

A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA COMO FORMA DE GARANTIA DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA¹

Dyego Rodrigo Martins da Silva Veras*

RESUMO

O presente artigo tem como base a análise da aplicação do instituto processual da tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio como meio capaz de efetivar o princípio constitucional do acesso à justiça, abordando sua parte histórica, sua evolução jurídica no Brasil e seus princípios. Tem como objetivo garantir o exercício pleno do direito de acesso à justiça para todos os cidadãos. Através da metodologia aplicada, que se fundamenta na análise lógica das legislações, da doutrina e da jurisprudência atuais, constatou-se que houve uma modificação na aplicabilidade da tutela antecipada no sistema jurídico brasileiro, onde o autor deve apresentar requerimento expresso e o juiz deve expor os motivos de seu convencimento para a concessão.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Princípios. Constituição Federal de 1988. Acesso à justiça. Motivação das decisões judiciais.

ABSTRACT

This article is based on the analysis of the implementation of the institute injunctive relief in the procedural law of country as a means able to effect the constitutional principle of access to justice by addressing its historical part, his legal developments in Brazil and its principles. It aims to ensure the full exercise of the right of access to justice for all citizens. Through the methodology, which is based on logical analysis of laws, doctrine and jurisprudence today, it was found that there was a change in the applicability of injunctive relief in the Brazilian legal system, where the author must have the express request and the judge shall state the reasons of his decision to grant.

¹ Artigo apresentado como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia Mater Christi, Mossoró-RN, 2011.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia Mater Christi – RN.
e-mail: dyego_canoa@hotmail.com.

Keywords: Injunctive Relief. Principles. Constitution of 1988. Access to justice. Motivation of judicial decisions.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como alicerce o estudo do instituto da tutela antecipada, advindo da idéia do direito italiano enquanto meio processual capaz de garantir ao autor de uma demanda processual a antecipação dos efeitos da sentença final de mérito.

Essa abordagem tratará, além da origem e da instituição da tutela antecipada no ordenamento pátrio, da sua evolução jurídica, a partir da necessidade da efetivação de referida medida como meio de defesa.

Noutro ponto, serão apresentados os princípios constitucionais atinentes ao instituto em questão, enquanto direitos fundamentais e normas basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, será defendida a aplicação da tutela antecipada como instrumento capaz de garantir aos cidadãos o preceito constitucional do acesso a justiça, tendo por base a segurança jurídica emanada da decisão proferida pelo magistrado.

2 A ORIGEM DA TUTELA ANTECIPADA E SUA EVOLUÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

Como se sabe, a tutela jurisdicional é espécie de proteção jurídica estatal que visa assegurar ao detentor de um direito subjetivo, a sua utilização de forma ampla e irrestrita, sem nenhum tipo de objeção ou interrupção por terceiros, através da provocação do Poder Judiciário.

Ao Estado cabe revestir-se de medidas assecuratórias capazes de garantir uma prestação jurisdicional eficiente, impossibilitando a degradação do direito subjetivo de seus jurisdicionados, que emana a aplicação da Tutela Antecipada, instituto oriundo do Direito Italiano, caracterizada pela sua provisoriedade baseada em análise sintética do conjunto de provas juntado aos autos.

Dessa feita, cabe inicialmente tratar de alguns dos pontos relacionados ao instituto da Tutela Antecipada, desde sua origem no Direito Italiano, o processo evolutivo

desencadeado em nosso ordenamento, bem como os motivos que levaram a sua inserção e amplitude de abrangência no sistema processual civil pátrio.

2.1 ORIGEM DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

O surgimento da Tutela Antecipada remonta ao Direito Romano, exatamente ao período clássico de seu processo civil, através do chamado “*interdicto*” ou “*interdictum*”, efetivamente emanado pelo “pretor” – detentor do poder de império para a solução dos litígios –, sendo responsável por decidir qualquer tipo de controvérsia sem a participação das partes envolvidas². O interdito se caracterizava como sendo uma forma de tutela de urgência de cunho satisfativo e caráter provisório, baseado em juízo de verossimilhança e probabilidade, para a obtenção da pretensão inicial do autor de forma imediata.

Diante da morosidade da prestação jurisdicional no procedimento ordinário italiano, tornou-se necessária a implantação de uma medida capaz de garantir a proteção do direito do requerente, em face do caráter urgente da aplicação de uma tutela de satisfação plena.

Como forma de garantir a aplicação da justiça e atender aos anseios da sociedade romana, foi dado aos pretores o poder de decidir o mérito da controvérsia, de forma positiva ou negativa, firmando sua decisão nas alegações do requerente, o que acarretou na aplicação de um procedimento sumário, e por sua vez, mais célere e eficaz, através da prolação de decisão de caráter provisório. A aplicação do interdito era possível sempre que fosse necessária a implementação de uma tutela de urgência, independentemente do interesse público ou privado envolvido, apesar de extrapolar os limites da jurisdição romana.

Assim sendo, resta notório que no procedimento interdital, a atribuição valorativa das provas, apesar de seu caráter sintético, era inerente ao pretor; no caso da existência de corpo probatório complexo, a decisão pronunciada deveria ser constituída com base em juízo de probabilidade, com especial atenção a celeridade processual.

Dessarte ficou evidenciada a importância do interdito no processo civil romano, uma vez que era capaz de efetuar a prestação jurisdicional pretendida pelo autor do direito lesado, de forma célere e efetiva, tendo este sistema influenciado diretamente no ordenamento processual pátrio, ante a inexistência de qualquer forma de prestação urgente de tutela satisfativa.

² Maria Cristina da Silva Carmignani. “A origem romana da tutela antecipada”. São Paulo: Ltr, 2001, p. 05.

2.2 EVOLUÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

Como anteriormente exposto, a morosidade da prestação jurisdicional por meio do procedimento ordinário aliada ao insuficiente instrumento cautelar existente, foi responsável pela mudança de atitude emanada do direito italiano, desencadeando em uma nova forma de regulação das medidas provisórias de tutela defendida por sua doutrina.

Inicialmente, a preocupação era apenas com os bens envolvidos no processo, inexistindo qualquer tipo de medida que visasse sua conservação. Com base nisso, nasceu a Teoria das Medidas Cautelares, a qual tinha por fim maior proteger os bens envoltos em litígios, mas deixou-se sem normatização a demora na prestação jurisdicional de caráter satisfativo.

Nesse ínterim, passou-se a adotar um novo tipo de fundamentação legal para a concessão da tutela satisfativa, abandonando-se sua antiga função meramente acautelatória, em face da criação das ações satisfativas de caráter cautelar, ganhando novo escopo exegético e amplitude de alcance onde era possível a antecipação dos efeitos da tutela meritória pretendida em face da urgência.

Diante da inexistência de algum instituto capaz de prestar a tutela satisfativa buscada pelo autor, em caráter genérico e de forma sumária, os Tribunais e Juízes pátrios se viram obrigados a utilizarem os institutos oriundos do Direito Italiano. Antes mesmo da Lei 8.952/94, já havia na comunidade jurídica um sentimento de que era necessária a elaboração de instrumentos que evitassem a demora processual que tornava as decisões judiciais cada vez mais inúteis.

No Direito Brasileiro, a Tutela Antecipada foi introduzida em normas esparsas de caráter excepcional, como forma de garantir a satisfação adjacente do direito subjetivo, tutelado por procedimentos tidos como especiais (ações possessórias, ação de alimentos, mandado de segurança), o que não ocorria com os outros tipos de procedimentos existentes desde então (ordinário e sumário).

O Estado não podia escusar-se de assegurar a sociedade o devido acesso à justiça, tendo em vista seu caráter geral e irrestrito, devendo utilizar todos os mecanismos disponíveis para a proteção dos direitos fundamentais dos jurisdicionados. Assim, deveria existir todo um corpo normativo com capacidade de garantir à população a tutela específica do bem jurídico subjetivo.

Assim, a tutela cautelar passou a ser utilizada de forma contrária ao seu real objetivo que era a salvaguarda dos efeitos benéficos da tutela definitiva de caráter satisfativo, passando-se a concessão de medidas satisfativas revestidas de atipicidade, o que a Jurisprudência pátria denominou “cautelares satisfativas”.

Por meio deste novo entendimento, a tutela antecipada envolta de satisfatividade passou a ser concedida a partir do preenchimento dos requisitos caracterizadores da tutela cautelar, ou seja, do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Tais medidas visavam, primordialmente, garantir a prestação jurisdicional com a obtenção da tutela satisfativa pretendida de forma célere.

Ante a inadequação do sistema de tutela de direitos em grau de urgência, o Poder Judiciário foi obrigado a utilizar o princípio da adequação, de forma que foi necessária a adaptação da processualística pátria para extinguir as lacunas legislativas existentes, o que gerou uma mudança no tratamento dispensado ao tema.

Tornou-se necessária a criação de institutos que tivessem em seu bojo a finalidade precípua de atender antecipadamente a satisfação da pretensão, desde que presentes determinados requisitos básicos, evitando-se lesão às partes e, ao mesmo tempo, garantindo agilidade na prestação da justiça.

Noutro ponto, se fez necessário o estabelecimento de medidas de efetivação da tutela estatal. Ante a limitação inerente a tais medidas, percebeu-se que era salutar a ampliação de seu acesso, acabando com o caráter restritivo até então existente, e passando-se a dotá-lo de generalidade, onde fosse garantido a todos os jurisdicionados.

Em contraponto ao regime de prestação da tutela jurisdicional adotado no país e defendendo a existência de tutelas provisórias, o Exmo. Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki aduz: *Em caso tais, insuficientes que são os mecanismos ordinários da prestação da tutela, faz-se mister, para que não fique comprometida a eficácia da função jurisdicional monopolizada pelo Estado, a adoção de medidas acautelatórias*³.

Com este fito foram criadas as Tutelas de Urgência, medidas de caráter especial que visavam evitar a demora na prestação jurisdicional, ou seja, medidas que antecipavam os possíveis efeitos do julgamento de mérito emanado do juiz.

2.3 REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E CRIAÇÃO DO INSTITUTO

³ Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela”, 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25.

Não se podia mais corroborar com o sistema processual existente, o qual era extremamente ultrapassado no que dizia respeito à consagração de sua função de ação e defesa do direito subjetivo material do jurisdicionado. A demora que permeava o procedimento comum acarretava na inutilidade das decisões que vinham a ser proferidas, uma vez que àquele que buscava o manto do Estado para a resolução dos conflitos, queria uma resposta rápida e eficiente aos seus anseios, ante o perigo que envolvia seu direito.

Ademais, a inexistência de medidas assecuratórias de uma prestação jurisdicional de caráter efetivo e concreto, configurava para muitos uma forma de denegação da justiça, tendo em vista que a medida cautelar não possuía força normativa suficiente para a consecução da efetiva tutela pretendida.

Nesse sentido, merecem destaque as palavras de Frederico Carpi: *A perspectiva não é nova; o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos não é efetiva se não é obtível rapidamente*⁴.

A desatualização do direito processual pátrio em conjunto com a necessidade de sua evolução metodológica, tendo em vista que a lei processual utilizada datava do ano de 1973, fez surgir nos processualistas nacionais o sentimento de que era preciso haver uma ampla reforma capaz de acabar com a morosidade da prestação da tutela jurisdicional.

Esse sentimento mútuo resultou no chamado “movimento reformista”, que teve como base dois pontos principais: a adoção de medidas capazes de remover as barreiras processuais que impediam a prestação do direito material substantivo de forma tempestiva, bem como a necessidade de elevar o grau de confiabilidade e segurança do Poder Judiciário. Estava cada vez mais evidente que o sistema processual utilizado não era capaz de garantir a celeridade necessária à obtenção da proteção do direito subjetivo, ante a demora nas decisões advindas do Judiciário na resolução dos conflitos.

Assim, tornaram-se prioritárias as medidas que visassem à busca por uma tutela jurisdicional efetiva, as quais trouxessem em seu bojo, ações que fossem capazes de solucionar efetivamente as demandas judiciais existentes, e ao mesmo tempo, resguardassem o direito subjetivo dos envolvidos.

Embora cada vez mais evidente a necessidade de mudanças em nosso ordenamento no que se referia à efetividade e tempestividade da prestação da tutela

⁴ *La Tutela d'Urgenza fra Cautela, "Sentenza anticipata"* e Giudizio di Mérito, Relazione in XV Convegno Nazionale, Bari, 1985, p.4.

jurisdicional, nenhuma medida concreta havia sido estabelecida, apesar dos enormes reclames de grande parte da cadeia jurídica nacional.

A necessidade da remodelação do ordenamento jurídico foi amplamente destacada por Kazuo Watanabe:

“O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução⁵”.

Em sua redação original, o Código de Processo Civil de 1973 dispunha em seu artigo 273 da seguinte forma:

Art. 273. O procedimento especial e o procedimento sumaríssimo regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicado-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.

Como visto, referido dispositivo não fazia nenhum tipo de menção ao instituto da tutela antecipada, notoriamente ainda não abarcado por nosso ordenamento, o que gerou a urgente necessidade de alterá-lo dando maior efetividade à prestação jurisdicional. Destarte, como forma de garantir a proteção do direito subjetivo material dos jurisdicionados, os quais sempre eram prejudicados em face da morosidade da prestação estatal, foi formada uma Comissão de juristas com a finalidade maior de revisar as normas constantes do Código vigente e elaborar medidas capazes de solucionar os entraves judiciais existentes.

Assim, coube à supracitada Comissão de juristas solucionar a falta de uma medida capaz de efetivar a atuação estatal, garantindo a proteção do direito subjetivo do autor em detrimento da lesão sofrida. Diante deste quadro foi criada uma forma de tutela jurisdicional de caráter individualizado, em que se garantiria a prestação da tutela satisfativa de maneira célere e efetiva, por meio de uma cognição sumária do magistrado, lastreada em juízo de probabilidade.

Coube a Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994, instituir no âmbito do processo civil brasileiro a Tutela Antecipada, alterando alguns dispositivos do Código de Processo Civil, em especial o artigo 273, o qual passou a ter a seguinte redação:

⁵ Kazuo Watanabe, “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não-Fazer – arts. 273 e 461 do CPC”, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p.20.

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

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

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

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

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

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

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

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

Por meio da tutela antecipada buscava-se a salvaguarda de direitos suscetíveis de perecimento em razão da extensa dilação temporal do processo, como forma de integrar a aplicação dos princípios da segurança jurídica e da efetividade da tutela jurisdicional.

A característica primordial das decisões proferidas na antecipação de tutela era serem revestidas de provisoriedade na proteção contra a lesividade ao direito subjetivo do autor, podendo ser modificadas a qualquer tempo, tendo como escopo a garantia de um nível mínimo de segurança.⁶

Caberia então ao autor provar o atingimento ao direito subjetivo, ao mesmo tempo em que estivessem presentes os requisitos básicos necessários descritos no artigo 273 do Código de Processo Civil, para que pudesse requerer judicialmente a sua proteção e a garantia dos efeitos do provimento final, antes mesmo da análise da questão meritória. Caberia ao magistrado, então, abandonar a ultrapassada cognição exauriente, enormemente utilizada na processualística pátria, e passar a adotar a aplicação da cognição sumária, nos casos abrangidos pelos delineamentos contidos no artigo 273 do Código.

Como forma de concretizar a aplicação do instituto da Tutela Antecipada, a Lei 10.444 de 07 de maio de 2002 alterou o texto do parágrafo 3º e acrescentou os parágrafos 6º e 7º ao supramencionado artigo 273 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

(...)

§ 3º. 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.

(...)

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

⁶ Tiago Asfor Rocha Lima, "Antecipação dos Efeitos da Tutela", Salvador, Ed. Jus Podium, 2009, p. 46.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Em linhas gerais, percebe-se que o intuito primordial da inserção de tais artigos foi garantir a efetividade jurídica que envolve a aplicação da Tutela Antecipada, servindo de base para a consecução da atividade jurisdicional do Estado. A cognição sumária atinente a antecipação da tutela deve sempre estar intimamente ligada ao corpo probatório levado aos autos pelo autor. Neste sentido, merece destaque a definição de cognição de Kazuo Watanabe:

“A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fatos e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo⁷”.

É insofismável a aplicação cada vez maior da cognição sumária na sistemática processual brasileira, visto que a demora oriunda da cognição completa acarreta na inutilidade das decisões proferidas.

3 PRINCÍPIOS CORRELATIVOS AO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

Princípios são, em linhas gerais, normas basilares nas quais se fundam determinado tema. No campo jurídico, são de suma importância na formação das normas que constituem o ordenamento. De Plácido e Silva assim os define:

“Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito⁸”.

É imensurável o valor real dos princípios no campo do Direito, estando inseridos no seio da Constituição Federal de 1988, adquirindo, assim, status de normatividade, ou seja, compõem a estrutura interna do nosso ordenamento jurídico.⁹ Os princípios possuem atualmente caráter de preceitos fundamentais da ordem jurídica, uma vez que seu campo de

⁷ Kazuo Watanabe, “A cognição no processo civil”, 3 ed. rev. e atual. São Paulo, Perfil, 2005, p. 67.

⁸ De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639.

⁹ Tiago Asfor Rocha Lima. Antecipação dos Efeitos da Tutela, Salvador, Ed. Jus Podium, 2009, p. 23.

aplicação é ilimitado. Sua importância é devidamente reconhecida por Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] “princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo¹⁰”.

Dessa forma, os princípios constitucionais têm por finalidade garantir a consagração do Estado Democrático de Direito, essencial para uma prestação jurisdicional efetiva.

3.1 ACESSO À JUSTIÇA (ARTIGO 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

O direito do acesso à justiça está inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 com a seguinte disposição: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Também denominado como “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, visa precipuamente possibilitar a todos os cidadãos, indistintamente, o acesso à prestação jurisdicional e, conseqüentemente, a proteção ao direito subjetivo lesado ou na iminência de sê-lo.

O brilhante Kazuo Watanabe, abordando o tema em destaque, abaliza que:

“O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV, da CF, não assegura, apenas, o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem econômica justa¹¹”.

Assim, fica claro que o Estado não pode escusar-se da defesa dos direitos inerentes a seus jurisdicionados, uma vez que é ele o responsável por dar condições para que referidos direitos não sejam maculados, ou ao menos, diminuídos. Para que a prestação jurisdicional seja levada a cabo é necessário que seja dotada de efetividade, garantindo assim, uma decisão justa e completa, baseada no corpo probatório colacionado aos autos. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹²:

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 14. ed. ref. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807/808.

¹¹ Kazuo Watanabe. Controle Jurisdicional (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

¹² A Constituição e o Supremo. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 04/10/2010.

“A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível”. (RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20-08-96, 2ª Turma, DJ de 02-05-97)

“A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completo, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes”. (RE 172.084, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-11-94, DJ de 03-03-95)

No campo da tutela antecipada, pode-se depreender que a aplicação deste instituto nada mais é do que uma forma de garantia da aplicação do princípio do acesso à justiça, tendo em vista que concede a utilização do direito subjetivo requerido antes da decisão de mérito. O fato de se antecipar os efeitos de uma decisão definitiva posterior, leva em conta a existência de meios assecuratórios de proteção, os quais estão intimamente ligados com a finalidade maior desta norma constitucional: garantir a prestação jurisdicional do Estado a todos os cidadãos.

Indispensável expor as precisas palavras de Alexandre de Moraes acerca do tema em comento:

“O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue¹³”.

Não pode haver qualquer tipo de limitação ou objeção a garantia inerente ao jurisdicionado de proteger seu direito material. Neste sentido, são incalculáveis a importância e a utilidade do instituto da Tutela antecipada em nosso ordenamento, como uma das mais salutares medidas de garantia do acesso à Justiça.

3.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL (ARTIGO 5º, INCISO LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Consagrado no artigo 5º, em seu inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, contém a seguinte redação: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”, o princípio do devido processo legal tem como escopo a garantia de uma prestação estatal eficaz a todos os jurisdicionados, dentro de um processo justo e capaz de

¹³ Alexandre de Moraes. Direito Constitucional. 15.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 105.

entregar aqueles que tiveram um direito subjetivo agravado, a proteção necessária para o seu uso irrestrito.

É notório que a concessão dos efeitos da tutela antecipada não fere o princípio em comento, tendo em vista que o que se antecipa são apenas os efeitos de uma posterior decisão de mérito, os quais podem ser modificados ou revogados a qualquer tempo, e não o mérito em si, objeto maior da demanda.

O que ocorre é, pura e simplesmente, uma inversão no cronograma da prestação jurisdicional, onde uma decisão futura é antecipada em face da lesão efetiva ou sua iminência ao direito subjetivo do jurisdicionado, lastreada em juízo de verossimilhança. Assim, fica clara a necessidade de tal inversão para que se possa evitar a manutenção do abuso do direito material subjetivo e, ao mesmo tempo, avalizar o devido processo legal, efetivando-se a prestação jurisdicional correlata.

Pode-se dizer que o princípio do devido processo legal possui caráter duplo de proteção ao cidadão uma vez que, materialmente visa proteger o direito de liberdade do jurisdicionado e formalmente visa garantir sua defesa irrestrita. Nesse sentido, cabe expor parte do voto do iminente ex-ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal, onde aborda o princípio do devido processo legal atribuindo-o dois aspectos. Vejamos:

“Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. (...) Due process of law, com conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual – procedural due process – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa”. (ADI 1.511-MC, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-96, Plenário, DJ de 06-06-03) ¹⁴.

Como visto, para o ilustre ex-ministro o princípio em questão seria dotado de caráter duplo, uma vez que teria um aspecto substantivo, caracterizado pela limitação ao Poder Legislativo quando da elaboração das leis e, por outro lado, um aspecto processual, galgado na garantia de um processo judicial justo.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona na defesa e no respeito ao princípio do devido processo legal:

“Limitação de direitos e necessária observância, para efeito de sua imposição, da garantia constitucional do devido processo legal. A imposição estatal de restrições

¹⁴ A Constituição e o Supremo. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 04/10/2010.

de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do *due process of law*, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes”. (AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-05-06, Plenário, DJ de 16-06-06)¹⁵.

Pode-se dizer que este princípio constitucional está intimamente ligado ao anteriormente suscitado, uma vez que a aplicação do devido processo legal acarretaria na garantia do acesso à justiça.

3.3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA (ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Assim como os demais princípios anteriormente apresentados, os princípios do contraditório e da ampla defesa são direitos fundamentais atinentes a todos os jurisdicionados, sendo imprescindíveis para uma prestação estatal justa e dotada de efetividade. Encontram-se dispostos na Constituição Federal de 1988, exatamente em seu artigo 5º, inciso LV: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Enquanto corolários do princípio do devido processo legal, devem ser amplamente respeitados quando da prestação jurisdicional, uma vez que inexistindo o atendimento ao contraditório e, conseqüentemente, à ampla defesa, referida prestação não terá sido revestida de legitimidade.

A ampla defesa pode ser delineada como sendo a garantia dada ao réu de que todos os meios assecuratórios serão exercidos de maneira plena, com a finalidade maior de esclarecer os fatos incontroversos existentes nas demandas judiciais. Por sua vez, o contraditório pode ser explanado como sendo a utilização da ampla defesa, onde será dada a cada um dos litigantes a oportunidade de apresentar suas razões, com vistas à resolução da referida demanda.

A Jurisprudência¹⁶ do Supremo Tribunal Federal expõe a dimensão e a importância da aplicação destes princípios para o exercício efetivo da função jurisdicional do Estado.

¹⁵ A Constituição e o Supremo. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 06/10/2010.

¹⁶ A Constituição e o Supremo. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 07/10/2010.

A garantia do direito de defesa contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. (RE 426.147-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-03-06, 2ª Turma, DJ de 05-05-06).

A garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline (RE 255.397, 1ª T., Pertence, DJ 07-05-04). No mesmo sentido: RHC 96.433, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 20-10-09, 1ª Turma, DJE de 20-11-09.

Adentrando na seara da tutela antecipada, podemos perceber que a aplicação destes princípios sofre uma espécie de “leve supressão” quando da concessão deste instituto, uma vez que, na maioria dos casos, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida é feita com base apenas nas razões explanadas pelo autor da demanda, sem a devida contraposição da parte contrária.

Tal sentimento é rapidamente denegado quando se leva em consideração a necessidade da concessão de uma medida de caráter provisório, no caso, da antecipação dos efeitos da tutela, como única forma de garantir a proteção do direito subjetivo material do autor. O que acontece, na verdade, é uma espécie de “transferência” da aplicação real destes princípios para o momento da efetivação da tutela anteriormente concedida, quando será dado o livre exercício do contraditório e da ampla defesa.

A concessão da tutela antecipada não fere o exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista ser envolta de provisoriedade, baseada em uma cognição sumária do magistrado.

3.4 CELERIDADE OU EFETIVIDADE PROCESSUAL (ARTIGO 5º, INCISO LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

O princípio da celeridade ou efetividade processual, inserido no corpo da Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXXVIII, define que: “*todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. Referido princípio tem como ponto nodal o combate à morosidade da prestação da justiça pelo Estado, diante da inutilidade da maioria de suas decisões, o que acarreta no prejuízo ao detentor de um direito subjetivo lesado.

A falta de efetividade da prestação jurisdicional acarreta na deterioração do direito subjetivo ao qual se visa proteger a partir do proferimento de uma decisão judicial, impedindo a materialização do papel primordial do Estado. Assim, a celeridade processual deve ser utilizada de forma prudente, gerando benefício ao possuidor do direito subjetivo e punindo a

parte contrária da demanda, assegurando ao autor a efetividade da prestação jurisdicional, afastando o dano existente.

Merece destacar as precisas palavras do ilustre ministro Carlos Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal ao defender irrestritamente o uso do princípio da celeridade processual na prestação jurisdicional:

(...) de nada valeria a Constituição Federal declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo, se a ele não correspondesse o direito estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que a 'lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário ('universalização da Justiça', também se diz). (HC 94.000, voto do Min. Carlos Britto, julgamento em 17-06-08, 1ª Turma, DJE de 13-03-09)¹⁷.

3.5 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Por fim, e não menos importante, faz-se salutar abordar o princípio da motivação das decisões judiciais, insculpido no artigo 93¹⁸, inciso IX da Carta Magna de 1988, com a seguinte forma:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O ato que concede a antecipação dos efeitos da tutela, por se tratar de decisão interlocutória, deve ser devidamente fundamentado, onde o magistrado explanará de forma objetiva os motivos que o levaram a acatar os argumentos apresentados pelo autor da demanda, garantidos o caráter satisfativo da decisão e a sua aplicação imediata, antes da decisão final de mérito.

Dessa forma, é dever do magistrado demonstrar, de maneira completa e indiscutível, os motivos e apresentar a caracterização dos requisitos inerentes à concessão da tutela antecipada quando de sua decisão, sob pena de restar envolta de nulidade.

¹⁷ A Constituição e o Supremo. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 12/10/2010.

¹⁸ A Constituição e o Supremo. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 18/06/2011.

O Supremo Tribunal Federal, Corte maior do sistema judiciário brasileiro, possui entendimento pacificado sobre a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais.

Vejamos:

"A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidir, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional." (RE 435.256, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-5-2009, Primeira Turma, *DJE* de 21-8-2009.)

"A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes." (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-2001, Segunda Turma, *DJ* de 23-11-2007.) No mesmo sentido: HC 90.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, *DJE* de 20-3-2009.

Desta forma, a tutela antecipada pode ser entendida como uma forma de garantir ao titular do direito subjetivo, a sua utilização antes mesmo da conclusão da demanda, garantindo a efetivação da prestação jurisdicional. A tutela antecipada possui, em sua essência, a função de resguardar o direito do autor e, ao mesmo tempo, garantir efetividade jurisdicional, ou seja, é medida que visa proteger o direito fundamental do acesso à justiça, inerente a todos os jurisdicionados, de maneira irrestrita.

4 ABORDAGEM TÉCNICA DA TUTELA ANTECIPADA E SUA APLICAÇÃO COMO FORMA DE GARANTIA DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

4.1 APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como forma de minimizar o tempo da prestação jurisdicional e garantir a solução dos conflitos de interesses, o instituto da tutela antecipada coloca a disposição do autor da demanda a possibilidade de receber parcial ou totalmente o resultado pretendido com força

executiva para cumprimento imediato, durante a ação de conhecimento ou de execução e antes da sentença judicial. Essa é a essência da antecipação dos efeitos da tutela.

Misael Montenegro Filho define o instituto da tutela antecipada como sendo:

“... o instrumento processual que confere ao autor, desde que se encontrem presentes nos autos requisitos de natureza objetiva, parte ou a totalidade da prestação jurisdicional que lhe seria apenas conferida por ocasião da sentença, mediante requerimento expresso do interessado, a ser externado em qualquer fase do processo (na petição inicial ou por meio de petição avulsa)”¹⁹.

A antecipação dos efeitos da tutela não se configura como novo pedido, pois está inserido em um dos provimentos pretendidos na petição inicial, mesmo que parcialmente, não sendo caso de alteração do pedido ou da causa de pedir por parte do autor, sob pena de afronta ao disposto no artigo 264 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro aduz que:

“À evidência, os efeitos antecipados devem ser aqueles que a (provável) sentença de procedência da demanda terá aptidão para produzir. O juiz não pode antecipar efeitos mais amplos do que os que poderão decorrer da futura sentença (‘ultra petita’), nem efeitos de outra natureza (‘extra petita’); poderá, no entanto, antecipar apenas parcialmente os efeitos esperados, se a antecipação apenas parcial for suficiente para evitar o dano e adequadamente redistribuir os ônus do tempo no processo”²⁰.

4.2 PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS PARA CONCESSÃO

4.2.1 Prova inequívoca

Para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela não se exige a apresentação de prova plena, mas que a prova apresentada pelo autor da demanda tenha o condão de conferir ao juiz um alto grau de probabilidade de que o bem jurídico do autor foi atingido e que merece uma proteção emanada do Poder Judiciário.

Sobre o tema, Athos Gusmão Carneiro²¹ assevera que:

“A rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável. [...] A nós parece que a ‘inequívocidade’ da prova representa inclusive sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o ‘juízo de verossimilhança’, capaz de autorizar a antecipação da tutela”.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni²² explicita:

¹⁹ Misael Montenegro Filho. “Curso de direito processual civil”. 6ª ed. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2010.

²⁰ Athos Gusmão Carneiro. “Da antecipação da tutela”. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

²¹ Athos Gusmão Carneiro. “Da antecipação da tutela”. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21-22.

“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”.

Da mesma forma, não se torna obrigatória a juntada desse corpo probatório no momento do ingresso da ação judicial, podendo ser ampliada ou produzida durante o transcurso do processo, já que mesmo que o magistrado negue a concessão da tutela antecipada no início da demanda judicial por falta da prova inequívoca, referido pedido poderá ser acatado quando capaz de ser declarado o direito do autor.

4.2.2 Verossimilhança da alegação

Como dito em linhas anteriores, na concessão da tutela antecipada o juízo aplicado é de alta probabilidade e está intimamente ligada ao grau de convencimento do magistrado, que advém dos fatos e dos meios de prova apresentados nos autos do processo e de sua conseqüente proteção jurídica.

Logicamente, o nível de segurança que envolve a decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela não é igual aquele decorrente de uma decisão definitiva, já que envolto de provisoriedade, motivo pelo qual deve ser mais amplo do que o *fumus boni iuris* característico das ações cautelares. Teori Albino Zavascki discorre sobre este ponto nos seguintes termos:

“Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação de tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos²³”.

4.2.3 Requerimento expreso da parte

Diante da imprescindível necessidade da demonstração da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação para a caracterização do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, imperioso se faz que o autor da demanda judicial requeira expressamente a concessão da tutela antecipada, como forma de garantir a proteção ao bem jurídico maculado.

²² Luiz Guilherme Marinoni. “A antecipação da tutela”. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

²³ Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela”, 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 77.

Bem assim, não se pode aguardar a concessão de ofício pelo juiz, uma vez que referida prática afrontaria o princípio da inércia e o texto contido no artigo 2º do Código de Processo Civil: Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

4.2.4 Irreversibilidade do provimento antecipado

Ante o caráter provisório da decisão de antecipação dos efeitos da tutela, torna-se salutar que em havendo perigo iminente de reversibilidade de tal decisão não seja deferida sua concessão, evitando-se assim, que se abreviem os efeitos do provimento final de mérito.

Teori Albino Zavascki afirma que *“a vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase que por inteiro o próprio instituto da tutela antecipada”*²⁴. Tal afirmação tem por base a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. OUTORGA DE ESCRITURA DEFINITIVA DE IMÓVEL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DE TUTELA. NATUREZA DO PROVIMENTO ANTECIPADO. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA. JUÍZO DE PROBABILIDADE. TUTELA ESPECÍFICA. REQUISITOS. ARTS. 273 E 461 DO CPC. O provimento antecipado, consistente na outorga de escritura definitiva do imóvel não é de natureza irreversível. Quando o § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil alude à irreversibilidade, ele se refere aos efeitos da tutela antecipada, não ao provimento final em si, pois o objeto de antecipação não é o próprio provimento jurisdicional, mas os efeitos desse provimento. (...) Recurso especial não conhecido. (STJ. Resp 737.047/SC. Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em 16.02.2006. Publicado em 13.13.2006.)

Dessa forma, ainda que de forma relativizada, a antecipação dos efeitos da tutela deve ser concedida quando presentes seus requisitos, mas nunca negada tendo por base exclusivamente o perigo de reversibilidade da decisão. Assim, necessário se faz trazer a dicção de Luiz Guilherme Marinoni, que aduz que:

*“É inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. [...] já que o juiz, por lógica, para evitar um mal menor, não pode correr o risco de assistir ao mal maior”*²⁵.

Nessa esteira, Paulo Henrique dos Santos Lucon defende que:

²⁴ Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela”, 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 196.

²⁵ Luiz Guilherme Marinoni. “A antecipação da tutela”. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 235-236.

“Se a denegação da tutela antecipada puder provocar dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, muito superior àquele suportado pelo réu no caso de eventual concessão, a antecipação dos efeitos do provimento de mérito deve ocorrer”²⁶.

4.3 HIPÓTESES LEGAIS DE CABIMENTO

4.3.1 Receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Diante do caso apresentado, o juiz pode ter que decidir uma situação que não pode esperar o transcurso normal do processo, tendo que conceder a tutela antecipada necessária, sob pena de originar prejuízo irreversível ou de complexa reversibilidade ao autor da ação em detrimento de comportamento nocivo praticado pela parte ré.

Mais uma vez deve-se trazer ao presente estudo a lição de Teori Albino Zavascki, ao conclamar que:

“O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela”²⁷.

Resta evidente que o dano a ensejar a concessão da antecipação dos efeitos da tutela deve ser auto-suficiente para servir de embasamento a essa decisão, motivo pelo qual deve o magistrado fazer um exame cauteloso da situação, que não seja capaz de prejudicar o autor em benefício daquele que figura no pólo passivo da demanda judicial.

4.3.2 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Não se podem explicitar quais ações advindas das partes do processo são capazes de gerar tais situações, cabendo ao magistrado analisar o caso concreto, tendo por base um juízo de cognição sumária que o leve a determinar a concessão da tutela antecipada, desencadeando na interrupção daquela conduta indubitavelmente reprovável praticada pelo réu.

Sobre a indefinição jurídica atinente ao caso, Napoleão Nunes Maia Filho destaca o seguinte:

²⁶ Paulo Henrique dos Santos Lucon. “Eficácia das decisões e execução provisória”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 268.

²⁷ Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela”, 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 78.

A locução veiculada no art. 273, II do CPC (Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) traduz uma espécie de conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo pode (e deve) ser posto pelo Juiz topicamente, analisando detidamente cada caso concreto, não sendo preferível que se busque estabelecer um padrão prévio de aferição da conduta da parte, visando a identificação desse elemento²⁸.

O abuso do direito de defesa se relaciona com a tese defensiva apresentada pelo réu quando de sua convocação ao processo, devendo o magistrado analisar todo o corpo fático-probatório do processo para que possa identificar a má-fé do réu, restando evidenciada sua contrariedade com a lei ou a jurisprudência dominante de maneira abusiva.

Já o manifesto propósito protelatório do réu se caracteriza como mais abrangente do que o abuso do direito de defesa, ao passo que pode ser entendido como sendo toda conduta praticada pela parte ré da relação processual que acarrete em dilatar o andamento regular do feito, o que ocasionará um retardamento da prestação jurisdicional.

Buscando dar uma explanação didática ao tema, Teori Albino Zavascki preleciona que:

Tratando-se, todavia, de expressões que o legislador considera de conteúdos distintos, é de mister que se busquem critérios para distingui-las. Ora, a referência ao 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 de direito de defesa não se entendem os atos protelatórios praticados no processo. 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 relacionados²⁹.

4.3.3 A antecipação da tutela relativa à parcela incontroversa da demanda

Após alteração legislativa, foi inserida por meio da Lei 10.444/2002 que acrescentou o § 6º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

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

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

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

(...)

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

(...)

²⁸ Napoleão Nunes Maia Filho. “Estudo sistemático da tutela antecipada: os princípios constitucionais da igualdade e do acesso à jurisdição nas ações contra o poder público”. Fortaleza, Nacional, 2003a. p. 137.

²⁹ Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela”, 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

Referida medida será cabível quando, um dos pedidos ou parte dele, tenha tornado-se irrefragável ou indiscutível no transcorrer do processo, de forma que o magistrado não tenha que aguardar o desenrolar dos atos processuais para determinar a concessão da antecipação dos efeitos da tutela aquela situação.

Ademais, é minimamente plausível que o autor da demanda judicial tenha de aguardar todo o trâmite processual necessário, uma vez composto por todos os elementos pertinentes à concessão, para que tenha o direito subjetivo amparado. Assim, vê-se claramente a existência de uma estreita relação com o princípio da efetividade, inscrito no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988. Mais uma vez se torna imprescindível citar a dicção de Teori Albino Zavascki, que instrui:

Diferentemente das demais hipóteses previstas no art. 273 do Código de Processo Civil, cuja função é a de estabelecer condições de convivência entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo eventualmente em colisão, a nova espécie de antecipação, que ocorre em cenário onde não existe o citado conflito, representa simplesmente uma ação afirmativa em benefício do princípio constitucional da efetividade e, mais especificamente, do direito fundamental explicitado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição³⁰.

4.4 A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA COMO FORMA DE GARANTIA DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Após toda a abordagem acerca do instituto da tutela antecipada, desde sua origem no Direito Italiano e sua instituição no sistema jurídico brasileiro, passando pelos princípios que servem de base para sua concessão e desencadeando em seus requisitos legais e hipóteses de cabimento, merece destacar o ponto central desse estudo, que é a relação existente entre a tutela antecipada e o direito constitucional do acesso à justiça.

Como visto, a antecipação dos efeitos da tutela é concedida por meio de decisão que tem como ponto nodal acelerar o exercício da prestação jurisdicional nos casos descritos na legislação processual. Dessa forma, não basta apenas o disciplinamento legal da matéria, forçoso que haja a utilização de uma interpretação voltada para a garantia integral do direito de acesso à justiça por parte dos magistrados.

Do ponto de vista constitucional, o direito de acesso à justiça está disciplinado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, da seguinte forma:

³⁰ Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela”, 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 107-108.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

Assim, percebe-se claramente a ligação existente entre o instituto da tutela antecipada, amplamente abordado nesse estudo, com o princípio constitucional do direito de acesso à justiça, ao passo que antecipar os efeitos de uma decisão de mérito que será proferida pelo magistrado ao final do processo, só visa garantir o acesso pleno à prestação jurisdicional. Corroborando com a constante aplicação do princípio em relevo, merece destacar julgado da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal:

"(...) de nada valeria a CF declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o direito estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que a 'lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário ('universalização da Justiça', também se diz)." (HC 94.000, voto do Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-6-2008, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009.)

Enquanto direito fundamental insculpido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o direito de acesso à justiça é incisivamente aplicado quando da concessão da antecipação dos efeitos da tutela, na medida em que o instituto em comento encontra suas raízes nos direitos fundamentais amparados no texto constitucional.

Destarte, para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela é preciso que o magistrado faça uma meticulosa inter-relação entre os direitos fundamentais aplicáveis ao caso concreto e a insofismável necessidade da entrega prematura da prestação jurisdicional.

Em linhas gerais, a tutela antecipada nada mais é do que um instrumento processual criado pelo legislador ordinário que a função primordial de avalizar o direito fundamental de amparo jurisdicional, sempre se utilizando dos valores da justiça e da proteção legal do Estado. Ou seja, o direito de acesso à justiça deve sempre garantir uma proteção efetiva e oportuna contra qualquer contorno de denegação da justiça.

O Estado não pode admitir que os direitos fundamentais sejam lesionados e permanecer inoperante, devendo efetivar a entrega da prestação jurisdicional da maneira mais completa e incisiva possível, garantido a aplicação dos princípios constitucionais da celeridade processual e do acesso à justiça.

No que se refere à tutela antecipada, percebe-se que é um dos raros instrumentos processuais que possui uma variação de funções, ao passo que pode servir para antecipar os efeitos da prestação jurisdicional, para evitar a ocorrência de prejuízo de difícil reparação ou irreparável e para punir aquele que se utiliza de meios escusos para atingir o bem jurídico da parte contrária.

A existência de meios assecuratórios de proteção do direito subjetivo do autor, provenientes da decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela e tem por base a existência dos requisitos legais necessários, só não faz crer que o direito de acesso à justiça sempre será entregue de forma mais célere quando houver a aplicação desse instituto processual.

Logicamente, ao conceder a tutela antecipada, o magistrado assumirá o risco inerente a toda decisão judicial de que poderá prejudicar a parte contrária, mas nem por isso será essa atitude irresponsável, uma vez que terá como alicerce as intensas razões jurídicas que o convencem que o melhor a ser feito no caso concreto, é atribuir a segurança jurídica necessária para o exercício abreviado dos efeitos da decisão final de mérito. Sobre o exposto, Cândido Rangel Dinamarco leciona o seguinte:

“Uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de incertezas, probabilidades e riscos. Onde houver razões para decidir ou atuar com apoio em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, que se renuncie à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros”³¹.

Ademais, a tutela antecipada acaba sendo classificada como um dos mecanismos processuais que permitem ao magistrado proferir uma decisão mais equilibrada e oportuna, ainda que de caráter provisório, garantindo a efetivação do sistema processual vigente. Por outro lado, é certo que a tutela antecipada não se configura como a solução o problema da morosidade processual inserido no bojo de nosso ordenamento jurídico e que acaba por passar a imagem de que o Poder Judiciário é lento e irracional em suas decisões.

Em suma, a aplicação do instituto da antecipação dos efeitos da tutela deve ser amplamente implantada em nosso sistema processual, uma vez ser notória sua capacidade de evitar o perecimento do direito subjetivo do autor e garantir a plena efetivação do preceito constitucional do acesso à justiça.

³¹ Cândido Rangel Dinamarco. “Nova era do processo civil”. São Paulo: Malheiros, 2004.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da análise legal, doutrinária e jurisprudencial feita sobre o tema abordado, percebeu-se claramente o progresso existente no sistema processual pátrio quanta a aplicação da tutela antecipada.

A antecipação dos efeitos da tutela deixou de ser vista como meio prejudicial ao direito do autor passando a ser visto como instrumento capaz de assegurar o exercício pleno e eficaz antes da decisão final de mérito.

O ponto principal desse estudo restou evidenciado a partir da afirmação de que a tutela antecipada deve ser entendida como instrumento assecuratório do direito subjetivo do autor, enquanto direito fundamental constitucionalmente protegido.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 14^a ed. ref. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. São Paulo: Ltr, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARPI, Frederico. **La Tutela d'Urgenza fra Cautela, Sentenza anticipata e Giudizio di Mérito**, Relazione in XV Convegno Nazionale, Bari, 1985.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Estudo sistemático da tutela antecipada: os princípios constitucionais da igualdade e do acesso à jurisdição nas ações contra o poder público**. Fortaleza, Nacional, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 6ª ed. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ROCHA LIMA, Tiago Asfor. **Antecipação dos Efeitos da Tutela**, Salvador, Ed. Jus Podium, 2009.

SANTOS LUCON, Paulo Henrique dos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC**, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996.

WATANABE, Kazuo. **A cognição no processo civil**, 3ª ed. rev. e atual. São Paulo, Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**, 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

A Constituição e o Supremo. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 04/10/2010.