumentos ou dos direitos processuais, para a introdução de novas perspectivas no âmbito dos costumes forense e judiciário (SOUZA, 2014).

Ao contrário da tutela de urgência (cautelar ou satisfativa), a concessão da tutela de evidência representa a antecipação do pedido principal, independentemente da comprovação da existência de dano, ou seja, da comprovação do *periculum in mora*, ou como preconiza o novo CPC, do perigo da demora na prestação da tutela jurisdicional. Isso porque as circunstâncias que denotam a evidência demonstram por si só a pretensão formulada em juízo (SOUZA, 2014).

O projeto do novo CPC trazia outra hipótese de concessão de tutela de evidência, assim como o CPC/1973: quando um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles mostrassem-se incontroverso, ou seja, se o réu reconhecesse o pedido ou não o contestasse, a solução seria definitiva. Entretanto, o novo CPC ao invés de tratar o pedido incontroverso como tutela de evidência preferiu enquadrá-lo como julgamento parcial do mérito, nos termos do art. 356, inciso I. Dessa forma o legislador incorporou definitivamente ao novo diploma processual o

instituto da divisão da sentença em capítulos, permitindo que haja a prolação parcial de mérito em relação aos pedidos incontroversos (SOUZA, 2014).

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) os fundamentos sobre a distribuição do ônus do tempo do processo foram mal compreendidos pelo legislador e, por isso, perdeu-se a chance de traçar, de maneira clara e autônoma, a tutela antecipada para os casos de “defesa de mérito indireta infundada”, isto é, quando o autor alega e prova o fato constitutivo do seu direito e o réu opõe defesa indireta, ou seja, afirma fato impeditivo, extintivo ou modificativo, protestando pela produção posterior de prova oral ou pericial. Entretanto, essa forma de tutela pode ser concedida com base no “abuso do direito de defesa” ou no “manifesto propósito protelatório”.

#### 4.4.19 A autonomização do procedimento da tutela antecipada antecedente e sua estabilização

A regra da interinalidade da técnica antecipatória objetiva evitar a inútil duplicação de procedimentos para a obtenção da mesma tutela do direito, entretanto o novo Código permite obter a tutela satisfativa de urgência e a cautelar de maneira antecedente e autônoma. Isso significa que o novo instituto processual civil propiciou autonomia procedural à tutela antecipada de urgência, viabilizando a possibilidade de sua estabilização (art. 304, CPC/2015), inovando em relação ao direito anterior, que somente admitia antecipação de tutela interianal para este caso (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

#### 4.4.20 A possibilidade de requerer as tutelas provisórias em caráter antecedente e incidental

A doutrina até o momento da sanção do CPC/2015 não chegara a um acordo sobre a possibilidade de concessão da medida antecipatória em caráter antecedente tanto na tutela de urgência como na de evidência, como visto no item sobre o “momento de concessão da tutela antecipatória”.

Um dos argumentos contrários é aquele utilizado por Maciel Júnior (2013), que informa que a proposta de tutela de urgência satisfativa em caráter antecedente, a que qualifica de tutela inibitória, não possui respaldo jurídico no sistema processual de 1973 e

nem mesmo na Constituição Federal de 1988 (CF/88), porque importa a uma das partes ato executivo sobre bens e direitos sem que houvesse regulamentação específica. Para este autor os princípios gerais da CF/88 não autorizam o judiciário ou os diversos intérpretes do sistema jurídico a criarem normas e direito onde não foram previstos, pois isto geraria instabilidade no sistema e por essas razões a tutela antecipada antecedente não se instalou no sistema de 1973.

Diante dessas afirmações, há que se considerar, em primeiro lugar, que parece que há uma confusão entre o caráter antecedente do pedido da tutela antecipada e o que seja a tutela inibitória. A tutela antecedente é aquela pedida antes de se fazer o pedido definitivo, ou seja, é um procedimento que antecede a ação principal. Já a tutela inibitória visa a evitar o início ou inibir a continuação de uma ilicitude. A tutela antecedente não é solicitada apenas em casos em que ocorra uma ilicitude que se busque inibir, mas tem também a função de antecipar um direito provável que não se vincule a uma ilicitude praticada pelo réu. Explicando melhor, a tutela antecedente pode ser pedida nos casos de urgência, quando, por exemplo, o futuro autor de uma ação indenizatória referente a uma outra lesão, demonstrando ser seu direito provável, solicita o valor no todo ou em parte para realizar uma cirurgia extremamente necessária. O perigo de dano, ou seja, de que a não realização da cirurgia lhe traga danos, não remete a inferir que há uma ilicitude do réu, pois na verdade esta não há, haveria se o réu tivesse dado causa à necessidade da cirurgia e ser chamado ao pagamento da mesma para evitar o agravamento da ilicitude.

No entanto, essas divergências foram suprimidas com a expressa autorização legislativa do CPC/2015 para o pedido em caráter preparatório da tutela antecipada satisfativa de urgência, conforme o art. 294, parágrafo único, que dispõe que a tutela provisória de urgência, tanto cautelar quanto antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Como o novo Código não mais segmenta a tutela jurisdicional em conhecimento, execução e cautelar, como o CPC/1973, isso significa que, a tutela provisória, em regra, deve ser postulada dentro do procedimento comum, até para que se evite a duplicação de procedimentos para a prestação da mesma tutela de direito. Entretanto, se existir a necessidade de tutela jurisdicional urgente anterior à propositura da ação, será admitida a sua postulação de forma antecedente, quando incidirá pagamento de custas, como toda e qualquer ação (arts. 303 a 310) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO,2015).

Os requisitos para a concessão da tutela antecipada antecedente, à exceção do risco ao resultado útil do processo, são semelhantes àqueles que eram exigidos em um processo cautelar antecedente sob a égide do CPC de 1973, pois enquanto a exposição sumária da lide corresponde à causa de pedir próxima e remota que fundamenta o pedido final, o direito que se busca realizar e o perigo da demora correspondem ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora* (SOUZA, 2014).

#### 4.4.21 A competência do pedido da tutela provisória antecedente e incidental

Conforme o art. 299 do CPC/2015, a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. A competência para fins de tutela provisória é determinada de acordo com as regras que regem o ajuizamento de qualquer demanda, quanto à competência interna, à competência funcional e à competência territorial, no processo de conhecimento, sendo aplicadas, também, as regras que disciplinam as modificações de competência e a declaração de incompetência (ALVIM, 2012).

Se o requerente pedir tutela antecipatória em foro incompetente, a incompetência deve ser arguida desde logo, pois, se não o fizer, e se tratar de competência relativa, haverá prorrogação da competência do juiz do foro onde foi requerida a tutela provisória, resultando na ampliação da competência para processar e julgar também a causa principal, salvo em se tratando de competência de jurisdição, pois um pedido feito na justiça estadual não previne a competência, quando competente para a ação principal for a justiça federal, e vice-versa (ALVIM, 2012).

A tutela sumária requerida ao juízo da causa não dá lugar a um incidente processual ou a um processo autônomo, mas a um ato do procedimento. Apenas quando requerida de maneira antecedente dará lugar a um processo autônomo, que poderá ser complementado por outro processo, objetivando a tutela definitiva do direito. A competência, no entanto, não varia, o juízo competente para conhecer a tutela provisória é o mesmo daquele destinado a prestar a tutela de forma definitiva (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

De acordo com o parágrafo único do art. 299, do CPC/2015, ressalvada disposição especial, em ação de competência originária de tribunal e nos recursos, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Para Alvim (2012) a competência continuará com o juízo de primeiro grau entre a publicação da sentença e a remessa dos autos do processo com o recurso ao tribunal, pois o novo Código mantém a competência do juízo de primeiro grau, para a concessão de tutelas provisórias, até que o processo recursal passe a tramitar no tribunal, porque, enquanto não tiverem sido efetivamente remetidos, subsiste a competência do juízo de primeiro grau.

#### 4.4.22 A possibilidade de pedir a tutela de evidência de maneira antecedente

Anteriormente, conforme projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010, o art. 269 dispunha que, tanto a tutela de urgência quanto a de evidência poderiam ser requeridas antes ou no curso do processo, fossem tais medidas de natureza satisfativa ou cautelar. Pela leitura do art. 294, do CPC/2015, fica claro que a tutela antecipada baseada na evidência não tem mais a possibilidade expressa de ser requerida em caráter antecedente.

De acordo com Alvim (2012), apesar das versões anteriores do anteprojeto e do projeto de novo Código aludirem à possibilidade do pedido antecedente da tutela de evidência, os incisos do art. 278, do PLS 166, de 2010 consideravam apenas a tutela incidente em uma ação em curso, já que faziam referência a autor e réu.

Conforme opção do legislador, o pedido de tutela antecipada antecedente foi limitado à urgência, sendo excluída a possibilidade de tutela da evidência pedida de maneira antecedente, embora isso seja tecnicamente possível, a exemplo do *référe provision* francês (art. 809, do *Code de Procédure Civile*) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Contrapondo-se a esta posição, Souza (2014) argumenta que a tutela baseada em evidência necessita de um processo em curso para que ocorra a necessária evidência do direito, e por isso nega a possibilidade de requerê-la de forma antecedente.

No entanto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p.214) afirmam que a qualificação da urgência como contemporânea à propositura da ação, conforme *caput* do art. 303, embora possa sugerir restrição à utilização da tutela antecipada antecedente é a mesma urgência, “não difere do perigo na demora capaz de justificar qualquer espécie de tutela antecipada”.

Dessa forma, pode-se concluir que, mesmo o legislador tendo optado por excluir do código a possibilidade de pedir a tutela de evidência de maneira antecedente isto é perfeitamente possível, de acordo com os argumentos acima expostos.

#### 4.4.23 Sobre o procedimento para a concessão da tutela antecipada antecedente

O novo Código deu relevância à classificação das tutelas antecipatórias quanto ao momento em que são requeridas, diferenciando as medidas entre preparatórias e incidentes, isto é, propostas antes ou depois do processo principal (ALVIM, 2012).

No sistema do anteprojeto APSF 379/2009 e do PLS 166/2009, o procedimento para requerimento tanto da tutela cautelar quanto da tutela satisfativa era abrigado em um mesmo dispositivo, respectivamente, nos arts. 286 e 279. No novo CPC/2015 o procedimento para requerer as tutelas de urgência satisfativa e cautelar de modo antecedente foi separado em dois dispositivos, o art. 303 e seguintes e o art. 305 e seguintes, conforme segue:

art. 303 Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. (Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, Capítulo II, CPC/2015).

art. 305 A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303. (Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, Capítulo III, CP/2015).

O novo CPC, de acordo com Souza (2014), de certa maneira adotou a doutrina de Dinamarco ao permitir que a petição inicial limite-se ao requerimento da tutela antecipada satisfativa quando a urgência for contemporânea à propositura da ação:

Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corroa a direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5º, XXXV) a disposição dos juízes de conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos da lei (art. 273, caput e I). (DINAMARCO, 2003, p. 73)

Em breve resumo do art. 303 e seus incisos, pode-se verificar que nos casos em que a “urgência for contemporânea à propositura da ação” (art. 303, caput), requerendo expressamente na petição inicial (art. 303, § 5º), esta pode se limitar ao pedido da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar, do valor da causa como um todo (art. 303, § 4º) e do perigo na demora (perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo).

Para Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015, p. 214) a expressão “risco ao resultado útil do processo” está ligada a um determinado período histórico do processo civil, quando a tutela cautelar era entendida como uma proteção ao processo e não ao direito material. A

referência a esta expressão deve ser vista como um evidente descuido do legislador, pois nem ao menos a tutela cautelar é tratada pelos dispositivos acima referidos, mas é assunto dos arts. 305 a 310.

#### 4.4.24 Sobre o ônus do autor em aditar a petição inicial

Uma vez concedida a tutela antecipada antecedente, o autor tem o ônus de aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 303, §1º, I). O aditamento da petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais (art. 303, § 3º). Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 2º).

Quando formular o pedido de tutela antecipada satisfativa antecedente, o autor deverá, na mesma petição, informar ao juiz que pretende aditar a petição inicial futuramente (art. 303, III, § 5º), no prazo de quinze dias ou outro maior fixado pelo juiz, salvo se expressamente afirmar que na inicial já se encontram todos os argumentos necessários a demonstrar a causa de pedir e o pedido principal, dispensando a possibilidade de aditamento. Se o autor não informar que pretende aditar futuramente a petição inicial e não informar que dispensa aditar, o juiz deverá determinar a emenda da petição inicial, sob pena de seu indeferimento (SOUZA, 2014).

Com a obrigatoriedade de o autor aditar, o legislador estabeleceu dois momentos procedimentais na formulação da causa de pedir e do pedido: o antecedente e o final. Apesar de dividir os momentos, haverá apenas um processo, que em um primeiro momento receberá o pedido de tutela antecipada satisfativa e no outro, o aditamento da petição inicial para a formulação do pedido definitivo. De acordo com o inciso I, do § 1º, do art. 303, do CPC/2015 o aditamento da petição inicial ocorrerá a partir da concessão da tutela satisfativa e não da sua efetivação (SOUZA, 2014).

No momento do aditamento, o autor poderá juntar novos documentos e confirmar o pedido da tutela final. Souza (2014) entende que o autor poderá indicar novas testemunhas ou requerer prova pericial para demonstrar e comprovar seus argumentos no pedido final, pois sendo a urgência contemporânea à propositura da ação, poderá o autor não ter tempo

suficiente para prover a demanda com os meios necessários e, por isso, somente num segundo momento será possível arquitetar sua estratégia jurídica, inclusive indicando novas provas.

#### 4.4.25 A desnecessidade de dar seguimento à ação principal nos casos de tutela provisória plenamente satisfativa

Para Alvim (2012), se o pedido de tutela provisória for plenamente satisfativa, como no caso de se impedir um ilícito, não haverá que se falar em ação principal, pois nenhuma outra ação terá de ser proposta, esgotando-se a pretensão da parte com a decisão sobre o pedido de urgência ou de evidência.

Isso já era observado no sistema de 1973 no caso das tutelas cautelares inominadas, pois em alguns casos, quando deferida tutela antecipatória de natureza satisfativa, seria desnecessária, na opinião de Alvim (2012), a posterior propositura da ação principal, devido ao exaurimento da medida em si, como o pedido liminar de busca e apreensão de um filho por seu pai, que, quando conseguida, não teria mais objeto para propositura de uma ação principal.

#### 4.4.26 Consequências do não aditamento do autor

O art. 303, § 2º estabelece que se o aditamento não for realizado no prazo de quinze dias ou em outro maior estipulado pelo juiz, o processo será extinto sem resolução de mérito, dessa forma, há um dever/ônus processual para o autor que é a necessidade de aditamento da petição inicial, pois o pedido de tutela antecipada satisfativa antecedente é um pedido incompleto que não pode prevalecer de forma autônoma. Se a tutela antecipada já foi efetivada, o autor responderá por eventuais perdas e danos ao réu, cabendo contra a decisão que extinguir o processo o recurso de apelação (SOUZA, 2014).

#### 4.4.27 A citação e a intimação do réu para audiência de conciliação ou mediação e para promoção das medidas necessárias contra a tutela provisória

Realizado o aditamento pelo autor, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação (art. 303, § 1º, II). Não havendo autocomposição, começará a fluir o prazo para contestação (art. 303, § 1º, III).

A citação na medida de urgência não difere das citações em outros procedimentos, podendo ser realizada por qualquer meio previsto no art. 246 (correio, oficial de justiça, edital, meio eletrônico), porém com as ressalvas quanto à citação postal (art. 247 e incisos).

Na mesma decisão em que for concedida a tutela antecipada satisfativa, o réu deverá ser citado para promover as medidas necessárias contra sua concessão, no intuito de afastar a sua estabilização. O réu será citado imediatamente, mas o prazo de resposta começará a correr somente após a intimação do aditamento do art. 303, § 1º, inciso I, pois o réu somente poderá exercer o contraditório plenamente após a total argumentação da parte autora, especialmente da advinda do aditamento da petição inicial (SOUZA, 2014).

#### 4.4.28 A estabilização da tutela antecipada antecedente e as medidas à disposição do réu para evitá-la

A estabilização da tutela antecipada antecedente, conforme Souza (2014), é uma importante inovação do novo CPC, que busca atender aos princípios da celeridade processual, da economia processual e da efetividade da tutela jurisdicional. O legislador transferiu para o réu a responsabilidade pelo destino do processo. Se o réu interpuser recurso de agravo de instrumento, poderá continuar a responder a demanda no prazo legal, do contrário, não poderá continuar a responder a demanda, pois o processo será extinto com resolução de mérito, além de tornar a decisão sobre a antecipação estável e permitir sua ultratividade.

O réu dispõe da interposição do agravo de instrumento para evitar a estabilização da tutela antecipada. Não interposto o agravo a decisão se estabiliza e o processo é extinto “obviamente com resolução de mérito favorável ao demandante (arts. 304, § 1º e 487, I) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 216).

Na hipótese em que a tutela antecipada é deferida, o autor faz o aditamento da petição inicial e o réu é cientificado da decisão que concede a tutela sumária, o processo somente prosseguirá rumo à audiência de conciliação e mediação, se o réu interpuser agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a antecipação da tutela (art. 304). Se não interpuser este recurso, a decisão torna-se estável e o processo é extinto (art. 304, §§ 1º, 3º, 5º e 6º), ou seja, o juízo sobre a tutela antecipada permanece proceduralmente autônomo e a decisão provisória torna-se estável. Incentivado pela doutrina, cuja proposta é notoriamente devida a Ada Pellegrini Grinover, o legislador cumpre seu intento de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Pode ocorrer do réu não interpor agravo de instrumento, mas oferecer contestação no mesmo prazo, ou, ainda, manifestar-se dentro do mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou mediação, nessa situação a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve da mesma forma que a interposição de recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução apresenta a vantagem de poupar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou da intenção de comparecimento à audiência, pois em ambas a manifestação de vontade do réu é inequívoca no sentido de que o debate seja exaurido com o prosseguimento do procedimento (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Uma inconsistência do inciso II, do art. 302, do CPC/2015, ressaltada por Alvim (2012) e que ocorre desde as primeiras versões do projeto, é a de que, sendo obtida a medida em caráter antecedente, sem audiência da parte contrária (*inaudita altera pars*), a ela não se segue a citação do requerido, mas primeiramente a efetivação da medida, pois só a partir daí começa a fluir o prazo para contestação. Enquanto não efetivada a medida, nenhum prejuízo resultará para o requerido a falta de citação.

#### 4.4.29 A possibilidade de ajuizamento de demanda após a estabilização dos efeitos da tutela

Se o réu não tiver se manifestado pelo exaurimento da cognição, qualquer uma da partes poderá, dentro do prazo de dois anos, propor ação visando a exaurir a cognição (art. 304, § 5º), ou seja, aprofundar o debate iniciado com a ação antecipada antecedente (art. 304, § 2º). Haverá assim, o simples prosseguimento da ação antecedente, e por isso, não implicará

em inversão do ônus da prova, sendo que a prova do fato constitutivo do direito permanece com o autor da ação antecedente, agora réu na ação exauriente, e, ao réu da ação antecedente, agora autor da ação exauriente, tocará a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Nesse caso, o legislador utiliza-se da técnica da inversão da iniciativa para o debate, que se apoia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado. Para tanto, a petição inicial da ação sumária deve ser desarquivada para instrução da ação exauriente. Apesar do art. 304, § 4º, levar ao entendimento de que se trata de uma faculdade da parte, é fundamental que a petição inicial e a decisão anterior instruam o processo para que se faça a aferição dos limites do debate e da eficácia da decisão anterior (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Por outro lado, como se trata de uma continuação do debate anterior, o juízo que conheceu da ação antecipada está prevento para conhecer a ação exauriente (art. 304, § 4º) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Souza (2014) alerta para a possibilidade de que o art. 304, § 2º, que permite o ajuizamento da demanda em caráter definitivo, por qualquer das partes, quando a tutela antecipada estiver estabilizada, engesse de forma perigosa o Poder Judiciário na revisão da antecipação e propõe que se permita revê-la logo no início da propositura da demanda, antes mesmo da prolação da sentença final.

Por outro lado, se a demanda prevista pelo art. 304, § 2º não for proposta no prazo decadencial de dois anos, contados a partir da ciência do arquivamento dos autos, definitiva será a estabilidade da tutela antecipada, não podendo ser mais objeto de reanálise, nem por ação rescisória. Souza (2014) afirma que “a tutela estará albergada pela coisa soberanamente julgada”.

Entretanto, conforme o § 6º do art. 304, “a decisão que concede tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”. O legislador aduz que a decisão proferida em ação de tutela antecipada antecedente não fará coisa julgada, mas será apenas estável, ou seja, seus efeitos não poderão ser afastados de modo nenhum se, depois de dois anos, não for proposta ação que objetive o exaurimento da cognição. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

O Legislador é claro ao expressar que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada (art. 304, § 6º). Além de dizê-lo expressamente, prevê a ação exauriente para o aprofundamento da cognição. Contudo, segundo Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015, p. 217):

[...] a questão que fica – apenas aparentemente – em aberto é a seguinte: como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente? O legislador é igualmente claro – embora não tenha se atrevido a dizê-lo diretamente: se a “estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão” tomada na ação exauriente (art. 304, § 6º), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se “infastável”. Em outras palavras: “imutável” e “indiscutível” (art. 502).

Para Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015) é legítima a criação de vias alternativas ao procedimento comum, sob o ponto de vista do direito ao processo justo (art. 5º, LIV, da CF/1988), nada obstante assim, que o legislador crie procedimentos diferenciados, formalmente e materialmente sumários. No entanto, o que os autores consideram de duvidosa legitimidade constitucional é a equiparação dos efeitos do procedimento comum, realizado em plenitude de contraditório, defesa e produção de provas, com os efeitos de um procedimento de sumariedade formal e material extremamente acentuada e inferem:

Essa opção do legislador [...] remete ao problema de saber qual é a função do processo civil no Estado constitucional. [...] Sendo a obtenção de uma *decisão justa* [...] parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova insita à sumarização procedural e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa – e, pois, desmente uma das razões de ser da necessidade de um processo justo. A *eficácia bloqueadora* do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição. Isso quer dizer [que] a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a supressão). Em resumo: o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a *infastabilidade da ação exauriente* para formação da coisa julgada. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 218, grifo do autor)

#### 4.4.30 A não concessão da tutela antecipada e seus desdobramentos

Por outro lado, se não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até cinco dias. Não sendo emendada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 6º). O legislador refere-se à emenda à petição inicial, porém não se trata da emenda à petição inicial prevista no art. 329,

trata-se de aditamento da petição inicial com o objetivo de que o processo desenvolva-se regularmente, é o aditamento específico do art. 303, § 1º, I. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015)

Se não emendar no prazo estabelecido ou não afirmar que todos os elementos já estão presentes na petição inicial da tutela antecipada, o juiz indeferirá a petição inicial e extinguirá o processo sem resolução de mérito, sendo que contra essa decisão caberá apelação. Entretanto, nada impede que o autor ingresse outra vez com a demanda, inclusive pedindo tutela antecipada se a urgência persistir (SOUZA, 2014).

## 5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA COLETADA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### 5.1 Análise qualitativa sobre os aspectos gerais da tutela antecipada – análise dogmática de excertos de diversos acórdãos

#### 5.1.1 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o "abuso de direito de defesa" ou o "manifesto propósito protelatório do réu"

##### 5.1.1.1 Independência do inciso II em relação ao *periculum in mora*

O segundo [inciso] tem o claro objetivo de afastar os malefícios do "abuso de direito de defesa" e do "manifesto propósito protelatório do réu", estando previsto no inciso II deste art. 273. De fato, a preocupação, agora, não é mais com o dano decorrente do não uso do direito desde logo, mas sim com a demora injustificada do processo. Constitui, em realidade, verdadeira sanção à litigância de má-fé, em que se enquadram as condutas descritas neste inciso II (art. 17, IV, V e VI). [Ag. Inst. nº 943685-5. Reg. nº 0080571-61.2000.8.26.0000, (16/08/2000); Ag. Inst. nº 1043986-0. Reg. nº 0047484-80.2001.8.26.0000, (29/08/2001); Ag. Inst. nº 1004988-6. Reg. nº 0008486-43.2001.8.26.0000, (04/04/2001); Ag. Inst. nº 1001931-5. Reg. nº 0005429-17.2001.8.26.0000, (18/04/2001) e Ag. Inst. nº 1037858-4. Reg. nº 0041356-44.2001.8.26.0000, (12/09/2001). Relatoria: Franklin Nogueira – 8ª Câmara (Extinto 1º TAC)] **Excerto nº 1.**

[...] do quadro dos acontecimentos relatados, inclusive com a contestação da agravada já juntada, verificando-se não só o risco de prejuízo material e moral na pendência do controle e substituição de material, ou integral, da prótese necessária à deambulação, com substituição da parte amputada, como também o manifesto abuso do direito de defesa, com alegação na contestação de que o acidente teria ocorrido por objeto jogado na pista de rolamento, e mesmo o propósito protelatório na assunção da responsabilidade. [Ag. Inst. nº 1.315.702-9. Reg. nº 0046524-22.2004.8.26.0000, (24/11/2004). Relatoria: Paiva Coutinho – 4ª Câmara de Direito Privado] **Excerto nº 2.**

Portanto, presente a hipótese prevista no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil, perfeitamente possível dispensar a presença do perigo da demora para concessão da tutela antecipada, pois, além dessa interpretação ser mais consentânea com o princípio da efetividade da jurisdição, não se mostra razoável que os autores, mesmo com forte probabilidade de concretização do direito invocado na petição inicial, sejam apenados com o retardamento indevido do processo, causado exclusivamente por defesa juridicamente inconsistente articulada pela agravante. [Ag. Inst. nº 990.10.040977-8, Reg. nº 0040977-88.2010.8.26.0000, (06/10/2010). Relatoria: Andrade Neto – 30ª Câmara de Direito Privado] **Excerto nº 3.**

## Análise

No excerto nº 1 há o entendimento de que o inciso II do art. 273 do CPC possui caráter de sanção contra a litigância de má-fé. Esse entendimento é esposado por Lopes (2006), que afirma ter este dispositivo natureza dupla, isto é, tanto de combate às atitudes desleais no processo quanto de evitar a demora excessiva do mesmo.

Por outro lado, sabe-se que, somente podem ser enquadradas no âmbito das medidas urgentes as que representem esta situação, ou seja, as medidas que possuam o *periculum in mora* como fundamento. Dessa forma, apenas a tutela antecipatória do art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil pode ser classificada no gênero das medidas urgentes (LOPES, 2006).

Assim sendo, o *periculum in mora* não é requisito para o deferimento da tutela antecipada sancionatória, posto que não é medida de urgência. Entretanto, muitos julgados contém a análise dos quesitos tanto do inciso I quanto do inciso II simultaneamente. Alguns deles, como o excerto nº 2, além de apurarem o abuso de defesa e/ou manifesto propósito protelatório, também ressaltam a existência ou inexistência do referido perigo da demora. O contrário também ocorre: dos diversos acórdãos coletados para o presente trabalho, em que tinha por objeto a análise do inciso I, havia, simultaneamente, a análise do inciso II.

Nesse sentido, o excerto nº 3 faz uma importante ressalva ao afirmar ser perfeitamente possível dispensar a presença do perigo da demora quando da ocorrência do inciso II, que se mostra independente.

Entende-se esta análise conjunta dos incisos I e II, nos acórdãos selecionados, mais como uma complementação, ou tentativa de evitar a oposição de embargos de declaração, pois é de conhecimento dos magistrados a independência na análise dos incisos, que na verdade somente necessitam estar cumulados com a prova inequívoca que propicie a convicção de verossimilhança das alegações.

### 5.1.1.2 Alegações infundadas e manifestamente infundadas

Não comporta acolhimento a arguição de ilegitimidade *passiva ad causam*. A Constituição Federal atribui a todos os entes federativos, indistintamente, o dever de ‘cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência’ (art. 23, II), sendo a saúde direito fundamental e de aplicabilidade imediata dado que inerente à vida, conforme dispõe o art. 5º, § 1º, CF. [...] O Estado, em sua acepção genérica, é responsável pela prestação dos serviços que visem a

garantir a saúde daqueles desprovidos de recursos financeiros. Assim, a União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal, são solidariamente responsáveis pela prestação dos serviços de saúde, de maneira que qualquer uma dessas entidades possui legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a assistência farmacêutica de pessoas desprovidas de recursos financeiros. (REsp nº 878.080-SC, 2a Turma, Rei. Min. Eliana Calmon, j . 07/11/06, DJU 20/11/06; REsp nº 773.657-RS, 1a Turma, Rei. Min. Francisco Falcão, j . 08/11/05, DJU 19/12/05). Aliás, o art. 198, § 1º, CF, somente vem confirmar a solidariedade dos entes federados pela prestação de serviços relacionados à saúde, já que atribui a todos os entes a responsabilidade pelo custeio pelo Sistema Único de Saúde. Portanto, não há falar em ilegitimidade passiva *ad causam*. [Ag. Inst. nº 988.630-5/9- 00. Reg. nº 0239120-57.2009.8.26.0000, (27/01/2010). Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público] **Excerto nº 4.**

[...] como também o manifesto abuso do direito de defesa, com alegação na contestação de que o acidente teria ocorrido por objeto jogado na pista de rolamento, e mesmo o propósito protelatório na assunção da responsabilidade. [Ag. Inst. nº 1.315.702-9. Reg. nº 0046524-22.2004.8.26.0000, (24/11/2004). Relatoria: Paiva Coutinho – 4ª Câmara de Direito Privado] **Excerto nº 5.**

A par de estarem preenchidos os pressupostos objetivos para a propositura da ação de retomada imotivada, não há como passar despercebido também que, na maioria das vezes, esta modalidade de lide não reclama dilação probatória, comportando quase sempre julgamento antecipado. Assim, eventual defesa ofertada pelo réu locatário, via de regra, provavelmente não terá consistência, assumindo caráter meramente protelatório (CPC, art. 273, II), já que dificilmente logrará subverter o resultado esperado da lide uma vez que não preenche requisitos para renovação do contrato (LI, art. 51, I e I e § 5º). Neste compasso, mostrando-se provável a vitória do autor, e visando coibir o abuso do direito de defesa, não há porque não se proceder ao adiantamento da tutela, autorizada pelo legislador. [Ag. Inst. nº 763206-00/3. Reg. nº 0049041-68.2002.8.26.0000, (16/12/2002); Relatoria: Clóvis Castelo – 11ª Câmara de Direito Privado] **Excerto nº 6.**

Há um contrato, em que as partes estipularam a desnecessidade de notificação para que o imóvel fosse devolvido. [...] Traz o agravante a alegação de que as notificações que recebeu são intempestivas, porque não foi notificado antes dos 6 meses do vencimento do contrato sobre a intenção das proprietárias de retomar a propriedade para uso direto. Tempestiva ou intempestiva a notificação, esta questão é irrelevante, porque a notificação é desnecessária nos termos do art. 3º do contrato. O contrato faz lei entre as partes, e havendo cláusula que preveja a dispensa da notificação, plenamente válido o ajuste, que reflete o interesse privado dos contratantes e não fere norma de ordem pública. [Ag. Inst. 785766-00/5. Reg. nº 0051140-74.2003.8.26.0000, (18/03/2003). Relatoria: Neves Amorim – 4ª Câmara de Direito Privado] **Excerto nº 7.**

## Análise

O primeiro acórdão (excerto nº 4) é paradigma do abuso de direito de defesa. A Fazenda Pública do Estado de São Paulo negou custear o tratamento de saúde da agravante, sob alegação de não possuir legitimidade passiva, contra fundamento constitucional. Tal atitude caracteriza mais do que a mera defesa infundada, mas uma alegação manifestamente infundada, em que o magistrado não precisa fazer grandes esforços para repeli-la, de modo que a simples argumentação é suficiente para tanto (LOPES, 2006).

O excerto nº 5 traz exemplo de defesa entendida como protelatória: em sua defesa o réu alega que o acidente ocorreu não por sua culpa, mas porque terceiros jogaram um objeto na pista de rolamento. Entretanto, como se trata de responsabilidade objetiva da transportadora, não há que se apurar culpa, conforme artigos 932 e 933 do Código Civil.

O excerto nº 6 refere-se a ação de retomada injustificada de imóvel locado e, no entendimento do relator, ocorreu a protelação do feito quando o réu pediu dilação probatória, não cumprindo, *prima facie*, os requisitos para renovação. Fato semelhante ocorre no excerto nº 7, no qual há um contrato, em que as partes estipularam a desnecessidade de notificação para que o imóvel fosse devolvido e o agravante alega que as notificações que recebeu são intempestivas. Por isso, o relator do acórdão entende ser abusiva a defesa, pois tempestiva ou intempestiva a notificação, esta é questão irrelevante, devido a notificação ser desnecessária nos termos do que foi contratado pelas partes.

#### 5.1.1.3 Argumentos de autoridade

As alegações do recurso, que encontram correspondência em julgados, inclusive do C. Superior Tribunal de Justiça, impedem o reconhecimento, seja do abuso do direito de defesa, seja do propósito protelatório, de tal sorte que não se encontram presentes os requisitos da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, bem como do risco de lesão de difícil reparação. [Apel. nº 3.002.547-9. Reg. nº 9121271-81.2004.8.26.0000, (29/08/2007). Relatoria: José Reynaldo – 12ª Câmara de Direito Privado] **Exerto nº 8.**

#### Análise

A utilização de argumentos de autoridade, no caso, acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo de tribunais superiores, por si só, não é totalmente apta a evitar o abuso de direito de defesa. Há de se verificar se tais acórdãos foram utilizados de maneira lógica e se demonstraram nexo de causalidade com o fato que trata a defesa.

Além disso, à exceção das súmulas vinculantes, o magistrado não está adstrito ao mesmo entendimento dos tribunais superiores, podendo mesmo decidir em sentido oposto, se assim for seu convencimento e, adequadamente, fundamentá-lo.

No caso em destaque (exerto nº 8), vê-se que a tese de abuso de direito de defesa foi desconsiderada, por tratar-se de matéria já julgada pelo STJ e ter sido levantada pelo réu em sua defesa.

Por outro lado, na maioria das vezes, o que ocorre é o inverso, ou seja, a interposição de recurso pelo réu contra alegações ou decisões fundamentadas em súmulas ou julgados que pacificaram a matéria, no intuito de retardar a satisfação de um direito. Porém, tal atitude nem sempre deriva da vontade de protelar a entrega do direito, mas é um desenrolar lógico da permissão do sistema jurídico brasileiro de permitir ao juiz julgar diversamente do tribunal, pois o faz por acreditar que poderá alterar seu entendimento (MARINONI, 1997).

#### 5.1.1.4 Atos processuais lícitos e necessários

Também não se vislumbra abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório como reclama o inc. II do mesmo dispositivo processual. A utilização dos meios de prova da via recursal, fundamentados, porque previstos na Lei de Ritos, não autoriza se reputar o comportamento como abusivo. Há, é certo, prejuízo pelo retardamento no recebimento, se sair vencedora a agravante, em decorrência da demora no julgamento da apelação pelo excessivo volume de feitos em andamento. Mas, atribuído por lei efeito suspensivo, não há como deixar de respeitá-la. [Ag. Inst. nº 860456- 0/6. Reg. nº 9004904-71.2004.8.26.0000, (13/09/2004). Relatoria: Norival Oliva – 2<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado] **Excerto nº 9.**

#### Análise

A utilização de qualquer meio processual, ainda que dentro dos parâmetros legais, pode esconder um propósito protelatório ou abuso de direito de defesa.

Muito além de estar previsto em qualquer lei, como o exemplificado pelo excerto nº 9, a solicitação de ato processual deve mostrar-se necessária. Não é apenas a licitude de um ato processual que deve ser analisada, como no acórdão acima, mas a necessidade de sua utilização, que se ausente, pode carregar motivos que ensejam a antecipação da tutela como forma de sanção.

#### 5.1.2 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars*

##### 5.1.2.1 Impossibilidade da ocorrência do abuso de direito de defesa e do manifesto propósito protelatório *inaudita altera pars*

Não se cuidando da hipótese do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil, porque ainda não há a atuação do réu no processo. [Ag. Inst. nº 999.566-4. Reg. nº 0003064-87.2001.8.26.0000, (10/04/2001). Relatoria: Carvalho Viana – 3<sup>a</sup> Câmara do 1º TAC.] **Excerto nº 10.**

Evidentemente, a tutela antecipada, também, pode ser concedida se ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, o que só será possível verificar após a resposta (art. 273, II, do CPC). [Ag. Inst. nº 726979-00/4. Reg. nº 9002551-63.2001.8.26.0000, (01/03/2002). Relatoria: Nestor Duarte – 10ª Câmara (Extinto 2º TAC).] **Exerto nº 11.**

“Nada obsta a que, na própria inicial, demonstrando os pressupostos do caput, do inciso I (não do inciso II que, evidentemente, só se verificam diante da resposta ou da conduta protelatória do réu) e do § 2º do art. 273, o autor requeira, desde logo, a antecipação.” (Sérgio Bermudes. “A Reforma do Código de Processo Civil”, da Livraria Freitas Bastos S/A, pág. 35.) [...] Discordando, parcialmente, desse entendimento, Kazuo Watanabe leciona que “A tutela de urgência (n. I) poderá ser concedida liminarmente, antes mesmo da citação do réu. A interpretação que negue essa possibilidade estará tornando inútil a tutela antecipatória em situações de perigo, o que fará voltar a prática, até então existente, de utilização da ação cautelar inominada para esse fim. [...] Já a antecipação da tutela com fundamento no inciso II supõe a existência da defesa do réu, pois somente diante dela poderá o juiz se convencer de que está caracterizado o ‘abuso do direito de defesa’ ou o ‘manifesto propósito postulatório’.” (Kazuo Watanabe. “Reforma do Código de Processo Civil”, Editora Saraiva, pág. 36). [...] A respeito da mesma questão, Teori Albino Zavascki [...] “Quanto à antecipação punitiva, esta certamente supõe a ocorrência de fatos que emperrem o curso do processo, e dificilmente se poderia imaginá-los praticados antes da citação ou da resposta” (mesma obra, pág. 155). [Ag. Inst. nº 941.630-2. Reg. nº 0078516-40.2000.8.26.0000, (12/06/2000). Relatoria: Ary Bauer – 11ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 12.**

Inexistente, também, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da ré, ora agravada, mesmo porque, até o momento, sequer foi citada para apresentar contestação. [Ag. Inst. nº 539.438-4/9-00. Reg. nº 0035637-71.2007.8.26.0000, (19/02/2008). Relatoria: Piva Rodrigues – 9ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 13.**

De qualquer modo, não se pode cogitar do abuso do direito de defesa da agravada, quando é certo que ela sequer foi citada para os termos da ação. [Ag. Inst. nº 869.625-7, Reg. nº 0024267-76.1999.8.26.0000, (22/06/1999). Relatoria: Sá Duarte – 6ª Câmara (extinto 1º TAC).] **Exerto nº 14.**

[...] sendo perfeitamente possível a apreciação do pedido antecipatório após o conhecimento dos termos da eventual contestação do réu, estando isso implícito no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, quando entre as causas que justificam a medida coloca exatamente o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. [Ag. Inst. nº 1.223.059-6 e Reg. 0056819-55.2003.8.26.0000, (02/09/2003). Relatoria: Ulisses do Valle Ramos – 7ª Câmara de Direito Privado (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 15.**

Em suma, os autos se ressentem da falta de prova inequívoca das alegações, não permitindo cogitar de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação nem tampouco de abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu, o qual sequer foi citado ou intimado para a instauração do contraditório regular que a causa reclama. [Ag. Inst. nº 888.452-6 e Reg. 0043094-38.1999.8.26.0000, (22/11/1999). Relatoria: Correia Lima – 1ª Câmara de Direito Privado (extinto 1º TAC).] **Exerto nº 16.**

## Análise

Conforme se pode verificar nos acórdãos acima, há uma enorme resistência ao deferimento da tutela antecipada sancionatória *inaudita altera pars*.

Este fato é motivado pela percepção, de grande parte dos doutrinadores, conforme excerto nº 12 e seguida pelos julgadores, de que não são possíveis defesas abusivas e condutas manifestamente protelatórias antes de completada a relação jurídico-processual. Ou seja, haveria necessidade de prévia manifestação do réu no processo para havê-las.

Entretanto, Lopes (2006) aduz que tal interpretação não é compatível com o significado que se adota dos requisitos previstos no art. 273, inc. II do Código de Processo Civil. O abuso do direito de defesa diz respeito a atitudes do demandado no processo, à utilização abusiva de expedientes processuais. Contudo, o manifesto propósito protelatório do réu é caracterizado por atitudes exteriores ao processo, atos ou omissões do demandado, não revertidos em atos processuais, que visem a protelar a satisfação do direito do demandante. Sendo assim, o manifesto propósito protelatório pode caracterizar-se antes da propositura da demanda, não podendo descartar que a tutela antecipada sancionatória possa ser pleiteada na petição inicial, porém o deferimento da antecipação *inaudita altera pars* não é possível, pois inexiste urgência na concessão da medida, fator determinante da antecipação sem a audiência do demandado. No entanto, em situações excepcionalíssimas, essa impossibilidade pode ser superada, principalmente em causas movidas contra o Poder Público, nas quais o direito do demandante está pacificado nos tribunais, inclusive com súmulas, e o ente público opõe defesa simplesmente com propósito de retardar a decisão da causa (exceto nº 4).

Para Zavascki (2009, p. 84), citado no excerto nº 12, quanto à antecipação punitiva, esta certamente pressupõe a ocorrência de fatos que emperrem o curso de processo, e dificilmente se poderia imaginá-los praticados antes da citação ou da resposta, e se o perigo, mesmo previsível, não tiver aptidão para se concretizar antes da citação, ou antes, da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos.

Dos excertos acima analisados, nenhum deles foi favorável ao deferimento da tutela antecipada sancionatória *inaudita altera pars*.

#### 5.1.2.2 A excepcionalidade da concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars* e a inobservância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa

“[...] a antecipação da tutela sem audiência da parte contrária é providência excepcional, autorizada apenas quando a convocação do réu contribuir para a consumação do dano que se busca evitar” (RT 764/221); mais ainda, “salvo no caso do art. 461 e nas hipóteses em que por sua especialidade, exijam do julgador uma tal providência, não cabe a concessão de tutela *inaudita altera parte*”(RT 735/359,

808/383), cfe. NEGRÃO, "Cód. de Proc. Civil...", Saraiva, 39a ed., pág. 405, nota nº 1c. àquele art. 273). [Ag. Inst. nº 7.150.307-8. Reg. nº 0029976-14.2007.8.26.0000, (13/06/2007). Relatoria: José Tarciso Beraldo – 14ª Câmara de Direito Privado e Ag. Inst. nº 990.10.066722-0. Reg. nº 0066722-70.2010.8.26.0000, (14/04/2010). Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público. Contrário] **Excerto nº 17.**

[...] a concessão dos efeitos da tutela antecipada sem a observância do contraditório, constituiria verdadeiro provimento de mérito da pretensão inaugural formulada, posto que resultaria no pagamento das indenizações. [...] deferida a tutela requerida estaria antecipando o julgamento da pretensão deduzida, correndo o risco de um julgamento prematuro, sem o devido processo legal. [Ag. Inst. nº 1166901-0/2 e Reg. 1166901002, (01/04/2008). Relatoria: Luís Fernando Nishi – 31ª Câmara de Direito Privado. Contrário] **Excerto nº 18.**

[...] Antes de decidir o pedido, deve o juiz colher a manifestação da parte requerida. Trata-se de providência exigida pelo princípio constitucional do contraditório que a ninguém é lícito desconsiderar. No dizer de Rui Portanova, "o princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder". Eis a razão para afirmar, como o fez Cândido Dinamarco, que, "se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional". Em princípio, pois, a antecipação da tutela não pode ser concedida *inaudita altera pars*. "A providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, da mesma estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometida com a ouvida do adversário." (ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, por Teori Albino Zavascki, Ed. Saraiva, 1997, p. 105). [...] Fora das hipóteses previstas no artigo 461, parágrafo 3º, do CPC, "a tutela antecipatória [...] somente deverá ser prestada [...] após apresentada a contestação; salvo, é claro, quando a oitiva do réu 'comprometer [...] a efetividade da tutela urgente. A tutela urgente, antes da ouvida do réu, poderá ser concedida quando o caso concreto o exigir'". (A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, por Luiz Guilherme Marinoni, Malheiros Editores, 3a ed. revista e ampliada, ps. 132 e 133). [Ag. Inst. nº 950.369-7 e Reg. 0017278-20.2000.8.26.0000, (05/09/2000). Relatoria: A Santini Teodoro – 7ª Câmara de Direito Privado (Extinto 1º TAC). Contrário] **Excerto nº 19.**

Não há que se falar em eventual ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal ou à ampla defesa (CF, art. 5º, incisos LIV e LV), já que, nestes casos, o contraditório fica deferido para momento posterior do procedimento, não implicando em perda de bens ou direitos em caráter definitivo. [Ag. Inst. nº 763206-00/3. Reg. nº 0049041-68.2002.8.26.0000, (16/12/2002). Relatoria: Clóvis Castelo – 11ª Câmara de Direito Privado. Favorável] **Excerto nº 20.**

A tutela antecipada pode ser concedida *inaudita altera pars*, sem qualquer infração à legislação infraconstitucional ou à própria Constituição Federal. Temos o contraditório deferido, que não constitui ofensa, mas sim "limitação imanente do princípio do contraditório, que fica deferido para momento posterior do procedimento", segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil e Legislação Extravagante em vigor", 6a ed., p.614, nota 11 ao art. 273. [Ag. Inst. 785766-00/5. Reg. nº 0051140-74.2003.8.26.0000, (18/03/2003). Relatoria: Neves Amorim – 4ª Câmara de Direito Privado. Favorável] **Excerto nº 21.**

A matéria em debate necessita ser devidamente comprovada, com observância do contraditório, conferindo-se ao agravado o direito da ampla defesa. Soaria precipitada qualquer providência de caráter antecipatório nesse momento. [Ag. Inst. e Reg. nº 0196865-16.2011.8.26.0000, (05/10/2011). Relatoria: Mário A. Silveira – 26ª Câmara de Direito Privado. Contrário] **Excerto nº 22.**

Realmente não havia como se conceder a tutela antecipada, nos moldes pleiteados, qual seja, autorização para pagamento de parcelas vencidas e vincendas, *inaudita altera parte*, segundo planilha apresentada pelo autor, sob o argumento que os valores são incontroversos. É que a orientação adotada pelo juiz monocrático é a mesma seguida por esta C. Câmara. Ainda recentemente foi decidido a respeito da mesma matéria (AI nº 854.930-0 de São Paulo) e de lá se reciclam os argumentos decisórios, por inteiro cabimento. Por outro lado, o atendimento de tais pedidos, ao lado de se constituir, impedimento de uso do direito constitucional de ação, impediria o agravado de exercício regular de seu direito. No caso de eventual execução extrajudicial, deverão os mesmos agravantes, valerem-se dos instrumentos processuais colocados em seu benefício. [Ag. Inst. nº 862.719-6. Reg. nº 0017361-70.1999.8.26.0000, (25/05/1999); Relatoria: Jorge Farah – 6ª Câmara (extinto 1º TAC). Contrária] **Exerto nº 23.**

A antecipação de tutela de plano, isto é, sem manifestação da parte contrária, é medida excepcional, para impedir prejuízos de grande vulto àqueles, inequivocamente, protegidos pela lei. [Ag. Inst. nº 1.267.525-3. Reg. nº 0101284-52.2003.8.26.0000, (18/02/2004). Relatoria: Rubens Cury 8ª Câmara (Extinto 1º TAC). Contrária] **Exerto nº 24.**

## Análise

Parte relevante da doutrina entende vedada ou extremamente restrita a antecipação da tutela sem prévia manifestação do demandado, sob pena de intolerável violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (LOPES, 2006).

Este posicionamento é amplamente acompanhado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se pode observar pela leitura dos excertos nº 17 a 24.

Entretanto, essa opinião não deveria prevalecer e também não é a que melhor se amolda a uma interpretação sistemática das garantias constitucionais do processo, pois efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional também são garantidas pela Constituição, sendo plenamente possível a concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars* quando o tempo necessário à citação do demandado e a apresentação de sua resposta ensejar no perecimento do direito do demandante (LOPES, 2006).

Para Marinoni (2011), a tutela antecipada somente deve ser prestada, fora casos excepcionais, após a apresentação da contestação. A tutela antecipada antes da ouvida do réu somente tem razão quando a sua audiência possa causar lesão ao direito do demandante. Porém, a lei processual não pode vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois a própria necessidade da ouvida pode comprometer a efetividade da tutela antecipatória e por isso ela deve ser concedida, mediante as devidas justificativas, quando as circunstâncias do caso concreto demonstrarem a necessidade, mesmo que seja antes da ouvida do réu.

Apesar das alegações serem, em sua maioria, contrárias ao deferimento da tutela antecipada *inaudita altera pars*, há certa diversidade de posicionamentos, conforme se pode verificar pela leitura dos excertos: o excerto nº 17 refere-se a tal procedimento como “excepcional”; O excerto nº 18 aduz que, a antecipação faria um julgamento de mérito e correria o risco de estar julgando antecipadamente a pretensão e incorrendo em julgamento prematuro (tal argumento desconectado do entendimento de sua natureza, que é o de, justamente, ser um provimento provisório e reversível); o excerto nº 19 diz ser a antecipação, sem a ouvida do réu, permitida para os casos em que a própria oitiva possa comprometer a efetividade da tutela urgente; os excertos nºs 20 e 21 afirmam que o contraditório ficará diferido para momento posterior, não gerando restrições ao direito ao contraditório e à ampla defesa; o excerto nº 22 aduz que a matéria necessita ser devidamente comprovada, e subentende-se dessa afirmação que, a oitiva do réu é imprescindível, devido, exclusivamente, à geração de provas, o que na verdade, é ônus de quem pede a tutela antecipada, ou seja do autor, sendo esta afirmação descabida, pois o autor pode gerar prova de convencimento sem a necessidade absoluta do contraditório, ainda mais em tutelas provisórias; o excerto nº 23 alega impedimento de uso do direito constitucional de ação; e o excerto nº 24 diz que a medida é excepcional para impedir prejuízos de grande vulto, o que é interessante, haja vista, não possuir toda tutela apenas característica patrimonial.

5.1.3 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre "prova inequívoca" e "verossimilhança"

5.1.3.1 Prova inequívoca

Conforme assinala HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo” (apud in “Curso de Direito Processual Civil Brasileiro”, vol. II, Editora Forense, 23a edição, 1999, p. 611/612). [Ag. Inst. nº 990.10.040977-8. Reg. nº 0040977-88.2010.8.26.0000, (06/10/2010). Relatoria: Andrade Neto – 30ª Câmara de Direito Privado.] **Excerto nº 25.**

A prova inequívoca de que trata o mencionado dispositivo legal diz respeito a prova literal ou, ainda, documental, ainda que não conduza à certeza absoluta do fato. Tal prova inequívoca deve levar a uma forte possibilidade de o autor ter razão no feito. [Ag. Inst. nº 0124407-30.2013.8.26.0000. Reg. nº 0124407-30.2013.8.26.0000, (18/07/2013). Relatoria: Rocha de Souza – 32ª Câmara de Direito Privado.] **Excerto nº 26.**

[...] a matéria fática trazida a exame não é transparente, inexistindo o mínimo de clareza a permitir antecipada visualização de possível desfecho da demanda em termos favoráveis ao recorrente. Os elementos trazidos aos autos não permitem a formação do juízo de probabilidade, não havendo como dizer, ao menos por ora, caracterizadas prova inequívoca e verossimilhança da alegação. [Ag. Inst. nº 979.092-3. Reg. nº 0046001-49.2000.8.26.0000, (28/11/2000); Ag. Inst. nº 978.024-1. Reg. nº 0044933-64.2000.8.26.0000, (14/11/2000); Ag. Inst. nº 956.320-4. Reg. nº 0023229-92.2000.8.26.0000 (29/08/2000). Relatoria: Luiz Antônio de Godoy – 3<sup>a</sup> Câmara do 1º TAC.] **Excerto nº 27.**

“(prova inequívoca) é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerado como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas”. {STJ - Ia Turma, REsp. nº 161.479-PR, Rel. Min. José Delgado, j. 10/03/98, DJU 25/05/98; REsp. nº 113.368-PR, Rel. Min. José Delgado, j. 07/04/97, DJU 19/05/97; REsp. nº 141.699-PR, Rel. Min. José Delgado, j. 06/10/97, DJU 17/11/97; REsp. nº 136.688-SC, Rel. Min. José Delgado, j. 06/10/97, DJU 17/11/97; REsp. nº 133.219-PR, Rel. Min. José Delgado, j. 02/10/97, DJU 17/11/97} [Ag. Inst. nº 786.664-5/0-00. Reg. nº 9054578-76.2008.8.26.0000, (30/07/2008); Ag. Inst. nº 793.550-5/7-00. Reg. nº 9048408-88.2008.8.26.0000, (30/07/2008); Ag. Inst. nº 789.104-5/8-00. Reg. nº 0075243-72.2008.8.26.0000, (30/07/2008); Ag. Inst. nº 778.113-5/3-00. Reg. nº 0185539-64.2008.8.26.0000, (04/06/2008); Ag. Inst. nº 948.218-5/6-00. Reg. nº 0377085-77.2009.8.26.0000, (23/09/2009); Ag. Inst. nº 932.921-5/2-00. Reg. nº 0370131-15.2009.8.26.0000, (05/08/2009); Ag. Inst. nº 920.986-5/5-00. Reg. nº 9041585-64.2009.8.26.0000, (01/07/2009); Ag. Inst. nº 916.145-5/3-00. Reg. nº 9042880-39.2009.8.26.0000, (17/06/2009); Ag. Inst. nº 916.631-5/1-00. Reg. nº 0354919-51.2009.8.26.0000, (17/06/2009); Ag. Inst. nº 899.349-5/2-00. Reg. nº 0005274-33.2009.8.26.0000, (20/05/2009); Ag. Inst. nº 990.10.525222-2. Reg. nº 0525222-64.2010.8.26.0000, (15/12/2010); Ag. Inst. nº 990.10.499125-0. Reg. nº 0499125-27.2010.8.26.0000, (15/12/2010); Ag. Inst. nº 990.10.420028-8. Reg. nº 0420028-75.2010.8.26.0000, (27/10/2010); Ag. Inst. nº 990.10.322590-2. Reg. nº 0322590-49.2010.8.26.0000, (25/08/2010); Ag. Inst. nº 990.10.278238-7. Reg. nº 0278238-06.2010.8.26.0000, (14/07/2010); Ag. Inst. nº 990.10.135566-3. Reg. nº 0135566-72.2010.8.26.0000, (12/05/2010); Ag. Inst. nº 990.10.066722-0. Reg. nº 0066722-70.2010.8.26.0000, (14/04/2010); Ag. Inst. nº 994.09.239424-0. Reg. nº 0239424-56.2009.8.26.0000, (24/03/2010); Ag. Inst. nº 990.10.022853-6. Reg. nº 0022853-57.2010.8.26.0000, (10/03/2010); Ag. Inst. nº 994.09.247244-2. Reg. nº 0247244-29.2009.8.26.0000, (27/01/2010); Ag. Inst. nº 994.09.239120-9. Reg. nº 0239120-57.2009.8.26.0000, (27/01/2010); Ag. Inst. nº 994.09.231691-4. Reg. nº 0231691-39.2009.8.26.0000, (27/01/2010); Ag. Inst. e Reg. nº 9067792-37.2008.8.26.0000, (19/10/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0184666-59.2011.8.26.0000, (10/08/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0116990-94.2011.8.26.0000, (13/07/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0110918-91.2011.8.26.0000, (29/06/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0067326-60.2012.8.26.0000, (05/09/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0121392-87.2012.8.26.0000, (25/07/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0034059-97.2012.8.26.0000, (13/06/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0050772-50.2012.8.26.0000, (30/05/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0283799-74.2011.8.26.0000, (08/02/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0094403-10.2013.8.26.0000, (19/06/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 0077682-80.2013.8.26.0000, (05/06/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 0047898-58.2013.8.26.0000, (15/05/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 0272879-07.2012.8.26.0000, (06/03/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 0262754-77.2012.8.26.0000, (27/02/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 2019473-50.2014.8.26.0000, (09/04/2014); Ag. Inst. nº 789.445-5/3-00. Reg. nº 0077334-38.2008.8.26.0000, (03/12/2008); Ag. Inst. nº 778.043-5/3-00. Reg. nº 0185463-40.2008.8.26.0000, (04/06/2008); Ag. Inst. nº 731.74 9-5/1-00. Reg. nº 0133462-15.2007.8.26.0000, (16/01/2008); Ag. Inst. nº 975.323-5/8-00. Reg. nº 9020048-12.2009.8.26.0000, (18/11/2009); Ag. Inst. nº 896.035-5/8-00. Reg. nº 9030687-89.2009.8.26.0000, (11/11/2009); Ag. Inst. nº 962.383-5/0-00. Reg. nº 9030358-77.2009.8.26.0000, (04/11/2009); Ag. Inst. nº 962.521-5/1-00. Reg. nº 0266721-38.2009.8.26.0000, (04/11/2009); Ag. Inst. nº 94 4.4 56-5/2-00. Reg. nº

0385613-03.2009.8.26.0000, (02/09/2009); Ag. Inst. nº 916.506-5/1-00. Reg. nº 0355192-30.2009.8.26.0000, (17/06/2009); Ag. Inst. nº 916.292-5/3-00. Reg. nº 0355365-54.2009.8.26.0000, (17/06/2009); Ag. Inst. nº 896.397-5/9-00. Reg. nº 9033547-63.2009.8.26.0000, (22/04/2009); Ag. Inst. nº 892.482-5/8-00. Reg. nº 0006399-36.2009.8.26.0000, (08/04/2009); Ag. Inst. nº 882.724-5/5-00. Reg. nº 0016063-91.2009.8.26.0000, (08/04/2009); Ag. Inst. nº 990.10.496724-4. Reg. nº 0496724-55.2010.8.26.0000, (24/11/2010); Ag. Inst. nº 990.10.328782-7. Reg. nº 0328782-95.2010.8.26.0000, (10/11/2010); Ag. Inst. nº 990.10.415416-2. Reg. nº 0415416-94.2010.8.26.0000, (20/10/2010); Ag. Inst. nº 990.10.337 610-2. Reg. nº 0337610-80.2010.8.26.0000, (01/09/2010); Ag. Inst. nº 990.10.342154-0. Reg. nº 0342154-14.2010.8.26.0000, (01/09/2010); Ag. Inst. nº 990.10.304403-7. Reg. nº 0304403-90.2010.8.26.0000, (25/08/2010); Ag. Inst. nº 990.10.193715-8. Reg. nº 0193715-61.2010.8.26.0000, (14/07/2010); Ag. Inst. nº 990.10.187916-6. Reg. nº 0187916-37.2010.8.26.0000, (14/07/2010); Ag. Inst. nº 990.10.187924-7. Reg. nº 0187924-14.2010.8.26.0000, (14/07/2010); Ag. Inst. nº 990.10.248163-8. Reg. nº 0248163-81.2010.8.26.0000, (23/06/2010); Ag. Inst. nº 990.10.044516-2. Reg. nº 0044516-62.2010.8.26.0000, (10/03/2010); Ag. Inst. e Reg. 0223816-47.2011.8.26.0000, (05/10/2011); Ag. Inst. e Reg. 0207167-07.2011.8.26.0000, (28/09/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0118159-19.2011.8.26.0000, (21/09/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0099795-96.2011.8.26.0000, (29/06/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0016707-63.2011.8.26.0000, (02/03/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0519041-47.2010.8.26.0000, (16/02/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0202569-73.2012.8.26.0000, (24/10/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0117211-43.2012.8.26.0000, (25/07/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0112315-54.2012.8.26.0000, (25/07/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0080344-51.2012.8.26.0000, (11/07/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0071917-65.2012.8.26.0000, (20/06/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 0291953-81.2011.8.26.0000, (08/02/2012); Ag. Inst. e Reg. nº 2021738-59.2013.8.26.0000, (11/12/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 2011190-72.2013.8.26.0000, (11/09/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 0118430-57.2013.8.26.0000, (21/08/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 0042013-63.2013.8.26.0000, (17/04/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 2001090-24.2014.8.26.0000, (26/02/2014); Ag. Inst. e Reg. nº 0259385-75.2012.8.26.0000, (06/02/2013); Ag. Inst. nº 994.09.313224-1. Reg. nº 9042154-65.2009.8.26.0000, (27/01/2010); Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público e Ag. Inst. nº 1.220.800-1 e Reg. nº 0054560-87.2003.8.26.0000, (14/10/2003); Ag. Inst. nº 1.196.477-5 e Reg. nº 0030237-18.2003.8.26.0000, (12/08/2003); Relatoria: Roque Mesquita – 3ª Câmara (Extinto 1º TAC); Ag. Inst. nº 1.205.565-1 e Reg. nº 0039325-80.2003.8.26.0000, (11/03/2004); Ag. Inst. nº 2.001.725-8 e Reg. nº 0074008-12.2004.8.26.0000, (30/03/2005); Ag. Inst. nº 2.002.349-2 e Reg. nº 0074632-61.2004.8.26.0000, (16/03/2005); Ag. Inst. nº 2.002.030-8 e Reg. nº 0074313-93.2004.8.26.0000, (16/03/2005); Ag. Inst. nº 1.350.962-7 e Reg. nº 0072044-81.2004.8.26.0000, (16/03/2005); Ag. Inst. nº 2.001.031-1 e Reg. nº 00073314-43.2004.8.26.0000, (16/03/2005); Ag. Inst. nº 1.342.170-4 e Reg. nº 0063252-41.2004.8.26.0000, (09/03/2005). Relatoria: Vasconcellos Boselli – 11ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 28.**

[...] o Ministro Luiz Fux já teve ocasião de lecionar que se o legislador não se utiliza inutilmente de expressões, a exegese imposta é a de que prova inequívoca para a concessão da tutela antecipada é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É prova extreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada. [...] “Tutela De Segurança e Tutela Da Evidência”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 348. [...] Luiz Guilherme Marinoni, [...]. Na sequência disse que: “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” in A Antecipação da Tutela - pág. 455, 4a edição. [Ag. Inst. nº 885019-0/3. Reg. nº 0070643-13.2005.8.26.0000, (21/03/2005). Relatoria: Artur Marques – 35ª Câmara do D.OITAVO Grupo (Ext. 2º TAC).] **Excerto nº 29.**

[...] asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “[...] o legislador pretendeu deixar claro que o juiz somente deve conceder a tutela antecipatória quando for provável que aquele que a postula obterá um resultado favorável. A chamada prova inequívoca, capaz de convencer o julgador da verossimilhança da alegação, apenas pode ser compreendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, situação que tem apenas ligação com o fato de que o juiz tem, nesse caso, um juízo que é formado quando ainda não foi realizado plenamente o contraditório em primeiro grau de jurisdição” - Código de Processo Civil, p. 271, Editora Revista dos Tribunais. [Ag. Inst. e Reg. nº 0246646-70.2012.8.26.0000, (04/12/2012). Relatoria: Carlos Alberto Garbi – 10ª Câmara de Direito Privado.]

**Excerto nº 30.**

“[...] a dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.” [...] E prossegue o autor, afirmando que “a aproximação das duas locuções, formalmente contraditórias, leva ao conceito de probabilidade, que [...] é menos que certeza [...], e é mais do que a credibilidade, ou verossimilhança [...]”, o que o levou a concluir “[...] que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar.” (Cândido Rangel Dinamarco. op cit., pág. 145). [...] a prova inequívoca do direito pleiteado é aquela que asseguraria julgamento de mérito favorável caso a demanda fosse julgada no momento da concessão da liminar, pois o que se antecipa são os efeitos da própria sentença.[...] “Por prova inequívoca deve entender-se a que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não a elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerecer-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador.” (Theodoro Jr.). [Ag. Inst. 881714- 0/8. Reg. nº 0024793-33.2005.8.26.0000, (21/03/2005). Relatoria: Felipe Ferreira – 2ª Câmara do Primeiro Grupo (Extinto 2º TAC).] **Excerto nº 31.**

Para Calmon de Passos, a apreciação da prova inequívoca somente seria possível após o encerramento da fase de postulação, com a conclusão do estágio de resposta do réu e depois de cumpridas eventuais medidas de regularização do processo (Revista de Direito 34/73). [...] A análise da qualidade inequívoca da prova deve considerar a natureza sumária da cognição antecipatória. Conforme leciona Dinamarco “a sabedoria do Juiz reside em dispensar os rigores absolutos de uma certeza, aceitando a probabilidade adequada e dimensionando os riscos que legitimamente podem ser enfrentados”. Prova inequívoca em cognição sumária é aquela que apresenta alto grau de credibilidade. A verossimilhança da alegação significa que ela tem aparência de ser verdadeira. Trata-se de um juízo positivo de probabilidade. Em que pese a aparente vinculação, a verossimilhança da alegação não tem por pressuposto necessário a prova inequívoca. Carreira Alvim bem leciona que: “Para se convencer da verossimilhança da alegação, o juiz não depende necessariamente da prova”. Há fatos incontestes e questões exclusivamente de direito que dispensam a prova inequívoca para que se reconheça a verossimilhança da alegação e se conceda a tutela. Conforme leciona Calmon de Passos: “Se é grande o risco de dano, as exigências quanto à plausibilidade se atenuam: se for mínimo o risco de dano, maiores devem ser as exigências no tocante ao convencimento sobre a plausibilidade do direito”. Ao examinar um pedido de liminar, o julgador trabalhará sopesando as consequências da concessão da medida, exercendo o que Reis Friede denomina “lógica crítica”. (James Alberto Siano, artigo publicado na Revista Eletrônica “Consultor Jurídico”, 27.07.2001). O brilhante colega CÂNDIDO ALEM, assim decidiu em inúmeros feitos: “A tutela antecipada exige de forma inconcussa dois requisitos essenciais, prova inequívoca e verossimilhança da alegação que sustenta a pretensão inicial, daí defluindo a concessão antecipada,

parcial ou total, de efeitos da tutela jurisdicional final. A prova inequívoca deve ser escrita, a respeito da qual não se pode admitir discussão, incabível a invocação de possível demora na demanda para sua caracterização. Havendo necessidade de prova, não importando a espécie, inexiste prova inequívoca, no que se tomará prejudicada a inferência da verossimilhança, qualidade que deflui por princípio de lógica da prévia existência de prova inequívoca.” Estas lições estão consubstanciadas em antecedentes jurisprudenciais, in verbis: ‘que, evidentemente, deve ser prova escrita” (Lex-JTA 161/351). “Havendo necessidade da produção de prova, descebe a outorga da tutela antecipada”(Lex-JTA 161/354). “Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas” (STJ-1a Turma, REsp. 113.368-PR, rel. Min. José Delgado, j. 07.04.97, deram provimento ,v.u., DJU 19.05.97, p. 20.593). “Só a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento” (RJTJERGS 179/251H in Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação complementar em vigor, Edição Saraiva, 30ª edição, 1999, nota 7, ao art. 273). [Ag. Inst. nº 1.149.835-4. Reg. nº 0064608-42.2002.8.26.0000 , (21/03/2005). Relatoria: Jorge Farah – 6ª Câmara de Direito Privado (extinto 1º TAC).] **Exerto nº 32.**

“[...] responsabilidade objetiva da transportadora - Presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela – Recurso provido.” (A. Reg. n. 1.171.336-3/01, 2ª Câmara Campinas Rel. Gonçalves Rostey, j. 10.03.2003). [...] por se tratar de questão inserida na responsabilidade da transportadora - contrato de transporte -, e ainda no campo de responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço - relação de consumo -, não há porque deixar de reconhecer a verossimilhança do que foi alegado pelo agravante em termos do dever da agravada reparar os danos pelo primeiro experimentados, do quadro dos acontecimentos relatados. [Ag. Inst. nº 1.315.702-9. Reg. nº 0046524-22.2004.8.26.0000, (24/11/2004). Relatoria: Paiva Coutinho – 4ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 33.**

A tutela antecipada exige para sua concessão que se comprove o direito evidente, isto é, exige prova cabal. Além disso, deve ser provado o risco de dano à eficácia da medida pleiteada, pois a finalidade da tutela é a de evitar que haja perigo de ineficácia do pronunciamento final. [Apel. c/ Revisão nº 968437- 0/0. Reg. nº 9112247-92.2005.8.26.0000, (17/04/2006). Relatoria: Artur Marques – 35ª Câmara (ext. 2º TAC).] **Exerto nº 34.**

“[...] a tutela antecipada prevista no art. 273, do estatuto processual civil, consistente na antecipação da pretensão formulada na prefacial, caracteriza-se em verdadeira decisão de mérito, como anota ANTÔNIO RAPHAEL SILVA SALVADOR. Por isso, exige o preenchimento de alguns pressupostos: substanciais - a evidência e potencial direito objeto da ação; processuais - prova inequívoca da verossimilhança da alegação, ou seja, que o direito objeto do *iudicium* submete-se a risco de dano irreparável; assim, para fazer jus à tutela antecipada, o requerente há de demonstrar de forma inequívoca o seu direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme ensinanza de LUIZ FUX. [Ag. Inst. nº 763206-00/3. Reg. nº 0049041-68.2002.8.26.0000, (16/12/2002). Relatoria: Clóvis Castelo – 11ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 35.**

Conforme lição do referido mestre (Dinamarco), o Juiz decidirá à luz de documentos que estejam nos autos e, fazendo valer seus poderes instrutórios, de ofício ou a requerimento, determinará a realização das atividades probatórias que em cada caso sejam convenientes. (Cândido Rangel Dinamarco ‘A Reforma do Código de Processo Civil’, Malheiros Editores, S. Paulo, 1.995, n. 104, ps. 146/147). [Ag. Inst. nº 1.349.886-5. Reg. nº 0070968-22.2004.8.26.0000, (24/02/2005); Ag. Inst. nº 1.350.311-0. Reg. nº 0071393-49.2004.8.26.0000, (24/02/2005); Ag. Inst. nº

2.000.180-5. Reg. nº 0072463-04.2004.8.26.0000, (24/02/2005). Relatoria: Antônio Marson – 11ª Câmara A (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 36.**

O autor (ou o réu na reconvenção) deverá oferecer prova inequívoca que confira verossimilhança à alegação (*rectius*, prova segura que revele probabilidade do direito); [Ag. Inst. nº 863577- 0/3e Reg. 0010328-53.2004.8.26.0000 , (23/11/2004). Relatoria: Vieira de Moraes – 1ª Câmara do Primeiro Grupo (Extinto 2º TAC).] **Exerto nº 37.**

No caso dos autos concorrem os requisitos da tutela antecipada. É que a Constituição Federal assegura o direito à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (artigos 6º e 9º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), assim como a organização da Seguridade Social garantindo a universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I). Há nos autos prova documental de que o agravante sofre de transtorno bipolar, tendo o médico que o assiste prescrito o medicamento em questão como necessário ao controle e tratamento da doença (fls. 43). Por outro lado, cuidando-se de beneficiário da assistência judiciária gratuita (fls. 35) milita em favor do agravante a presunção de hipossuficiência econômica, de forma que em face da gravidade da doença e da necessidade célere das providências requeridas, plausível o risco de ineficácia da medida caso esta venha a ser concedida somente a final. Ademais, cuidando-se de profissionais médicos regularmente habilitados, presumem-se idôneos a prescrição e o tratamento ministrados. [Ag. Inst. nº 988.630-5/9- 00. Reg. nº 0239120-57.2009.8.26.0000, (27/01/2010). Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Exerto nº 38.**

O honrado Magistrado agiu com prudência, e acertadamente, na medida em que, realmente, as partes nem sequer chegaram a contratar por escrito a alegada franquia, impondo-se, portanto, que se aguarde oportunidade de apreciação após possibilitar-se o contraditório, sem contar que, efetivamente, a documentação juntada não é suficiente para autorizar que, de plano, se antecipe a providência reclamada. [Ag. Inst. nº 7.150.307-8. Reg. nº 0029976-14.2007.8.26.0000, (13/06/2007). Relatoria: José Tarciso Beraldo – 14ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 39.**

## Análise

O termo “prova inequívoca”, presente no *caput* do art. 273 do CPC, tem gerado uma profusão de diferentes interpretações, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Conforme se pode observar dos acórdãos coletados, o conceito varia bastante: “a prova capaz de autorizar uma sentença de mérito favorável” (exerto nº 25); “prova literal ou documental, ainda que não conduza à certeza absoluta do fato a levar a uma forte possibilidade de o autor ter razão no feito” (exerto nº 26); “mínimo de clareza a permitir antecipada visualização de possível desfecho da demanda da qual não mais se admite qualquer discussão” (exerto nº 27); “aquela a respeito da qual não se admite mais qualquer discussão” (exerto nº 28) “que convença o juiz de que a pretensão mereça ser acolhida, de pronto, ainda que provisoriamente”; “alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É prova extreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juiz outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada.” (Luiz Fux - exerto nº 29); “prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.”

(Marinoni – excerto nº 29); “prova suficiente para o surgimento do verossímil.” (Marinoni e Mitidiero – excerto nº 30); “prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança.” (Dinamarco – excerto nº 31); “aquela que asseguraria julgamento de mérito favorável caso a demanda fosse julgada no momento da concessão da liminar, pois o que se antecipa são os efeitos da própria sentença.” (Theodoro Jr. – excerto nº 31); “aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão”; “aquela que apresenta alto grau de credibilidade”; “A prova inequívoca deve ser escrita, a respeito da qual não se pode admitir discussão, incabível a invocação de possível demora na demanda para sua caracterização. Havendo necessidade de prova, não importando a espécie, inexiste prova inequívoca.” (Cândido Alem – excerto nº 32); “A tutela antecipada exige para sua concessão que se comprove o direito evidente, isto é, exige prova cabal” (excerto nº 34); “o Juiz decidirá à luz de documentos que estejam nos autos e, fazendo valer seus poderes instrutórios, de ofício ou a requerimento, determinará a realização das atividades probatórias que em cada caso sejam convenientes” (Dinamarco – excerto nº 36) e “prova segura que revele probabilidade do direito” (excerto nº 37).

Além do grande número de definições do que seja “prova inequívoca”, muitas delas são divergentes, mas podem ocorrer concomitantemente no mesmo acórdão, como é o caso do excerto nº 29, que traz clara divergência entre os autores citados.

Na verdade, vê-se que não há uniformização no entendimento do que seja “prova inequívoca” para que se decida sobre o deferimento da tutela antecipada.

Marinoni (2011) ressalta que a variedade das necessidades de direito material e dos casos concretos, obviamente, impossibilitam definir-se, segundo critérios matemáticos, a modalidade de prova e o grau de convicção que devem presidir a tutela antecipatória. Entretanto, interpretações que limitam demasia a aplicabilidade da antecipação da tutela devem ser evitadas para não inviabilizarem o instituto.

Outro tema interessante, trazido pelos acórdãos, é sobre as espécies de provas admitidas em tutela antecipada. Alguns julgados limitaram as provas inequívocas a provas escritas ou documentais.

Todavia, Marinoni e Arenhart (2008) esclarecem que o interessado em obter uma tutela antecipada, pode valer-se de prova documental, testemunhal ou pericial, que foram realizadas antecipadamente e de laudos e pareceres de especialistas, que poderão substituir a

prova pericial em virtude da urgência. Observam que as provas possuem valores diferentes, mas ressaltam que não há apenas um tipo de prova apta a ser inequívoca.

### 5.1.3.2 Verossimilhança e *fumus boni juris*

Ao contrário do que ocorre nas medidas cautelares, para a antecipação da tutela não basta o *fumus boni juris*, exigindo-se alguma coisa mais, ou seja, aquela verossimilhança amparada na prova inequívoca, a que se refere o texto processual, ou aquela probabilidade do direito alegado de que nos fala Cândido Rangel Dinamarco. [Ag. Inst. nº 943685-5. Reg. nº 0080571-61.2000.8.26.0000, (16/08/2000). Relatoria: Franklin Nogueira – 8ª Câmara (Extinto 1º TAC)] **Excerto nº 40.**

É certo que, no dizer de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “A verossimilhança, em seu conceito jurídico-processual, é mais do que o *fumus boni iuris* exigível para o deferimento de medida cautelar” (Da Antecipação de Tutela no Processo Civil, 2ª ed., pág. 25). Ou, nas palavras de BARBOSA MOREIRA, “o juiz deve reclamar uma forte probabilidade de que o direito alegado realmente exista” (ob. cit., pág. 26). [Ag. Inst. nº 990.09.359927-9. Reg. nº 0359927-09.2009.8.26.0000, (04/02/2010) e Ag. Inst. e Reg. nº 0010651-14.2011.8.26.0000, (31/03/2011). Relatoria: Gilberto dos Santos – 11ª Câmara de Direito Privado.] **Excerto nº 41.**

“A tutela cautelar estrema-se da tutela antecipada seja por função, seja por seus requisitos: a primeira, sujeita-se ao *fumus boni juris* e ao *periculum in mora*; a segunda depende de prova inequívoca e só é admissível nas hipóteses do art. 273, I e II.” (JOÃO BATISTA LOPES “O juiz e a tutela antecipada”, Caderno de doutrina/junho de 96 da Tribuna da Magistratura da Apamagis). [Ag. Inst. nº 831.544-6. Reg. nº 0002665-63.1998.8.26.0000, (02/02/1999); Ag. Inst. nº 978.057-0. Reg. nº 0044966-54.2000.8.26.0000, (28/11/2000); Ag. Inst. nº 982.427-1. Reg. nº 0049336-76.2000.8.26.0000, (13/02/2001). Relatoria: Jorge Farah – 6ª Câmara (extinto 1º TAC).] **Excerto nº 42.**

Conforme ensina o ilustre professor Humberto Theodoro Júnior, in “Processo Cautelar”, Ed. Universitária de Direito, 17ª edição: “Por ser tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência de direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em prova inequívoca.” [Ag. Inst. nº 1.335.173-4. Reg. nº 0056255-42.2004.8.26.000, (28/11/2000); Ag. Inst. nº 1.267.525-3. Reg. nº 0101284-52.2003.8.26.0000, (18/02/2004). Relatoria: Rubens Cury 8ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 43.**

Anota Cândido Rangel Dinamarco, na busca de conciliação das expressões referentes à existência de “prova inequívoca” e de “verossimilhança da alegação”, dever chegar-se ao conceito de probabilidade, que é menos que a certeza e mais que a credibilidade, certo que “A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e a que a verossimilhança exigida é mais que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar. “ (A reformada do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 145). [Ag. Inst. nº 979.092-3. Reg. nº 0046001-49.2000.8.26.0000, (28/11/2000); Ag. Inst. nº 978.024-1. Reg. nº 0044933-64.2000.8.26.0000, (14/11/2000); Ag. Inst. nº 956.320-4. Reg. nº 0023229-92.2000.8.26.0000, (29/08/2000); Ag. Inst. nº 947.354-1. Reg. nº 0014263-43.2000.8.26.0000, (15/05/2000) Ag. Inst. nº 1.005.969-5. Reg. nº 0009467-72.2001.8.26.0000, (24/04/2001); Ag. Inst. nº 940.984-1. Reg. nº 0077870-30.2000.8.26.0000, (06/06/2000); Ag. Inst. nº 971.723-1. Reg. nº 0038632-

04.2000.8.26.0000, (24/10/2000) Relatoria: Luiz Antônio de Godoy – 3<sup>a</sup> Câmara do 1º TAC; Ag. Inst. nº 862.719-6. Reg. nº 0017361-70.1999.8.26.0000, (25/05/1999); Relatoria: Jorge Farah – 6<sup>a</sup> Câmara (extinto 1º TAC).] **Excerto nº 44.**

Na hipótese, falta aquele requisito inicial. Embora relevante à fundamentação da inicial, o certo é que, dada a complexidade da questão de fundo, a prova dos autos é insuficiente para gerar aquela quase que certeza do direito buscado, aquela verossimilhança amparada em prova inequívoca. [Ag. Inst. nº 1033464-6. Reg. nº 0036962-91.2001.8.26.0000, (08/08/2001). Relatoria: Franklin Nogueira – 8<sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 45.**

A verossimilhança (conceito subjetivo) é a razoável aceitabilidade da versão, plausibilidade ou probabilidade de ser, ou no vocabulário jurídico De Plácido e Silva: "A verossimilhança resulta das circunstâncias que apontam certo fato, ou certa coisa, como possível ou como real, mesmo que não se tenham deles provas diretas" (Revista Forense, vol. 334/472). Requisitos básicos para a antecipação da tutela genérica a) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. [...] Conforme leciona Kazuo Watanabe, a cognição exigível para a antecipação da tutela é de natureza sumária, ou seja, menos aprofundada no aspecto da verticalidade. Tal circunstância determina o caráter provisório da medida, que será negada se houver perigo de irreversibilidade absoluta. [Ag. Inst. nº 1.149.835-4. Reg. nº 0064608-42.2002.8.26.0000, (21/03/2005). Relatoria: Jorge Farah – 6<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado (extinto 1º TAC).] **Excerto nº 46.**

Também deve ser dito que "A antecipação da tutela não se assemelha às providências cautelares já previstas na lei processual, introduzida por força da nova redação conferida ao artigo 273, pela Lei n. 8.952/94, que exige prova inequívoca da verossimilhança, equivalente ao *fumus boni juris* e ao *periculum in mora*, somado ao receio de dano irreparável, ou ao abuso de direito de defesa manifestado pelo réu em caráter protelatório" (RSTJ 111/376). [Ag. Inst. nº 1.024.879-8 e Reg. 0028377-50.2001.8.26.0000, (21/08/2001). Relatoria: Roque Mesquita – 3<sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 47.**

Segundo o escólio de João Batista Lopes: "O cotejo entre prova inequívoca e verossimilhança da alegação leva à conclusão de que, para obtenção da tutela antecipada, é bastante a prova segura dos fatos, de que exsurja a probabilidade do direito pretendido". [...] "Enquanto é suficiente a plausibilidade (aceitabilidade) para o manejo da tutela cautelar, exige-se mais para a tutela antecipada, ou seja, a probabilidade considerando a natureza e a função da tutela antecipada, que implica adiantamento de efeitos com caráter satisfatório, bem como a redação do art. 273 (prova inequívoca + verossimilhança), a conclusão a que chega Antônio Cláudio Da Costa Machado é de que a probabilidade haverá de ser intensa, com o que concordamos plenamente E que a probabilidade tem graus (alto, médio e baixo), e só na primeira hipótese se justificará a providência antecipatória com todos os seus consectários" (apud 'Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro' - São Paulo - Saraiva - 2001 - pg. 59/60). [Ag. Inst. nº 771.109-5/4-00. Reg. nº 0190014-63.2008.8.26.0000, (29/04/2008). Relatoria: João Negrini Filho – 16<sup>a</sup> Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 48.**

## Análise

Zavascki (2009) ensina que a antecipação da tutela deve se dar quando houver um *fumus boni iuris* especialmente qualificado, diferentemente do que ocorre no processo cautelar, onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados, sendo que a antecipação da tutela pressupõe verossimilhança quanto ao fundamento

do direito e relativa certeza quanto à verdade dos fatos. Assim, o que a lei exige não é prova de verdade absoluta, pois esta sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas uma prova robusta, que, embora sumária, aproxime com segurança o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

Concorde com o autor retocitado, Lopes (2006) considera que, tal como em relação às medidas cautelares, à antecipação da tutela seria suficiente o *fumus boni iuris*, com a ressalva da necessidade de um maior grau de probabilidade da existência do direito, em face do maior potencial lesivo desta medida.

Marinoni (2011) posiciona-se contrário a tais afirmações, afirmando que, pretender explicar o conceito de prova inequívoca com uma tentativa de comparação entre a verossimilhança do art. 273 e o *fumus boni iuris*, próprio à tutela cautelar, como se prova e convicção pudessem ser mensurados em graus e comparados, não tem propósito, pois não há lógica na distinção entre convicção de verossimilhança própria à tutela antecipada e aquela característica à tutela cautelar. Sustenta ser um equívoco imaginar que a verossimilhança possa variar conforme se esteja diante da tutela cautelar ou da tutela antecipatória.

Para o referido autor, a convicção de verossimilhança é obtida por meio de um balanço entre as provas, ou seja, a verossimilhança deve ser atingida por meio de provas que conduzam a uma preponderância da convicção em direção a determinada alegação. No caso da tutela antecipada, a convicção de verossimilhança preponderante é aquela que possibilite postecipar o contraditório, isto é, convence o juiz de que prepondera liminarmente o direito do autor, sem mais delongas em sua análise, ou em suas palavras, sacrifica o improvável em benefício do provável (MARINONI, 2011).

Algumas afirmações encontradas nos excertos demonstram que existe certa homogeneidade nos conceitos de verossimilhança e prova inequívoca: “para a antecipação da tutela não basta o *fumus boni iuris*, exigindo-se alguma coisa mais, ou seja, aquela verossimilhança amparada na prova inequívoca” (excerto nº 40); “a verossimilhança, em seu conceito jurídico-processual, é mais do que o *fumus boni iuris* exigível para o deferimento de medida cautelar (excerto nº 41); “a primeira (tutela cautelar), sujeita-se ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, a segunda (tutela antecipada) depende de prova inequívoca e só é admissível nas hipóteses do art. 273, I e II” (excerto nº 42); “mais do que a simples aparência de direito (*fumus boni iuris*), reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em prova inequívoca” (excerto nº 43); “a

exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e a que a verossimilhança exigida é mais que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar” (excerto nº 44); “a prova dos autos é insuficiente para gerar aquela quase que certeza do direito buscado, aquela verossimilhança amparada em prova inequívoca” (excerto nº 45); “a verossimilhança (conceito subjetivo) é a razoável aceitabilidade da versão, plausibilidade ou probabilidade de ser e a cognição exigível para a antecipação da tutela é de natureza sumária, ou seja, menos aprofundada no aspecto da verticalidade” (excerto nº 46); “exige prova inequívoca da verossimilhança, equivalente ao *fumus boni juris* e ao *periculum in mora*, somado ao receio de dano irreparável, ou ao abuso de direito de defesa manifestado pelo réu em caráter protelatório” (excerto nº 47); “é bastante a prova segura dos fatos, de que exsurja a probabilidade do direito pretendido e a probabilidade haverá de ser intensa, com o que concordamos plenamente” (excerto nº 48); e “que a probabilidade tem graus (alto, médio e baixo), e só na primeira hipótese se justificará a providência antecipatória com todos os seus consectários” (excerto nº 48).

#### 5.1.3.3 Nível de cognição exigido impossibilita análise sumária

No caso vertente, não há falar em verossimilhança do alegado, pois a questão de mérito envolve matéria complexa e controvertida, cujo deslinde, afora a observância do contraditório e da ampla defesa, demanda aprofundado exame da legislação de regência. [Ag. Inst. nº 786.664-5/0-00. Reg. nº 9054578-76.2008.8.26.0000, (30/07/2008). Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 49.**

No mais, tem-se que o tema de fundo é questão que envolve matéria de direito e de fato complexa, controvertida, de alta indagação, cujo deslinde, afora a observância do contraditório e da ampla defesa, demanda aprofundado exame de provas. [Ag. Inst. e Reg. nº 0116990-94.2011.8.26.0000, (13/07/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0110918-91.2011.8.26.0000, (29/06/2011); Ag. Inst. e Reg. nº 0071917-65.2012.8.26.0000, (20/06/2012); Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 50.**

Não há como se conceder a tutela antecipada na forma requerida, porque a pretensão envolve matéria que necessita de diliação probatória, qual sejam, anulação de instrumento particular de confissão de dívida e repetição de indébito, entre outras, que por si só, inocorrentes, pois na espécie prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação, ao teor dos ditames do artigo 273 do Código de Processo Civil. [Ag. Inst. nº 978.057-0. Reg. nº 0044966-54.2000.8.26.0000, (28/11/2000); Ag. Inst. nº 982.427-1. Reg. nº 0049336-76.2000.8.26.0000, (13/02/2001). Relatoria: Jorge Farah – 6ª Câmara (extinto 1º TAC).] **Excerto nº 51.**

Ademais, o deslinde da matéria depende de diliação probatória, inclusive de natureza técnica, de forma que, em se tratando de cognição sumária, afigura-se inadmissível falar em verossimilhança do alegado, ainda mais quando para tanto se exige prova inequívoca, irrefutável, insusceptível de discussão. [Ag. Inst. e Reg. nº 0050772-

50.2012.8.26.0000, (30/05/2012). Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 52.**

[...] ainda em linha de cognição não exauriente, portanto, sem resolução do mérito, há que se apurar se o acidente ocorreu por causa da conduta do próprio autor, ora agravado, que estava trabalhando na instalação do telhado do imóvel, com material metálico utilizado na estrutura da construção. Não fosse por isso, não se pode olvidar da necessidade em se verificar a questão da viabilidade técnica das instalações alegada no agravio, ou seja, há de se aferir o que não é possível de pronto estar ou não em situação irregular a rede elétrica da agravante, assim como a regularizada da reforma iniciada pelo autor e do imóvel quanto ao distanciamento da calçada, rua e rede elétrica. Como se vê, frise-se, em cognição não exauriente, o que se vislumbra dos autos até o momento é ocorrência do acidente, por descarga elétrica, ao tocar o autor, involuntariamente, a rede de energia elétrica, com material metálico, quando trabalhava na instalação do telhado de sua residência. Tanto mais porquanto, ao menos até o momento, não resta demonstrada as causas do acidente, especialmente no que tange a inadequação da rede elétrica da agravante. [Ag. Inst. e Reg. nº 2032211-70.2014.8.26.0000, (07/04/2014); Relatoria: Mário A. Silveira – 33ª Câmara de Direito Privado.] **Excerto nº 53.**

A matéria é complexa e demanda inclusive prova pericial requerida pelo próprio autor às fls. 48 dos autos' Conforme fundamentação do juízo *a quo*. [Ag. Inst. nº 982.427-1. Reg. nº 0049336-76.2000.8.26.0000, (13/02/2001). Relatoria: Jorge Farah – 6ª Câmara (extinto 1º TAC).] **Excerto nº 54.**

## Análise

Muitos foram os acórdãos elencados em que houve a denegação da tutela antecipada, motivada pela exigência de um nível de cognição maior ou mais aprofundado para convencer o magistrado da necessidade da medida.

Entretanto, pode-se questionar se estas exigências são adequadas, pois muitas vezes, os juízes exigem uma convicção maior do que a convicção de verossimilhança, preconizada na lei processual, para deferir a antecipação de tutela, o que é totalmente contrário aos objetivos do instituto, haja vista, seu caráter de cognição sumária.

Também há de se questionar o uso de fraseologia de maneira não fundamentada e repetitiva, sendo o puro e simples fundamento, a mera argumentação da necessidade de aprofundamento da cognição, como nos exemplos a seguir: “a questão de mérito envolve matéria complexa, cujo deslinde, afora a observância do contraditório e da ampla defesa, demanda aprofundado exame da legislação de regência” (excerto nº 49), “demanda aprofundado exame de provas” (excertos nº 50); “a pretensão envolve matéria que necessita de dilação probatória” (excerto nº 51); “o deslinde da matéria depende de dilação probatória, inclusive de natureza técnica, de forma que, em se tratando de cognição sumária, afigura-se inadmissível falar em verossimilhança do alegado” (excerto nº 52); “A matéria é complexa e demanda inclusive prova pericial requerida pelo próprio autor” (excerto nº 54);

Com relação ao excerto nº 53, é interessante notar a obstinação do relator em alcançar detalhes, como a culpa da vítima. Em cognição sumária, não há obrigatoriedade desta profundidade de análise para o deferimento da tutela antecipada. Se o autor prova a urgência no recebimento da tutela e que houve acidente ao prestar determinado serviço, a análise da culpa da vítima é uma questão que apenas diz respeito à cognição exauriente e não à cognição sumária.

**5.1.3.4 Não continuidade da análise das alegações relativas aos incisos da tutela antecipada por faltar verossimilhança. Somente verossimilhança não garante a antecipação da tutela**

[...] não subsiste a alegação de que o acórdão embargado teria se omitido quanto ao artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil. Senão vejamos: Muito embora o acórdão embargado não tenha, realmente, apreciado a pretensão recursal fundamentada no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil, tal fato não implica omissão. É que a presença de prova inequívoca da verossimilhança das alegações é imprescindível para concessão dos efeitos da tutela jurisdicional em qualquer hipótese; sendo assim, o ‘fundado receio de dano irreparável’ (art. 273, I, CPC) e o ‘abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório do réu’ (art. 273, II, CPC) devem sempre estar aliados à prova inequívoca da verossimilhança das alegações para que a tutela antecipada possa ser concedida. Sem prova inequívoca da verossimilhança das alegações, a tutela antecipada nunca pode ser concedida. Como, no caso, a C. Câmara concluiu que não havia prova inequívoca da verossimilhança das alegações, a análise do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil se tornou irrelevante para a solução da pretensão recursal, não havendo que se falar, assim, em omissão. [Emb. Declar. nº 0059252-17.2012.8.26.0000/50000 Reg. 0059252-17.2012.8.26.0000, (04/09/2012). Relatoria: Armando Toledo – 31ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 55.**

Neste sentido, bem assinala Beatriz Catarina Dias, in “A Jurisdição na Tutela Antecipada”, Ed. Saraiva, 1999: “Aos requisitos concomitantes referidos no caput do art. 273, como já abordado, deve estar necessariamente associado pelo menos um dos pressupostos alternativos elencados nos incisos I e II, para o fim de formulação do pedido antecipatório.” [Ag. Inst. nº 1.177.325-4. Reg. nº 0011085-81.2003.8.26.0000, (25/05/1999). Relatoria: Rubens Cury – 8ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 56.**

E o pedido formulado não está fundado em qualquer das hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil. A simples plausibilidade do direito não autoriza a antecipação da tutela, necessário que exista o requisito do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda abuso do direito de defesa ou propósito protelatório. [Ag. Inst. nº 1.208.177-3. Reg. nº 0041937-88.2003.8.26.0000, (04/08/2003). Relatoria: Antônio Ribeiro – 1ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 57.**

Análise

O *caput* do art. 273, do Código de Processo Civil, enuncia uma exigência comum aos dois tipos de tutela antecipatória, isto é aos incisos I e II: a existência de prova inequívoca, que convença sobre a verossimilhança da alegação (LOPES, 2006).

Apesar de o dispositivo ser bastante claro sobre a impossibilidade de se antecipar a tutela apenas com o cumprimento dos requisitos previstos no *caput*, o deferimento ou o indeferimento de uma antecipação em que o magistrado não analisa também os pressupostos dos incisos, é motivo para a interposição de embargos de declaração.

Por outro lado, existem pedidos de tutela antecipada, os quais não são trazidos pelo autor elementos do perigo da demora ou do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, prejudicando a análise dos dispositivos.

Os requisitos da prova inequívoca que gere a convicção de verossimilhança do direito alegado são insuficientes a ensejar a antecipação da tutela. Reforça-se que, deve estar concomitantemente presente ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ao abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, incisos I ou II e ao inciso II § 6º, no caso dos fatos incontroversos.

Pela leitura do excerto nº 55, nota-se que a ausência, de plano, dos requisitos do *caput*, levou o relator a não fazer a análise do possível abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório, gerando embargos de declaração. No mesmo sentido, o excerto nº 57.

O excerto nº 56 traz citação da obra de Beatriz Catarina Dias, que reflete pela análise associada do *caput* e dos incisos.

#### 5.1.3.5 Necessidade de provar o dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório

"O pedido de antecipação de tutela relaciona-se ao próprio mérito da causa, vez que o art. 273 do CPC facilita ao juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Destarte, é imprescindível à sua concessão que a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação seja objetivo e de probabilidade comprovada." (AgRg no AR nº 1517/PR, Rei. Min. Paulo Medina, j.13.2.2002). [Ag. Inst. nº 1166901- 0/2 e Reg. 1166901002 , (01/04/2008). Relatoria: Luis Fernando Nishi – 31ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 58.**

"[...] Verossimilhança, em reforço propedêutico, que se quadre com o espírito do legislador, é a aparência de verdade, o razoável, alcançando, em interpretação *lato sensu*, o próprio *fumus boni iuris* e, principalmente o *periculum in mora*. Prova inequívoca é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável, equivalendo, em última análise, à

verossimilhança da alegação, mormente no tocante do direito subjetivo que a parte queira preservar. Assim, pode-se ter como verossímil o receio de dano grave que decorra de fato objetivamente demonstrável e não de simples receio subjetivo da parte. O mesmo critério de verossimilhança aplica-se à aferição do abuso do direito de defesa. E como prova inequívoca do direito do requerente, deve-se ter aquela que lhe asseguraria sentença de mérito favorável, caso tivesse a causa de ser julgada no momento da apreciação do pedido de medida liminar autorizada pelo novo art. 273. Por se tratar de antecipação de tutela satisfativa da pretensão de mérito, exige-se, quanto ao direito subjetivo do litigante, prova mais robusta do que o mero *fumus boni iuris* das medidas cautelares (não satisfativas)." (Humberto Theodoro Júnior, 'Código de Código de Processo Civil Anotado, 4a edição, Forense, 1998, pág. 128 e sgs). [Ag. Inst. nº 717.832-1/6 e Reg. 2002715-79.2003.8.26.0000, (28/02/2003). Relatoria: Ribeiro Pinto – 3ª Câmara do 1º TAC.] **Excerto nº 59.**

### Análise

Quem pede antecipação de tutela, deve provar a existência do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu (inciso II), ou apenas alegá-los de forma bem fundamentada, uma vez que já fez prova inequívoca que convenceu da verossimilhança de seu direito?

A verossimilhança das alegações é composta apenas pela convicção do direito do autor ou também pela prova da existência dos requisitos dos incisos I ou II?

O legislador, ao destacar no *caput* do art. 273, a convicção de verossimilhança das alegações, ou seja, da existência do direito objeto de tutela, gerada por prova inequívoca, e ao separá-la dos requisitos dos incisos I e II, conduz ao entendimento de que, a exigência desta prova não se dá em relação aos incisos, que requerem apenas, de maneira expressa, "fundado receio" de dano irreparável ou de difícil reparação ou que "fique caracterizado" o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Em alguns dos acórdãos colacionados, há o entendimento por parte dos relatores, da obrigatoriedade de se provar também os requisitos dos incisos I e II, ou seja, para se convencer da verossimilhança das alegações, há também que se provar o *periculum in mora* e o abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu cumulativamente com a verossimilhança do direito afirmado.

Entretanto, esta não é a melhor interpretação, haja vista, que o receio de dano não tem como ser comprovado, pois deriva do direito afirmado e da condição do litigante. Por exemplo, se o autor é idoso ou se padece de alguma doença, necessitará simplesmente de uma alegação bem fundamentada de que, se não houver a antecipação da tutela devido a tais condições específicas (que devem ser provadas, idade e doença), a consequência lógica será um dano irreparável. Mas não deve existir a obrigatoriedade de se fazer prova que gere

verossimilhança em relação ao dano que se receia, pois este é potencial e totalmente impossível de ser comprovado e a probabilidade é apenas uma decorrência lógica da condição do autor.

Impossível também provar o abuso de direito de defesa ou o propósito protelatório. Em verdade, a existência dos atos alegados como abusivos ou protelatórios é que deve ser provada, mas sua capacidade abusiva e protelatória será avaliada pelo juiz, sendo que, por vezes, o inciso II é deferido de ofício, o que enfraquece os argumentos sobre exigência de provas do abuso ou da conduta protelatória.

No excerto nº 58 tem-se a argumentação do relator no sentido de que não existiram provas da probabilidade do dano. Como já demonstrado, a probabilidade do dano é improvável, no sentido de não ter prova que a assegure. O dano é algo aleatório e, com a simples prova da condição demonstrada pelo autor, deverá haver um juízo sobre a probabilidade do dano.

Já no excerto nº 59, o relator cita o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, de que se pode ter como verossímil o receio de dano grave que decorra de fato objetivamente demonstrável e não de simples receio subjetivo da parte, sendo o mesmo critério de verossimilhança aplicado à aferição do abuso do direito de defesa. Este excerto deixa claro que o que deve ser comprovado é o fato que gera o dano ou o abuso, mas jamais a comprovação da probabilidade de ocorrência do dano ou do próprio abuso em si.

#### 5.1.4 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o momento de solicitação/deferimento da tutela antecipada

“É evidente que no momento da prolação da sentença deixa de existir o juízo de probabilidade do direito ínsito ao instituto da tutela antecipada, para surgir a certeza do direito expressa na motivação da sentença. Todavia, o outro requisito exigível, concernente ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, CPC) ou caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, CPC) não foi objeto de qualquer referência pela decisão referida. Está configurada, pois, a ausência de fundamentação. (T. Negrão).” [Ag. Inst. nº 1.216.771-6 e Reg. 0050531-91.2003.8.26.0000, (02/09/2003). Relatoria: Manoel Mattos – 5ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 60.**

A pretensão perseguida pela acionante, nominada de tutela antecipada, tem nítido sentido de execução definitiva de preceito condenatório. In casu, o pedido não foi acolhido na r. sentença. [Apel. c/ Revisão nº 968437- 0/0. Reg. nº 9112247-

92.2005.8.26.0000, (17/04/2006). Relatoria: Artur Marques – 35ª Câmara (ext. 2º TAC).] **Exerto nº 61.**

Não se trata exatamente de uma tutela antecipada, pois deferida dentro da própria sentença de mérito (a antecipação havia sido pedida logo na inicial, fl.28), na primeira instância, que, apesar de fundamentada (prepotência reiterada da poderosa empresa, e arts. 461 §§ 3º, 4º e 5º c/c o 273 I e II e §§ 1º a 3º, todos do C.P.C., além de doutrina de Caio Mário da Silva Pereira e Kazuo Watanabe. Fl. 166), arranca a amplitude do direito de defesa e o princípio também tradicional do duplo grau de jurisdição. [Mandado de Segurança nº 881168- 0/2. Reg. nº 9005037-79.2005.8.26.0000, (20/09/2005). Relatoria: Campos Petroni – 3ª Câmara do 1º TAC.] **Exerto nº 62.**

A tutela, baseada nos incisos I e II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, pode ser concedida a qualquer tempo, até na própria sentença, o que equivaleria, numa visão mais instrumental do processo, que o recurso de apelação seria recebido no efeito devolutivo, permitindo a execução do julgado. [Apel. c/ Revisão nº 968437-0/0. Reg. nº 9112247-92.2005.8.26.0000, (17/04/2006). Relatoria: Artur Marques – 35ª Câmara (ext. 2º TAC).] **Exerto nº 63.**

[...] a r. decisão recorrida, que fica mantida, negando-se provimento ao recurso, sem prejuízo do reexame do pedido após a contestação, quando da prolação da sentença. [Ag. Inst. nº 1.108.652-9. Reg. nº 0023426-76.2002.8.26.0000, (17/04/2006). Relatoria: Urbano Ruiz – 11ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 64.**

Em que pese o respeito pelo entendimento adotado, a doutrina e a jurisprudência vem se inclinando pela possibilidade do requerimento e decisão na sentença. No julgamento do Agravo de Instrumento nº 816.029-00/3, relatado pelo eminentíssimo Juiz FRANCISCO THOMAZ, a 5ª Câmara desta Corte, sobre o tema, assim se pronunciou: “Se não há na lei processual impedimento a que se determine a antecipação dos efeitos da tutela, pelo relator, até mesmo no Tribunal, como já teve oportunidade de decidir o eminentíssimo juiz Dyrceu Cintra, integrante desta C. Turma Julgadora, no julgamento do A.I. 607.796-02/9, não haveria porque não admiti-la na sentença de procedência da ação, podendo ser executada de imediato, independentemente do duplo efeito em que recebido o recurso de apelação. A controvérsia seria facilmente solucionada com a aplicação da regra do artigo 520, inciso VII, do CPC, caso a sentença tivesse apenas confirmado eventual deferimento inicial do pedido de tutela. Tendo ela, no entanto, somente sido concedida na sentença de mérito, de rigor a adoção de uma interpretação ampliativa do referido dispositivo legal, sob pena de cair o instituto no vazio, e aquilo que se pretendeu antecipar ficaria apenas na intenção.” Depois de enfatizar que ‘o autor que já teve o seu direito declarado não pode ser prejudicado pelo tempo do recurso que serve unicamente ao réu’, LUIZ GUILHERME MARINONI, adverte, em lição aplicável à situação versada: ‘A sentença, até prova em contrário, é um ato legítimo e justo. Assim, não há motivo para ela ser considerada apenas um projeto da decisão de segundo grau, nesta perspectiva a única e verdadeira decisão. A sentença, para que o processo seja efetivo e a função do juiz de primeiro grau valorizada, deve poder realizar os direitos e interferir na vida das pessoas. Perceba-se, além disso, que o recurso, na hipótese de sentença de procedência, serve unicamente para o réu tentar demonstrar o desacerto da tarefa do juiz. Assim, por lógica, é o réu, e não o autor, aquele que deve suportar o tempo do recurso interposto contra a sentença de procedência. Se o recurso interessa apenas ao réu, não é possível que o autor - que já teve o seu direito declarado - continue a sofrer os males da lentidão da justiça’ (Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, R.T., 2ª edição, 1998, págs. 182/184). Na esteira de tal entendimento, merece destaque o posicionamento adotado por LUIZ ORIONE NETO, em sua obra ‘Nova Reforma Processual Civil Comentada’, ao asseverar que: ‘Com efeito, faltou ao legislador a percepção de que é perfeitamente legítima à concessão de tutela antecipada na sentença. Afinal, se a tutela antecipada pode ser deferida *initio litis*, com maior dose de razão pode ser concedida na sentença, em momento em que o juiz já tem

cognição plena e exauriente dos fatos da causa. Nessa hipótese, à evidência, a sentença não estará confirmando - como apregoa o inciso VII do art. 520 - mas sim concedendo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença.' (Ed. Método, 2002, pág. 277/278). No mesmo sentido as lições de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, para quem 'caso a tutela tenha sido concedida na própria sentença, a apelação eventualmente interposta contra essa sentença será recebida no efeito devolutivo quanto à parte que concedeu a tutela, e no duplo efeito quanto ao mais' (6aed., RT, 2002, pág. 867, nota 18 ao artigo 520). Logo, deferida a tutela antecipatória na própria sentença, medida de ordem processual que visa combater o desequilíbrio decorrente da imposição do ônus do tempo a quem já teve um direito reconhecido, ainda que em primeiro grau, a providência não pode ser atingida pelo efeito suspensivo do recurso de apelação.' Superior Tribunal de Justiça no REsp. 473.069/SP, relatado pelo eminentíssimo Ministro CARLOS ALBERTO DE MENEZES "ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO POR OCASIÃO DE SENTENÇA. PROCEDENTES NA CORTE. 1. A Corte admite o deferimento da tutela antecipada por ocasião da sentença não violando tal decisão o art. 273, do Código de Processo Civil 2. Recurso especial não conhecido." [Ag. Inst. nº 860456-0/6. Reg. nº 9004904-71.2004.8.26.0000, (13/09/2004). Relatoria: Norival Oliva – 2ª Câmara de Direito Privado.] **Excerto nº 65.**

Assim, afastada a pretendida diferenciação entre os sexos tem-se que a despeito do indeferimento inicial da tutela antecipada, e à falta de controvérsia sobre a união estável, nada impedia a parte de reiterar o pedido de antecipação de tutela, mesmo porque inexiste preclusão *pro iudicato* em matéria de tutela de urgência. [Ag. Inst. nº 804.830-5/8-00. Reg. nº 0092606-72.2008.8.26.0000, (17/12/2008); Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 66.**

## Análise

Devido aos objetivos institucionais imanentes à tutela antecipada e às garantias constitucionais que visa a implementar, pode-se afirmar que inexistem limites temporais à sua concessão. É possível concedê-la em qualquer momento processual, se devidamente caracterizados os requisitos de cada uma das espécies de tutela antecipatória. Entretanto, a questão não é pacífica na doutrina, encontrando-se posicionamentos restritivos (LOPES, 2006).

Anteriormente ao advento da lei nº. 11.232 de 22.12.2005, a antecipação da tutela na sentença era admissível. A sentença era definida como o ato judicial que põe fim ao processo, sem fazer qualquer referência ao conteúdo da decisão. Como não existia restrição de conteúdo, era possível tratar de questões alheias ao mérito da causa, como a tutela antecipada, sem que houvesse duplicidade de atos decisórios. Entretanto, tal lei alterou o conceito de sentença, que passou a ser "ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei" (LOPES, 2006).

Diante disso, parecia impossível antecipar a tutela na sentença. Se, em um mesmo ato, o juiz julga a causa e antecipa a tutela, a decisão terá, simultaneamente, o conteúdo típico de uma sentença e de uma decisão interlocutória. O dogma da unidade da sentença caiu por terra, sendo possível vislumbrar duas decisões de naturezas distintas no mesmo ato. Portanto, a

antecipação de tutela sempre será veiculada em decisão interlocutória, ainda que a antecipação seja concedida conjuntamente com o julgamento do mérito (LOPES, 2006).

A necessidade da tutela antecipada pode ocorrer em grau de recurso, quando a competência para apreciá-la será do relator. Essa é a oportunidade mais propícia para a incidência da tutela antecipada sancionatória, devido à frequente interposição de recursos com o único objetivo de protelar o desfecho do processo. A urgência também pode justificar a tutela antecipada nesse momento (CPC, art. 273, inc. I), contudo não há razão para conceder tutela antecipada da parte do pedido fundada em fatos incontroversos (CPC, art. 273, § 6º) em sede recursal, pois como a parte incontroversa caracteriza-se com a apresentação da defesa, cabe ao juiz conceder a antecipação logo após esse momento. Por outro lado, caso o sucumbente não recorra a todos os capítulos da sentença, não é necessária a antecipação de tutela em relação a este capítulo, pois em relação a ele opera-se o trânsito em julgado, sendo possível executá-lo desde logo (LOPES, 2006).

Apesar da probabilidade ser suficiente para conceder a tutela antecipatória, o momento processual no qual são concedidas tais tutelas previstas no art. 273 do Código de Processo Civil, torna possível uma cognição mais aprofundada, se pedidas em fases mais avançadas do processo (LOPES, 2006). Se forem concedidas após a fase instrutória ou após a prolação da sentença, antes ou depois da subida dos autos ao tribunal, a decisão será fundamentada em cognição exauriente das questões relevantes ao mérito, apesar da não definitividade (MARINONI, 2011).

O excerto nº 60, elencado, afirma que no momento da prolação da sentença deixa de existir o juízo de probabilidade ínsito ao instituto da tutela antecipada, para surgir certeza do direito, expressa na motivação da sentença e que para se antecipar a tutela devem estar presentes alternativamente os requisitos dos incisos I ou II.

Da leitura dos excertos nºs 61 e 62 pode-se retirar duas frases que negam a antecipação da tutela na sentença: “tem nítido sentido de execução definitiva” e “não se trata exatamente de tutela antecipada”.

Esses excertos pertencem a acórdãos mais antigos, o primeiro deles de 17/04/2006 e o segundo de 20/09/2005, ambos anteriores à entrada em vigor da Lei 11.232/2005, quando ainda não havia nenhuma restrição quanto ao conteúdo da sentença, ou seja, a tutela antecipada possuía natureza de sentença e não de decisão interlocutória, sendo que o seu não deferimento se dava por entenderem que a tutela antecipada em sentença seria execução

antecipada desta, e, portanto, mais gravosa do que uma simples antecipação, pois deferida após cognição exauriente, suprimiria parte do direito à plenitude do segundo grau, ou seja, o efeito suspensivo (vide o excerto nº 65).

Ainda hoje permanecem resquícios desse entendimento, porém, a maioria dos excertos demonstra que os magistrados já estão cientes de que a tutela antecipada não possui um momento peremptório e pode ser deferida em qualquer momento processual, tanto na sentença quanto no recurso.

O excerto nº 66 ressalta importante característica da antecipação da tutela recursal, qual seja, da possibilidade de ser deferida até mesmo ante decisão prévia desfavorável, até mesmo, quando a sentença não reconheceu o direito, “porque inexiste preclusão *pro iudicato* em matéria de tutela de urgência”.

#### 5.1.5 Exertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a provisoriação da tutela antecipada

Nesse sentido, de um lado não cabe arguir-se impossibilidade de revogar-se a antecipação da tutela por sentença. Veja-se que a antecipação pode ser revogada a qualquer tempo, a teor do art. 273, II, § 4º, do CPC. [Ag. Inst. nº 7.329.332-2. Reg. nº 0066852-94.2009.8.26.0000, (20/05/2009). Relatoria: Ersón Teodoro de Oliveira – 17ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 67.**

“Como o procedimento antecipatório surge sob o signo da provisoriação, decorrente da sumariedade da cognição, sempre é possível (embora não provável) que após a cognição plena chegue o juiz à conclusão de que as coisas não eram como de início pareciam ser, e deve proferir sentença de improcedência da demanda.” (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, Da Antecipação da Tutela no Processo Civil, 2a ed., 1999, Forense, p. 61). [Ag. Inst. nº 990.09.359927-9. Reg. nº 0359927-09.2009.8.26.0000, (04/02/2010) e Ag. Inst. e Reg. nº 0010651-14.2011.8.26.0000, (31/03/2011); Ag. Inst. nº 990.09.359927-9. Reg. nº 0359927-09.2009.8.26.0000, (04/02/2010) e Ag. Inst. e Reg. nº 0010651-14.2011.8.26.0000, (31/03/2011). Relatoria: Gilberto dos Santos – 11ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 68.**

Como a própria denominação indica, a concessão da medida importa no quase julgamento do mérito, com a diferença de que é reversível a qualquer tempo e dependente, ainda, do contraditório. Por isso, deve ser redobrada a cautela na análise das hipóteses em que pode ser aplicada” (ag. inst. nº 689016-0). [Ag. Inst. nº 943685-5. Reg. nº 0080571-61.2000.8.26.0000, (16/08/2000). Relatoria: Franklin Nogueira – 8ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 69.**

Análise

Os excertos colacionados demonstram que o entendimento dos relatores segue no sentido da provisóridade da tutela. Tal argumento é realmente fácil de entender, pois se trata de dispositivo do § 4º do art. 273 do CPC, cuja redação está bem explícita.

Como decisão provisória a tutela antecipada possui contornos instáveis e pode ser modificada a qualquer tempo. Além de poder ser revogada por outra decisão no decorrer do processo, é implicitamente revogada quando a sentença trouxer uma decisão contrária. Em nome da lógica e da coerência do sistema, uma decisão fundamentada em cognição sumária não pode sobrepor-se a outra fundamentada em cognição exauriente a respeito da mesma questão (LOPES, 2006).

Entretanto, caso o juiz imponha a manutenção da eficácia da decisão antecipatória, mesmo diante de sentença de improcedência, é legítimo agir assim, apesar de parecer contraditório, quando reconheça que a solução da sentença é minoritária nos tribunais superiores, ou se perceba que a antecipação provocará danos irreversíveis ao demandante e pouco incômodo ao demandado. Entretanto, tal medida é apenas legítima na hipótese do art. 273, I do Código de Processo Civil, pois a urgência inerente a esta espécie de tutela é que legitima a manutenção da antecipação. No caso da tutela antecipada sancionatória e da tutela antecipada da parte fundada em fatos incontroversos, como não há urgência que legitime a manutenção da antecipação, eventual sentença desfavorável significará a revogação da decisão antecipatória e a reversão dos efeitos produzidos (LOPES, 2006).

#### 5.1.6 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o recurso contra a decisão que defere ou denega a antecipação de tutela

Conforme se vê dos autos, o agravo foi tirado não contra a decisão que revogou a antecipação da tutela e, com isso, restabeleceu as inscrições em nome do agravante junto aos órgãos de proteção ao crédito, o que seria processualmente admissível. O agravo foi tirado contra a decisão que recebeu a apelação, em seu todo, no efeito suspensivo, sem estender esse efeito à decisão que revogou a antecipação da tutela. [...] Ocorre que, na hipótese, está correta a r. decisão agravada. Mesmo porque, a revogação da antecipação da tutela não decorreu da improcedência da ação. Ao contrário, a revogação decorreu de decisão expressa e objetiva, inserta na r. sentença. Ademais, forçoso admitir que a decisão que revoga a antecipação não é combatida pelo recurso de apelação, mas por agravo, embora não assim a que concede a antecipação por sentença. Assim sendo, está correta a decisão agravada, posto que os efeitos da apelação não se estendem à matéria agravável. Nesse sentido a orientação doutrinária e jurisprudencial anotada por Theotônio Negrão, em seu CPC (anotações ao art. 273, 26b e 27). Em suma, não agravada a revogação da antecipação da tutela expressamente determinada, a decisão é válida até que, se caso,

o julgamento do recurso de apelação a restabeleça. [Ag. Inst. nº 7.329.332-2. Reg. nº 0066852-94.2009.8.26.0000, (20/05/2009). Relatoria: Erson Teodoro de Oliveira – 17ª Câmara de Direito Privado.] **Excerto nº 70.**

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do mandado de segurança ou, se conhecido, pelo seu improviso (fls. 157/162). Entende que existe recurso específico para atacar a antecipação de tutela, qual seja o agravo de instrumento. Apesar do como sempre brilhante parecer ministerial, fls.157/162, conheço do presente writ. [Mandado de Segurança nº 881168- 0/2. Reg. nº 9005037-79.2005.8.26.0000, (20/09/2005). Relatoria: Campos Petroni – 3ª Câmara do 1º TAC.] **Excerto nº 71.**

Como bem salientou a agravante, a aplicação do artigo 273, II do Código de Processo Civil foi afastada, de tal sorte que o pedido nestes termos foi apreciado e refutado, não se podendo falar em omissão, obscuridade ou contradição da decisão ensejadora do manejo dos embargos. Se entendia equivocada a decisão que afastou a aplicação do artigo 273, II do Código de Processo Civil, a parte deveria ter, naquele momento, feito uso do agravo regimental, e não dos embargos de declaração, para submeter a questão à Câmara julgadora e, porventura, obter a sua modificação. A interposição do presente regimental dirige-se contra a decisão que rejeitou os embargos, de tal sorte que a decisão que indeferiu a tutela restou inatacada. [Ag. Regim. nº 921.465-9/01. Reg. nº 9038620-31.2000.8.26.0000, (14/08/2002). Relatoria: Maurício Ferreira Leite – 2ª Câmara (extinto 1º TAC).] **Excerto nº 72.**

Pedido *inaudita altera parte* não cabe agravo. Pode-se, portanto, considerar o despacho atacado como sendo de mero expediente, e, consequentemente, irrecorrível. Isto posto, não conhecem do agravo. [Ag. Inst. nº 1.223.059-6 e Reg. 0056819-55.2003.8.26.0000, (02/09/2003). Relatoria: Ulisses do Valle Ramos – 7ª Câmara de Direito Privado (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 73.**

“Pendente de apreciação o requerimento formulado pela parte, ainda não lhe nasceu interesse em recorrer. Só após decisão, deferindo ou não o pleito, é que pode, eventualmente, surgir gravame. Agravo não conhecido.[...] No mesmo sentido: RT471/167; RTJ 66/204, 71/749; JTA 72/307, 77/241, 94/293, 108/323, 125/355, 129/302, 130/263; Ap. Sum. 181.194 - 1ª Câm. - Rel. Juiz FRANKLIN NEIVA - J. 18.9.85; Ap. Sum. 194.002 - 7ª Câm. - Rel. Juiz BORIS KAUFFMANN - J. 24.6.86; AI 206.582 - 7ª Câm. - Rel. Juiz DEMÓSTENES BRAGA - J. 9.4.87; Ap. s/ Rev. 227.249 - 1ª Câm. - Rel. Juiz FRANKLIN NEIVA - J. 30.11.88; AI 265.151 - 1ª Câm. - Rel. Juiz QUAGLIA BARBOSA - J. 14.5.90; Ap. c/ Rev. 347.352 - 7ª Câm. - Rel. Juiz DEMÓSTENES BRAGA - J. 29.9.92; Ap. s/ Rev. 336.347 - 2ª Câm. - Rel. Juiz ASSUMPÇÃO NEVES - J. 16.3.93; AI 380.241 - 3ª Câm. - Rel. Juiz JOÃO SALETTI - J. 20.4.93; Ap. c/ Rev. 402.499 - 11ª Câm. - Rel. Juiz JOSÉ MALERBI - J. 20.10.94; Ap. c/ Rev. 426.614 - 11ª Câm. - Rel. Juiz MENDES GOMES - J. 16.2.95; Ap. s/ Rev. 426.271 - 2ª Câm. - Rel. Juiz VIANNA COTRIM - J. 3.4.95; Ap. s/ Rev. 469.394 - 11ª Câm. - Rel. Juiz MENDES GOMES - J. 25.11.96.” [...] “Não configurando o pronunciamento judicial decisão interlocutória, mas sim, despacho de mero expediente, não se conhece do agravo de instrumento formalizado. Agravo não conhecido” (2º TACivSP - AI 557.780 - 5ª Câm. - Rel. Juiz PEREIRA CALÇAS - J. 2.2.99.) [...] “Os despachos de mero expediente não são passíveis de ser vulnerados por meio de recurso, já que desprovido de conteúdo decisório. Agravo não conhecido” (2º TACivSP - AI 561.833 - 6ª Câm. - Rel. Juiz CARLOS STROPPA - J. 24.3.99.) [...] “A atividade jurisdicional não abarca uma arte excepcional, porém não pode o Tribunal precipitar-se, avocar competência e determinar os atos necessários e que o ordenamento diz que competem ao MM. Juízo de 1º Grau, porque poderia até suprimir uma instância com a violação ao princípio do juiz natural.” (2ºTACivSP - AI nº 525.576-0/9 - Rel. Juiz Euclides de Oliveira.) [Ag. Inst. nº 705.567-0/0 e Reg. 9004865-79.2001.8.26.0000, (02/09/2003). Relatoria: Irineu Pedrotti – 10ª Câmara (Extinto 2º TAC).] **Excerto nº 74.**

[...] “O juiz pode conceder a antecipação da tutela na sentença. Neste caso, deve o réu agravar dessa decisão e apelar da sentença; na hipótese de apenas interpor apelação, o efeito suspensivo deste não atingirá o deferimento da tutela antecipada.” (RJ 246/74). No mesmo sentido: RF 344/354 (Código de Processo Civil, Saraiva, 34a edição, 2002, pág. 358, em nota 26b ao art. 273). “[...] possível conhecer-se o agravo interposto, que versa tão somente sobre a hipótese da antecipação de tutela concedida na sentença. A sentença proferida em ação ordinária terá a respectiva apelação recebida no duplo efeito. Tendo sido deferida a tutela antecipada no corpo da sentença, com prazo para cumprimento, inclusive com fixação de multa diária, só restará ao prejudicado a utilização do recurso de agravo de instrumento, para aferição desse tema que deveria ter sido objeto de decisão anterior”. [Ag. Inst. nº 1.216.771-6 e Reg. 0050531-91.2003.8.26.0000, (02/09/2003). Relatoria: Manoel Mattos – 5ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 75.**

### Análise

Os excertos dos acórdãos reunidos tratam, em sua maioria, sobre qual recurso a ser utilizado em casos de antecipação de tutela deferida em sentença.

O maior número deles afirma tratar-se do agravo de instrumento, posto ser uma decisão interlocutória proferida juntamente com a sentença.

Conforme se entende, há em um mesmo instrumento, uma decisão interlocutória e uma sentença, aquela atacável por agravo de instrumento (que deve ser recebido no efeito devolutivo) e esta por meio de apelação (que deve ser recebida no efeito apenas devolutivo por ter confirmado a tutela antecipatória) (MARINONI, 2011).

Por outro lado, foram encontrados dois acórdãos (excertos nºs 73 e 74) que invocaram o não cabimento do agravo de instrumento como recurso cabível ao indeferimento de tutela antecipada *inaudita altera pars*, por considerarem-no como despacho de mero expediente e não decisão interlocutória, não havendo motivação para a utilização.

Este tipo de argumento se baseia no fato de que, em verdade, não há o indeferimento da tutela antecipada, pois que nem ao menos houve análise pelo juízo *a quo*, sendo que esta será deixada para momento futuro, ou seja, quando completada a relação jurídico-processual.

Essa medida demonstra grande falta de sensibilidade no enfrentamento da tutela antecipada *inaudita altera pars*, pois a negativa de plano de uma análise mais aprofundada em momento recursal pode parecer, entre outras coisas, tentativa de afastamento da jurisdição, o que é bastante temerário em vista de sua inconstitucionalidade (art.5º, XXXV da Constituição Federal).

### 5.1.7 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a tutela antecipada deferida *ex officio*

Desembargador João Batista Lopes, que integrou esta Corte, publicado na Revista dos Tribunais de julho de 1996, em páginas 64 a 74 (RT 729) – “a antecipação não pode ser concedida de ofício (art. 273, *caput*, em harmonia com o art. 2º do CPC)”. [Ag. Inst. nº 863577- 0/3e Reg. 0010328-53.2004.8.26.0000, (23/11/2004). Relatoria: Vieira de Moraes – 1ª Câmara do Primeiro Grupo (Extinto 2º TAC).] **Exerto nº 76.**

Ao analisar cada um dos pressupostos de concessão da tutela, o referido Mestre ensina que sua outorga depende de requerimento, não podendo ser concedida de ofício e que “O requerimento da tutela antecipada é feito por petição, nos próprios autos do processo, sem a abertura do apenso.” (Sérgio Bermudes. “A Reforma do Código de Processo Civil”, da Livraria Freitas Bastos S/A, pág. 35). [Ag. Inst. nº 941.630-2. Reg. nº 0078516-40.2000.8.26.0000, (12/06/2000). Relatoria: Ary Bauer – 11ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 77.**

Conquanto se admita a concessão de antecipação de tutela de ofício em situações excepcionais (CPC, arts. 273, § 3º e 461), fato é que a hipótese aqui versada não a reclama nem a autoriza, tanto assim que a própria autora não se manifestou nesse sentido, em momento algum, a mostrar não haver a urgência reclamada para ser concedida a antecipação, tanto que não houve requerimento nesse sentido. Ausente, deveras, situação autorizante para a concessão de ofício, motivo por que é caso de se alterar a r. decisão recorrida. [Ag. Inst. e Reg. nº 0157550-78.2011.8.26.0000, (15/02/2012). Relatoria: Borelli Thomaz – 13ª Câmara de Direito Público.] **Exerto nº 78.**

#### Análise

De acordo com os excertos acima, a tutela antecipada não pode ser deferida *ex officio*, mas deve ser solicitada pela parte, pois é de interesse desta e não do juiz o adiantamento do provimento.

Porém, a obrigatoriedade da solicitação pela parte deve-se dar apenas em relação ao inciso I, ou seja, da antecipação baseada no *periculum in mora*, podendo ser concedida *ex officio* a antecipação sancionatória.

O texto do art. 273, *caput* do Código de Processo Civil, deixa a entender que, independentemente de qual inciso se trate, necessário será o “requerimento da parte”. Entretanto, esta não é a melhor interpretação, pois no caso da tutela antecipada sancionatória de que trata o inciso II, a situação é diferente, pois tal espécie de tutela possui natureza de tutela antecipada e de sanção processual, que visa a conservar a lealdade processual e preservar o comportamento dos litigantes (LOPES, 2006), sendo que, no exerto nº 78 o entendimento do juiz *a quo* foi de que houve abuso de direito de defesa, face à preliminar

invocada em defesa relativa à falta de interesse de agir da autora e da impossibilidade jurídica do pedido.

O relator, adotando as alegações da agravante, fundamenta que a decisão que deferiu a tutela antecipada deve ser reformada, pois a antecipação de ofício está prevista somente em alguns casos excepcionais, conforme os dispositivos apontados no excerto sob comento (nº 78). Todavia, os dispositivos citados pelo relator remetem aos §§ 4º e 5º do art. 461, isto é, a procedimentos executivos e mandamentais para a efetivação da tutela antecipada e não à autorização do deferimento da antecipação de ofício, mas de medidas que possibilitarão a entrega do direito tutelado, no sentido de forçar o réu ao cumprimento da decisão judicial, ou seja, o estabelecimento de multa diária, prazo para o cumprimento, medida de busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, entre outras.

5.1.8 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre § 3º do art. 273 (arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.)

Já na sua obra “A Reforma do Código de Processo Civil”, 2ª ed., Malheiros, nº 105, Cândido Rangel Dinamarco escreveu: “Em outros será preciso emitir um provimento capaz de levar à execução forçada, de caráter condenatório, portanto (e não é à toa que o parágrafo 3º do art. 273 se reporta a regras sobre a execução). O juiz emitirá decisão como essa quando sentir razoável probabilidade da existência do crédito, servindo para tranquilizar-se o seu espírito a imposição das limitações inerentes à execução provisória, expressamente ditadas naquele parágrafo 3º. A segurança será praticamente absoluta nos casos em que a controvérsia implantada pelas partes deixar a salvo uma parte do crédito reclamado. Tome-se o bom precedente trazido na *novella* italiana de 1.990, que autorizou o juiz instrutor a determinar, em decisão que valerá como título executivo, o pagamento de ‘valores não controvertidos entre as partes’” (Código de Processo Civil - art. 186 - bis). [Ag. Inst. nº 1.243.540-8/01. Reg. nº 0077300-39.2003.8.26.0000, (20/05/2009). Relatoria: Cândido Alem – 6ª Câmara (extinto 1º TAC).] **Exerto nº 79.**

Como anota Cândido Rangel Dinamarco, “Sem embargo de algumas diferenças de redação, o § 3º do art. 461 associa-se ao sistema de antecipação de tutela jurisdicional estruturado no novo art. 273 do Código de Processo Civil. Tem-se aqui a outorga da própria tutela pedida a ser concedida em sentença se o pedido proceder - e não medidas outras, instrumentais e destinadas somente a proteger a eficácia daquela. Como antecipação de tutela específica, essa de que cuida o § 3º visa a por o titular do direito no gozo da própria situação final sonegada pelo obrigado e postulada no *petitum*.” (A reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 158). Mais adiante, observa que se trata “de poderoso instrumento para a efetividade do acesso à justiça - poderoso mas excepcional e destinado a debelar os males de delongas injusta ou perigosamente impostas ao demandante.” (obra e página citadas). [Ag. Inst. nº 978.024-1. Reg. nº 0044933-64.2000.8.26.0000, (14/11/2000). Relatoria: Luiz Antônio de Godoy – 3ª Câmara do 1º TAC.] **Exerto nº 80.**

A decisão que defere a tutela antecipatória está longe de produzir efeitos no plano material, ou seja, somente adquire relevância, quando é executada.

Dessa forma, conforme Marinoni (2011), a tutela antecipatória não se limita à decisão que a concede, pois a decisão interlocutória é apenas uma das técnicas processuais que devem estar ao dispor do juiz para sua completa operacionalização. O direito à tutela jurisdicional efetiva deve ser compreendido como o direito às técnicas processuais que permitam a concretização da tutela do direito, incluindo os meios de execução adequados. De maneira que a real concessão da tutela antecipatória depende da sua execução.

O art. 273, § 3º do Código de Processo Civil dispõe que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”. Conforme a natureza da providência a ser atendida, se consistir em prestação de fazer ou de não fazer, o seu cumprimento observará o estabelecido nos §§ 4º e 5º do art. 461. Mesmo procedimento será adotado para prestação de entrega de coisa, conforme prevê o § 3º do art. 461-A. Se for prestação de pagar quantia, a medida será cumprida observando, “no que couber”, as normas da execução provisória da sentença, que anteriormente estavam previstas no art. 588 e, com a Lei nº 11.232/2005, passaram a ser previstas no art. 475-O do Código de Processo Civil (ZAVASCKI, 2009).

Nesse mesmo sentido, os excertos nºs 79 e 80 trazem citação de Cândido Rangel Dinamarco.

#### 5.1.9 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre julgamento antecipado da lide, art. 273, II, § 6º

Nery, em seu “Código de Processo Civil Comentado”, estabelecendo que a tutela antecipatória é de ser pedida na ação de conhecimento, esclarece que isso pode ser feito na reconvenção (nºs. 2 e 7). E, referindo-se ao adiantamento de pagamento não contestado (que equipara-se ao confessado), expõe: “Havendo admissão parcial da pretensão pelo réu, quando, por exemplo, o autor pede 200 (duzentos) e o réu admite a dívida mas diz que o valor é de 100 (cem), na verdade há parte da pretensão sobre a qual não houve controvérsia. Nada obsta que o autor peça o adiantamento da parte incontroversa, sob a forma de tutela antecipatória, como, aliás, vem previsto no art. 186 bis do Código de Processo Civil italiano, introduzido pela reforma que ocorreu naquele país em 1.990. Essa decisão que só pode ser proferida a requerimento da parte, vale como título executivo e conserva sua eficácia, ainda que o processo seja extinto sem julgamento de mérito. Entendemos aplicável ao sistema processual brasileiro o mesmo procedimento, pois do contrário haveria abuso de direito de defesa do réu, que não contesta 100 (cem) mas nada faz para pagá-los, postergando o processo para a discussão dos outros 100 (cem), que entende não serem devidos. Assim, pode o juiz, a requerimento do autor, antecipar

os efeitos executivos da parte não contestada da pretensão do autor, com fundamento no Código de Processo Civil, art. 273, inciso II” (nº 18). E repete a mesma orientação no nº 19, que trata do “Adiantamento de pagamento não contestado. Natureza da decisão antecipatória.” [Ag. Inst. nº 1.243.540-8/01. Reg. nº 0077300-39.2003.8.26.0000, (20/05/2009). Relatoria: Cândido Alem – 6ª Câmara (extinto 1º TAC).] **Excerto nº 81.**

A par de estarem preenchidos os pressupostos objetivos para a propositura da ação de retomada imotivada, não há como passar despercebido também que, na maioria das vezes, esta modalidade de lide não reclama dilação probatória, comportando quase sempre julgamento antecipado. Assim, eventual defesa ofertada pelo réu locatário, via de regra, provavelmente não terá consistência, assumindo caráter meramente protelatório (CPC, art. 273, II), já que dificilmente logrará subverter o resultado esperado da lide uma vez que não preenche requisitos para renovação do contrato (LI, art. 51, I e I e § 5o). Neste compasso, mostrando-se provável a vitória do autor, e visando coibir o abuso do direito de defesa, não há porque não se proceder ao adiantamento da tutela, autorizada pelo legislador. [Ag. Inst. nº 763206-00/3. Reg. nº 0049041-68.2002.8.26.0000, (16/12/2002); Relatoria: Clóvis Castelo – 11ª Câmara de Direito Privado.] **Excerto nº 82.**

### Análise

Os acórdãos trazidos demonstram a possibilidade do julgamento antecipado da parte inequívoca da demanda e que a mesma gera título executivo judicial, que não é passível de ser anulado, nem por uma sentença que extinga o processo sem resolução de mérito.

A estabilidade da tutela da parte incontroversa defluiu da Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu o direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), que fez surgir interpretação de que sua tutela, apesar de instrumentalizada por técnica antecipatória, não pode ser revogada ou modificada ao final do processo (MARINONI; ARENHART, 2008).

A tutela antecipada baseada no art. 273, inciso II, § 6º do CPC não está vinculada ao perigo da demora para ser deferida. O objetivo do instituto é apenas a correta distribuição do tempo do processo entre as partes, sem, no entanto, diminuir o direito de defesa do réu (MARINONI; ARENHART, 2008).

O julgamento antecipado da lide baseia-se em duas técnicas: i) a da não contestação ou do reconhecimento parcial, quando o réu não contesta precisamente os fatos alegados, mesmo que implicitamente, e esta parte do pedido torna-se incontroversa; e ii) a do julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados, pois se o autor é estimulado a cumular pedidos, não é possível que seja obrigado a esperar a elucidação de todos os pedidos para ter o direito (evidenciado ou incontroverso) tutelado (MARINONI; ARENHART, 2008).

5.1.10 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a identidade do pedido na ação com o pedido na tutela antecipada, as diferença entre a tutela antecipada e a tutela cautelar e a fungibilidade entre as medidas

Mas há, ainda, outro aspecto a ser considerado, pois o que se questiona é a legalidade de cláusulas contratuais, em relação às quais se pretende modificação. Há, como se observa, nítida diferença entre o pedido principal formulado, e aquele que seria objeto da tutela antecipada. É o quanto basta para se afastar a pretensão de antecipação de tutela. Porque, a tutela concedida antecipadamente não pode ser mais extensa, nem de natureza diversa da constante do pedido inicial. Realmente, o pedido formulado na ação é de revisão de cláusulas contratuais. E o pedido de antecipação da tutela tem natureza diversa: afastar registro de nomes no SERASA, e deveria ter sido buscada através do meio processual adequado. [Ag. Inst. nº 995519-9. Reg. nº 0062428-24.2000.8.26.0000, (04/04/2001); Ag. Inst. nº 1004988-6. Reg. nº 0008486-43.2001.8.26.0000, (04/04/2001); Ag. Inst. nº 1043986-0. Reg. nº 0047484-80.2001.8.26.0000, (29/08/2001); Ag. Inst. nº 1033464-6. Reg. nº 0036962-91.2001.8.26.0000, (08/08/2001). Relatoria: Franklin Nogueira – 8<sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 83.**

Mas há, ainda, outro aspecto a ser considerado, pois o que se pretende é ver declarada a inexistência da relação jurídico-tributária. Há como se observa, nítida diferença entre o pedido principal formulado, e aquele que seria objeto da tutela antecipada. É o quanto basta para se afastar a pretensão de antecipação de tutela. Porque, a tutela concedida antecipadamente não pode ser mais extensa, nem de natureza diversa da constante do pedido inicial. Realmente, o pedido formulado na ação é de declaração de invalidade de exigência tributária. E o pedido de antecipação da tutela tem natureza diversa: autorizar o não recolhimento, desde logo, do tributo. [Ag. Inst. nº 1001931-5. Reg. nº 0005429-17.2001.8.26.0000, (18/04/2001). Relatoria: Franklin Nogueira – 8<sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 84.**

O que os agravantes querem é a proteção do seu direito, que almejam ver reconhecido no processo de conhecimento. Tanto é assim que não querem a alienação prematura do imóvel, e querem depositar determinados valores, na suposição de que haverá quitação de determinado débito, o que fará o julgador reconhecê-los adimplentes.[...] querem os agravantes simples medida cautelar, para impedir a alienação do bem e assegurar o resultado prático da demanda. Portanto, se não há conformidade do pedido com a lei, não era possível o deferimento liminar de antecipação parcial de tutela porque a tutela pretendida não é aquela deduzida na petição inicial. Portanto, se ainda se abre aos agravantes a possibilidade da medida cautelar, no caso não comporta provimento o recurso interposto. [Ag. Inst. nº 982.427-1. Reg. nº 0051349-48.2000.8.26.0000, (13/02/2001); Ag. Inst. e Reg. nº 0110918-91.2011.8.26.0000, (29/06/2011); Relatoria: Jorge Farah – 6<sup>a</sup> Câmara (extinto 1º TAC).] **Excerto nº 85.**

Embora não tenha havido na inicial dos embargos um pedido expresso de antecipação de tutela, o pedido de determinação de exibição de documentos contido na mesma assim se caracteriza. “[...] oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale *mutatis mutandis*, à procedência da

demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriiedade.” (“A Reforma do Código de Processo Civil”, Malheiros Editores, São Paulo, 1.995, nº 104, ps. 139 e 140). [...] Ainda mais: a tutela antecipatória não se confunde com medida cautelar em sentido estrito, pois a primeira tem caráter satisfativo e até mesmo inibitório e a segunda eminentemente assecuratória, e que diversos são os regimes jurídicos das liminares cautelares e da tutela antecipada: a liminar cautelar representa antecipação de efeitos da sentença do próprio processo cautelar e, não, portanto, do mérito do processo principal; a tutela antecipada é satisfativa, mas para obtê-la há que se atender às exigências do art. 273, do CPC. Por outro lado, há limites impostos pela lei à tutela antecipada, particularmente a proibição de sua concessão quando irreversíveis os efeitos da tutela, o que não ocorre em relação à cautelar. É justamente por não atender aos requisitos retro discriminados, que se impede a concessão da antecipação da tutela pleiteada pelos agravados na ação principal, que deve ser denegada, por meio do provimento deste agravo. Por outro lado, o art. 844, inciso II do CPC dispõe sobre a exibição judicial de documento próprio ou comum em poder de cointeressado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios. Assim, existe medida cautelar própria para atender ao reclamo formulado pelos autores, ainda que não expressamente, como tutela antecipada nos embargos do devedor, e deferida pela decisão agravada. Ocorre, que a tutela jurisdicional antecipada não substitui medida cautelar própria para a obtenção de um resultado específico. [Ag. Inst. nº 968.070-0 e Reg. nº 0034979-91.2000.8.26.0000, (06/11/2000). Relatoria: Antônio Marson – 11ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 86.**

As circunstâncias dos autos, no entanto, permitem reconhecer que a r. decisão agravada se aproxima de antecipação da tutela, à vista de reconhecido abuso de direito de defesa, consoante, ainda, se depreende das razões do denunciante (fls. 28/29). Pediu a concessão de efeito suspensivo, o que foi deferido às fls. 61 “a fim de que a agravante deposite, no prazo de dez (10) dias, a importância correspondente a R\$ 49.200,00 (quarenta e nove mil e duzentos reais) constante da apólice, corrigida pela tabela do Tribunal de Justiça, desde a data do acidente, ocorrido em 25/5/1998 (fls. 31), excluindo-se também a multa diária, dada a impossibilidade de execução específica, mediante regular constrição judicial do numerário.” [Ag. Inst. nº 907110- 0/9 e Reg. 0076179-05.2005.8.26.0000, (26/10/2005). Relatoria: Nestor Duarte – 34ª Câmara do D. SÉTIMO Grupo (Ext. 2º TAC).] **Excerto nº 87.**

## Análise

A antecipação de tutela deve ser concedida com parâmetro no pedido principal do demandante, ou seja, deve ter a mesma natureza e não pode ir além dele, entretanto, há possibilidade de ser concedida parcialmente (LOPES, 2006).

Em se tratando da tutela antecipada com fundamento no *periculum in mora*, esta não pode ultrapassar os limites do pedido, mas pode ficar aquém e ter natureza diversa, por exemplo, em uma ação reivindicatória com pedido de imissão na posse, caso demandante e demandado não tenham outro imóvel para morar, a concessão de tutela antecipada para que o demandado, apesar de permanecer na posse do imóvel, pague durante o curso do processo os aluguéis ao demandante, proporciona menores restrições à esfera de direitos do demandado (LOPES, 2006).

Os excertos dos acórdãos trazidos informam em unanimidade que deve existir a identidade do pedido inicial com o pedido na tutela antecipada, mas na prática, isto não ocorre dessa forma.

Casuisticamente, alguns relatores entendem que a exclusão do nome dos cadastros de inadimplentes de maneira antecipada, em ações como as de revisão de contratos de crédito, que podem findar com decisão favorável ao autor e constatar a não inadimplência, não são uma tutela antecipada, mas uma medida acautelatória, que visa outro objeto. (excerto nº 83)

Entretanto, uma sentença que reveja um contrato de crédito e constate que não há inadimplência por ter o credor cobrado em excesso, certamente, em sua tutela final possibilitará, dentre outras, a exclusão do nome do obrigado dos órgãos de proteção ao crédito, não restando dúvidas de que se trata também de um provimento final.

O mesmo ocorre em outro acórdão (excerto nº 84), em que é pedida na ação a declaração de não existência da relação jurídico-tributária, e como tutela antecipada, a suspensão da exigibilidade da cobrança do crédito tributário gerado. Pode-se depreender, que da declaração da inexistência da relação jurídico-tributária decorrerá a anulação do crédito tributário, não mais exigível, sendo que a não cobrança do crédito tributário faz parte da tutela final pleiteada.

Há outros casos em que, o relator identifica o pedido de tutela cautelar como tutela antecipada, como no caso do excerto nº 85, em que há pedido para depositar judicialmente os valores que creem corretos para obtenção da quitação de financiamento imobiliário ao final da ação. Neste caso, o autor não terá nenhum provimento que se amolde à tutela final, pois não é o caso de haver declaração de quitação judicial antecipada.

O excerto nº 86 traz caso interessante em que, a seguradora agrava decisão que deferiu depósito judicial de parte do valor da apólice de seguro do réu, que a denunciou à lide, em ação de indenização por acidente de trânsito. O relator, para manutenção do depósito judicial, argumenta haver abuso de direito de defesa da seguradora. Há no caso, inicialmente, uma medida cautelar concedida ao réu para assegurar o pagamento da indenização acidentária. Entretanto, o entendimento do relator, remete o caso à tutela antecipada sancionatória, misturando uma medida acautelatória com provimento final que não será este, mas sim o pagamento da apólice do seguro aos familiares da vítima do acidente.

No excerto nº 87, o relator deferiu o pedido alternativo à tutela antecipada, que visava obstar a inscrição de multa decorrente de autuação, autorizando depósito judicial de seu valor, ou seja, acolheu medida cautelar alternativamente à tutela antecipada.

Para Zavascki (2009), a fungibilidade introduzida no sistema não eliminou a distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias. A razão de distingui-las está em que cada uma das espécies de tutela provisória tem regime próprio, inconfundível e, ressalvada a hipótese do § 7º do art. 273, “infungível”, insuscetível de substituição pelo regime da outra. Adverte que a fungibilidade tem mão única, diz respeito à medida cautelar, que possa ser deferida em caráter incidental. Não autoriza, porém, que a medida antecipatória seja requerida como cautelar, por ação autônoma.

5.1.11 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a tutela antecipada deferida contra ente de direito público

A decisão agravada está fundamentada na alteração legislativa introduzida pela Lei Complementar nº 104/01, que deu nova redação ao artigo 151 do CTN, ao autorizar, no inciso V, a concessão de liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Cabível, portanto, em relação ao ente público. [Ag. Inst. nº 1.105.068-5, Reg. nº 0019842-98.2002.8.26.0000, (11/02/2003). Relatoria: Sales Vieira – 3ª Câmara do 1º TAC; Apel. c/ Revisão nº 968437-0/0. Reg. nº 9112247-92.2005.8.26.0000, (17/04/2006). Relatoria: Artur Marques – 35ª Câmara (ext. 2º TAC).] **Exerto nº 88.**

Acrescente-se que há doutrinadores de peso que entendem impossível a tutela antecipada em face da Fazenda Pública, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário, se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do CPC (cf. Antônio Raphael Silva Salvador, em Da Ação Monitoria e da Tutela Jurisdicional Antecipada – Malheiros Editores, 1995, pág.56). [Ag. Inst. nº 1.119.279-7, Reg. nº 0034053-42.2002.8.26.0000, (05/09/2002); Ag. Inst. nº 1.200.650-5, Reg. nº 0034410-85.2003.8.26.0000, (12/06/2003). Relatoria: Urbano Ruiz – 11ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 89.**

Ao contrário do que se alega, é cabível a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, exceto quando tenha como objeto pagamento ou incorporação de vencimentos ou vantagens a servidor público (STF-RDA 222/244). Nesse sentido é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ - 2a Turma, Med. Caut. nº 1794-PE, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 22/02/00, DJU 27/03/00; STJ - 6a Turma, REsp nº 171.258-SP. Rei. Min. Anselmo Santiago, j. 10/11/98, DJU 18/12/98; STJ - 5a Turma, REsp 231.550-CE, Rei. Min. Edson Vidigal, j. 14/12/99, DJU 21/02/00; STJ – 1a Turma, REsp nº 311.659-CE, Rei. Min. José Delgado, j. 07/06/01, DJU 27/08/01). [Ag. Inst. nº 789.104-5/8-00. Reg. nº 0075243-72.2008.8.26.0000, (30/07/2008); Ag. Inst. nº 916.631-5/1-00. Reg. nº 0354919-51.2009.8.26.0000, (17/06/2009); Ag. Inst. nº 990.10.322590-2. Reg. nº 0322590-49.2010.8.26.0000, (25/08/2010); Ag. Inst. nº 778.043-5/3-00. Reg. nº 0185463-40.2008.8.26.0000, (04/06/2008), Ag. Inst. nº 990.10.328782-7. Reg. nº 0328782-

95.2010.8.26.0000, (10/11/2010); Relatoria: Décio Notarangeli – 9<sup>a</sup> Câmara de Direito Público.] **Exerto nº 90.**

Nessas circunstâncias afigura-se inaplicável à espécie o art. 1º da Lei nº 9.494/97. Aliás, não por outra razão o Colendo STF fixou entendimento no sentido de que a decisão na ADC 4, que veda a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não se aplica em causa de natureza previdenciária (Súmula nº 729). Aliás, a impossibilidade de deferimento de tutela antecipada contra o Poder Público é tese há muito superada na doutrina e na jurisprudência. Contrariamente ao alegado pela agravante, é cabível a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, exceto quando tenha como objeto pagamento ou incorporação de vencimentos ou vantagens a servidor público (STF RDA 222/244), o que não se aplica ao caso dos autos. [Ag. Inst. nº 990.10.525222-2. Reg. nº 0525222-64.2010.8.26.0000, (15/1 de cognição/2/2010); Ag. Inst. e Reg. nº 0094403-10.2013.8.26.0000, (19/06/2013); Ag. Inst. e Reg. nº 0259385-75.2012.8.26.0000, (06/02/2013); Ag. Inst. nº 778.043-5/3-00. Reg. nº 0185463-40.2008.8.26.0000, (04/06/2008). Relatoria: Décio Notarangeli – 9<sup>a</sup> Câmara de Direito Público.] **Exerto nº 91.**

## Análise

As pessoas jurídicas de direito público estão submetidas ao regime processual que facilita a antecipação de tutela. Contudo, a Lei 9.494/1997 estendeu as limitações da Lei 8.437/1992, que restringem a possibilidade de concessão de medidas cautelares contra a Fazenda Pública, à antecipação de tutela (ZAVASCKI, 2009).

Marinoni (2011) afirma que se o legislador infraconstitucional está obrigado a prever tutelas que, atuando dentro do procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, não pode decidir em contradição com o próprio princípio da efetividade, que o cidadão somente pode ter direito à tutela efetiva e tempestiva frente ao particular.

Lopes (2006) afirma que se não considerarem inconstitucional a restrição da Lei 9.494/1997, esta deve ser interpretada restritiva e casuisticamente, tal como preconizado pela jurisprudência.

Conforme excertos trazidos, pode-se notar que a discussão sobre a admissão de deferimento de tutela antecipada contra ente de direito público está praticamente pacificada no sentido de sua possibilidade.

As restrições são pontuais e casuísticas, como no caso de não se admitir antecipação de tutela em caso de ações que tratem de verbas salariais, excluídas desta restrição, as discussões previdenciárias (excertos nºs 90 e 91).

5.1.12 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

A propósito, conforme entendimento assentado pelo Colendo STJ, “o perigo de irreversibilidade do provimento adiantado, óbice legal à concessão da antecipação da tutela, nos termos do artigo 273, § 2º, do CPC, deve ser interpretado *cum grano salis*, sob pena de se inviabilizar o instituto. Irreversibilidade é um conceito relativo, que deve ser apreciado *ad hoc* e de forma contextual, levando em conta, dentre outros fatores, o valor atribuído pelo ordenamento constitucional e legal aos bens jurídicos em confronto e também o caráter irreversível, já não do que o juiz dá, mas do que se deixa de dar, ou seja, a irreversibilidade da ofensa que se pretende evitar ou mesmo da ausência de intervenção judicial de amparo.” (STJ AgRg no Ag nº 736.826/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 12/12/06, DJ 28/11/07). [Ag. Inst. e Reg. nº 0080344-51.2012.8.26.0000, (11/07/2012); Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público. Ag. Inst. nº 990.10.193715-8. Reg. nº 0193715-61.2010.8.26.0000, (14/07/2010); Ag. Inst. nº 990.10.187916-6. Reg. nº 0187916-37.2010.8.26.0000, (14/07/2010); Ag. Inst. nº 990.10.187924-7. Reg. nº 0187924-14.2010.8.26.0000, (14/07/2010); Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Exerto nº 92.**

Quanto à exigência de reversibilidade inserta no §2º do artigo 273 da lei processual, conforme decidiu o STJ, “não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina” (STJ - 2a Turma, REsp. nº 144.656-ES, Rei. Min. Adhemar Maciel, j. 06/10/97, DJU 27/10/97). [Ag. Inst. nº 763206-00/3. Reg. nº 0049041-68.2002.8.26.0000, (16/12/2002); Relatoria: Clóvis Castelo – 11ª Câmara de Direito Privado; Ag. Inst. nº 804.830-5/8-00. Reg. nº 0092606-72.2008.8.26.0000, (17/12/2008); Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público; Ag. Inst. nº 793555-00/0 e Reg. nº 9005955-54.2003.8.26.0000, (07/05/2003); Relatoria: Soares Levada – 10ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 93.**

Mesmo se não bastasse isso, o pagamento de indenização securitária e o recebimento por parte do beneficiário atinge grau de irreversibilidade manifesto, com óbice legal previsto no parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, a obstar a medida. [Ag. Inst. nº 1166901-0/2 e Reg. 1166901002, (01/04/2008). Relatoria: Luis Fernando Nishi – 31ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 94.**

[...] a antecipação da tutela não pode ser concedida se houver perigo de irreversibilidade do provimento (*rectius*, dos efeitos práticos do provimento). [Ag. Inst. nº 863577-0/3e Reg. 0010328-53.2004.8.26.0000, (23/11/2004). Relatoria: Vieira de Moraes – 1ª Câmara do Primeiro Grupo (Extinto 2º TAC).] **Exerto nº 95.**

Há que se ponderar, ademais, a respeito da irreversibilidade do provimento almejado (art. 273, § 2º, CPC), sequer referido pelo douto juiz e muito bem lembrado pelo douto juiz que concedeu efeito suspensivo a decisão no Plantão de Agravos (fls. 99), que ocorre, à toda evidência, no cancelamento de registro imobiliário (JTJ 206/212), tornando ineficaz o provimento recursal buscado. Liberado o imóvel da restrição, poderá ser livremente alienado, por exemplo, podendo resultar, afinal, uma cadeia de prejudicados se houver o provimento do recurso de apelação. [Ag. Inst. nº 1.216.771-6 e Reg. 0050531-91.2003.8.26.0000, (02/09/2003). Relatoria: Manoel Mattos – 5ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 96.**

[...] a suspensão imediata do pagamento da tarifa acarretaria prejuízo à própria consumidora que, em caso de improcedência da ação, teria de arcar com vultosa quantia referente a todas as prestações vencidas ao longo da ação, como bem salientado no despacho de fls. 51, cogitando-se inclusive do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, o que também, nos termos do art. 273, §2º, torna inviável a concessão da antecipação pleiteada. [Ag. Inst. 881714-0/8.

Reg. nº 0024793-33.2005.8.26.0000, (21/03/2005). Relatoria: Felipe Ferreira – 2ª Câmara do Primeiro Grupo (Extinto 2º TAC).] **Excerto nº 97.**

Quanto ao *periculum in mora*, em intensidade maior do que aquele que se alega em relação à agravante, ocorreria contra a agravada, de maneira irremediável, dada a irreversibilidade do provimento antecipado. [Ag. Inst. nº 1.346.062-3 e Reg. nº 0067144-55.2004.8.26.0000, (15/12/2004); Relatoria: Rubens Cury – 8ª Câmara (Extinto 1º TAC)] **Excerto nº 98.**

Nesse sentido, cumpre transcrever decisão do ilustre Vice-presidente desta Corte, juiz Oscarlino Moeller, no processo 1597/04 da 1ª Vara Cível da Comarca de Catanduva: “[...] além da ausência de verossimilhança, diante de expressa norma legal permissiva da cobrança, sendo certo que todos os consumidores aderem ao contrato previamente existente, haveria irreversibilidade da decisão para a hipótese de improcedência da declaratória, eis que todos os consumidores, utilizando-se gratuitamente dos serviços de telefonia, não estariam aptos a pagar, de uma só vez, os consumos realizados em suas contas individuais.” [Ag. Inst. nº 1.335.173-4. Reg. nº 0056255-42.2004.8.26.0000, (28/11/2000). Relatoria: Rubens Cury 8ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 99.**

[...] Há, isto sim, possibilidade de irreversibilidade na hipótese de futuro reconhecimento de improcedência da ação, na medida em que não há certeza de que os consumidores reúnem condições de pagar, de uma só vez, os valores devidos. [Ag. Inst. nº 885019- 0/3. Reg. nº 0070643-13.2005.8.26.0000, (21/03/2005). Relatoria: Artur Marques – 35ª Câmara do D. OITAVO Grupo (Ext. 2º TAC).] **Excerto nº 100.**

É justamente este último ponto, ou seja, o perigo de irreversibilidade do provimento, ou seja, dos seus efeitos práticos, que impede a concessão da antecipação da tutela na extensão pretendida na inicial e, corretamente, denegada pela decisão ora agravada. Com efeito, tira-se das próprias assertivas da agravante a aludida irreversibilidade, quando diz antecipar parte do pagamento da indenização que pleiteia, que para o seu provimento é necessário a comprovação de suas alegações. Ora, suponha-se, ainda, a eventualidade de ser proferida sentença de improcedência ou procedência parcial do pedido de indenização, para se ter com toda a clareza, caso seja deferida a antecipação da tutela ora pleiteada, constatada a aludida irreversibilidade, pois neste caso não seriam preservados os efeitos da sentença, que estaria prejudicada pela impossibilidade de restabelecer o *status quo ante*. Verifica-se, portanto, que o provimento antecipado nos termos pretendidos pela autora, enquadra-se na condição de irreversível. [Ag. Inst. nº 1.349.886-5. Reg. nº 0070968-22.2004.8.26.0000, (24/02/2005); Relatoria: Antônio Marson – 11ª Câmara A (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 101.**

Entretanto, sob certas condições, especialmente a natureza privada da área ocupada, como antes mencionado, eventuais prejuízos decorrentes da desocupação e demolição poderão ser resolvidos em perdas e danos, o que justifica a realização da avaliação prévia da construção a ser demolida no prazo de 20 dias, pela urgência do provimento antecipatório concedido, incumbindo ao juiz da causa a nomeação de perito de confiança para realização dos trabalhos, mesmo porque as consequências de um eventual desabamento são imprevisíveis e irreparáveis. [Ag. Inst. nº 990.10.193715-8. Reg. nº 0193715-61.2010.8.26.0000, (14/07/2010); Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 102.**

Sem dúvida alguma, a permanência da pena pode acarretar danos econômicos irreversíveis, porque comprovada sua participação em diversos certames. Ao contrário, a providência pretendida pela agravante é reversível para a Administração, porque caso a demanda venha a ser julgada improcedente, poderá a pena ser cumprida, na sua integralidade [Ag. Inst. e Reg. nº 0208303-44.2008.8.26.0000, (07/05/2008); Relatoria: Edson Ferreira – 12ª Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 103.**

## Análise

Pela leitura dos excertos, pode-se notar que a irreversibilidade do provimento da tutela antecipada não constitui óbice intransponível ao seu deferimento. A maioria dos excertos trouxe referência à jurisprudência que entende que esta exigência deve ser flexibilizada para não impossibilitar a aplicação do instituto, apesar de existirem posições contrárias, a exemplo dos excertos nºs 95, 96 e 97.

As citações, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, inscritas nos excertos, estão em consonância com o pensamento de Marinoni (2011), que ensina que diante de direitos fundamentais em colisão, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado como um necessário método auxiliar da decisão, pois simplesmente definir na lei, que o juiz não pode conceder a tutela quando esta puder trazer prejuízos irreversíveis ao réu, de modo a privilegiar o formalismo, impediria a consideração das particularidades do “caso concreto” e comprometeria o juiz com uma decisão que, em certas circunstâncias, poderia não ser a mais adequada.

Marinoni (2011), um dos pioneiros em afirmar a flexibilização da irreversibilidade, conclui que o valor da efetividade requer a consideração das circunstâncias de cada caso concreto e exige definições de texturas mais abertas, como por exemplo, admitir o risco de prejuízo irreversível ao réu. Não admitir a possibilidade de ponderação de direitos no juízo sumário retira da doutrina a capacidade de construir uma dogmática mais sensível à realidade social e impede que as reformas processuais atendam às expectativas dos consumidores de tutela jurisdicional, transformando-as em leis sem qualquer função social.

### 5.1.13 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a necessidade de fundamentar a decisão que concede ou denega a tutela antecipada

Sentença de parcial procedência, abordagem para antecipação de tutela, relativizando efeitos de recurso de apelação interposto pela ré (artigo 520, do Código de Processo Civil), assim para que a autora possa dar início à execução, os autos, com a devida vénia, não confortam hipótese autorizadora da outorga, não estando caracterizado abuso do direito de defesa (dip. cit, artigo 273, II). [Ag. Inst. nº 990.09.326743-8 e Reg. 0326743-62.2009.8.26.0000, (21/07/2010). Relatoria: Carlos Russo – 30ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 104.**

É evidente que no momento da prolação da sentença deixa de existir o juízo de probabilidade do direito ínsito ao instituto da tutela antecipada, para surgir a certeza do direito, expressa na motivação da sentença. Todavia, o outro requisito exigível,

concernente ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, CPC) ou caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, CPC) não foi objeto de qualquer referência pela decisão referida. Está configurada, pois, a ausência de fundamentação. Seja, pois, pela falta de fundamentação, que resulta na nulidade da decisão, seja pela inviabilidade da concessão do pleito antes do julgamento definitivo da questão, mister é revogar-se a concessão da antecipação da tutela, com o respeito devido à posição externada pelo douto magistrado. [Ag. Inst. nº 1.216.771-6 e Reg. 0050531-91.2003.8.26.0000, (02/09/2003). Relatoria: Manoel Mattos – 5ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 105.**

[...] em se tratando de antecipação de tutela, deve o Juiz fundamentar o motivo do deferimento da medida, ou seja, se existe prova inequívoca que convença pela verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável, ou se ficou caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Ausente tal fundamentação a decisão deve ser considerada nula uma vez que não fornece elementos de defesa para parte prejudicada. [...] “A decisão que concede a tutela antecipada em ação ordinária deve, como qualquer julgamento judicial, ser fundamentada. A ausência de fundamentação ofende o comando do art. 93, IX, da Constituição da República, tornando nulo o julgado.” (Tribunal de Alçada de Minas Gerais - Acórdão : 0339134-2 Agravo de Instrumento (Cv) Cível Ano: 2001 - Comarca: Belo Horizonte/Siscon - órgão Julg.: Sétima Câmara Cível - Relator: Juiz Nilson Reis - Data Julg.:16/08/2001 - Dados Publ.: Não publicado - Ramo de Dir.: Cível - Decisão: Unânime - Assuntos: AGRAVO DE INSTRUMENTO, TUTELA ANTECIPADA, NULIDADE) [Ag. Inst. nº 1.308.322-0 e Reg. 0039144-45.2004.8.26.0000, (15/02/2005). Relatoria: Roque Mesquita– 3ª Câmara B (extinto 1º TAC).] **Excerto nº 106.**

## Análise

Os excertos nº's 105 e 106 demonstram que os relatores revogaram a antecipação de tutela deferida anteriormente por faltar fundamentação em relação a alguma das exigências ínsitas ao instituto. E o excerto nº 104 foi elencado como exemplo da falta de fundamentação.

A necessidade de motivar as decisões judiciais é inerente ao Estado de Direito. Do princípio do livre convencimento motivado (art. 131, CPC) provém a liberdade do juiz de apreciar os elementos dos autos e, como desdobramento, o dever de motivar suas decisões, conforme também disposto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal (LOPES, 2006).

O juiz tem o dever de justificar a decisão que antecipa a tutela, conforme frisa o art. 273, § 1º do Código de Processo Civil. Tem o dever também de justificar a decisão que a denega. Esse dever justifica-se pela natureza excepcional da tutela antecipada que visa a prestigiar garantias constitucionais e apenas é legitimamente concedida quando devidamente caracterizados seus pressupostos, pois representa uma exceção ao momento da tutela jurisdicional (LOPES, 2006). Ocorre que o juiz, embora cônscio dessa necessidade, sente falta de critérios seguros para explicar, conforme exigência do dispositivo supracitado, “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento” (MARINONI, 2011).

Essa falta de critérios impede os advogados, por outro lado, de controlar a decisão do juiz, pois uma vez que a decisão sequer possui adequada justificativa, torna-se impossível argumentar que a decisão é incorreta. Não é por outra razão que, são comuns decisões de primeiro grau que concedem ou negam a tutela antecipada sem qualquer fundamento idôneo e decisões de segundo grau que as revogam ou as mantêm sem nada argumentar de forma convincente (MARINONI, 2011).

Vide o exemplo do excerto nº 104, que traz a íntegra da “fundamentação” do acórdão do Agravo de Instrumento nº 990.09.326743-8, que manteve o indeferimento da tutela antecipada.

O relator descarta a ocorrência do inciso II sem qualquer tipo de explicação, ou seja, não justifica a causa de não estar caracterizado o abuso do direito de defesa, nem mesmo citando as mesmas razões do juízo de primeiro grau.

Interessante notar que houve a interposição de embargos de declaração contra esta decisão, mas os seus fundamentos despendidos não trazem alento:

FUNDAMENTAÇÃO – Fundamentos, de fato e de direito, suficientemente explicitados, prerrogativa de definir limites de concreção jurídica aplicável à hipótese controvertida (princípio da livre convicção), o acórdão embargado, *data venia*, não exibe pontos de omissão, obscuridade ou contradição. [Emb. Declar. nº 990.09.326743-8/50000 e Reg. 0326743-62.2009.8.26.0000, (10/11/2010). Relatoria: Carlos Russo – 30ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 107.**

#### 5.1.14 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a concessão da tutela antecipada nas diversas espécies de tutela jurisdicional

Aliás, em se tratando de ação declaratória, não há como se conceder tutela antecipada, que importaria em uma declaração provisória sobre a existência ou não de relação jurídico-tributária, no caso. [Ag. Inst. nº 1001931-5. Reg. nº 0005429-17.2001.8.26.0000, (18/04/2001). Relatoria: Franklin Nogueira – 8ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 108.**

Outrossim, na parte em que se apresenta pedido de natureza declaratória (inconstitucionalidade da execução extrajudicial fundada no Decreto-lei 70/66 - fls.48) também impossível a antecipação, uma vez que “A antecipação de tutela com efeitos patrimoniais, em sede de ação declaratória, não se coaduna com os princípios reguladores de tal entidade processual.” (RSTJ 105/63), mesmo porque “A tutela antecipada, que tem como característica a provisoriade e é admitida nos casos em que ocorra a verossimilhança da alegação do autor, não pode ser concedida em ação declaratória, que objetiva a eliminação da incerteza do direito ou da relação jurídica.” (RT 742/350). [Ag. Inst. nº 1.220.800-1 e Reg. nº 0054560-87.2003.8.26.0000, (14/10/2003); Ag. Inst. nº 1.196.477-5 e Reg. nº 0030237-

18.2003.8.26.0000, (12/08/2003); Relatoria: Roque Mesquita – 3<sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 109.**

Em sua festejada obra “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor”, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentar o artigo 273, admitem sua incidência de forma ampla, anotando que: “Em toda ação de conhecimento, em tese, é admissível a antecipação da tutela, seja a ação declaratória, constitutiva (positiva ou negativa), condenatória, mandamental etc. A providência tem cabimento, quer a ação de conhecimento seja processada pelo rito comum (ordinário ou sumário) ou especial, desde que verificados os pressupostos da norma sob comentário.” Aliás, já há diversos pronunciamentos desta Corte neste sentido: (AI 725.618-00/0 - 11a Câm. – Rel. Juiz ARTUR MARQUES - J.29.1.2002); (AI 531.523 - 6a Câm. - Rel. Juiz PAULO HUNGRIA - J. 29.7.98); (AI 661.467-00/4 - 9a Câm. - Rel. Juiz MARCIAL HOLLANDA - J. 22.11.2000); (A. Rg. 705.280-01/9 - 10a Câm. - Rel. Juiz ROSA MARIA DE ANDRADE NERY - J. 30.7.2001); AI 603.136-00/0 - 8a Câm. - Rel. Juiz WALTER ZENI - J. 4.11.99; AI 611.380-00/6 - 4a Câm. - Rel. Juiz MOURA RIBEIRO - J. 14.12.99; AI 659.196-00/1 - 8a Câm. - Rel. Juiz RUY COPPOLA - J. 10.10.2000; AI 701.267-00/8 - 5a Câm. - Rei. Juiz DYRCEU CINTRA - J. 22.8.2001.) [Ag. Inst. nº 763206-00/3. Reg. nº 0049041-68.2002.8.26.0000, (16/12/2002); Relatoria: Clóvis Castelo – 11<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 110.**

Quanto à alegação de que a tutela antecipada não se aplica aos procedimentos de rito especial, melhor sorte não o socorre. Como bem leciona Humberto Theodoro Júnior, in “Curso de Direito Processual Civil”, vol. 11, 30a ed. Ed. Forense 2000, p. 559’, “O que fez o art. 273 do CPC, em seu novo texto, foi simplesmente criar uma previsão genérica para essa modalidade de tutela, que, assim, deixou de ser apanágio apenas de alguns procedimentos especiais para converter-se em remédio utilizável em qualquer processo de conhecimento, ordinário, sumário ou especial, desde que presentes os requisitos.” [Ag. Inst. 785766-00/5. Reg. nº 0051140-74.2003.8.26.0000, (18/03/2003). Relatoria: Neves Amorim – 4<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 111.**

#### Análise

Dos excertos elencados, que trataram do tema da possibilidade de antecipação de tutela em razão das diversas espécies de tutela jurisdicional existentes, dois deles, os nºs 108 e 109, afirmam não ser possível antecipar a tutela em ações de natureza declaratória. Tais excertos, presentes em três acórdãos de dois relatores distintos, são referentes aos anos de 2001 e 2003.

Os excertos nºs 110 e 111, por outro lado, afirmam a possibilidade de deferimento da antecipação nas mais diversas espécies de tutela. Pode-se afirmar que após 2003, tal assunto não foi ponto de discussão nos acórdãos, sendo que a antecipação de tutela é deferida nos mais diversos tipos de provimentos.

5.1.15 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre a exigência de caução que condicione o deferimento da tutela antecipada

No que se refere a apresentação de caução, necessário esclarecer que a sua prestação não dispensa o preenchimento dos requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela, que no presente caso não se encontram presentes (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu). [Ag. Inst. nº 539.438-4/9-00. Reg. nº 0035637-71.2007.8.26.0000, (19/02/2008). Relatoria: Piva Rodrigues – 9ª Câmara de Direito Privado.] **Exerto nº 112.**

Por outro lado, muito embora a caução não seja estranha à antecipação de tutela (art. 273, § 3º, CPC), a medida se restringe às hipóteses de levantamento de depósito em dinheiro e de prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano à parte contrária (art. 475-O, III, em substituição ao art. 588, hoje revogado), nenhuma das quais se vislumbra na espécie. [Ag. Inst. e Reg. nº 0184666-59.2011.8.26.00000, (10/08/2011); Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Exerto nº 113.**

Preservado o entendimento do duto procurador do agravante, há verossimilhança nas alegações do agravado, a presunção de veracidade da afirmação é convincente, e há possibilidade de dano de difícil reparação, com a manutenção da inscrição feita irregularmente, inexistindo previsão legal condicionando a antecipação dos efeitos da tutela à prestação de caução, além do que, não se antevê qualquer prejuízo irreparável ao seu direito ou locupletamento ilícito do agravado com a determinação de se aguardar o término da demanda. [Ag. Inst. nº 1.116.126-9 e Reg. nº 0030900-98.2002.8.26.0000, (10/08/2011); Relatoria: Carvalho Viana – 3ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Exerto nº 114.**

#### Análise

Apesar de não estar prevista expressamente no art. 273 do CPC, a exigência de caução para antecipar a tutela é plenamente possível (LOPES, 2006).

A medida antecipatória poderá ter seu cumprimento condicionado à exigência de caução, conforme previsto no art. 475-O, III do CPC. Esta medida pode parecer inútil, afinal o § 2º do art. 273 dispõe que, não se concederá antecipação da tutela quando houver perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Assim, se a finalidade da caução é garantir condições de reversibilidade ou possibilitar a indenização correspondente, esta só teria cabimento se não houvesse perigo de irreversibilidade, que pela lógica da interpretação isolada do § 2º do art. 273 não teria sentido, pois onde fosse cabível caução não seria cabível a antecipação (ZAVASCKI, 2009).

Entretanto, em vista da necessária relativização da proibição prevista no § 2º, ou seja, da relativização da irreversibilidade, que se não fosse feita poderia inviabilizar a antecipação de tutela, muitas vezes, há concessão de tutelas com certo risco à reversibilidade,

especialmente à reversibilidade específica *in natura*. Em tais casos é viável que se imponha ao autor beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que assegure, pelo menos, eventual indenização por danos (ZAVASCKI, 2009).

Os excertos listados tratam da caução aplicada à tutela antecipada. Todos afirmam a possibilidade de impor a caução para permitir a antecipação da tutela.

O excerto nº 113 e 114 negam aos agravantes que, inconformados com a antecipação de tutela deferida pelo juízo *a quo*, pedem, alternativamente ao provimento do recurso para reformar a decisão, que pelo menos, exija-se do agravado caução para a manutenção da antecipação.

Os relatores negam o pedido de caução, afirmando no primeiro deles, que não há qualquer perigo de irreversibilidade e no segundo, que a medida tornaria a antecipação inútil, pois pode depreender-se de maneira indireta que, como a tutela antecipada foi relativa a depósito de valor de seguro, exigir uma contrapartida econômica (caução) da parte vulnerabilizada é totalmente ilógico.

O excerto nº 112 revela a impossibilidade de deferir-se a antecipação da tutela baseada apenas no oferecimento da caução, havendo necessidade de cumprir com requisitos como o da existência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

#### 5.1.16 Excertos do entendimento dos relatores ou citações da doutrina/jurisprudência presentes em diversos acórdãos sobre o princípio da menor restrição possível

TEORI ALBINO ZAVASCKI observa que “Também para definir o momento de antecipar a tutela, deverá o juiz ter presente o princípio da menor restrição possível: o momento não pode ser antecipado mais do que o necessário. O perigo de dano, com efeito, pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da demanda, e nesse caso a antecipação assecuratória será concedida liminarmente. Porém, se o perigo, mesmo previsível, não tem aptidão para se concretizar antes da citação, ou antes da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos.” [Ag. Inst. nº 941.630-2. Reg. nº 0078516-40.2000.8.26.0000, (12/06/2000). Relatoria: Ary Bauer – 11ª Câmara (Extinto 1º TAC).] **Excerto nº 115.**

O argumento, de provável enriquecimento ilícito (fls.20), da agravada, também, é frágil. A matéria jurídica controvertida não permite, sem cognição exauriente, dizer que há elementos objetivos suficientes para tal afirmação. Ademais, é preciso ter presente que, no direito brasileiro, ainda que se possa demonstrar a probabilidade de um futuro ilícito, não é possível se requerer uma tutela inibitória que, muito embora destinada a evitar o ilícito acabe causando um dano excessivo ao réu. “Tutela

Inibitória Individual e Coletiva”, Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1998, p. 113. [Ag. Inst. nº 885019- 0/3. Reg. nº 0070643-13.2005.8.26.0000, (21/03/2005). Relatoria: Artur Marques – 35ª Câmara do D. OITAVO Grupo (Ext. 2º TAC).] **Excerto nº 116.**

### Análise

A aplicação da tutela antecipada objetiva garantir princípios constitucionais como os da adequação, efetividade e tempestividade, mas, por vezes, restringe princípios, também constitucionais, como os da ampla defesa e do contraditório.

Porém esta restrição somente é legítima quando estritamente necessária. Desse modo, a doutrina concebeu o princípio da menor restrição possível, próprio à tutela antecipada (LOPES, 2006).

Zavascki (2009) preconiza que o juiz deve observar fielmente o princípio da menor restrição possível (excerto nº 115), pois a antecipação dos efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário à proteção do direito fundamental da contraparte, no caso, prevalente.

Entretanto, o princípio da menor restrição possível possui diferenças quando aplicado à tutela antecipada sancionatória, pois nesse caso não há dano concreto a ser suportado pelo autor, mas um dano marginal inerente a todo o processo. Além da atitude do demandado constituir afronta à dignidade da justiça, faz antever a alta probabilidade do acolhimento da pretensão do demandante, diminuindo muito a aplicabilidade do princípio da menor restrição, sendo que toda tutela pedida deve ser antecipada, assim que verificada sua atitude desleal (LOPES, 2006).

Casuisticamente, o excerto nº 116 revela que a tutela inibitória de um provável ilícito não pode ser deferida se esta causar dano excessivo ao réu. No entanto, há de se ponderar qual dos danos possui a maior capacidade gravosa: aquele que ocorrerá pelo não deferimento da medida, ou seja, que atingirá o autor, ou aquele causado pelo deferimento da medida, que será prejudicial ao réu.

#### 5.1.16.1 Proposta de se mudar o provimento solicitado por aquele aceito pelo réu ou pelo magistrado

Ademais, em respeito à ética médica e à liberdade do exercício profissional, não estão sujeitos à confirmação o diagnóstico e a prescrição feitos pelo profissional de saúde que assiste ao agravante, pois cuidando-se de médico regularmente habilitado,

presumem-se idôneos a prescrição e o tratamento ministrados, cuja responsabilidade é do profissional e não do Poder-Público. Admissível, porém, o fornecimento de medicamento genérico, desde que contenha o princípio ativo do medicamento de marca, que não se confunde com o medicamento chamado similar, exemplo clássico da “empurroterapia” assaz conhecida no comércio farmacêutico. Cabível, no entanto, um esclarecimento. A tutela de urgência é concedida em relação aos medicamentos e insumos objeto da prescrição e do relatório médicos apresentados (fls. 40/41), pois o pedido no caso deve ser certo e determinado (art. 286 CPC). [Ag. Inst. nº 990.10.022853-6. Reg. nº 0022853-57.2010.8.26.0000, (10/03/2010). Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 117.**

É agravo de instrumento tempestivo tirado de ação ordinária e de decisão que relegou a apreciação de pedido de antecipação de tutela, tendo por objeto o fornecimento gratuito de medicamento, para depois da apresentação de relatório médico específico que ateste que os medicamentos prescritos são os únicos eficazes ao tratamento das doenças que afigem o agravante. De todo desnecessário o relatório reclamado pelo magistrado. Há nos autos prova documental de que o agravante está em tratamento neurológico com diagnóstico de acidente vascular encefálico isquêmico, epilepsia, parkinsonianismo e quadro depressivo/ansioso, tendo o médico que o assiste prescrito os medicamentos solicitados como necessários ao controle e tratamento da doença (fls. 39/46 e 68/69). [Ag. Inst. nº 994.09.231691-4. Reg. nº 0231691-39.2009.8.26.0000, (27/01/2010). Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 118.**

Por outro lado, a inclusão de medicamentos nos protocolos ou listas padronizadas do SUS é medida que se destina à orientação da Administração, mas não obsta a parte de obter em juízo a prestação destinada à tutela do direito à vida e à saúde assegurada pela Constituição Federal. Ressalte-se, por fim, que objeto da tutela antecipada é o medicamento prescrito pelo profissional de saúde que assiste o autor, de nome comercial Lucentis, admitido o fornecimento de medicamento genérico (e não similar) desde que contenha o mesmo princípio ativo daquele. [Ag. Inst. nº 990.10.044516-2. Reg. nº 0044516-62.2010.8.26.0000, (10/03/2010); Relatoria: Décio Notarangeli – 9ª Câmara de Direito Público.] **Excerto nº 119.**

## Análise

Marinoni (2011, p. 62-63) traz exemplo acerca da menor restrição possível que pode ser atingida devido ao juiz não ficar vinculado à providência solicitada e poder utilizar tutela alternativa:

Assim, por exemplo, se o autor requer, como tutela final, que o juiz ordene sob pena de multa a cessação das atividades da empresa ré que estariam causando danos ao meio ambiente – é possível que o juiz ordene que seja instalado equipamento capaz de neutralizar a poluição (por ser este o “meio mais idôneo”, já que, além de permitir a tutela efetiva do direito, causa a “menor restrição possível”). Se assim é possível em face da tutela final, é evidente que, neste caso o juiz poderia, tratando de eventual postulação antecipatória, deixar de atender a requerimento de cessação das atividades da ré para determinar a instalação de determinado equipamento.

Os excertos relacionados referem-se a agravos de instrumento em que há a tentativa de mudança do provimento solicitado, por uma alternativa cuja viabilidade econômica, de modo preponderante, venha a possibilitar o atendimento da solicitação.

No acórdão que se refere ao excerto nº 118, houve decisão do juízo de primeiro grau, que relegou a apreciação de pedido de antecipação de tutela, tendo por objeto o fornecimento gratuito de medicamento, para depois da apresentação de relatório médico específico que ateste que os medicamentos prescritos são os únicos eficazes ao tratamento das doenças que afligem o agravante.

No acórdão referente ao excerto nº 119, a fazenda pública, em agravio de instrumento, questiona a antecipação de tutela deferida, também para fornecimento de medicamento. Alega que não estão presentes os requisitos necessários à antecipação de tutela, especialmente pela inexistência de prova inequívoca de que o medicamento pleiteado é o único eficaz no tratamento da moléstia. Assevera que o Estado só fornece medicamentos padronizados e cuja eficácia é comprovada, de modo que deve ser facultado ao agravado o fornecimento de medicamento similar. O relator que analisou os agravos afastou a tentativa de alternatividade do provimento de forma bastante técnica. Conclamou à sua argumentação a autoridade do médico assistente, que é apto a prescrever a melhor medicação, e mitigou o princípio da menor restrição, pois ante o direito fundamental à saúde e à vida, não há como preponderar a economicidade do Estado.

## 5.2 Análise quantitativa – aspectos gerais relativos à amostra coletada

Apresenta-se agora, conforme o terceiro dos objetivos do presente trabalho, a análise quantitativa da amostra coletada. Esta análise não pretende trazer generalizações taxativas sobre a aplicação do instituto da tutela antecipada sancionatória, mas ser um estudo exploratório que buscará informar algumas de suas características.

A formação da amostra partiu de uma população previamente delimitada através da utilização de determinados “termos de pesquisa” presentes na tabela 2, que possuem íntima relação com o instituto da tutela antecipada sancionatória, e, por isso, buscaram pré-selecionar casos do inciso II, do artigo 273 do Código de Processo Civil. Entretanto, a tentativa de delimitar a população não obteve o sucesso esperado, sendo que foram retornados casos de tutela antecipada com outros pré-requisitos, como, por exemplo, a tutela antecipada baseada em urgência, mas também casos de tutela cautelar e sanção pecuniária por litigância de má-fé.

A tabela 2 mostra a distribuição da quantidade de acórdãos retornados para cada termo pesquisado. A preponderância da quantidade de acórdãos advindos dos termos “abuso de direito de defesa” e “propósito protelatório” é nítida. Juntos perfizeram 92,76% da população prospectada.

Tabela 2 – Distribuição dos termos pesquisados na população

| Termos pesquisados              | Quantidade de Acórdãos por termo | Percentual em relação à população |
|---------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|
| "abuso de direito de defesa"    | 957                              | 47,45%                            |
| "propósito protelatório"        | 914                              | 45,31%                            |
| "inciso II do art. 273"         | 52                               | 2,58%                             |
| "art.273, II"                   | 42                               | 2,08%                             |
| “defesa protelatória”           | 16                               | 0,79%                             |
| "artigo 273, II"                | 13                               | 0,64%                             |
| “tutela antecipada como sanção” | 10                               | 0,50%                             |
| "inciso II do artigo 273"       | 6                                | 0,30%                             |
| "art. 273, inciso II"           | 3                                | 0,15%                             |

| Termos pesquisados                  | Quantidade de Acórdãos por termo | Percentual em relação à população |
|-------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|
| "artigo 273, inciso II"             | 2                                | 0,10%                             |
| "art. 273, inc II"                  | 1                                | 0,05%                             |
| “antecipação de tutela como sanção” | 1                                | 0,05%                             |
| <b>Total</b>                        | <b>2017</b>                      | <b>100, 00%</b>                   |

A quantidade total da amostra gerada foi de 340 acórdãos, destes, após leitura prévia, foram excluídos 103 acórdãos (30,29% da amostra) que não representaram interesse imediato para o trabalho, de modo que se obteve 237 “acórdãos de interesse” para análise (tabela 3).

Estes 103 acórdãos foram excluídos por tratarem de litigância de má-fé e abuso do processo, com aplicação de sanção pecuniária, ou seja, multa, indenização da parte contrária e ressarcimento de honorários e despesas, conforme previsto no artigo 18 do Código de Processo Civil de 1973, e não de tutela antecipada sancionatória, o que, *a priori*, não se mostrou de interesse para os objetivos do trabalho, mas que podem conter material precioso para o estudo complementar, em outra ocasião, como, por exemplo, um estudo comparativo da aplicação da sanção pecuniária em detrimento da tutela antecipada sancionatória, haja vista, que a pesquisa com termos específicos à tutela antecipada do inciso II retornou muito mais casos de sanção pecuniária por litigância de má-fé ou abuso do processo (103 casos) do que casos de tutela antecipada sancionatória (apenas 20 casos ou 5,88% da amostra).

Tabela 3 – Distribuição dos provimentos gerados pela amostra (analisados pelo TJ/SP)

| Tipo de provimento analisado em recurso | Quantidade | % dos provimentos em relação a “amostra prévia” | % dos provimentos em relação a “amostra de interesse interesse” |
|---|------------|---|---|
| <b>“Amostra de Interesse Geral”</b>     | <b>184</b> | <b>54,12%</b>                                   | <b>77,64%</b>   |
| Inciso I                                | 179        | 52,65%  | 75,53%  |
| Inciso II, § 6º                         | 3          | 0,88%   | 1,27%   |
| Inciso II, § 4º                         | 1          | 0,29%   | 0,42%   |

| Tipo de provimento analisado em recurso     | Quantidade | % dos provimentos em relação a “amostra prévia” | % dos provimentos em relação a “amostra de interesse interesse” |
|---|------------|---|---|
| Inciso não identificado claramente          | 1          | 0,29%   | 0,42%   |
| <b>“Amostra de Interesse Específico”</b>    | <b>53</b>  | <b>15,59%</b>                                   | <b>22,36</b>  |
| Inciso II                                   | 20         | 5,88%   | 8,44%   |
| Inciso I e II                               | 20         | 5,88%   | 8,44%   |
| Inciso I e análise superficial do inciso II | 11         | 3,24%   | 4,64%   |
| Inciso I, II e II, § 6º                     | 2          | 0,59%   | 0,84%   |
| <b>“Amostra de Interesse”</b>               | <b>237</b> | <b>69,71%</b>                                   | <b>100,00%</b>  |
| <b>“Amostra sem interesse”</b>              | <b>103</b> | <b>30,29%</b>                                   | -   |
| <b>“Amostra Prévia”</b>                     | <b>340</b> |   |   |

Dos 340 acórdãos selecionados pela “amostra prévia”, 237 acórdãos foram nomeados como “acórdãos de interesse” e compuseram a “amostra de interesse”. Esta se subdividiu em duas categorias: 184 “acórdãos de interesse geral”, que formaram a “amostra de interesse geral” e representam acórdãos em que foram analisados incisos diferentes do inciso II, como o inciso I, o inciso II § 6º, o inciso II § 4º, e inciso não identificado claramente, mas que contribuíram para trazer informações importantes acerca da aplicação da tutela antecipada de maneira geral; e 53 “acórdãos de interesse específico”, que compuseram a “amostra de interesse específico”, dentre eles, o inciso II, inciso I e II, inciso I e análise superficial do inciso II, e inciso I, II e II § 6º, que representaram acórdãos que tiveram por objeto o julgamento do inciso II de maneira isolada ou concomitante com o inciso I ou com os parágrafos do artigo 273 do CPC (tabela 3).

Deve-se ressaltar que, apesar de ter havido tentativa de restringir a amostra a acórdãos referentes ao inciso II, a “amostra de interesse” possui apenas 8,44% de incisos, exclusivamente, desta espécie, restritos a 20 acórdãos, nos quais se julgou de maneira específica e isolada o referido dispositivo (tabela 3).

Dessa forma, levando-se em consideração o pequeno número de acórdãos que seriam de interesse específico para o presente trabalho e a possível pobreza de informações por eles trazidas para o estudo, optou-se por expandir a base de análise, utilizando-se da “amostra de interesse geral”, que continha acórdãos que tratavam de outros incisos do artigo 273, como explicado acima, e que proporcionou 184 acórdãos que serviram para cumprir com um dos objetivos do trabalho, ou seja, analisar qualitativamente excertos de interesse sobre aspectos comuns aplicáveis a todos os tipos de tutela antecipada tais como os relativos à verossimilhança, prova inequívoca, entre outros.

Fato curioso, devido à conhecida independência e alternatividade entre os incisos I e II, foi encontrar acórdãos em que houve análise do *periculum in mora* e do abuso de direito de defesa ou do propósito protelatório de forma concomitante. Estas análises conjuntas foram feitas tanto pelo juízo *a quo* (em 45,95% dos casos, conforme tabela 7) como no recurso (em 63,46% dos casos, conforme tabela 8), representando 13,92% da “amostra de interesse”, conforme somatório dos percentuais de participação dos itens: “Inciso I e II”; “Inciso I e análise superficial do inciso II”; e “Inciso I, II e II, § 6º”, conforme dados da tabela 3.

Tais análises concomitantes dos incisos I e II foram superficiais ou mais aprofundadas e contundentes. As análises mais superficiais foram relativas ao inciso II, quando o foco principal de análise era o inciso I, tendo-se descartado sua ocorrência sem maiores fundamentações. Estas foram denominadas de “inciso I e análise superficial do inciso II” e apareceram em 11 acórdãos, representando 4,64% da “amostra de interesse” (tabela 3).

Por outro lado, houve 20 acórdãos nos quais o relator ou o juízo *a quo* fez uma análise mais detida dos dois incisos e, por isso, foi utilizada a expressão “inciso I e II” para nomeá-los. Estes acórdãos representam 8,44% da “amostra de interesse”. Houve também 2 acórdãos em que foram analisados os incisos I, II e o II, § 6º do CPC, representando 0,84% da “amostra de interesse” (tabela 3).

Somando-se as análises concomitantes dos incisos I e II e os acórdãos que possuem apenas análise do inciso II, estes totalizaram 53 acórdãos ou 22,36% do total da “amostra de interesse”, os quais, como já informado, foram nomeados de “acórdãos de interesse específico” e compuseram a “amostra de interesse específico” (tabela 3).

A seguir, a tabela 4 demonstra a distribuição dos acórdãos sorteados em relação à respectiva Câmara Julgadora. Os acórdãos capturados provêm de 54 câmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo. Pela análise da referida tabela, nota-se que houve preponderância de

casos da 9<sup>a</sup> Câmara de Direito Público, que concentrou 24,41% da “amostra prévia” e 35,02% da “amostra de interesse”. Apesar de tentativas de entender esta concentração, não se chegou a uma explicação mais plausível do que inferir que os critérios de pesquisa utilizados selecionaram mais acórdãos da referida Câmara Julgadora. Pode-se notar que a participação percentual aumenta em 43,47% quando os acórdãos são relacionados na “amostra de interesse” (de 24,41% para 35,02%). Este fato corrobora em parte a explicação de que os critérios de pesquisa utilizados serviram para capturar mais itens desta turma.

Tabela 4 – Distribuição da amostra geral e da amostra de interesse de acordo com a Câmara julgadora

| <b>Câmara julgadora</b>                                   | <b>Qtde<br/>Acórdãos</b> | <b>% “amostra<br/>prévia”</b> | <b>% “amostra de<br/>Interesse”</b> |
|---|--------------------------|-------------------------------|-------------------------------------|
| Acórdãos que não interessam                               | 103                      | 30,29%                        |                                     |
| 9 <sup>a</sup> Câmara de Direito Público                  | 83                       | 24,41%                        | 35,02%                              |
| 8 <sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC)                    | 22                       | 6,47%                         | 9,28%                               |
| 3 <sup>a</sup> Câmara do 1º TAC                           | 13                       | 3,82%                         | 5,49%                               |
| 11 <sup>a</sup> Câmara de Direito Privado                 | 9                        | 2,65%                         | 3,80%                               |
| 3 <sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC)                    | 9                        | 2,65%                         | 3,80%                               |
| 10 <sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC)                   | 7                        | 2,06%                         | 2,95%                               |
| 4 <sup>a</sup> Câmara de Direito Privado                  | 6                        | 1,76%                         | 2,53%                               |
| 11 <sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC)                   | 6                        | 1,76%                         | 2,53%                               |
| 11 <sup>a</sup> Câmara B (Extinto 1º TAC)                 | 6                        | 1,76%                         | 2,53%                               |
| 6 <sup>a</sup> Câmara (extinto 1º TAC)                    | 5                        | 1,47%                         | 2,11%                               |
| 7 <sup>a</sup> Câmara de Direito Privado (Extinto 1º TAC) | 5                        | 1,47%                         | 2,11%                               |
| 33 <sup>a</sup> Câmara de Direito Privado                 | 5                        | 1,47%                         | 2,11%                               |
| 1 <sup>a</sup> Câmara (Extinto 1º TAC)                    | 4                        | 1,18%                         | 1,69%                               |
| 16 <sup>a</sup> Câmara de Direito Público                 | 4                        | 1,18%                         | 1,69%                               |
| 31 <sup>a</sup> Câmara de Direito Privado                 | 3                        | 0,88%                         | 1,27%                               |
| 11 <sup>a</sup> Câmara A (Extinto 1º TAC)                 | 3                        | 0,88%                         | 1,27%                               |
| 6 <sup>a</sup> Câmara de Direito Privado                  | 2                        | 0,59%                         | 0,84%                               |

| Câmara julgadora                              | Qtde<br>Acórdãos | % “amostra<br>prévia” | % “amostra de<br>Interesse” |
|---|------------------|-----------------------|-----------------------------|
| 30ª Câmara de Direito Privado                 | 2                | 0,59%                 | 0,84%                       |
| 10ª Câmara (Extinto 2º TAC)                   | 2                | 0,59%                 | 0,84%                       |
| 2ª Câmara (extinto 1º TAC)                    | 2                | 0,59%                 | 0,84%                       |
| 12ª Câmara de Direito Privado                 | 2                | 0,59%                 | 0,84%                       |
| 1ª Câmara de Direito Privado (extinto 1º TAC) | 2                | 0,59%                 | 0,84%                       |
| 6ª Câmara de Direito Privado (extinto 1º TAC) | 2                | 0,59%                 | 0,84%                       |
| 27ª Câmara de Direito Privado                 | 2                | 0,59%                 | 0,84%                       |
| 2ª Câmara de Direito Público                  | 2                | 0,59%                 | 0,84%                       |
| 9ª câmara (Extinto 1º TAC)                    | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 5ª Câmara (Extinto 1º TAC)                    | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 25ª Câmara de Direito Privado                 | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 2ª Câmara do Primeiro Grupo (Extinto 2º TAC)  | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 25ª Câmara do D.TERCEIRO Grupo (Ext. 2º TAC)  | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 17ª Câmara de Direito Privado                 | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 13ª Câmara de Direito Público                 | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 9ª Câmara de Direito Privado                  | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 14ª Câmara de Direito Privado                 | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 35ª Câmara (ext. 2º TAC)                      | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 32ª Câmara de Direito Privado                 | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 22ª Câmara de Direito Privado                 | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 1ª Câmara do Primeiro Grupo (Extinto 2º TAC)  | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 8ª Câmara de Direito Privado                  | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 11ª Câmara de Direito Público                 | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |
| 29ª Câmara de Direito Privado                 | 1                | 0,29%                 | 0,42%                       |

| Câmara julgadora                           | Qtde Acórdãos | % “amostra prévia” | % “amostra de Interesse” |
|--|---------------|--------------------|--------------------------|
| 26ª Câmara de Direito Privado              | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 3ª Câmara de Direito Privado               | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 2ª Câmara de Direito Privado               | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 4ª Câmara (Extinto 1º TAC)                 | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 34ª Câmara do D.SÉTIMO Grupo (Ext. 2º TAC) | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 35ª Câmara do D.OITAVO Grupo (Ext. 2º TAC) | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 3ª Câmara B (extinto 1º TAC)               | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 5ª Câmara de Direito Privado               | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 10ª Câmara de Direito Privado              | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 28ª Câmara do D.QUARTO Grupo (Ext. 2º TAC) | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 7ª Câmara de Direito Público               | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 12ª Câmara de Direito Público              | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| 1ª Câmara de Direito Público               | 1             | 0,29%              | 0,42%                    |
| <b>“Amostra Prévia”</b>                    | <b>340</b>    | <b>100,00%</b>     | -                        |
| <b>“Amostra de interesse”</b>              | <b>237</b>    | -                  | <b>100,00%</b>           |

Nesse sentido, destaca-se também a participação percentual da 8ª Câmara (extinto 1º TAC), que concentrou 9,28% da “amostra de interesse”, e da 3ª Câmara do 1º TAC, com 5,49% de participação. As demais 51 Câmaras Julgadoras participaram com porcentagens que variaram de 0,42% a 3,80% da “amostra de interesse”, havendo distribuição um pouco mais proporcional entre elas (tabela 4).

Volta-se agora à análise de aspecto importante a ser observado, a participação de cada “termo pesquisado” na composição do provimento encontrado (tabelas 5 e 6), ou seja, saber, por exemplo, quantos acórdãos componentes do “inciso I” advieram do termo pesquisado “abuso de direito de defesa”. Esta análise ajuda a encontrar os termos mais adequados para selecionar acórdãos que julgaram os incisos desejados.

Na tabela 5, tem-se a distribuição dos resultados obtidos pela consulta dos termos pesquisados no portal e-SAJ do Tribunal de Justiça de São Paulo. É nítida a preponderância dos termos “abuso de direito de defesa” e “propósito protelatório” em relação aos demais termos pesquisados. Estes sozinhos perfizeram 83,53% do total da “amostra prévia” e 81,43% da “amostra de interesse”.

Tabela 5 – Distribuição dos termos pesquisados pelos provimentos encontrados

| Termos pesquisados e provimentos encontrados            | Participação nominal de cada termo pesquisado na composição da “amostra prévia” | Participação % de cada termo pesquisado na composição da “amostra prévia” | Participação % de cada termo pesquisado na composição da “amostra de interesse” |
|---|---|---|---|
| <b>"Abuso de direito de defesa"</b>                     | <b>146</b>  | <b>42,94%</b>   | <b>45,99%</b>   |
| Inciso I  | 89  | 26,18%  | 37,55%  |
| Inciso I e análise superficial do inciso II             | 8   | 2,35%   | 3,38%   |
| Inciso II   | 6   | 1,76%   | 2,53%   |
| Inciso I e II   | 5   | 1,47%   | 2,11%   |
| Inciso II, § 6º   | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| Outros provimentos de não interesse                     | 37  | 10,88%  | -   |
| <b>"Propósito protelatório"</b>                         | <b>138</b>  | <b>40,59%</b>   | <b>35,44%</b>   |
| Inciso I  | 66  | 19,41%  | 27,85%  |
| Inciso I e II   | 9   | 2,65%   | 3,80%   |
| Inciso II   | 3   | 0,88%   | 1,27%   |
| Inciso I e análise superficial do inciso II             | 3   | 0,88%   | 1,27%   |
| Inciso II, § 6º   | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| Inciso I, II e II, § 6º                                 | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| Não foi possível identificar claramente o inciso da T.A | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| Outros provimentos de não interesse                     | 54  | 15,88%  | -   |

| Termos pesquisados e provimentos encontrados | Participação nominal de cada termo pesquisado na composição da “amostra prévia” | Participação % de cada termo pesquisado na composição da “amostra prévia” | Participação % de cada termo pesquisado na composição da “amostra de interesse” |
|--|---|---|---|
| <b>"inciso II do art. 273"</b>               | <b>10</b>   | <b>2,94%</b>  | <b>4,22%</b>  |
| Inciso I                                     | 9   | 2,65%   | 3,80%   |
| Inciso II                                    | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| <b>"art.273, II"</b>                         | <b>11</b>   | <b>3,24%</b>  | <b>4,22%</b>  |
| Inciso I                                     | 5   | 1,47%   | 2,11%   |
| Inciso I e II                                | 2   | 0,59%   | 0,84%   |
| Inciso II                                    | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| Inciso I, II e II, § 6º                      | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| Inciso II, § 4º                              | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| Outros provimentos de não interesse          | 1   | 0,29%   | -   |
| <b>“Defesa protelatória”</b>                 | <b>9</b>  | <b>2,65%</b>  | <b>0,84%</b>  |
| Inciso I e II                                | 2   | 0,59%   | 0,84%   |
| Outros provimentos de não interesse          | 7   | 2,06%   | -   |
| <b>"artigo 273, II"</b>                      | <b>9</b>  | <b>2,65%</b>  | <b>3,80%</b>  |
| Inciso II                                    | 7   | 2,06%   | 2,95%   |
| Inciso I                                     | 2   | 0,59%   | 0,84%   |
| <b>“Tutela antecipada como sanção”</b>       | <b>6</b>  | <b>1,76%</b>  | <b>1,27%</b>  |
| Inciso I                                     | 3   | 0,88%   | 1,27%   |
| Outros provimentos de não interesse          | 3   | 0,88%   | -   |
| <b>"inciso II do artigo 273"</b>             | <b>5</b>  | <b>1,47%</b>  | <b>2,11%</b>  |
| Inciso I                                     | 3   | 0,88%   | 1,27%   |
| Inciso II                                    | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| Inciso I e II                                | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| <b>"Art. 273, inciso II"</b>                 | <b>2</b>  | <b>0,59%</b>  | <b>0,84%</b>  |

| Termos pesquisados e provimentos encontrados | Participação nominal de cada termo pesquisado na composição da “amostra prévia” | Participação % de cada termo pesquisado na composição da “amostra prévia” | Participação % de cada termo pesquisado na composição da “amostra de interesse” |
|--|---|---|---|
| Inciso I e II                                | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| Inciso II, § 6º                              | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| <b>"artigo 273, inciso II"</b>               | <b>2</b>  | <b>0,59%</b>  | <b>0,84%</b>  |
| Inciso I                                     | 2   | 0,59%   | 0,84%   |
| <b>"Art. 273, inc II"</b>                    | <b>1</b>  | <b>0,29%</b>  | <b>0,42%</b>  |
| Inciso II                                    | 1   | 0,29%   | 0,42%   |
| <b>"Antecipação de tutela como sanção"</b>   | <b>1</b>  | <b>0,29%</b>  | <b>0,00%</b>  |
| Outros provimentos de não interesse          | 1   | 0,29%   | -   |
| <b>"Amostra sem interesse"</b>               | <b>103</b>  | <b>30,29%</b>   | -   |
| <b>"Amostra de interesse"</b>                | <b>237</b>  | <b>69,71%</b>   | <b>100,00%</b>  |
| <b>"Amostra prévia"</b>                      | <b>340</b>  | <b>100,00%</b>  | -   |

Da tabela 6, o que se pode depreender é que os termos “abuso de direito de defesa” e “propósito protelatório” participaram massivamente na composição da grande maioria dos provimentos retornados, desse modo, a utilização destes termos não é capaz de filtrar e restringir a pesquisa a casos relativos apenas à análise da tutela antecipada sancionatória, apesar de serem idênticos aos termos utilizados na redação do inciso II, do artigo 273 do CPC.

Tabela 6 – Composição de cada tipo de provimento conforme o termo de pesquisa utilizado

| <b>Termos de pesquisa que compõem o provimento</b>             | <b>Participação nominal dos termos pesquisados em cada provimento encontrado e na “amostra prévia”</b> | <b>Participação percentual dos termos pesquisados em cada provimento encontrado na “amostra prévia”</b> |
|--|--|---|
| <b>“Amostra de interesse”</b>                                  | <b>237</b>   | -   |
| <b>“Amostra de Interesse Geral”</b>                            | <b>184</b>   |   |
| <b>Inciso I</b>  | <b>179</b>   | <b>100,00%</b>  |
| "abuso de direito de defesa"                                   | 89   | 49,72%  |
| "propósito protelatório"                                       | 66   | 36,87%  |
| "inciso II do art. 273"  | 9  | 5,03%   |
| "art.273, II"  | 5  | 2,79%   |
| "tutela antecipada como sanção"                                | 3  | 1,68%   |
| "inciso II do artigo 273"                                      | 3  | 1,68%   |
| "artigo 273, II"   | 2  | 1,12%   |
| "artigo 273, inciso II"  | 2  | 1,12%   |
| <b>Inciso II, § 6º</b>   | <b>3</b>   | <b>100,00%</b>  |
| "abuso de direito de defesa"                                   | 1  | 33,33%  |
| "propósito protelatório"                                       | 1  | 33,33%  |
| "art. 273, inciso II"  | 1  | 33,33%  |
| <b>Inciso II, § 4º</b>   | <b>1</b>   | <b>100,00%</b>  |
| "art.273, II"  | 1  | 100,00%   |
| <b>Não foi possível identificar claramente o inciso da T.A</b> | <b>1</b>   | <b>100,00%</b>  |
| "propósito protelatório"                                       | 1  | 100,00%   |
| <b>“Amostra de Interesse Específico”</b>                       | <b>53</b>  |   |
| <b>Inciso II</b>   | <b>20</b>  | <b>100,00%</b>  |
| "artigo 273, II"   | 7  | 35,00%  |
| "abuso de direito de defesa"                                   | 6  | 30,00%  |
| "propósito protelatório"                                       | 3  | 15,00%  |
| "art. 273, inc II"   | 1  | 5,00%   |
| "art.273, II"  | 1  | 5,00%   |
| "inciso II do art. 273"  | 1  | 5,00%   |
| "inciso II do artigo 273"                                      | 1  | 5,00%   |
| <b>Inciso I e II</b>   | <b>20</b>  | <b>100,00%</b>  |

| <b>Termos de pesquisa que compõem o provimento</b> | <b>Participação nominal dos termos pesquisados em cada provimento encontrado e na “amostra prévia”</b> | <b>Participação percentual dos termos pesquisados em cada provimento encontrado na “amostra prévia”</b> |
|--|--|---|
| "propósito protelatório"                           | 9  | 45,00%  |
| "abuso de direito de defesa"                       | 5  | 25,00%  |
| "art.273, II"                                      | 2  | 10,00%  |
| "defesa protelatória"                              | 2  | 10,00%  |
| "inciso II do artigo 273"                          | 1  | 5,00%   |
| "art. 273, inciso II"                              | 1  | 5,00%   |
| <b>Inciso I e análise superficial do inciso II</b> | <b>11</b>  | <b>100,00%</b>  |
| "abuso de direito de defesa"                       | 8  | 72,73%  |
| "propósito protelatório"                           | 3  | 27,27%  |
| <b>Inciso I, II e II, § 6º</b>                     | <b>2</b>   | <b>100,00%</b>  |
| "propósito protelatório"                           | 1  | 50,00%  |
| "art.273, II"                                      | 1  | 50,00%  |
| <b>“Amostra Sem Interesse”</b>                     | <b>103</b>   |   |
| <b>Outros provimentos sem interesse</b>            | <b>103</b>   | <b>100,00%</b>  |
| "propósito protelatório"                           | 54   | 52,43%  |
| "abuso de direito de defesa"                       | 37   | 35,92%  |
| "defesa protelatória"                              | 7  | 6,80%   |
| "tutela antecipada como sanção"                    | 3  | 2,91%   |
| "art.273, II"                                      | 1  | 0,97%   |
| "antecipação de tutela como sanção"                | 1  | 0,97%   |
| <b>“Amostra prévia”</b>                            | <b>340</b>   | -   |

Ainda de acordo com a tabela 6, pode-se constatar que os termos “abuso de direito de defesa” e “propósito protelatório” participaram com 158 acórdãos de interesse geral na composição da “amostra de interesse” (somatório das quantidades de acórdãos retornados na “amostra de interesse”: inciso I, inciso II, § 6º e “não foi possível identificar claramente o inciso da T.A) ou 66,67%. Por outro lado, a representatividade dos referidos termos na “amostra de interesse específico” somaram 35 acórdãos (somatório das quantidades de acórdãos retornados na “amostra de interesse específico”: inciso II, inciso I e II, inciso I e análise superficial do inciso II e inciso I, II e II § 6º), representando 14,77% da “amostra de

interesse”, ou seja, os referidos termos foram preponderantes nos acórdãos que tratam de incisos diferentes do inciso II.

A “amostra de interesse específico”, em que houve análise isolada ou em conjunto do inciso II pelo magistrado, também foi composta, em sua maioria, pelo resultado da pesquisa dos termos “abuso de direito de defesa” e “propósito protelatório”, que juntos, conforme acima, perfizeram 35 dos 53 acórdãos componentes da “amostra de interesse específico” (tabela 6), representando um percentual de 66,04%. Entretanto, a porcentagem de participação destes mesmos termos na “amostra de interesse geral” é 30,03% maior do que na “amostra de interesse específico”, representando 85,87% da “amostra de interesse geral”, de onde se conclui que tais termos não possuem capacidade para concentrar a amostra em casos relativos ao inciso II, pelo menos no sistema de busca pesquisado, ou seja, no e-SAJ, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A composição específica dos acórdãos que analisaram somente o inciso II, ou seja, do alvo preferencial deste trabalho, deu-se, conforme dados da tabela 6, da seguinte maneira: 7 acórdãos retornados com a pesquisa do termo “artigo 273, II”, representando 35% de sua composição; 6 acórdãos retornados com pesquisa do termo “abuso de direito de defesa”, representando 30% de sua composição; 3 acórdãos retornados com a pesquisa do termo “propósito protelatório”, representando 15% de sua composição; 1 acórdão retornado com a pesquisa do termo “art. 273, inc II”, representando 5% de sua composição; 1 acórdão retornado com a pesquisa do termo “art. 273, II”, representando 5% de sua composição; 1 acórdão retornado com a pesquisa do termo “inciso II do art. 273”, representando 5% de sua composição; e 1 acórdão retornado com a pesquisa do termo “inciso II do artigo 273”, representando 5% de sua composição.

Nota-se que na composição dos acórdãos especificamente do inciso II, 35% advieram do termo “artigo 273, II”, sendo este o único tipo de provimento em que não houve a preponderância dos termos “abuso de direito de defesa” (30%) ou “propósito protelatório” (15%), e em que houve a preponderância de um termo que não se mostrou relevante na composição de nenhum outro provimento retornado e nem tampouco na população (0,64%, conforme a tabela 2). Este é um indício de que o termo a ser utilizado para a prospecção de acórdãos que tratem especificamente do inciso II, deva ser “artigo 273, II”.

Outro aspecto importante a ser ressaltado é que consultas pelos termos: “tutela sancionatória”, “tutela sancionadora”, “tutela sancionária”, “tutela punitiva” e “antecipação

sancionatória", apesar de relacionados com a tutela antecipada do inciso II, não retornaram resultado algum, sendo tais termos totalmente inócuos para os critérios de pesquisa estabelecidos, ou seja, a consulta no campo "ementa" com termos entre aspas.

De tudo o que foi relatado sobre os termos de pesquisa utilizados e a tentativa de delimitar a amostra, o que se pode concluir é que, verifica-se que as ementas utilizadas para a pesquisa e seleção dos acórdãos são redigidas pelo judiciário paulista de forma muito geral e acabam por citar a redação integral de todos os incisos do artigo 273 do CPC, independentemente de o acórdão tratar do inciso I ou do inciso II, dificultando sobremaneira a delimitação da pesquisa, quando se utiliza a ementa como campo específico de pesquisa.

Avançando na análise, conforme já citado, verificou-se que os provimentos julgados pelo juízo *a quo*, muitas vezes são alterados pelo juízo *ad quem*, como por exemplo, um pedido de tutela antecipada baseada no inciso I, que passa a ser analisada e julgada também com base no inciso II.

Abaixo, encontra-se a distribuição do tipo de provimento analisado pelo juízo *a quo*, conforme tabela 7 e a distribuição do tipo de provimento analisado pelo relator em recurso, conforme a tabela 8:

Tabela 7 – Distribuição do tipo de provimento analisado pelo juízo *a quo*

| <b>Tipo de provimento analisado pelo juízo <i>a quo</i></b> | <b>Quantidade</b> | <b>Percentual dos provimentos em relação à "amostra prévia"</b> | <b>Percentual dos provimentos em relação à "amostra de interesse"</b> |
|---|-------------------|---|---|
| Inciso I  | 193               | 56,77%  | 81,43%  |
| Inciso II   | 20                | 5,88%   | 8,44%   |
| Inciso I e II   | 15                | 4,43%   | 6,33%   |
| Inciso II, § 6º   | 4                 | 1,18%   | 1,70%   |
| Inciso I e análise superficial do inciso II                 | 1                 | 0,29%   | 0,42%   |
| Inciso II e II, § 6º  | 1                 | 0,29%   | 0,42%   |
| Inciso II, § 4º   | 1                 | 0,29%   | 0,42%   |
| Inciso não identificado                                     | 1                 | 0,29%   | 0,42%   |

| <b>Tipo de provimento analisado pelo juízo <i>a quo</i></b>            | <b>Quantidade</b> | <b>Percentual dos provimentos em relação à “amostra prévia”</b> | <b>Percentual dos provimentos em relação à “amostra de interesse”</b> |
|--|-------------------|---|---|
| Medida cautelar  | 1                 | 0,29%   | 0,42%   |
| <b>Total da amostra de interesse analisada pelo juízo <i>a quo</i></b> | <b>237</b>        | <b>69,71%</b>   | <b>100,00%</b>  |

A quantidade total de “acórdãos de interesse” das tabelas 7 e 8, respectivamente, com 237 e 235 acórdãos, não são iguais, pois há dois deles, um monocrático, que decidiu pedido de tutela antecipada na pendência da distribuição do recurso de apelação, e outro, uma tutela antecipada pedida em sede de recurso de apelação, que foram julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo pela primeira vez quando o processo já estava em fase de recurso.

Tabela 8 – Distribuição do tipo de provimento analisado em recurso

| <b>Tipo de provimento analisado em recurso</b>                           | <b>Quantidade</b> | <b>% dos provimentos em relação à “amostra prévia”</b> | <b>% dos provimentos em relação à “amostra de interesse”</b> |
|--|-------------------|--|--|
| Inciso I   | 179               | 52,65%   | 76,17%   |
| <b>Inciso II</b>   | <b>19</b>         | <b>5,59%</b>   | <b>8,08%</b>   |
| Inciso I e II  | 20                | 5,88%  | 8,51%  |
| Inciso I e análise superficial do inciso II                              | 10                | 2,94%  | 4,26%  |
| Inciso II, § 6º  | 3                 | 0,88%  | 1,27%  |
| Inciso I, II e II, § 6º  | 2                 | 0,59%  | 0,85%  |
| Inciso II, § 4º  | 1                 | 0,29%  | 0,43%  |
| Inciso não identificado, indícios do inciso II                           | 1                 | 0,29%  | 0,43%  |
| <b>Total da amostra de interesse analisada pelo juízo <i>ad quem</i></b> | <b>235</b>        | <b>69,11%</b>  | <b>100,00%</b>   |

Pode-se verificar, também, que a quantidade dos tipos de provimento do art. 273, ou de outros provimentos que não a tutela antecipada, como a tutela cautelar não se repetem nas

tabelas 7 e 8, ou seja, é clara a não coincidência dos tipos de provimento julgados pelo juízo *a quo* e pelo recurso.

Por exemplo, dos acórdãos selecionados, houve 193 deles em que o juízo *a quo* analisou e julgou o pedido de antecipação de tutela à luz do inciso I, conforme linha 1, da tabela 7, e, em recurso, houve a análise de apenas 179 acórdãos do inciso I (tabela 8, linha 1), sendo que pode-se concluir que ocorreu alteração do provimento analisado em recurso.

Abaixo, conforme dados da tabela 9, tem-se um resumo da quantidade de provimentos que foram analisados de forma coincidente e dos que não coincidiram entre si.

Tabela 9 – Distribuição da coincidência entre o provimento analisado pelo juízo *a quo* e em recurso

| <b>Coincidência entre o provimento analisado pelo juízo <i>a quo</i> e o analisado em recurso</b> | <b>Quantidade</b> | <b>Percentual</b> |
|---|-------------------|-------------------|
| Provimentos coincidentes  | 211               | 89,79%            |
| Provimentos não coincidentes  | 24                | 10,21%            |
| <b>Total de acórdãos analisados em recurso</b>  | <b>235</b>        | <b>99,16%</b>     |
| <b>Total de acórdãos analisados pelo TJ/SP em primeiro grau</b>                                   | <b>2</b>          | <b>0,84%</b>      |
| <b>Amostra de interesse</b>   | <b>237</b>        | <b>100,00%</b>    |

Vê-se na tabela 9, que houve 24 acórdãos julgados pelo juízo *ad quem* de maneira diferente do juízo *a quo*, ou seja, o percentual de alterações dos provimentos em recurso representa 10,21% dos 235 acórdãos julgados também em recurso.

Pela leitura dos acórdãos que tiveram provimentos alterados, não se depreende nenhum argumento que demonstre erro do juízo *a quo* e pode-se dizer que a razão básica dessa alteração não provém de erro, mas de outra motivação, que se tentará explicar pela análise dos dados da tabela 10 abaixo:

Tabela 10 – Distribuição dos acórdãos que tiveram seu provimento alterado em decorrência do recurso e sua relação com deferimento pelo juiz *a quo* e o recurso

| Provimento analisado pelo juiz <i>a quo</i> → provimento analisado em recurso | Qtde.     | Deferidas pelo juiz <i>a quo</i> e reformada em recurso | Deferidas pelo juiz <i>a quo</i> e mantidas em recurso | Indeferidas pelo juiz <i>a quo</i> e mantidas | Indeferidas pelo juiz <i>a quo</i> e reformadas |
|---|-----------|---|--|---|---|
| <b>Total provimentos alterados por acréscimo de outro inciso</b>              | <b>19</b> | <b>3</b>  | <b>4</b>   | <b>12</b>                                     | -   |
| inciso I → inciso I e análise superficial do inciso II                        | 9         | 2   | 2  | 5   | -   |
| inciso I → inciso I e II  | 4         |   | 1  | 3   | -   |
| inciso II → inciso I e II   | 2         | 1   |  | 1   | -   |
| inciso II e II, § 6º → inciso I, II e II, § 6º                                | 1         |   |  | 1   | -   |
| inciso II, § 6º → inciso I, II e II, § 6º                                     | 1         |   |  | 1   | -   |
| inciso I → inciso não ident. indícios do inciso II                            | 1         |   | 1  |   | -   |
| inciso não identificado → inciso I e análise superficial do inciso II         | 1         |   |  | 1   | -   |
| <b>Total provimentos simplesmente alterados</b>                               | <b>5</b>  | <b>1</b>  | <b>3</b>   | <b>1</b>                                      | -   |
| inciso I e II → inciso I  | 1         |   |  | 1   | -   |
| medida cautelar → inciso II   | 1         |   | 1  |   | -   |
| inciso II → inciso I  | 1         | 1   |  |   | -   |
| inciso I → inciso II  | 2         |   | 2  |   |   |
| <b>Total</b>  | <b>24</b> | <b>4</b>  | <b>7</b>   | <b>13</b>                                     | -   |

Como se pode depreender da leitura da tabela 10, os provimentos, em sua maioria, não foram simplesmente alterados pelos relatores, mas houve acréscimo à análise de outro provimento. Dos 24 acórdãos em que ocorreu alteração do provimento, 19 deles resultaram do acréscimo de outro inciso do artigo 273, ou, percentualmente, em 79,17% dos casos, contra 5 acórdãos derivados da simples alteração do provimento, representando 20,83% dos casos.

É importante notar que a maioria dos provimentos alterados pelo acréscimo de outro inciso pelo juízo *ad quem*, ou 78,95% destes, foi contrária à antecipação da tutela. Pode-se inferir que o acréscimo de outro inciso possa ser utilizado pelo relator do recuso para desencorajar o litigante, que não teve seu pedido atendido, de pedir novamente antecipação de tutela com base no inciso não julgado, mas principalmente, impedir a interposição de embargos à declaração por omissão tentando reverter a decisão judicial.

Por outro lado, da análise dos provimentos simplesmente alterados, isto é, em que não houve a inclusão de outro inciso para a complementação da análise e do julgamento, nota-se que o percentual de acórdãos em que o relator foi contrário ao deferimento da tutela antecipada é de 40%, aproximadamente 97,38% menor do que o percentual de acórdãos contrários quando houve acréscimo de outro inciso (78,95%).

Levando-se em consideração que o presente trabalho fez uso de estatística básica, com a não utilização de cálculos estatísticos avançados que comprovem cabalmente a correlação, pode-se afirmar, com a devida cautela, que o percentual bastante inferior de acórdãos em que houve julgamento contrário à antecipação da tutela, nos provimentos simplesmente alterados, corrobora a afirmação de que o acréscimo de outros incisos no julgamento do recurso visa a evitar novos pedidos e, principalmente, a oposição de embargos à declaração por omissão, que poderão ser interpostos devido ao indeferimento do pedido.

Todavia, como afirmado, tais explicações requerem melhores estudos e compreensão, utilizando-se ferramentas estatísticas mais avançadas e prospectando novos dados.

Seguindo com a análise, conforme dados das tabelas 11 e 12, pode-se observar a proporção dos demais incisos em relação aos provimentos que incluem o inciso I e corroborar o fato de que a tutela antecipada baseada no perigo da demora é preponderante entre os acórdãos analisados tanto pelo juízo *a quo*, quanto em recurso, sendo, respectivamente, de 9,57% e 9,01%, o que permite concluir, que, apesar da tentativa de concentração da amostra em casos de tutela antecipada sancionatória, a proporção aproximada da amostra é de 100 julgamentos de tutelas antecipadas do inciso I, para menos de 10 julgamentos do inciso II.

Tabela 11 – Proporção dos demais incisos em relação à tutela antecipada do art. 273, I do CPC, analisada pelo juízo *a quo*

| <b>Tipo de provimento analisado pelo juízo <i>a quo</i></b>        | <b>Quantidade</b> | <b>Percentual dos demais incisos em relação ao inciso I</b> |
|--|-------------------|---|
| <b>Inciso I</b>  | <b>193</b>        | -   |
| Inciso II  | 20                | 9,57%   |
| <b>Inciso I e II</b>   | <b>15</b>         |   |
| Inciso I e análise superficial do inciso II                        | 1                 |   |
| Inciso II, § 6º  | 4                 | 1,91%   |
| Inciso II e II, § 6º   | 1                 | 0,48%   |
| Inciso II, § 4º  | 1                 | 0,48%   |
| Inciso não identificado  | 1                 | -   |
| Medida cautelar  | 1                 | -   |
| <b>Total de provimentos do art. 273 que incluem o inciso I</b>     | <b>209</b>        | <b>100,00%</b>  |
| <b>Total de provimentos do art. 273 que não incluem o inciso I</b> | <b>26</b>         | <b>12,44%</b>   |
| <b>Total de acórdãos do art. 273 e incisos</b>                     | <b>237</b>        | -   |

Tabela 12 – Proporção dos demais incisos em relação à tutela antecipada do art. 273, I do CPC, analisada em recurso

| <b>Tipo de provimento analisado no recurso</b>     | <b>Quantidade</b> | <b>Percentual dos demais incisos em relação ao inciso I</b> |
|--|-------------------|---|
| <b>Inciso I</b>                                    | <b>179</b>        | -   |
| Inciso II  | 19                | 9,01%   |
| <b>Inciso I e II</b>                               | <b>20</b>         | -   |
| <b>Inciso I e análise superficial do inciso II</b> | <b>10</b>         | -   |
| Inciso II, § 6º                                    | 3                 | 1,42%   |
| <b>Inciso I, II e II, § 6º</b>                     | <b>2</b>          |   |
| Inciso II, § 4º                                    | 1                 | 0,47%   |

|   |            |               |
|---|------------|---------------|
| Inciso não identificado – indícios do inciso II                 | 1          | -             |
| <b>Total provimentos do art. 273 que incluem o inciso I</b>     | <b>211</b> | <b>100%</b>   |
| <b>Total provimentos do art. 273 que não incluem o inciso I</b> | <b>23</b>  | <b>10,90%</b> |
| <b>Total de acórdãos do art. 273 e incisos</b>                  | <b>237</b> |               |

Outro aspecto importante na análise da tutela antecipada como um todo, mas, principalmente, em relação à tutela antecipada sancionatória, é o momento do pedido. O tema foi discutido na análise qualitativa e, como visto, quando a tutela é solicitada *inaudita altera pars* enfrenta resistência em seu deferimento.

Tabela 13 – Distribuição do momento do pedido da tutela antecipada na “amostra de interesse”

| <b>Momento do pedido da Tutela Antecipada</b> | <b>Quantidade</b> | <b>Percentual em relação à “amostra de interesse”</b> |
|---|-------------------|---|
| <i>Initio litis</i>                           | 109               | 46,00%  |
| <i>Inaudita altera pars</i>                   | 106               | 44,73%  |
| Recurso                                       | 9                 | 3,79%   |
| Sentença                                      | 9                 | 3,79%   |
| Pós- contestação                              | 4                 | 1,69%   |
| <b>Total</b>                                  | <b>237</b>        | <b>100,00%</b>  |

Houve certa dificuldade para se estabelecer com certeza a quantidade de acórdãos pedidos *inaudita altera pars*, pois não foram todos os relatores que informaram que a tutela havia sido pedida antes de completada a relação jurídico- processual, ou seja, antes da citação do réu. Nestes casos, como se sabia apenas que a tutela havia sido pedida no início do processo, resolveu-se por classificá-las como solicitadas *initio litis*, devendo-se ressaltar que em sua composição podem estar presentes tutelas antecipadas pedidas anteriormente à citação do réu.

As tutelas classificadas como *inaudita altera pars* trouxeram elementos bastante claros nos acórdãos que permitiram verificar corretamente a sua classificação, ou seja, somente elencou-se como tutela antecipada pedida *inaudita altera pars* os acórdãos que informavam suficientemente o momento do pedido.

Conforme a distribuição da tabela 13, a antecipação *inaudita altera pars* aparece em 44,73% dos pedidos e a *initio litis* em 46,00%, resultando em 90,73% dos pedidos de tutela antecipada logo no início do processo, demonstrando que o momento preferencial do pedido da tutela antecipada é o início do processo.

Tabela 14 – Distribuição dos tipos de provimento analisados pelo juízo *a quo* entre os diversos momentos possíveis para pedido da tutela antecipada

| Momento e provimento  | Quantidade | % em relação ao tipo de provimento analisado pelo juízo <i>a quo</i> |
|---|------------|--|
| <i>Initio litis</i> e inciso I                                      | 94         | 48,70%   |
| <i>Inaudita altera pars</i> e inciso I                              | 88         | 45,60%   |
| Recurso e inciso I  | 6          | 3,11%  |
| Sentença e inciso I   | 4          | 2,07%  |
| Pós- contestação e inciso I   | 1          | 0,52%  |
| <b>Total do inciso I</b>  | <b>193</b> | <b>100,00%</b>   |
| <i>Initio litis</i> e inciso II, § 6º                               | 2          | 50,00%   |
| <i>Inaudita altera pars</i> e inciso II, § 6º                       | 1          | 25,00%   |
| Pós- contestação e inciso II, § 6º                                  | 1          | 25,00%   |
| <b>Total do inciso II, § 6º</b>                                     | <b>4</b>   | <b>100,00%</b>   |
| <i>Initio litis</i> e inciso II, § 4º                               | 1          | 100,00%  |
| <b>Total do inciso II, § 4º</b>                                     | <b>1</b>   | <b>100,00%</b>   |
| <i>Inaudita altera pars</i> e inciso não identificado               | 1          | 100,00%  |
| <b>Total de incisos não identificados</b>                           | <b>1</b>   | <b>100,00%</b>   |
| <i>Initio litis</i> e medida cautelar                               | 1          | 100,00%  |
| <b>Total de medida cautelar</b>                                     | <b>1</b>   | <b>100,00%</b>   |
| <b>“Amostra de interesse geral julgada pelo juízo <i>a quo</i>”</b> | <b>200</b> |  |
| <i>Inaudita altera pars</i> e inciso II                             | 6          | 30,00%   |

| Momento e provimento   | Quantidade | % em relação ao tipo de provimento analisado pelo juízo <i>a quo</i> |
|--|------------|--|
| <i>Initio litis</i> e inciso II  | 5          | 25,00%   |
| Sentença e inciso II   | 4          | 20,00%   |
| Recurso e inciso II  | 3          | 15,00%   |
| Pós- contestação e inciso II   | 2          | 10,00%   |
| <b>Total do inciso II</b>  | <b>20</b>  | <b>100,00%</b>   |
| <i>Inaudita altera pars</i> e inciso I e II                              | 9          | 60,00%   |
| <i>Initio litis</i> e inciso I e II                                      | 5          | 33,33%   |
| Sentença e inciso I e II   | 1          | 6,67%  |
| <b>Total dos incisos I e II</b>  | <b>15</b>  | <b>100,00%</b>   |
| recurso e inciso I e análise superficial do inciso II                    | 1          | 100,00%  |
| <b>Total do inciso I e análise superficial do inciso II</b>              | <b>1</b>   | <b>100,00%</b>   |
| recurso e inciso II e II, § 6º   | 1          | 100,00%  |
| <b>Total do inciso II e II, § 6º</b>                                     | <b>1</b>   | <b>100,00%</b>   |
| <b>“Amostra de interesse específico julgada pelo juízo <i>a quo</i>”</b> | <b>37</b>  | <b>-</b>   |
| <b>“Amostra de Interesse julgada pelo juízo <i>a quo</i>”</b>            | <b>237</b> |  |

Na tabela 14 encontra-se a distribuição do tipo de provimento analisado pelo juízo *a quo* e o momento em que este foi solicitado. A “amostra de interesse geral” possui 94,00% dos pedidos de tutela *initio litis* e *inaudita altera pars*, mas a representatividade desses mesmos momentos na “amostra de interesse específico” foi de 67,57%, ou 28,12% menor, demonstrando que as tutelas que não se baseiam no abuso de direito ou no propósito protelatório têm no início do processo seu momento preponderante, fato que não ocorre tão intensamente com as tutela sancionatórias.

De maneira mais específica, se comparada a representatividade dos pedidos de tutela *initio litis* e *inaudita altera pars* nos incisos I e II de maneira isolada, verifica-se que em

relação ao inciso I estes momentos participaram com 94,30% de sua composição e com relação ao inciso II, tais momentos participaram com 55,00% de sua composição, ou seja, a participação destes momentos é 41,68% menor no inciso II (tabela 14 e 15).

Em relação aos outros momentos, enquanto a representatividade da tutela antecipada pedida em recurso foi de 3,11% no inciso I, no inciso II esta foi de 10,00% ou 221,54% maior. Pedidas em sentença, no inciso I, a participação foi de 2,07%, enquanto no inciso II foi de 20,00%, 866,18% maior. Solicitadas pós-contestação, no inciso I, representou 0,52% e no inciso II 10,00%, 1.823,07% maior.

Pode-se constatar, como afirmado acima, que apesar de o início do processo ser também o momento preferencial para o pedido da tutela sancionatória do inciso II, sua distribuição entre os outros momentos se dá de maneira mais proporcional, sendo que a participação de outros momentos é muito superior à encontrada na tutela de urgência.

Apesar da grande resistência por parte dos magistrados no deferimento da tutela sancionatória *inaudita altera pars* (83,33% de indeferimentos, conforme a tabela 16), 30,00% dos acórdãos selecionados referentes ao inciso II representaram este momento de solicitação (tabela 15). Isso se deve ao fato de haver grande diferença entre se pedir a tutela antecipada sancionatória *inaudita altera pars* e se obter o seu deferimento.

Tabela 15 – Distribuição da tutela sancionatória entre os diversos momentos possíveis do pedido

| Momento e provimento                      | Quantidade | % em relação ao tipo de provimento analisado pelo juízo <i>a quo</i> |
|---|------------|--|
| <i>Inaudita altera pars</i> e inciso II   | 6          | 30,00%   |
| <i>Initio litis</i> e inciso II           | 5          | 25,00%   |
| <b>Total pedido no início do processo</b> | <b>11</b>  | <b>55,00%</b>  |
| Sentença e inciso II                      | 4          | 20,00%   |
| Pós- contestação e inciso II              | 3          | 15,00%   |
| Recurso e inciso II                       | 2          | 10,00%   |
| <b>Total do inciso II</b>                 | <b>20</b>  | <b>100,00%</b>   |

Na tabela 16 tem-se a distribuição dos acórdãos relativos especificamente ao inciso II em diversos momentos do pedido e se o provimento foi favorável ou desfavorável à antecipação de tutela, tanto pelo juízo *a quo* quanto pelo juízo *ad quem*.

Tabela 16 – Distribuição das decisões dos juízos *a quo* e *ad quem* em relação às tutelas antecipadas solicitadas em diferentes momentos processuais nos acórdãos em que se analisou o inciso II de maneira isolada

| Decisão juízo <i>a quo</i>         | Quantidade | %             | Decisão do acórdão     | Quantidade | %             |
|------------------------------------|------------|---------------|------------------------|------------|---------------|
| <b><i>Inaudita altera pars</i></b> | <b>6</b>   | <b>30,00%</b> |                        | <b>6</b>   | <b>31,58%</b> |
| Indeferiu                          | 5          | 83,33%        | Contrário              | 4          | 66,67%        |
| Deferiu                            | 1          | 16,67%        | Favorável              | 2          | 33,33%        |
|                                    |            |               | Parcialmente Favorável | 0          |               |
| <b><i>Initio litis</i></b>         | <b>5</b>   | <b>25,00%</b> |                        | <b>7</b>   | <b>36,84%</b> |
| Indeferiu                          | 3          | 60,00%        | Contrário              | 2          | 28,57%        |
| Deferiu                            | 2          | 40,00%        | Favorável              | 5          | 71,43%        |
|                                    |            |               | Parcialmente Favorável | 0          | 0,00%         |
| <b>Pós-contestação</b>             | <b>2</b>   | <b>10,00%</b> |                        | <b>1</b>   | <b>5,26%</b>  |
| Indeferiu                          | 0          | 0,00%         | Contrário              | 0          |               |
| Deferiu                            | 2          | 100,00%       | Favorável              | 1          | 100,00%       |
|                                    |            |               | Parcialmente Favorável | 0          | 0,00%         |
| <b>Sentença</b>                    | <b>4</b>   | <b>20,00%</b> |                        | <b>3</b>   | <b>15,79%</b> |
| Indeferiu                          | 3          | 75,00%        | Contrário              | 2          | 66,67%        |
| Deferiu                            | 1          | 25,00%        | Favorável              | 1          | 33,33%        |
|                                    |            |               | Parcialmente Favorável | 0          | 0,00%         |
| <b>Recurso</b>                     | <b>3</b>   | <b>15,00%</b> |                        | <b>2</b>   | <b>10,53%</b> |
| Indeferiu                          | 2          | 66,67%        | Contrário              | 2          | 100,00%       |
| Deferiu                            | 1          | 33,33%        | Favorável              | 0          | 0,00%         |
|                                    |            |               | Parcialmente           | 0          | 0,00%         |

| Decisão juízo <i>a quo</i>                       | Quantidade | %              | Decisão do acórdão | Quantidade | %              |
|--|------------|----------------|--------------------|------------|----------------|
| Favorável  |            |                |                    |            |                |
| <b>Total de acórdãos referentes ao inciso II</b> | <b>20</b>  | <b>100,00%</b> |                    | <b>19</b>  | <b>100,00%</b> |

Dos 20 acórdãos relativos ao inciso II analisados pelo juízo *a quo*, em 6 houve pedido de antecipação de tutela *inaudita altera pars*, ou seja, em 30% destes acórdãos.

Das 6 tutelas sancionatórias solicitadas *inaudita altera pars*, 5 foram indeferidas pelo juízo *a quo* e 1 deferida, sendo que o percentual de indeferimentos representou 83,33% dos provimentos pedidos neste momento.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: 2 acórdãos favoráveis ao provimento da tutela antecipada sancionatória *inaudita altera pars* e 4 acórdãos contrários ao seu provimento, sendo que o percentual de rejeição baixou para 66,67%, uma variação de menos 20,00% de indeferimentos em recurso.

Dos 20 acórdãos relativos ao inciso II analisados pelo juízo *a quo*, em 5 houve pedido de antecipação de tutela *initio litis*, ou seja, 25,00% dos acórdãos deste inciso foram solicitados neste momento processual.

Das 5 tutelas sancionatórias solicitadas *initio litis*, 3 foram indeferidas pelo juízo *a quo* e 2 deferidas, sendo que o percentual de indeferimentos ficou em 60,00%.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: 5 acórdãos favoráveis ao provimento da tutela antecipada sancionatória *initio litis* e 2 acórdãos contrários ao provimento da tutela, sendo que o percentual de rejeição foi de 28,57%, ou 52,38% menor do que no juízo de primeiro grau.

Dos 20 acórdãos relativos ao inciso II analisados, em 2 deles foi solicitada a tutela antecipada após a contestação, representando 10,00% dos acórdãos analisados.

Os 2 pedidos pós-contestação foram deferidos pelo juízo *a quo*, o que representa 100% de deferimentos para esse momento processual.

No momento do recurso, considerando as alterações no tipo de provimento analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, houve 1 deferimento que representou 100% de deferimentos.

Dos 20 acórdãos relativos ao inciso II analisados, em 4 houve solicitação de tutela antecipada em sentença, representando 20,00% dos acórdãos analisados.

Dos 4 pedidos em sentença, 3 foram indeferidos pelo juízo *a quo* e um foi deferido, o que representa 75% de indeferimentos para esse momento processual.

No momento do recurso, considerando as alterações no tipo de provimento analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: 1 acórdão favorável ao provimento da tutela antecipada sancionatória em sentença e 2 acórdãos contrários ao provimento da tutela, sendo que o percentual de rejeição caiu para 66,67%, ou uma variação de 11,11% menor do que no juízo de primeiro grau.

Dos 20 acórdãos relativos ao inciso II analisados pelo juízo *a quo*, em 3 houve pedido de antecipação de tutela em recurso, ou seja, 15,00% dos acórdãos analisados foram solicitados neste momento processual.

Das 3 tutelas sancionatórias solicitadas em recurso, 2 foram indeferidas pelo juízo *a quo* e 1 deferida, ou um percentual de indeferimentos de 66,67% dos provimentos pedidos neste momento pelo juízo *a quo*.

No momento do recurso, considerando as alterações no tipo de provimento analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: 2 acórdãos contrários ao provimento da tutela em recurso, sendo que o percentual de rejeição aumentou para 100,00%, ou uma variação de 50,00% a mais de indeferimentos em recurso.

No total, após o julgamento do recurso e considerando todos os momentos processuais, foram 10 acórdãos contrários a pedidos de tutela antecipada sancionatória, representando uma porcentagem de indeferimento de 52,63% quando julgada pelo juízo *ad quem*. Quando julgada pelo juízo *a quo* o percentual de rejeição ao deferimento deste tipo de tutela é de 65,00%, ou uma variação de 19,03% a menos de indeferimentos em recurso.

Na tabela 17 tem-se a distribuição dos acórdãos relativos especificamente à análise conjunta dos incisos I e II em diversos momentos do pedido e se o provimento foi favorável ou desfavorável à antecipação de tutela, tanto pelo juízo *a quo* quanto pelo juízo *ad quem*.

Tabela 17 – Distribuição das decisões dos juízos *a quo* e *ad quem* em relação às tutelas antecipadas solicitadas em diferentes momentos processuais nos acórdãos em que se analisou os incisos I e II de maneira conjunta

| Decisão do juízo <i>a quo</i>      | Quantidade | %              | Decisão do acórdão     | Quantidade | %              |
|------------------------------------|------------|----------------|------------------------|------------|----------------|
| <b><i>Inaudita altera pars</i></b> | <b>9</b>   | <b>52,94%</b>  |                        | <b>19</b>  | <b>59,38%</b>  |
| Indeferiu                          | 8          | 88,89%         | Contrário              | 16         | 84,21%         |
| deferiu                            | 1          | 11,11%         | Favorável              | 1          | 5,26%          |
|                                    |            |                | Parcialmente Favorável | 2          | 10,53%         |
| <b><i>Initio litis</i></b>         | <b>5</b>   | <b>29,41%</b>  |                        | <b>10</b>  | <b>31,25%</b>  |
| Indeferiu                          | 4          | 80,00%         | Contrário              | 7          | 70,00%         |
| deferiu                            | 1          | 20,00%         | Favorável              | 1          | 10,00%         |
|                                    |            |                | Parcialmente Favorável | 2          | 20,00%         |
| <b>Pós-contestação</b>             | <b>0</b>   | <b>0,00%</b>   |                        | <b>0</b>   | <b>0,00%</b>   |
| Indeferiu                          | 0          | 0,00%          | Contrário              | 0          | 0,00%          |
| deferiu                            | 0          | 0,00%          | Favorável              | 0          | 0,00%          |
|                                    |            |                | Parcialmente Favorável | 0          |                |
| <b>Sentença</b>                    | <b>1</b>   | <b>5,88%</b>   |                        | <b>2</b>   | <b>6,25%</b>   |
| Indeferiu                          | 1          | 100,00%        | Contrário              | 2          | 100,00%        |
| deferiu                            | 0          | 0,00%          | Favorável              | 0          | 0,00%          |
|                                    |            |                | Parcialmente Favorável | 0          | 0,00%          |
| <b>Recurso</b>                     | <b>2</b>   | <b>11,77%</b>  |                        | <b>1</b>   | <b>3,12%</b>   |
| Indeferiu                          | 2          | 100,00%        | Contrário              | 1          | 100,00%        |
| deferiu                            | 0          | 0,00%          | Favorável              | 0          | 0,00%          |
|                                    |            |                | Parcialmente Favorável | 0          | 0,00%          |
| <b>Total de acórdãos</b>           | <b>17</b>  | <b>100,00%</b> |                        | <b>32</b>  | <b>100,00%</b> |

Dos 17 acórdãos relativos à analise conjunta dos incisos I e II pelo juízo *a quo*, em 9 houve pedido de antecipação de tutela *inaudita altera pars*, ou seja, em 52,94% destes acórdãos.

Das 9 tutelas solicitadas *inaudita altera pars*, 8 foram indeferidas pelo juízo *a quo* e uma foi deferida, sendo que o percentual de indeferimentos representou 88,89% dos provimentos pedidos neste momento.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: um acórdão favorável ao provimento da tutela antecipada *inaudita altera pars*, 2 acórdãos parcialmente favoráveis e 16 acórdãos contrários ao provimento neste momento, sendo que o percentual de rejeição baixou para 84,21%, uma variação de menos 5,27% de indeferimentos em segundo grau.

Dos 17 acórdãos relativos à analise conjunta dos incisos I e II pelo juízo *a quo*, em 5 houve pedido de antecipação de tutela *initio litis*, ou seja, 29,41% dos acórdãos destes incisos analisados foram solicitados neste momento processual.

Das 5 tutelas solicitadas *initio litis*, 4 foram indeferidas pelo juízo *a quo* e 1 deferida, sendo que o percentual de indeferimentos representou 80,00% dos provimentos pedidos neste momento.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: um acórdão favorável ao provimento da tutela antecipada *initio litis*, 2 acórdãos parcialmente favoráveis e 7 acórdãos contrários ao provimento da tutela, sendo que o percentual de rejeição diminuiu para 70%, ou uma variação de menos 12,50% de indeferimentos no recurso.

Dos 17 acórdãos relativos aos incisos I e II analisados pelo juízo *a quo*, não houve nenhum pedido de tutela antecipada após a contestação.

Dos 17 acórdãos relativos aos incisos I e II analisados pelo juízo *a quo*, em um houve solicitação de tutela antecipada em sentença, representando 5,88% dos acórdãos analisados.

O único pedido de tutela antecipada em sentença foi indeferido pelo juízo *a quo*, o que representa 100,00% de indeferimentos para esse momento processual.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição:

2 acórdãos contrários ao provimento da tutela, sendo que o percentual de rejeição permaneceu em 100,00%, não havendo variação percentual.

Dos 17 acórdãos relativos aos incisos I e II analisados pelo juízo *a quo*, em 2 houve pedido de antecipação de tutela em recurso, ou seja, 11,77% dos acórdãos analisados foram solicitados neste momento processual.

As 2 antecipações de tutela solicitadas em recurso foram indeferidas pelo juízo *a quo*, representando 100,00% de indeferimentos neste momento.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: um acórdão contrário ao provimento da tutela, havendo a manutenção de 100,00% de indeferimentos.

No total, após o julgamento do recurso e considerando todos os momentos processuais, foram 26 acórdãos contrários a pedidos de tutela antecipada quando os incisos I e II foram analisados em conjunto, representando uma porcentagem de indeferimento de 81,25% quando julgada pelo juízo *ad quem*. Quando julgada pelo juízo *a quo* o percentual de rejeição ao deferimento deste tipo de tutela é de 88,24%, ou uma variação de 7,92% menos indeferimentos em recurso.

Na tabela 18 tem-se a distribuição dos acórdãos relativos à análise isolada do inciso I em diversos momentos do pedido e se o provimento foi favorável ou desfavorável à antecipação de tutela, tanto pelo juízo *a quo* quanto pelo juízo *ad quem*.

Tabela 18 – Distribuição das decisões dos juízos *a quo* e *ad quem* em relação às tutelas antecipadas solicitadas em diferentes momentos processuais nos acórdãos em que se analisou o inciso I de maneira isolada

| Decisão juízo <i>a quo</i>  | Quantidade | %      | Decisão do acórdão     | Quantidade | %      |
|-----------------------------|------------|--------|------------------------|------------|--------|
| <i>Inaudita altera pars</i> | 89         | 46,12% |                        | 81         | 45,25% |
| Indeferiu                   | 83         | 93,26% | Contrário              | 56         | 69,14% |
| deferiu                     | 6          | 6,74%  | Favorável              | 24         | 29,63% |
|                             |            |        | Parcialmente Favorável | 1          | 1,23%  |
| <i>Initio litis</i>         | 95         | 49,22% |                        | 89         | 49,72% |

| Decisão juízo <i>a quo</i>                      | Quantidade | %              | Decisão do acórdão     | Quantidade | %              |
|---|------------|----------------|------------------------|------------|----------------|
| Indeferiu                                       | 36         | 37,90%         | Contrário              | 53         | 59,55%         |
| deferiu   | 59         | 62,10%         | Favorável              | 33         | 37,08%         |
|   |            |                | Parcialmente Favorável | 3          | 3,37%          |
| <b>Pós-contestação</b>                          | <b>1</b>   | <b>0,52%</b>   |                        | <b>2</b>   | <b>1,12%</b>   |
| Indeferiu                                       | 0          | 0,00%          | Contrário              | 2          | 100,00%        |
| deferiu   | 1          | 100,00%        | Favorável              | 0          | 0,00%          |
|   |            |                | Parcialmente Favorável | 0          | 0,00%          |
| <b>Sentença</b>                                 | <b>4</b>   | <b>2,07%</b>   |                        | <b>3</b>   | <b>1,68%</b>   |
| Indeferiu                                       | 2          | 50,00%         | Contrário              | 1          | 33,33%         |
| deferiu   | 2          | 50,00%         | Favorável              | 2          | 66,67%         |
|   |            |                | Parcialmente Favorável | 0          | 0,00%          |
| <b>Recurso</b>                                  | <b>4</b>   | <b>2,07%</b>   |                        | <b>4</b>   | <b>2,23%</b>   |
| Indeferiu                                       | 4          | 100,00%        | Contrário              | 1          | 25,00%         |
| deferiu   | 0          | 0,00%          | Favorável              | 3          | 75,00%         |
|   |            |                | Parcialmente Favorável | 0          | 0,00%          |
| <b>Total de acórdãos referentes ao inciso I</b> | <b>193</b> | <b>100,00%</b> |                        | <b>179</b> | <b>100,00%</b> |

Dos 193 acórdãos relativos à análise isolada do inciso I pelo juízo *a quo*, em 89 houve pedido de antecipação de tutela *inaudita altera pars*, ou seja, em 46,12% destes acórdãos.

Das 89 tutelas solicitadas *inaudita altera pars*, 83 foram indeferidas pelo juízo *a quo* e 6 deferidas, sendo que o percentual de indeferimentos representou 93,26% dos provimentos pedidos neste momento.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: 24 acórdãos favoráveis ao provimento da tutela antecipada *inaudita altera pars*, um acórdão

parcialmente favorável e 56 acórdãos contrários ao seu provimento, sendo que o percentual de rejeição baixou para 69,14%, uma variação de menos 25,86% de indeferimentos no recurso.

Dos 193 acórdãos relativos à analise isolada do inciso I pelo juízo *a quo*, em 95 houve pedido de antecipação de tutela *initio litis*, ou seja, 49,22% dos acórdãos deste inciso foram solicitados neste momento processual.

Das 95 tutelas solicitadas *initio litis*, 36 foram indeferidas pelo juízo *a quo* e 59 deferidas, sendo que o percentual de indeferimentos representou 37,90% dos provimentos pedidos neste momento.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: 33 acórdãos favoráveis ao provimento da tutela antecipada *initio litis*, 3 acórdãos parcialmente favoráveis e 53 acórdãos contrários ao provimento da tutela, sendo que o percentual de rejeição subiu para 59,55%, ou uma variação de 57,13% a mais de indeferimentos.

Dos 193 acórdãos relativos à analise isolada do inciso I pelo juízo *a quo*, houve um pedido de tutela antecipada após a contestação, representando 0,52% dos acórdãos referentes ao inciso I.

O provimento pedido neste momento processual foi deferido, representando 100,00% de deferimentos.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado e o julgamento de dois acórdãos apenas em primeiro grau pelo TJ/SP, surgiu a seguinte posição: 2 acórdãos contrários ao provimento da tutela antecipada pós-contestação, apresentando uma rejeição de 100,00%, sendo que o aumento de indeferimentos no recurso é inexpressível percentualmente.

Dos 193 acórdãos relativos à analise isolada do inciso I pelo juízo *a quo*, em 4 houve solicitação de tutela antecipada em sentença, representando 2,07% dos acórdãos analisados.

Dos 4 pedidos de tutela antecipada em sentença, 2 foram indeferidos e 2 foram deferidos pelo juízo *a quo*, ou seja, 50,00% de indeferimentos para esse momento processual.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado, surgiu a seguinte posição: 1 acórdão contrário ao provimento da tutela e 2 favoráveis, sendo que o percentual de rejeição caiu para 33,33%, ou uma variação de 33,34% a menos de indeferimentos em recurso.

Dos 193 acórdãos relativos à análise isolada do inciso I pelo juízo *a quo*, em 4 houve pedido de antecipação de tutela em recurso, ou seja, 2,07% dos acórdãos analisados foram solicitados neste momento processual.

As 4 antecipações de tutela solicitadas em recurso foram indeferidas pelo juízo *a quo*, o que leva ao o percentual de indeferimentos de 100,00% dos provimentos pedidos neste momento.

Do resultado dos recursos, considerando as alterações no tipo de inciso analisado, surgiu a seguinte posição: um acórdão contrário e 3 favoráveis, resultando uma rejeição de 25,00% ou 75,00% a menos de indeferimentos em recurso.

No total, após o julgamento do recurso e considerando todos os momentos processuais, foram 113 acórdãos contrários a pedidos de tutela antecipada quando o inciso I foi analisado isoladamente, representando uma porcentagem de indeferimento de 63,13% quando julgada pelo juízo *ad quem*. Quando julgada pelo juízo *a quo* o percentual de rejeição ao deferimento deste tipo de tutela é de 64,77%, ou uma variação de 2,53% a menos de indeferimentos em recurso.

A tabela 19 traz a compilação dos percentuais de indeferimento do juízo *a quo* e do recurso e as respectivas variações entre estes percentuais nos diversos momentos em que as tutelas foram solicitadas. A última linha traz a informação da mesma variação, mas independentemente do momento em que a tutela antecipada foi solicitada.

Tabela 19 – Percentuais de indeferimento e suas respectivas variações nos provimentos analisados pelo juízo *a quo* e em recurso, distribuídos em diversos momentos de solicitação

| Momento da análise/variação | Inciso I | Inciso II | Inciso I e II |
|-----------------------------|----------|-----------|---------------|
| <i>Inaudita altera pars</i> |          |           |               |
| <b>Juízo a quo</b>          | 93,26%   | 83,33%    | 88,89%        |
| <b>Recurso</b>              | 69,14%   | 66,67%    | 84,21%        |
| <b>Variação %</b>           | -25,86%  | -20,00%   | -5,27%        |
| <i>Initio litis</i>         |          |           |               |
| <b>Juízo a quo</b>          | 37,90%   | 60,00%    | 80,00%        |
| <b>Recurso</b>              | 59,55%   | 28,57%    | 70,00%        |
| <b>Variação %</b>           | +57,13%  | -52,38%   | -12,50%       |

| Momento da análise/variação    | Inciso I     | Inciso II                | Inciso I e II |
|--------------------------------|--------------|--------------------------|---------------|
| <b>Pós-contestação</b>         |              |                          |               |
| <b>Juízo a quo</b>             | 0,00%        | 0,00%                    | não houve     |
| <b>Recurso</b>                 | 100,00%      | 0,00%                    | não houve     |
| <b>Variação %</b>              | inexprimível | Não houve indeferimentos | não houve     |
| <b>Sentença</b>                |              |                          |               |
| <b>Juízo a quo</b>             | 50,00%       | 75,00%                   | 100,00%       |
| <b>Recurso</b>                 | 33,33%       | 66,67%                   | 100,00%       |
| <b>Variação %</b>              | -33,34%      | -11,11%                  | 0,00%         |
| <b>Recurso</b>                 |              |                          |               |
| <b>Juízo a quo</b>             | 100,00%      | 66,67%                   | 100,00%       |
| <b>Recurso</b>                 | 25,00%       | 100,00%                  | 100,00%       |
| <b>Variação %</b>              | -75,00%      | +50,00%                  | 0,00%         |
| <b>Independente do momento</b> |              |                          |               |
| <b>Juízo a quo</b>             | 64,77%       | 65,00%                   | 88,24%        |
| <b>Recurso</b>                 | 63,13%       | 52,63%                   | 81,25%        |
| <b>Variação %</b>              | - 2,53%      | - 19,03%                 | -7,92%        |

Quando se compara o percentual de indeferimentos dos três tipos de provimentos analisados, ou seja, o inciso I, o inciso II e o inciso I e II conjuntamente, em pedidos *inaudita altera pars*, vê-se que quando julgado pelo juízo *a quo*, o maior percentual de rejeição é encontrado no provimento da tutela de urgência (inciso I), que obteve julgamento contrário ao deferimento da antecipação em 93,25% das vezes. O segundo maior percentual de rejeição é o do inciso I e II analisado em conjunto pelo juízo *a quo*, com 88,89% de rejeição. Em relação ao inciso II tem-se o menor percentual de rejeição em primeiro grau, de 83,33%.

Entretanto, quando julgados em recurso estes provimentos comportam-se de maneira diversa, sendo que a maior rejeição nos pedidos *inaudita altera pars* é do provimento inciso I e II analisado em conjunto, com 84,21% de rejeição. O inciso I aparece em seguida com 69,14% de rejeição, e a menor rejeição em recurso é novamente a do inciso II, com 66,67%.

Ao contrário do que se pensava, a tutela antecipada sancionatória (inciso II) possui maior aceitação (em primeiro grau e em recurso), do que os outros provimentos (inciso I e

inciso I e II em conjunto) quando solicitada *inaudita altera pars*. No entanto, como os outros provimentos, obteve alto percentual de rejeição, sendo que apenas 16,67% dos pedidos são deferidos pelo juízo *a quo* e 33,33% dos recursos são favoráveis ao seu deferimento.

Nota-se ainda, que em todos os provimentos solicitados *inaudita altera pars* houve diminuição percentual de indeferimentos em recurso, com destaque para o inciso II analisado isoladamente e para o inciso I, também analisado de maneira isolada, sendo que variaram percentualmente em -20,00% e -25,86%, respectivamente.

Há de se perceber que a maior rejeição em recurso foi a presente na análise conjunta dos incisos I e II, e, ao mesmo tempo foi a que apresentou a menor variação percentual de indeferimentos em recurso (-5,27%), o que corrobora a hipótese de que a inclusão de outro inciso na análise sirva ao propósito de, nas decisões contrárias à antecipação de tutela, evitar recursos e novos pedidos baseados em inciso que não seria analisado.

Destes números, infere-se que a tutela antecipada, tanto a referente à tutela sancionatória (inciso II) quanto à tutela de emergência (inciso I) ou a analisada conjuntamente (inciso I e II em conjunto) pedidas *inaudita alter pars*, possuem menor restrição ao seu deferimento em grau de recurso, reforçando a análise feita anteriormente de que, em grau de recurso há maior facilidade de se admitir o deferimento de medidas *inaudita altera pars* devido, possivelmente, à decisão colegiada.

Quando se compara o percentual de indeferimentos dos três tipos de provimentos analisados, ou seja, o inciso I, o inciso II e o inciso I e II conjuntamente, em pedidos feitos *initio litis*, vê-se que quando julgado pelo juízo *a quo*, o maior percentual de rejeição é encontrado nos incisos I e II analisados em conjunto, que apresentou 80,00% de julgamentos contrários ao deferimento da antecipação. O segundo maior percentual de rejeição é do inciso II analisado pelo juízo *a quo*, com 60,00% de rejeição. Em relação ao inciso I tem-se o menor percentual de rejeição em primeiro grau, de 37,90%.

Entretanto, quando julgados em recurso estes provimentos comportam-se de maneira um pouco diversa. Apesar de a maior rejeição nos pedidos *initio litis* ainda ser do inciso I e II analisado em conjunto, com 70,00% de rejeição, o inciso I, ao contrário do que ocorreu em primeiro grau, aparece em seguida com 59,55% de rejeição, e a menor rejeição em recurso é do inciso II, com 28,57%.

Dessa maneira, houve aumento da rejeição em grau de recurso na análise do inciso I, na ordem de 57,13% a mais do que em primeiro grau. Quanto às informações sobre o inciso II e os incisos I e II analisados conjuntamente, nota-se diminuição no percentual de indeferimentos em recurso, sendo que o juízo *ad quem* tende a ser mais favorável à antecipação de tutela nestes dois casos, mas com maior preponderância em relação ao inciso II, que apresentou uma diminuição na rejeição de 52,38%.

Pode-se inferir que o juízo *a quo* possui maior liberdade e conforto para deferir tutelas antecipadas baseadas em urgência e, por isso, fica mais sujeito a reformas em grau de recurso. Quanto aos inciso II e inciso I e II analisados em conjunto, observa-se o contrário, pois o juízo de primeiro grau é menos propenso a deferir tutelas antecipadas destes casos do que o juízo de recurso, dessa forma a variação de rejeição no inciso II diminui em 52,38% e a do inciso I e II analisado conjuntamente diminuiu em 12,50%.

Conclui-se que a rejeição em recurso das tutelas antecipadas pedidas neste instante processual (*initio litis*) indica que, diferentemente do pedido *inaudita altera pars*, a tutela solicitada depois de formada a relação jurídico-processual tem maior aceitação pelo juiz de primeiro grau e em relação ao inciso I, estas decisões estão mais sujeitas a reformas em recurso, sendo que a probabilidade de deferimentos indevidos em primeiro grau sobe, até mesmo pela maior confiança do juiz em decidir após a ouvida do réu.

Quanto às tutelas solicitadas pós-contestação, no inciso I e no inciso II, analisados separadamente, houve o deferimento em 100% dos casos pelo juízo *a quo*. Em recurso, as tutelas solicitadas referentes ao inciso II também obtiveram decisão favorável em 100,00% dos casos. Entretanto, em relação ao inciso I houve rejeição de 100,00% em recurso, sendo a variação percentual inexpressível.

Assim pode-se inferir que a confiança do juízo *a quo* cresce ainda mais após a contestação do réu, haja vista, o percentual de deferimentos ser de 100% nos incisos I e II analisados em separado, o que o leva a ficar mais livre para decidir pelo deferimento da antecipação de tutela, mas, ao mesmo tempo, ser mais refutado pelas decisões em recurso, como ocorreu com o inciso I.

Em relação ao inciso I e II analisado em conjunto não houve este tipo de provimento pós-contestação.

Quando se compara o percentual de indeferimentos dos três tipos de provimentos analisados, ou seja, o inciso I, o inciso II e o inciso I e II conjuntamente, em pedidos feitos em sentença, vê-se que quando julgado pelo juízo *a quo*, o maior percentual de rejeição é encontrado no incisos I e II analisado em conjunto, que apresentou 100,00% de julgamentos contrários ao deferimento da antecipação. O segundo maior percentual de rejeição é do inciso II analisado pelo juízo *a quo*, com 75,00% de rejeição. Em relação ao inciso I tem-se o menor percentual de rejeição em primeiro grau, de 50,00%.

No julgamento dos recursos estes provimentos comportaram-se de maneira idêntica, sendo a maior rejeição nos pedidos em sentença a do inciso I e II analisado em conjunto, com 100,00% de rejeição, seguido pelo inciso II, com 66,67% de rejeição e o inciso I com a menor rejeição em recurso com 33,33%.

Nas tutelas solicitadas na sentença, os incisos I e II analisados isoladamente demonstraram diminuição no percentual de rejeição em recurso, respectivamente, de -33,34% e -11,33%. Já os incisos I e II analisados de maneira conjunta não apresentaram variação, pois a rejeição apresentada manteve-se em 100,00% em recurso.

A rejeição de 100,00% verificada em primeiro grau e em recurso, apresentada pela análise conjunta dos incisos I e II também corrobora a afirmação de que essa conjunção serve para evitar que as partes perdedoras interponham recurso por omissão no julgamento de um dos incisos, ainda que o julgador saiba que a parte pediu apenas baseado na urgência ou no propósito de protelar a entrega do bem da vida.

Por outro lado, apesar de a tutela antecipada pedida em sentença trazer maior segurança ao juiz de primeiro grau, no sentido de deferir a antecipação de tutela, é de se notar que o percentual de indeferimentos em sentença é maior do que aquele verificado pós-contestação, mesmo que na sentença já tenha ocorrido o exaurimento da instrução, o que ainda não ocorreu no momento “pós-contestação”, pois as provas ainda estão sendo analisadas e submetidas ao contraditório.

Esta situação pode ser explicada, dentre outros motivos, pelo advento da lei n. 11.232 de 22.12.2005, que alterou o conceito de sentença, que passou a ser ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC. Diante disso, parece impossível a alguns magistrados antecipar a tutela na sentença. Entretanto, é irracional admitir que não poderá ser prestada a tutela antecipatória após o encerramento da fase instrutória. Há um grande equívoco no sistema processual brasileiro, que impede a execução da sentença na

pendência do recurso de apelação, “nem ao menos quando estão presentes os fundamentos que justificam a própria tutela antecipatória” (MARINONI; ARENHART, 2008, p.217).

Quando se compara o percentual de indeferimentos dos três tipos de provimentos analisados, ou seja, o inciso I, o inciso II e o inciso I e II conjuntamente, em pedidos feitos em recurso, vê-se que quando julgado pelo juízo *a quo*, o maior percentual de rejeição é encontrado no incisos I e II analisado em conjunto, que apresentou 100,00% de julgamentos contrários ao deferimento da antecipação. Os mesmos 100,00% de rejeição foram observados no inciso I. Já o inciso II analisado pelo juízo *a quo*, apresentou 66,67% de rejeição, ou seja, apresentou maior percentual de decisões favoráveis ao seu deferimento.

No julgamento dos recursos estes provimentos apresentaram modificação na posição apresentada, sendo a maior rejeição nos pedidos em recurso as do inciso I e II analisado em conjunto e a do inciso II analisado separadamente, ambos com 100,00% de rejeição. O inciso I apresentou a menor rejeição em recurso com 25,00% de indeferimentos.

Quando as tutelas foram solicitadas em recurso, houve aumento da rejeição pelo juízo *ad quem* em 50% em relação ao inciso II, não houve variação percentual em relação aos incisos I e II conjuntamente, sendo mantido 100,00% de decisões contrárias, e houve diminuição da rejeição em 75,00% no inciso I isolado. Tais números demonstram que a solicitação baseada na urgência tem maior aceitação em grau de recurso do que a tutela antecipada baseada no abuso de direito de defesa ou no propósito protelatório, pois é mais fácil para o relator verificar a probabilidade do direito do autor em recurso, já que, nesse momento do processo, houve análise exauriente do mérito, do que verificar a ocorrência de um recurso protelatório ou o abuso de direito.

Quando se compara o percentual de indeferimentos dos três tipos de provimentos analisados, ou seja, o inciso I, o inciso II e o inciso I e II conjuntamente, independentemente do momento do pedido, vê-se que quando julgado pelo juízo *a quo*, o maior percentual de rejeição é encontrado no incisos I e II analisado em conjunto, que apresentou 88,24% de julgamentos contrários ao deferimento da antecipação. Em seguida, aparece o inciso II, com rejeição de 65,00% e o inciso I com 64,77% de rejeição.

No julgamento dos recursos estes provimentos apresentaram modificação na posição apresentada, sendo que a maior rejeição continuou com inciso I e II analisado em conjunto (81,25%). Entretanto, houve a inversão da posição dos incisos I e II analisados

separadamente, sendo que a maior rejeição foi a do inciso I, com 63,13% e a menor rejeição a do inciso II, com 52,63%.

Quando se analisa as variações percentuais do indeferimento pelo juízo *a quo* e pelo recurso, verifica-se que o inciso I apresentou uma diminuição de 2,53% na rejeição à antecipação de tutela em recurso; o inciso II apresentou uma diminuição de 19,03% no grau de rejeição e os inciso I e II analisados em conjunto apresentaram diminuição da rejeição em recurso de 7,92%.

A maior rejeição em relação ao inciso I e II analisado em conjunto tanto na análise do juízo *a quo* quanto na análise do juízo *ad quem* ratifica a afirmação feita anteriormente de que a inserção da análise de outro inciso, como, por exemplo, a inserção do inciso II quando o que se discute é o inciso I, tem objetivo principal de evitar recursos devido à decisão contrária à antecipação da tutela.

Em continuidade à análise, passa-se a verificar na tabela 20 os principais recursos utilizados para rever as decisões sobre o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada de maneira geral.

Tabela 20 – Distribuição dos diversos recursos utilizados contra decisão que deferiu ou indeferiu tutela antecipada

| <b>Recursos utilizados para rever decisão do juízo <i>a quo</i> sobre a T.A. ou recursos em que foi pedida</b> | <b>Quantidade</b> | <b>Percentual em relação aos acórdãos de interesse</b> |
|--|-------------------|--|
| Agravado de instrumento  | 221               | 94,04%   |
| Apelação   | 3                 | 1,28%  |
| Agravado de Instrumento com Agravado Regimental  | 4                 | 1,70%  |
| Embargos de declaração   | 4                 | 1,70%  |
| Agravado Regimental  | 2                 | 0,85%  |
| Mandado de Segurança como recurso  | 1                 | 0,43%  |
| <b>Total</b>   | <b>235</b>        | <b>100,00%</b>   |

De acordo com a tabela 20, o recurso mais utilizado para este fim é o agravo de instrumento, que representa 94,04% dos recursos em que se rediscute o cabimento do provimento ou do não provimento da antecipação de tutela.

Na apelação busca-se rediscutir a tutela antecipada pedida em sentença ou pedida anteriormente e revertida com a sentença. Como este trabalho abrangeu um período anterior à lei 11.232/2005, que modificou o conceito de sentença, foi encontrado apenas 1 acórdão de 17/04/2006 que estava no período da *vacatio legis*.

Entretanto, foram encontrados mais 3 acórdãos, de agosto/2007, março/2009 e junho/2011, sendo que 2 deles utilizaram-se da apelação para rever a decisão sobre o deferimento ou o indeferimento da tutela antecipada e um deles julgou o provimento pela primeira vez, não funcionando como recurso.

Outro aspecto que despertou a atenção foi a utilização do mandado de segurança contra tutela antecipada deferida em sentença, mas esta somente apareceu uma vez, representando 0,42% dos recursos.

O agravo regimental e os embargos à declaração, que representam 4,23% dos recursos analisados, são utilizados com propósito de rever a decisão em agravo de instrumento e foram analisadas e consideradas na coleta de informações.

Tabela 21 – Frequência de citações de autores nos acórdãos de interesse analisados

| Autores                        | Quantidade de citações | Percentual |
|--------------------------------|------------------------|------------|
| Cândido Rangel Dinamarco       | 23                     | 24,73%     |
| Humberto Theodoro Júnior       | 10                     | 10,75%     |
| Luiz Guilherme Marinoni        | 9                      | 9,68%      |
| Theotônio Negrão               | 8                      | 8,60%      |
| João Batista Lopes             | 6                      | 6,45%      |
| Nelson Nery Junior             | 4                      | 4,30%      |
| Antônio Raphael Silva Salvador | 3                      | 3,23%      |
| Athos Gusmão Carneiro          | 3                      | 3,23%      |
| Luiz Fux                       | 3                      | 3,23%      |

| Autores                          | Quantidade de citações | Percentual     |
|----------------------------------|------------------------|----------------|
| Rosa Maria De Andrade Nery       | 3                      | 3,23%          |
| Barbosa Moreira                  | 2                      | 2,15%          |
| Beatriz Catarina Dias            | 2                      | 2,15%          |
| José Roberto F. Gouvêa           | 2                      | 2,15%          |
| Amaral Santos                    | 1                      | 1,08%          |
| Antônio Lopes Monteiro           | 1                      | 1,08%          |
| Carreira Alvim                   | 1                      | 1,08%          |
| Daniel Mitidiero                 | 1                      | 1,08%          |
| Fredie Didier Júnior             | 1                      | 1,08%          |
| Gildo Dos Santos                 | 1                      | 1,08%          |
| James Alberto Siano              | 1                      | 1,08%          |
| José Roberto Dos Santos Bedaque  | 1                      | 1,08%          |
| Kazuo Watanabe                   | 1                      | 1,08%          |
| Marcus Vinicius Rios Gonçalves   | 1                      | 1,08%          |
| Roberto Fleury De Souza Bertagni | 1                      | 1,08%          |
| Sérgio Bermudes                  | 1                      | 1,08%          |
| Sérgio Cruz Arenhart             | 1                      | 1,08%          |
| Sylvio Capanema De Souza         | 1                      | 1,08%          |
| Teori Albino Zavascki            | 1                      | 1,08%          |
| <b>Total de autores citados</b>  | <b>93</b>              | <b>100,00%</b> |

No interesse de ampliar as informações acerca da tutela antecipada e de como esta é analisada pelos desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, buscou-se compilar todas as citações de obras de doutrina e jurisprudência sobre o assunto e fazer um “ranqueamento” conforme a frequência que foi observada na coleta de dados.

Os dados da tabela 21 demonstram a frequência de citações de autores, principalmente do direito processual civil, relativas à tutela antecipada como um todo.

O nome de Cândido Rangel Dinamarco e uma de suas obras (“A reforma do Código de Processo Civil”) aparecem em, respectivamente, uma a cada quatro citações de autores e uma a cada cinco citações de obras referentes ao tema (conforme tabelas 21 e 22).

Na segunda posição aparece Humberto Theodoro Júnior, que foi citado 10,75% das vezes, seguido por Luiz Guilherme Marinoni, com 9,68% das citações.

Na extremidade oposta, no final da lista de citações, ficou Teori Zavascki, que foi citado apenas uma vez, apesar de possuir uma obra de referência sobre tutela antecipada.

Abaixo, na tabela 22, encontram-se as principais obras citadas nos acórdãos de interesse que foram analisados no presente trabalho. A forma de citação aparece fora dos padrões da ABNT, pois é a forma mais comum de citação por parte dos relatores, havendo obras sem informações completas.

Tabela 22 – Frequência das obras citadas nos acórdãos de interesse

| Obra Citada  | Quantidade de Citações |
|--|------------------------|
| CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros  | 15                     |
| CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO - Obra não citada   | 8                      |
| THEÔTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA. Código de Processo Civil. Saraiva.  | 8                      |
| LUIZ GUILHERME MARINONI. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994.                                 | 4                      |
| NELSON NERY JUNIOR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. | 4                      |
| ATHOS GUSMÃO CARNEIRO. Da Antecipação de Tutela no Processo Civil, Forense   | 3                      |
| BEATRIZ CATARINA DIAS. A Jurisdição na Tutela Antecipada, Ed. Saraiva, 1999  | 3                      |
| HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Curso de Direito Processual Civil Brasileiro, vol. II, Rio de Janeiro, Ed. Forense.  | 3                      |
| HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Processo Cautelar. Ed. Universitária de Direito.   | 3                      |
| JOÃO BATISTA LOPES. O juiz e a tutela antecipada, Caderno de Doutrina/junho de 96 do Tribunal da Magistratura da Apamagis.                               | 3                      |

| Obra Citada   | Quantidade de Citações |
|---|------------------------|
| ANTÔNIO RAPHAEL SILVA SALVADOR. Da Ação Monitoria e da Tutela Jurisdicional Antecipada - Malheiros Editores, 1995                         | 2                      |
| BARBOSA MOREIRA - obra não citada   | 2                      |
| HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Rio de Janeiro, Ed. Forense.   | 2                      |
| HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. As Inovações no Código de Processo Civil. Companhia Editora Forense.  | 2                      |
| JOÃO BATISTA LOPES. Tutela antecipada no processo civil brasileiro, Editora Saraiva, 2001.  | 2                      |
| LUIZ FUX. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência. 1996, Saraiva.   | 2                      |
| LUIZ GUILHERME MARINONI. Antecipação Da Tutela. Malheiros Editores.   | 2                      |
| AMARAL SANTOS. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 25 <sup>a</sup> edição   | 1                      |
| ANTÔNIO LOPES MONTEIRO E ROBERTO FLEURY DE SOUZA BERTAGNI. Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais, 3a ed., São Paulo, Saraiva, 2005 | 1                      |
| CARREIRA ALVIM - Obra não citada  | 1                      |
| FREDIE DIDIER JÚNIOR. Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 4 <sup>a</sup> edição.  | 1                      |
| GILDO DOS SANTOS. Locação e Despejo, 6 <sup>a</sup> ed., Revista dos Tribunais, 2010.   | 1                      |
| JAMES ALBERTO SIANO (artigo publicado na Revista Eletrônica 'Consultor Jurídico', 27.07.2001)   | 1                      |
| JOÃO BATISTA LOPES. Revista dos Tribunais julho de 1996, em páginas 64 a 74 (RT 729).   | 1                      |
| JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. Código de Processo Civil Interpretado. coord. Antônio Carlos Marcato, Ed. Atlas 2004.                    | 1                      |
| KAZUO WATANABE. Reforma do Código de Processo Civil. Editora Saraiva.   | 1                      |
| LUIZ FUX. Tutela Antecipada e Locações. 2 <sup>a</sup> edição, Editora Destaque.  | 1                      |
| LUIZ GUILHERME MARINONI. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. ed. RT.  | 1                      |
| LUIZ GUILHERME MARINONI; SÉRGIO CRUZ ARENHART. Processo de Conhecimento. 6 <sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007,      | 1                      |

| Obra Citada  | Quantidade de Citações |
|--|------------------------|
| Vol. 2.  |                        |
| LUIZ GUILHERME MARINONI; DANIEL MITIDIERO. Código de Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais.                  | 1                      |
| MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES. Novo Curso de Direito Processual Civil. 7 <sup>a</sup> ed., vol. 1, Editora Saraiva. | 1                      |
| SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA. Da Locação do Imóvel Urbano - Direito e Processo. Ed. Forense, 2002.                       | 1                      |
| TEORI ALBINO ZAVASCKI. Antecipação Da Tutela. Ed. Saraiva, 1997.   | 1                      |

A tabela 23 lista a frequência de aparecimento da jurisprudência citada pelos relatores. Na amostra, foram sorteados, como já visto, muitos acórdãos da 9<sup>a</sup> Câmara de direito Público e relator desta câmara faz uso da jurisprudência de forma repetitiva, sendo que o conjunto de jurisprudência citada aparece de forma preponderante.

Tabela 23 – Frequência da jurisprudência citada nos acórdãos de interesse

| Jurisprudência citada   | Números de repetições | Percentual |
|---|-----------------------|------------|
| MED CAUT 1794/PE, STJ - 2 <sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 22/02/00, DJU27/03/00                  | 71                    | 15,92%     |
| RESP 171.258/SP, STJ - 6 <sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 10/11/98, DJU 18/12/98                  | 71                    | 15,92%     |
| RESP 231.550-CE, STJ - 5 <sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 14/12/99, DJU 21/02/00                     | 71                    | 15,92%     |
| RESP 311.659-CE, STJ - 1 <sup>a</sup> Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 07/06/01, DJU27/08/01                       | 71                    | 15,92%     |
| RESP 113.368/PR, STJ - 1 <sup>a</sup> Turma, rel. Min. José Delgado, j. 7.4.97, v.u., DJU 19.5.97                   | 20                    | 4,48%      |
| RESP 161.479 - PR, 1a Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. u. Rel. Min. José Delgado, em 10/3/98, DJU 25/05/98 | 14                    | 3,14%      |
| RESP 136.688/SC, Rel. Min. José Delgado, j. 06/10/97, DJU 17/11/97  | 10                    | 2,24%      |
| RESP 141.699/PR, Rel. Min. José Delgado, j. 06/10/97, DJU 17/11/97  | 10                    | 2,24%      |
| RESP 133.219/PR, Rel. Min. José Delgado, j. 02/10/97, DJU   | 9                     | 2,02%      |

| Jurisprudência citada   | Números de<br>repetições | Percentual |
|---|--------------------------|------------|
| 17/11/97  |                          |            |
| AI 689016-0 TJSP  | 8                        | 1,79%      |
| AGRG RESP 504.427/PR, 5 <sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j.15/12/05, DJU 06/02/06           | 3                        | 0,67%      |
| MED CAUT ADC 4 -DF, STF - Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/02/98, DJU21/05/99                   | 3                        | 0,67%      |
| RCL AGRG 1831/MS, STF - Pleno, Rel. Min Néri da Silveira, j. 07/03/02, DJU 12/04/02                   | 3                        | 0,67%      |
| RESP 144.656/ES STJ - 2a Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, j.06/10/97, DJU 27/10/97                    | 3                        | 0,67%      |
| RESP 516.359/RS, 2 <sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 08/11/05, DJU 19/12/05 | 3                        | 0,67%      |
| RESP 716 379/RN, 2 <sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 03/03/05, DJU 22/08/05          | 3                        | 0,67%      |
| RSTJ 111/376  | 3                        | 0,67%      |
| AI 0339134-2, 7 <sup>a</sup> Câm. Civ. , TACMG, Rel. Nilson Reis, J. 16/08/2001                       | 2                        | 0,45%      |
| AI 0392855-6, 2 <sup>a</sup> Câm. Civ. , TACMG, Rel. Alberto Vilas Boas, J. 25/02/2003                | 2                        | 0,45%      |
| RSTJ 105/63   | 2                        | 0,45%      |
| RT 742/350  | 2                        | 0,45%      |
| AG RG 1.171.336-3/01, 2 <sup>a</sup> Câmara Campinas Rel. Gonçalves Rostey, j. 10.03.2003             | 1                        | 0,22%      |
| AG RG 705.280-01/9 - 10 <sup>a</sup> Câm. - Rel. Juiz ROSA MARIA DE ANDRADE NERY - J. 30.7.2001       | 1                        | 0,22%      |
| AG RG AR n° 1517/PR, Rel. Min. Paulo Medina, j. 13.2.2002   | 1                        | 0,22%      |
| AGRG AG 736.826/RJ, STJ, 2 <sup>a</sup> Turma, Rel.Min. Herman Benjamin, j. 12/12/06, DJ 28/11/07     | 1                        | 0,22%      |
| AI 48.509-4, 9 <sup>a</sup> Câm.Priv. TJS, Rel. Des. Ruiter Oliva, j. 23/9/97                         | 1                        | 0,22%      |
| AI 1.305.156-4, 5 <sup>a</sup> Câm. , 1º TACSP Rel. Álvaro Torres Júnior                              | 1                        | 0,22%      |
| AI 1.305.972-8, 6 <sup>a</sup> Câm. , 1º TACSP, Rel. Marciano da Fonseca, J. 01/06/2004               | 1                        | 0,22%      |

| Jurisprudência citada   | Números de<br>repetições | Percentual |
|---|--------------------------|------------|
| AI 1.317.081-3 - 6 <sup>a</sup> Câm. A 1º TACSP - Rel. Juiz Newton de Oliveira Neves - j. 30.11.2004                                  | 1                        | 0,22%      |
| AI 1.319.737-8 - 5 <sup>a</sup> Câm. 1º TACSP - Rel. Juiz Sebastião Thiago de Siqueira - j. 24.11.2004                                | 1                        | 0,22%      |
| AI 1.323.426-9, 5 <sup>a</sup> Câm. , 1º TACSP Rel. Álvaro Torres Júnior  | 1                        | 0,22%      |
| AI 1.325.800-3, 5 <sup>a</sup> Câm. , 1º TACSP. Rel. Álvaro Torres Júnior, J. 15/12/2004  | 1                        | 0,22%      |
| AI 1.336.266-8 - 8 <sup>a</sup> Câm. 1º TACSF - Rel. Juiz Carlos Alberto Bondioli - j. 15.12.2004                                     | 1                        | 0,22%      |
| AI 394.218-4/0-00, 4 <sup>a</sup> Câm. Dir. Priv. TJSP, rel. Énio Zuliani, j. 02.06.05)   | 1                        | 0,22%      |
| AI 611.380-00/6 - 4 <sup>a</sup> Câm. - Rel. Juiz MOURA RIBEIRO - J. 14.12.99   | 1                        | 0,22%      |
| AI 755.378-00/3 - 8a Câm. - Rei Juiz ORLANDO PISTORESI - J. 3.10.2002   | 1                        | 0,22%      |
| AI 776.508-0, 9 <sup>a</sup> Câm. Priv. TJSP, Rel. Des. Antônio Rigolin   | 1                        | 0,22%      |
| AI 776.679-00/4 - 3a Câm. Juiz RIBEIRO PINTO - J. 11.2.2003   | 1                        | 0,22%      |
| AI 793.307-00/4 - 2 <sup>a</sup> Câm. - Rel. Juiz FELIPE FERREIRA - J. 30.6.2003  | 1                        | 0,22%      |
| AI 816.029-00/3, relatado pelo eminent Juiz FRANCISCO THOMAZ, 5 <sup>a</sup> Câmara TJSP  | 1                        | 0,22%      |
| AI 831.235-00/7 – T Câm. - Rel. Juiz FELIPE FERREIRA - J. 29.1.2004   | 1                        | 0,22%      |
| AI 881.707-0/4 – (Tribunal de Justiça - Seção de Direito Privado - 26 <sup>a</sup> Câm. - Rei. Juiz ANDREATTA RIZZO - J. 21.02.2005). | 1                        | 0,22%      |
| AI 1.085.776-4, São Paulo, rel. José Marcos Marrone, j. 07.08.2002  | 1                        | 0,22%      |
| AI 1.159.204-2, São Paulo, rel. Oséas Davi Viana, j. 14.05.2003   | 1                        | 0,22%      |
| AI 206.582 - 7 <sup>a</sup> Câm. - Rel. Juiz DEMÓSTENES BRAGA - J. 9.4.87   | 1                        | 0,22%      |
| AI 265.151 - 1a Câm. - Rel. Juiz QUAGLIA BARBOSA - J. 14.5.90   | 1                        | 0,22%      |
| AI 380.241 - 3a Câm. - Rei. Juiz JOÃO SALETTI - J. 20.4.93  | 1                        | 0,22%      |

| Jurisprudência citada  | Números de<br>repetições | Percentual |
|--|--------------------------|------------|
| Al 525.576-0/9 - 2ºTACSP - Rel. Juiz Euclides de Oliveira              | 1                        | 0,22%      |
| Al 531.523 - 6ª Câm. - Rel. Juiz PAULO HUNGRIA - J. 29.7.98            | 1                        | 0,22%      |
| Al 603.136-00/0 – 8ª Câm. - Rel. Juiz WALTER ZENI - J. 4.11.99         | 1                        | 0,22%      |
| Al 659.196-00/1 - 8a Câm. - Rel. Juiz RUY COPPOLA - J. 10.10.2000      | 1                        | 0,22%      |
| Al 661.467-00/4 - 9ª Câm. - Rel. Juiz MARCIAL HOLLANDA - J. 22.11.2000 | 1                        | 0,22%      |
| Al 701.267-00/8 - 5a Câm. - Rel. Juiz DYRCEU CINTRA - J. 22.8.2001     | 1                        | 0,22%      |
| Al 725.618-00/0 - 11ª Câm. - Rei Juiz ARTUR MARQUES - J. 29.1.2002     | 1                        | 0,22%      |
| Al 854.930-0 TJSP  | 1                        | 0,22%      |
| AP C/ REV 426.614 - 11ª Câm. - Rei. Juiz MENDES GOMES - J. 16.2.95     | 1                        | 0,22%      |
| AP C/ REV 402.499 - 11a Câm. - Rei. Juiz JOSÉ MALERBI - J. 20.10.94    | 1                        | 0,22%      |
| AP S/ REV 227.249 - 1a Câm. - Rel. Juiz FRANKLIN NEIVA - J. 30.11.88   | 1                        | 0,22%      |
| AP S/ REV 336.347 - 2a Câm. - Rei. Juiz ASSUMPÇÃO NEVES - J. 16.3.93   | 1                        | 0,22%      |
| AP S/ REV 347.352 - 7a Câm. - Rei. Juiz DEMÓSTENES BRAGA - J. 29.9.92  | 1                        | 0,22%      |
| AP SUM 194.002 - 7a Câm. - Rei. Juiz BORIS KAUFFMANN - J. 24.6.86      | 1                        | 0,22%      |
| AP SUM 181.194 - 1a Câm. - Rel. Juiz FRANKLIN NEIVA - J. 18.9.85       | 1                        | 0,22%      |
| JTA 108/323  | 1                        | 0,22%      |
| JTA 125/355  | 1                        | 0,22%      |
| JTA 129/302  | 1                        | 0,22%      |
| JTA 130/263  | 1                        | 0,22%      |
| JTA 72/307   | 1                        | 0,22%      |

| <b>Jurisprudência citada</b>  | <b>Números de<br/>repetições</b> | <b>Percentual</b> |
|---|----------------------------------|-------------------|
| JTA 77/241  | 1                                | 0,22%             |
| JTA 94/293  | 1                                | 0,22%             |
| Lex-JTA 168/49  | 1                                | 0,22%             |
| Processo 1597/04 1 <sup>a</sup> Vara Cível Catanduva - Oscarlino Moeller  | 1                                | 0,22%             |
| RESP 14.738 - PR - STJ – 1 <sup>a</sup> T. - Rel. Min. JOSÉ DELGADO - J.<br>24.04.97 – DJU 09.06.97               | 1                                | 0,22%             |
| RESP 406.561/SP, STJ, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA<br>FONSECA, DJU 23.09.02  | 1                                | 0,22%             |
| RESP 447.383 - 1 <sup>a</sup> Turma do STJ - rel. Min. José Delgado j.<br>04.06.2002                              | 1                                | 0,22%             |
| RESP 473.069/SP, STJ, Rel. Min. CARLOS ALBERTO DE<br>MENEZES  | 1                                | 0,22%             |
| RESP 595.172/SP, 6 <sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti,<br>j.21.10.2004, DJU 01.07.2005                  | 1                                | 0,22%             |
| RT 471/167  | 1                                | 0,22%             |
| RT 809/345  | 1                                | 0,22%             |
| RT 833/243  | 1                                | 0,22%             |
| RT 847/268  | 1                                | 0,22%             |
| RTJ 66/204  | 1                                | 0,22%             |
| RTJ71/749   | 1                                | 0,22%             |
| Súm. 7, I Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados<br>Especiais Cíveis da Capital, realizado em 4.05.06 | 1                                | 0,22%             |
| <b>Total</b>  | <b>446</b>                       | <b>100,00%</b>    |

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com os objetivos deste trabalho, que foram pesquisar o instituto da tutela antecipada, tanto do ponto de vista teórico como de sua aplicação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, seguem-se as seguintes considerações:

Da revisão bibliográfica efetuada, pode-se depreender que a doutrina ainda não encontrou convergência plena no que se refere à interpretação de alguns caracteres da tutela antecipada em geral e também, especificamente, da tutela antecipada sancionatória, apesar de o instituto ter sido criado na década de 1990.

Exemplos podem ser citados, como a divergência entre os que se posicionam que, para ser deferida a antecipação de tutela sancionatória não é necessário que ocorra o efetivo retardamento da demanda (Lopes) e a *contrario sensu* os que se posicionam pela sua efetiva necessidade (Marinoni e Zavascki). Outro exemplo é o conceito de prova inequívoca, que para Barbosa Moreira, por exemplo, é prova que possui um único sentido e é a única autorizada a levar a um juízo de verossimilhança, o que é contestado por Marinoni, que afirma ser a prova que aponta em dois sentidos, também apta a formar convicção de verossimilhança, bastando que seja valorada e analisada juntamente com outras provas.

Entretanto, a falta de convergência ainda impera, mesmo que sob um novo Código de Processo Civil, que alterou dramaticamente as regras relativas a este instituto com a pretensão de dirimir antigas divergências e facilitar sua aplicação.

Nesse sentido é que se propôs, na segunda etapa deste trabalho, verificar, quantitativa e qualitativamente, o impacto de tais divergências na aplicação do instituto da antecipação da tutela sancionatória sob a vigência do CPC de 1973, analisando acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consideradas as limitações do trabalho, como o intuito de não fazer generalizações taxativas sobre a aplicação da tutela antecipada e ser um estudo exploratório, conseguiu-se obter algumas informações importantes sobre a aplicação, em específico, da tutela sancionatória, mas também de temas de importância geral para o instituto da tutela antecipada.

O reflexo da não convergência interpretativa por parte da doutrina foi amplamente verificado na pesquisa qualitativa dos acórdãos. Entretanto, além disso, foram observadas

interpretações não sancionadas pela doutrina, como a análise conjunta dos incisos I e II, ainda que o *periculum in mora* não seja requisito para o deferimento da tutela antecipada sancionatória, posto que não é medida de urgência e vice-versa.

Quanto à escolha do tipo de amostragem, a utilização de amostra aleatória estratificada para abranger diversos períodos e termos de pesquisa, com um nível de confiança de 95% e erro de 5%, gerou 323 acórdãos que foram arredondados para abranger termos pesquisados considerados importantes, como corroborado pela análise da efetividade dos termos de pesquisa, resultando em 340 acórdãos a serem analisados. Dessa maneira, foi adotada uma amostra de conveniência, que de acordo com Gil (2012), é definida pelo pesquisador por meio de uma seleção de elementos que possam, de alguma forma, representar a população, o que de fato foi feito com os arredondamentos.

Também houve tentativa de delimitar a população, com a utilização de termos de pesquisa específicos à tutela antecipada sancionatória, porém não se obteve o sucesso esperado, sendo que foram retornados casos de tutela antecipada com outras características, como, por exemplo, a tutela antecipada baseada em urgência, mas que foram utilizados para comporem a “amostra de interesse geral”, que foi fundamental para a pesquisa das características comuns a todas as espécies de tutelas antecipadas.

Nessa perspectiva, tem relevância a informação de que a pesquisa com estes termos específicos à tutela antecipada do inciso II retornou muito mais casos de sanção pecuniária por litigância de má-fé ou abuso do processo (103 casos) do que casos de tutela antecipada sancionatória (apenas 20 casos), que *a priori*, não despertaram interesse para os objetivos do trabalho, mas que podem conter material precioso para o estudo complementar, em outra ocasião, como, por exemplo, um estudo comparativo da aplicação da sanção pecuniária em detrimento da tutela antecipada sancionatória.

Quanto à análise dos termos de pesquisa utilizados, a preponderância da quantidade de acórdãos advindos dos termos “abuso de direito de defesa” e “propósito protelatório” é nítida. Juntos perfizeram 92,76% da população prospectada. Da mesma forma, apesar destes mesmos termos terem participado massivamente na composição da grande maioria dos provimentos retornados, a porcentagem de participação deles na composição dos “acórdãos de interesse geral”, apesar destes termos comporem a redação do inciso II do artigo 273 do CPC, foi 30,03% maior do que na composição dos “acórdãos de interesse específico” (acórdãos em que foram analisados o inciso II), de onde se conclui que tais termos não possuem capacidade para

concentrar a amostra em casos relativos ao inciso II, ou seja, possuem baixa efetividade para o retorno de acórdãos com o inciso desejado, pelo menos no sistema de busca pesquisado, ou seja, no e-SAJ, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Dessa forma, observando-se a composição dos acórdãos especificamente do inciso II, pôde-se verificar que 35% advieram do termo “artigo 273, II”, sendo este o único tipo de provimento em que não houve a preponderância dos termos “abuso de direito de defesa” (30%) ou “propósito protelatório” (15%), e em que houve a preponderância de um termo que não se mostrou relevante na composição de nenhum outro provimento retornado e nem tampouco na população (0,64%, conforme a tabela 2). Este é um indício de que o termo a ser utilizado para a prospecção de acórdãos que tratem especificamente do inciso II, deva ser “artigo 273, II”.

A conclusão que se chega a partir dessas informações é que as ementas utilizadas para a pesquisa e seleção dos acórdãos são redigidas pelo judiciário paulista de forma muito geral e acabam por citar a redação integral de todos os incisos do artigo 273 do CPC, independentemente de o acórdão tratar do inciso I ou do inciso II, dificultando sobremaneira a delimitação da amostra, quando se utiliza a ementa como campo específico de pesquisa.

Outra informação relevante é que, apesar da tentativa de concentração da amostra em casos de tutela antecipada sancionatória, a proporção aproximada foi de 100 julgamentos de tutelas antecipadas do inciso I, para menos de 10 julgamentos do inciso II, o que deve se replicar na população em geral.

Observou-se também que os provimentos julgados pelo juízo *a quo*, muitas vezes eram alterados pelo juízo *ad quem*, como por exemplo, um pedido de tutela antecipada baseada no inciso I, que passava a ser analisado e julgado também com base no inciso II. Assim, não houve coincidência entre os provimentos julgados pelo juízo *a quo* e os recursos julgados pelo juízo *ad quem* em 10,21% das vezes, verificando-se que em 79,17% dos acórdãos alterados houve o acréscimo de outro inciso.

É importante notar que a maioria dos acórdãos que tiveram provimentos alterados pelo acréscimo de outro inciso foi contrária à antecipação da tutela (78,95% dos casos). Por outro lado, da análise dos provimentos simplesmente alterados, isto é, em que não houve a inclusão de outro inciso para a complementação da análise e do julgamento, percebeu-se que o percentual de acórdãos em que o relator foi contrário ao deferimento da tutela antecipada foi

de 40%, ou aproximadamente 97,38% menor do que o percentual de acórdãos contrários quando houve acréscimo de outro inciso.

Da leitura dos acórdãos que tiveram provimentos alterados, não se depreende nenhum argumento que demonstre erro do juízo *a quo* e pode-se dizer que a razão básica dessa alteração não provém de erro, mas do acréscimo de outro inciso que possa ser utilizado pelo relator do recuso para desencorajar o litigante, que não teve seu pedido atendido, de pedir novamente antecipação de tutela com base no inciso não julgado, e principalmente, impedir a interposição de embargos à declaração por omissão tentando reverter a decisão judicial, pois houve alta porcentagem de indeferimentos dos provimentos analisados em conjunto, com 81,25% de indeferimentos.

Dessa forma, foram encontrados acórdãos em que houve análise do *periculum in mora* e do abuso de direito de defesa ou do propósito protelatório de forma concomitante em 45,95% dos casos julgados pelo juízo *a quo* e em 63,46% dos casos julgados em recurso, apesar da conhecida independência e alternatividade entre os incisos I e II. Tais análises conjuntas dos incisos I e II foram superficiais ou mais aprofundadas e contundentes. As análises mais superficiais foram relativas ao inciso II, quando o foco principal de análise foi o inciso I, tendo-se descartado sua ocorrência sem maiores fundamentações e representaram 4,64% da “amostra de interesse”. Por outro lado, em 8,44% da “amostra de interesse” o relator ou o juízo *a quo* fizeram uma análise mais detida dos dois incisos e, por isso, foi utilizada a expressão “inciso I e II” para nomeá-los. Houve também 2 acórdãos em que foram analisados concomitantemente os incisos I, II e o II, § 6º do CPC e representaram 0,84% da “amostra de interesse”.

Seguindo o mesmo raciocínio, não se pode atribuir à análise conjunta dos incisos I e II falta de técnica, fato confirmado pela análise qualitativa, que verificou que não há deficiência técnica no Tribunal de Justiça de São Paulo, mas posicionamentos mais ou menos conservadores e alinhamento doutrinário bem estabelecido, sendo a maioria dos acórdãos bem fundamentada, salvo exceções, o que fornece maior verossimilhança à tese de reforço argumentativo para indeferimento da tutela antecipada e mostra que a análise qualitativa e a análise quantitativa foram complementares e exerceram importante sinergia para o esclarecimento de questões relativas à tutela sancionatória.

Todavia, como afirmado, tais explicações requerem melhores estudos e compreensão, utilizando-se ferramentas estatísticas mais avançadas e prospectando novos dados.

Em outra perspectiva analisada, observou-se que o momento processual preferencial do pedido da tutela antecipada é o início do processo. A tutela baseada na urgência tem no início do processo seu momento preponderante (94,30% dos pedidos), fato que não ocorre tão intensamente com a tutela sancionatória (55,00% dos pedidos). Pôde-se constatar, que apesar de o início do processo ser o momento preferencial para o pedido da tutela do inciso II, sua distribuição entre os outros momentos se dá de maneira mais proporcional, sendo que o número pedidos após a contestação, em sentença e em recurso foi muito superior à encontrada na tutela de urgência.

Ao contrário do que se pensava, a tutela antecipada sancionatória (inciso II) demonstrou maior aceitação (em primeiro grau e em recurso) do que os outros provimentos (inciso I e inciso I e II em conjunto) quando solicitada *inaudita altera pars*. No entanto, como os outros provimentos, também obteve alto percentual de rejeição, sendo que apenas 16,67% dos pedidos foram deferidos pelo juízo *a quo* e 33,33% dos recursos foram favoráveis ao seu deferimento. Este fato é motivado pela percepção de grande parte dos doutrinadores, e seguida pelos julgadores, conforme verificado na análise qualitativa, de que não são possíveis defesas abusivas e condutas manifestamente protelatórias antes de completada a relação jurídico-processual. Ou seja, haveria necessidade de prévia manifestação do réu no processo para havê-las.

Entretanto, há de se notar que tal resistência é motivada muito mais pelo momento do pedido, ou seja, da resistência de se deferir qualquer provimento do artigo 273 do CPC *inaudita altera pars* do que uma resistência gerada especificamente por determinado inciso, como o inciso II, sendo que a raiz dessa oposição é uma resposta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que muitas vezes é levado a ferro e fogo mesmo em detrimento de direitos claramente líquidos e certos.

Notou-se ainda, que em todos os provimentos solicitados *inaudita altera pars* houve diminuição percentual de indeferimentos em recurso, com destaque para o inciso II analisado isoladamente e para o inciso I, também analisado de maneira isolada, demonstrando que em recurso há maior facilidade de se admitir o deferimento de medidas *inaudita altera pars* devido, possivelmente, à decisão colegiada. No entanto, percebeu-se que a maior rejeição em recurso foi a presente na análise conjunta dos incisos I e II, e, ao mesmo tempo foi a que apresentou menor variação percentual de diminuição de indeferimentos em recurso, fato que corrobora a hipótese de que a inclusão de outro inciso na análise sirva ao propósito de, nas

decisões contrárias à antecipação de tutela, evitar embargos à declaração e novos pedidos baseados em inciso que não seria analisado.

Quando os pedidos foram feitos *initio litis*, pôde-se apurar que o juízo *a quo* possui maior liberdade e conforto para deferir tutelas antecipadas baseadas em urgência, provavelmente pela maior confiança em decidir após a ouvida do réu e, por isso, fica mais sujeito a reformas em grau de recurso. Quanto aos inciso II e inciso I e II analisados em conjunto, observou-se o contrário, pois o juízo de primeiro grau é menos propenso a deferir tutelas antecipadas destes casos do que o juízo de recurso.

Quanto às tutelas solicitadas pós-contestação, pôde-se inferir que a confiança do juízo *a quo* para deferir o provimento cresce ainda mais após a contestação do réu, haja vista, que o percentual de deferimentos foi de 100% nos incisos I e II analisados em separado, o que o leva a ficar mais livre para decidir pelo deferimento da antecipação de tutela, mas, ao mesmo tempo, ser mais refutado pelas decisões em recurso, como ocorreu com o inciso I.

Por outro lado, apesar de a tutela antecipada pedida em sentença trazer maior segurança ao juiz de primeiro grau, no sentido de deferir a antecipação de tutela, é de se notar que o percentual de indeferimentos em sentença foi maior do que aquele verificado pós-contestação, mesmo que na sentença já tenha ocorrido o exaurimento da instrução, o que ainda não ocorreu no momento “pós-contestação”, pois as provas ainda estão sendo analisadas e submetidas ao contraditório.

Esta situação pode ser explicada, dentre outros motivos, pelo advento da lei n. 11.232 de 22.12.2005, que alterou o conceito de sentença, que passou a ser ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC. Diante disso, parece impossível a alguns magistrados antecipar a tutela na sentença. Entretanto, é irracional admitir que não poderá ser prestada a tutela antecipatória após o encerramento da fase instrutória. Há um grande equívoco no sistema processual brasileiro, que impede a execução da sentença na pendência do recurso de apelação, “nem ao menos quando estão presentes os fundamentos que justificam a própria tutela antecipatória” (MARINONI; ARENHART, 2008, p.217).

Quando as tutelas foram solicitadas em recurso, os números apurados demonstram que a solicitação baseada na urgência tem maior aceitação em grau de recurso do que a tutela antecipada baseada no abuso de direito de defesa ou no propósito protelatório, pois é mais fácil para o relator verificar a probabilidade do direito do autor em recurso, já que, nesse

momento do processo houve análise exauriente do mérito, do que verificar a ocorrência de um recurso protelatório ou o abuso de direito.

Quando se compara o percentual de indeferimentos dos três tipos de provimentos analisados, ou seja, o inciso I, o inciso II e o inciso I e II conjuntamente, independentemente do momento do pedido, observou-se que a maior rejeição em relação ao inciso I e II analisado em conjunto tanto na análise do juízo *a quo* quanto na análise do juízo *ad quem* ratifica a afirmação feita anteriormente de que a inserção da análise de outro inciso, como, por exemplo, a inserção do inciso II quando o que se discute é o inciso I, tem objetivo principal de evitar recursos devido à decisão contrária à antecipação da tutela.

Em outra frente de análise, verificou-se que o recurso mais utilizado para este fim é o agravo de instrumento, que representa 94,04% dos recursos em que se rediscute o cabimento do provimento ou do não provimento da antecipação de tutela.

Sobre o alinhamento doutrinário, é grande a preponderância de Cândido Rangel Dinamarco nas fundamentações adotadas, sendo que seu nome e uma de suas obras (“A reforma do Código de Processo Civil”) aparecem em, respectivamente, uma a cada quatro citações de autores e uma a cada cinco citações de obras referentes ao tema. Entretanto nomes como o de Humberto Theodoro Júnior e Luiz Guilherme Marinoni aparecem com destaque.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. C. **Manual do novo Código de Processo Civil - Parte Geral** v. 1. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ARANEGA, G. F. S.; TEIXEIRA, R. V. G. A concessão da tutela antecipada *ex officio* no caso de abuso de direito de defesa. **Revista de Processo**, v. 40, n. 240, 2015.

ARENHART, S. C. Tutelas sumárias, tutelas de urgência e o pensamento de Alcides Munhoz da Cunha. **Revista de Processo**, v. 40, n. 241, 2015.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. A "Plenitude de Defesa" no processo civil. In: **As Garantias do Cidadão na Justiça (coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira)**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. **Curso de Processo Civil**. v.1 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000a.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. **Curso de processo civil**. v.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000b.

BARBOSA, A. C. Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo Código de Processo Civil: breves comentários. **Revista de Processo**, v. 36, n. 194, p. 243–276, 2011.

BARBOSA MOREIRA, J. C. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. **Revista de Processo**, n. 104, 2001.

BARBOSA MOREIRA, J. C. Abuso do Direito. **Revista síntese direito civil e processual civil**, p. 125–134, 2003.

BEDAQUE, J. R. DOS S. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BONATO, G. Os référés. **Revista de Processo**, v. 40, n. 250, 2015.

CARRILHO LOPES, B. V. **Tutela Antecipada Sancionatória**: art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CASTRO FILHO, J. O. **Abuso do direito no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CAVALCANTI FILHO, A. DE M. A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo código de processo civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça. **Revista de Processo**, v. 39, n. 238, 2014.

CIANCI, M. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). **Revista de Processo**, v. 40, n. 247, 2015.

CRUZ E TUCCI, J. R. Garantia do processo civil sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, J. R. (Ed.). **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234–262.

CUNHA, A. L. DA; ZAINAGHI, M. C. Tutela provisória no novo CPC e antecipação de tutela em ação de despejo. **Revista de Processo**, v. 40, n. 248, 2015.

DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Juspodim, 2011.

DINAMARCO, C. R. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

DINAMARCO, C. R. O regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Forense**, n. 356, 2001.

DINAMARCO, C. R. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009a.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009b.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FREITAS JUNIOR, H. M. DE. Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 179–219, 2013.

GAJARDONI, F. DA F. **Novo CPC: a ressurreição da ação de depósito**. 2015. Disponível

em: <<http://jota.info/novo-cpc-ressurreicao-da-acao-de-deposito>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

GONÇALVES, M. V. R. **Novo Curso de Direito Processual Civil:** Teoria Geral e Processo de Conhecimento. Parte 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, A. P. Ética, abuso do processo e resistência às órdens judiciárias: o contempt of court. **Revista de Processo**, n. 102, 2001.

JÚNIOR, H. T. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 40, n. 244, 2015.

LEONARDO, C. A. L. **Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva.** [s.l.] Universidade de São Paulo, 2013.

LIMA, B. S. DE; EXPÓSITO, G. “Porque tudo que é vivo, morre”: Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. **Revista de Processo**, v. 40, n. 250, 2015.

MACÊDO, L. B. DE. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**. **Revista de Processo**, v. 39, n. 238, 2014.

MACÊDO, L. B. DE. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, v. 40, n. 242, 2015.

MACEDO, E. H. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção? **Revista de Processo**, v. 40, n. 250, 2015.

MACIEL JÚNIOR, V. DE P. A tutela antecipada no projeto do novo CPC. In: FREIRE, A. et al. (Eds.). **Novas tendências do Processo Civil:** Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodim, 2013. p. 305–332.

MARINONI, L. G. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, L. G. **Antecipação da tutela.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, L. G. No TitleTutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). **Revista de Processo**, v. 40, n. 245, 2015a.

MARINONI, L. G. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**, v. 40, n. 249, 2015b.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. v. 2 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Processo de Conhecimento**. v. 2. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Procedimento Especiais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, R. C. **O ponto cego do direito**: The brasiliian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MEDINA, J. M. G.; ARAÚJO, F. C. DE; GAJARDONI, F. DA F. **Procedimentos cautelares e especiais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIELKE SILVA, J. **Tutela de urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

NEVES, D. A. A. **Tutela antecipada sancionatória**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151814010.TAsancionatoria.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

NOGUEIRA, L. F. V. O projeto do novo CPC e a tutela de evidência. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte**, v. 4, n. 7, p. 147–158, 2011.

OLIVEIRA, W. L. DE. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? **Revista de Processo**, v. 40, n. 242, 2015.

PEREIRA FILHO, B. C. Um novo código ou uma reforma ampla? **Gazeta do Povo**, 9 abr. 2010.

PEREIRA FILHO, B. C. Tutela dos direitos no novo Código de Processo Civil: Projeto 166. **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, n. 190, p. 49–59, 2011.

POCHMANN DA SILVA, L. C.; MENDES, A. G. D. C. Restrições à tutela de urgência em face da Fazenda Pública em demandas individuais e coletivas. **Revista de Processo**, v. 40, n. 242, 2015a.

POCHMANN DA SILVA, L. C.; MENDES, A. G. D. C. Os impactos do novo CPC na razoável duração do processo. **Revista de Processo**, v. 40, n. 241, 2015b.

PUOLI, J. C. B. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

RAMOS, G. G. Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no de amanhã. **Revista de Processo**, v. 40, n. 239, 2015.

REDONDO, B. G. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, v. 40, n. 244, 2015.

SCARPARO, E. A estabilização da tutela de urgência satisfativa no anteprojeto de código de processo civil: um exame em perspectiva político-epistemológica. **Revista Forense**, v. 110, n. 420, 2014.

SIMONASSI, M. Um breve panorama sobre as tutelas de urgência e de evidência no sistema do novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 21, n. 82, p. 105–126, 2013.

SOUZA, A. C. DE. Análise da tutela antecipada no projeto da Câmara dos Deputados no novo CPC: tutela satisfativa urgente e de evidência - tutela cautelar (primeira parte). **Revista de Processo**, v. 39, n. 230, p. 127–171, 2014a.

SOUZA, A. C. DE. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC. **Revista de Processo**, v. 39, n. 235, p. 151–186, set. 2014b.

SOUZA, A. C. DE. Celeridade processual e a máxima da razoabilidade no novo CPC (Aspectos positivos e negativos do art. 4.º do novo CPC). **Revista de Processo**, v. 40, n. 246, 2015.

TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TALAMINI, E. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a monitorização do processo civil brasileiro. **Revista de**

**Processo**, v. 37, n. 209, p. 13–34, 2012.

TALAMINI, E. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. **Revista de Processo**, v. 40, n. 246, 2015.

TARUFFO, M. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

THEODORO JR., H. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, JOSÉ C. B. (Ed.). **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

THEODORO JR., H. **Processo cautelar**. 23. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2006.

VINCENZI, B. V. DE. **A boa-fé no processo civil**: aplicação da cláusula geral da boa-fé no processo civil. [s.l.] Universidade de São Paulo, 2002.

ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.