

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ÉDIPO VILELA ESMERALDO

TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA



RUBIATABA-GO

2010

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ÉDIPO VILELA ESMERALDO



TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA

Monografia apresentada à FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Sérgio Luís Oliveira dos Santos.

32764
Sauri

Tombo nº	17676
Classif.:	34
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	31.01.11

RUBIATABA-GO

2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

ÉDIPO VILELA ESMERALDO

TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

**Sérgio Luís Oliveira dos Santos
Especialista em Direito Privado.
Orientador**

**Monalisa Salgado Bittar
Especialista em Direito Civil e Processo Civil**

**Luciano do Valle
Especialista em Direito Civil**

Rubiataba, 2010.

**Dedico primeiramente a Deus, senhor dos céus e da terra,
o grande responsável por todas minhas conquistas.**

**Dedico também a toda minha família, especialmente para
meu pai e minha mãe, pois são pessoas de grande
importância em minha vida.**

De fato, tenho muitas pessoas a agradecer, mas, com medo de cometer injustiças, prefiro resumir meus agradecimentos em primeiramente a Deus, aos meus familiares, amigos, aos meus professores e a todos aqueles colegas de sala, que foram pessoas essenciais para esta conquista.

Obrigado.

“O esforço dos filósofos tende a compreender o que os contemporâneos se contentam em viver.”

Friedrich Nietzsche

RESUMO: Este trabalho demonstra a importância da tutela antecipada, enquanto sanção, visto que a demora processual por abuso de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu pode fazer com que a prestação judicial se torne inviável. Portanto, para a abordagem deste tema, tutela antecipada sancionatória, se faz necessário a realização de um estudo sobre a criação do mecanismo da tutela antecipada em si, para que após esta abordagem possa-se estudar o que vem ser a Tutela Antecipada Sancionatória. Assim, com o direcionamento feito neste trabalho, e seu estudo, espera-se contribuir aos estudantes e operadores do direito na busca do conhecimento sobre o instituto da tutela antecipada sancionatória bem como sua aplicabilidade.

Palavras-chaves: Tutela antecipada, Urgência, Tutela Antecipada Sancionatória, Abuso do direito de defesa, Manifesto propósito protelatório do Réu.

ABSTRACT: This study demonstrates the importance of the injunction, as a sanction, since the procedural delay by the defense and manifest abuse of postponing purpose of the defendant can make a legal provision becomes unviable. Therefore, to address this issue, injunctive relief penalty, it is necessary to conduct a study on the establishment of the mechanism of injunctive relief in itself, so that we can look after is the approach which comes to the Injunctive Relief punishment. So with the guidance in this work and their study, we hope to help students and legal professionals in search of knowledge about the institution of punitive injunction as well as its applicability.

Keywords: early tutelage, Emergency Injunctive Relief penalty, abuse of the right of defense, the Defendant Manifesto postponing purpose.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DA TUTELA ANTECIPADA EM SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NO DIREITO COMPARADO.....	15
1.1 Evolução histórica.....	15
1.2 Direito comparado.....	19
1.3 Conceito de tutela antecipada.....	21
2 ESPÉCIES DE ANTECIPAÇÃO, REQUISITOS E CLASSIFICAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	24
2.1 Antecipação de tutela e o devido processo legal.....	24
2.2 Aspectos gerais para a concessão da tutela antecipada.....	27
2.3 Características de antecipação de tutela.....	28
2.4 Classificação da tutela antecipada.....	30
3 ASPECTOS ESPECÍFICOS DA TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA.....	32
3.1 Abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu.....	32
3.1.1 Abuso do direito de defesa.....	32
3.1.2 Manifesto propósito protelatório do réu.....	38
3.2 Desnecessidade de efetivo retardamento no andamento do processo.....	40
3.3 Verificação objetiva do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu.....	42
3.4 Tutela Antecipada Sancionatória enquanto sanção processual.....	43
4 DIFERENCIAÇÃO ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA.....	46
4.1 Paralelo entre tutela antecipada e tutela antecipada sancionatória.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

p. – Página

Vol. – Volume

Ed. – Edição

CF. – Constituição Federal

CPC. – Código de Processo Civil Brasileiro

LISTA DE SÍMBOLOS/SIGLAS

§ – Parágrafo

Nº. – Número

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, visa-se através do método compilativo em conjunto com a metodologia bibliográfica e pesquisas via internet, com o intuito de demonstrar a importância da utilização do mecanismo de tutela antecipada sancionatória.

Passando pela evolução histórica, o direito comparado, conceito, princípios e requisitos, espécies, hipóteses de antecipação. O direito é algo que está em constante evolução, tanto que se pode notar que no decorrer do tempo as leis se modificam, para garantir sua efetividade, com a atualidade.

Portanto, verifica-se no trabalho a seguir, que não se era favorável à utilização de instrumentos que visam proteger o direito e seu objeto.

Foram sendo mudados tais conceitos a partir do momento que ocorreu um aumento do grande número da demanda processual, ficou-se quase humanamente impossível, que direito brasileiro andasse de uma forma célere e efetivo.

Assim, criou-se leis favoráveis a aplicação de medidas cautelares, de uma forma ampla desde que obedeça aos requisitos fundamentais.

A partir daí, começou-se a exigir um estudo melhor, não só de conteúdo das medidas provisórias e urgente, relacionando também de seu acesso, relacionando a todo e qualquer litigante.

Nota-se no trabalho a seguir que as primeiras manifestações a respeito da proteção do direito, é o do poder geral de cautela, onde o magistrado pode conceder medidas provisórias e urgentes com natureza cautelar, mesmo não tendo de fato dispositivo legal, levando em consideração a presença do perigo da demora e a fumaça do bom direito.

Agora falando do poder geral de antecipação, pode-se dizer que é o conferido ao órgão jurisdicional, dando liberdade a este para poder conceder medidas provisórias ou sumárias assim antecipando a satisfação do direito.

Porem, o direito nacional brasileiro, por muito tempo, ficou refém do poder geral de cautela. Tornando a tutela antecipada como uma forma excepcional a ser utilizadas apenas em momentos que a lei os resguardassem ao seu uso.

Conforme o aprofundamento na matéria, observou-se que a lei deixava lacunas para a utilização da tutela antecipada de foram atípica àquelas descritas em lei.

Então com a reforma do CPC pela lei nº 8.952/1994, alterou-se os artigos 276 e 461, §3º criando o instrumento do poder geral de antecipação, fazendo que se generaliza-se a amplitude da lei a respeito da tutela antecipada, abrindo preceito para ser utilizada em qualquer ação de direito, desde que respeite os pressupostos legais.

Foi feito um comparativo entre a utilização da tutela antecipada no mundo, passando pela França, Alemanha e Suíça.

As quais observam seu conceito no decorrer do estudo, no quesito da sua utilização seus requisitos e fundamentos diante da legislação brasileira e perante as garantias constitucionais.

Garantias estas que muitas das vezes, eram utilizadas como forma de ganhar tempo, através de um dano material, ocasionado pela utilização de garantias processuais mais com intenções duvidosas.

Impedindo assim o transcurso normal do processo, foi aí que se viu a necessidade de sancionar tais práticas e criou uma medida antecipatória com o intuito de punir quem pratica tais atos, como o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu.

A concessão da mesma não leva a infringir princípios constitucionais, até porque da antecipação da tutela por sanção processual, caberá recurso. .

A tutela antecipação pode ser de duas formas: tutela antecipada total ou parcial, ou seja, a medida pode corresponder à satisfação total do pedido ou apenas em parte daquilo pedido apenas a fim de resguardar o direito.

A legislação brasileira admite-se apenas duas formas que é tutela assecuratória, onde fica caracterizado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e o caso previsto da tutela punitiva na qual fica a parte referente ao abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

E, como o processo é um instituto de direito público, ou seja, de interesse do Estado o mesmo deverá intervir para que o mesmo transcorra no curso normal processual, sem a utilização de meios de má-fé para dilatar o prazo processual. Sancionando a prática de tais atos, que prejudique uma das partes, devido o abuso de utilização dos mecanismos de defesa.

No caso então, como tema central traz-se a questão da celeridade processual e como a antecipação da tutela de forma sancionatória ajuda, no que se fica caracterizado, o abuso do direito de defesa, a utilização do manifesto propósito protelatório do réu

Pelo fato do aumento da demanda processual. Assim além de garantir o interesse do particular garante também o andamento processual que por sinal, é instrumento de resolução de lides e conflitos tutelados pelo Estado.

Devido isto, a justiça nacional criou mecanismos que tentam vedar a prática do abuso de defesa e o manifesto protelatório.

E, como o processo é um instituto de direito público, ou seja, de interesse do Estado, o mesmo deverá intervir para que o mesmo transcorra no curso normal processual, sem a utilização de meios de má-fé para dilatar o prazo processual.

Sancionando a prática de tais atos, que prejudique uma das partes, devido o abuso de utilização dos mecanismos de defesa.

Por esses motivos, inicia-se a seguir, o estudo de uma forma mais abrangente sobre a utilização da tutela antecipada sancionatória, com base no Direito Brasileiro.

1 DA TUTELA ANTECIPADA EM SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NO DIREITO COMPARADO

1.1 Evolução histórica

Ate o século de XIX o Direito Processual Civil era visto como um ramo do Direito Civil, mas com o tempo mudou-se a forma se ver o Direito, passando da fase autonomista para a instrumentalista viu-se a necessidade de implantar um sistema distinto e desvinculado para que através deste se pudesse regulamentar a utilização do Direito Civil, então criou-se o Direito Processual Civil que conhecemos hoje o qual é o ramo do direito que relaciona o complexo das normas reguladoras da aplicação da jurisdição civil. Pode-se notar que o processo é um complexo de atos coordenados, correlacionados ao exercício das funções jurisdicionais.

A partir daí com a evolução do direito processual, notou-se que também haveria uma necessidade de mudança na forma de ver o processo em relação sua importância e sua eficácia.

Segundo Theodoro Jr. (2009, p. 660):

Muito antes da reforma que introduziu em nosso Código de Processo Civil a figura da “antecipação da tutela” (Lei nº 8.952, de 13.12.94), já se notava uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora.

Batalhava-se somente pela conservação dos bens envolvidos no processos, afastando-os de eventual situação danosa à sua conservação, para remetê-los, ao final, à decisão, de forma útil para os envolvidos de forma litigiosa. Com essa preocupação, iniciou a construção da teoria das medidas cautelares.

(A medida cautelar é o procedimento judicial que visa prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de um direito).

Analisando o tema, observa-se que Teodoro Jr. (2009, p. 662) cita em seu livro 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.

Começando assim a exigir um melhor estudo, não só de conteúdo das medidas provisórias e urgentes, mas em relação o acesso a todo e qualquer litigante, para poder evitar com que ocorram situações de privilégios e discriminação.

Ainda assim, a restrição a casos específicos acabaria gerando novas formas de tutela privilegiada e sumaria, com resultados discriminatórios lastimáveis. Advertia Tarzia.

Então se evolui, em todo direito europeu, para a visão de conceder a tutela provisória para conversar como regular a situação jurídica material das partes. Somente era vedado a liberdade de influenciar no relacionamento substancial litigioso, nos casos de emergência, quando a *regulação provisória* da lide ficasse de tal modo a dificultar ou impedir a revisão no julgamento definitivo do mérito (sentença), caso se fizesse necessário julgar a causa de forma contrária ao final do processo. (Idéia retirada em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/7085/6652>, acessado em 05/04/2010 às 11:00 horas)

Agora, sobre a possibilidade de poder utilizar as medidas de urgência com o intuito de antecipar os efeitos do possível julgamento de mérito, dentro do que se denominava "*regulamento provisório*" do litígio, Tarzia testemunhou que assumiram a idéia de foro de generalidade, na maioria dos países europeus. (Idéia

retirada em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/7085/6652>, acessado em 05/04/2010 às 11:00 horas)

Verificando o poder geral de cautela, pode-se definir que foi à utilização de um dispositivo legal onde o magistrado pode conceder medidas provisórias e urgentes com natureza cautelar, mesmo não tendo de fato dispositivo legal, levando em consideração a presença do perigo da demora e a fumaça do bom direito. Fumaça do bom direito esta, que nada mais é do que apenas indícios que comprovam o real direito ameaçado pelo decurso do tempo. Assim, tornando tais requisitos interligados, afim de, proteger o direito pretendido.

De acordo com Didier Jr., Oliveira e Braga (2007, p. 518):

O poder geral de cautela é aquele atribuído ao magistrado para que conceda medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, mesmo não previstas expressamente em lei, desde que presente a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

No art. 273, CPC, que trata sobre o instituto da tutela antecipada, viu-se que é uma espécie de tutela de urgência, ao lado da tutela cautelar. Ainda que, a doutrina reconheça que sendo espécies do mesmo gênero, existam diversas características comuns a essas duas tutelas, o que inclusive vem reafirmado pelo próprio texto legal ao prever uma fungibilidade entre a tutela cautelar e tutela antecipada. Lembrando que ainda não existe fungibilidade entre dois institutos.

Agora, falando do poder geral de antecipação, pode-se dizer que é o conferido ao órgão jurisdicional, dando liberdade a este para poder conceder medidas provisórias ou sumárias, assim antecipando a satisfação do direito, desde que siga todas as normas positivadas no artigo (art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro). Referindo assim, sobre implantação da norma da atipicidade, da tutela antecipada.

O direito brasileiro por muito tempo ficou dependente do poder geral de cautela, tipificado no artigo 798 CPC, ficando assim limitando à concessão de medidas cautelares atípicas, não se observava ainda à implementação no ambiente jurídico nacional a figura do poder geral de antecipação, deixando assim o magistrado limitado a conceder somente as medidas tipificadas na lei.

A tutela antecipada é encontrada de forma excepcional, e a mesma apenas pode tutelar os procedimentos especiais, já previstos em lei limitando assim sua aplicação. Como exemplo, tem-se as ações possessórias, o mandado de segurança e ações de alimentos. Deixando assim, fora da proteção da tutela antecipada, os demais direitos, por não haver tipificação legal que os proteja.

Notando-se a lacuna deixada pela jurisdição brasileira, sobre a aplicação da tutela antecipada, começou a se utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para a concessão de medidas antecipatórias atípicas com caráter satisfatório adotando estas como se cautelares fossem, assim dando iniciativa a criação da jurisprudência, chamada de “cautelares satisfativas” Sendo que sua concessão depende do preenchimentos dos pressupostos legais o *fumaça do bom direito e o perigo da demora*.

Com a reforma do CPC pela lei nº 8.952/1994, alterou-se os artigos 276 e 461, §3º criando o instrumento do poder geral de antecipação, fazendo que se generalizasse a amplitude da lei a respeito da tutela antecipada, abrindo preceito para ser utilizada em qualquer ação de direito, desde que respeite os pressupostos legais.

A reforma de 1994 criou a possibilidade da antecipação da tutela no processo de cognição exauriente (arts. 273 e 461 do CPC), eliminado a necessidade de o autor – para obter uma tutela sumaria satisfativa – valer-se do art. 798 do Código Processo Civil, que gerava ações sumarias satisfativa e ações de cognição exauriente com tutela satisfativa interial. (MARINONI, 2010, p. 105 e 106).

Essa evolução de 1994 criou-se um marco histórico, fazendo com que o direito processual e a tutela antecipada tornassem acessíveis em todas as ações processuais.

A tutela antecipada generalizada nesse ano foi uma revolução para nosso processo civil, antes só se efetivava algo, só havia a prestação jurisdicional no final do processo. Com a tutela antecipada a prestação jurisdicional passou a visar à satisfação do direito antes do final do processo. (Disponível em [http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Aspectos_Economicos_E_Juridicos_Do_Processo:_Custas,_Honorarios,_Valor_Da_Causa,_Impugnação_Ao_Valor_Da_Causa_E_Procuração_Tutelas_De_Urgência_Tutela_Antecipada_\(Arts._273,_461_E_461-A\)_Tutela_Cautelar_\(Art._796\)_Tutela_Inibitória](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Aspectos_Economicos_E_Juridicos_Do_Processo:_Custas,_Honorarios,_Valor_Da_Causa,_Impugnação_Ao_Valor_Da_Causa_E_Procuração_Tutelas_De_Urgência_Tutela_Antecipada_(Arts._273,_461_E_461-A)_Tutela_Cautelar_(Art._796)_Tutela_Inibitória). Acessado em 29/11/2010.).

1.2 Direito comparado

O direito comparado é componente discursivo da justificação dos modelos jurídicos. Também, propicia estudos de sociologia do direito. A afirmativa dá a disciplina sentido científico. O estudo de outros direitos desenvolve-se, concomitantemente, à pesquisa das sociedades nos quais os direitos se formatam. Max Weber (1864 a 1920), nome central nos estudos de sociologia, valeu-se exaustivamente de estudos de direito comparado. De tal modo, e de maneira muito simplificada, propõe-se que uma abordagem inicial do problema comparatista siga sumária tentativa descritiva de *famílias jurídicas*, fracionadas em cinco grupos. *Common law* “direito comum” (XII e XIII), sistema romano-germânico (XII a XVIII), direitos orientais (incluindo-se aqui China e Japão), direito islâmico e direito hindu. Por fim, o estudioso deve verificar de que modo tais modelos se aproximam e se distanciam, à luz de movimentos de globalização.

Na França, onde não existe a regulamentação geral sobre o poder de cautela e das medidas provisórias, como no direito alemão e no italiano, a possibilidade de antecipação de tutela foi também adotada, com a justificativa de

existir questões de mérito cujo a demora na solução se revela insuportável. Como ocorreu, na França, a evolução da tutela provisória.

No entanto, o direito alemão adota da mesma forma, agregando assim às tradicionais medidas cautelares (puramente *preventivas*) entre outras que correspondem ao poder que se confere e reconhece ao juiz de garantir a paz entre os litigantes. Com isso obteve-se, em plano material, um regulamento provisório que determinado pelo julgador para o comportamento das partes diante do bem litigioso, enquanto se aguarda a solução definitiva da lide.

No decorrer desta atividade de antecipação da tutela verifica-se que a composição da lide, o direito tedesco autoriza até mesmo a “condenação provisória”, a fim de evitar que o direito subjetivo da parte se torne *nudum jus*, ela espera do ganho de causa na sentença de mérito, para só depois ser exercido. Através desta “condenação provisória”, a lei germânica visa contribuir para a manutenção da paz jurídica. (Idéias retiradas em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/7085/6652>, acessado em 05/04/2010 às 11:00 horas)

De igual entendimento, o direito suíço admite medidas provisórias equivalentes às do direito alemão, ou seja:

- a) as que visam a garantir o sucesso de uma execução forçada posterior, e que se enquadram no campo das medidas cautelares tradicionais; e
- b) as que procuram manter a “paz jurídica”, compondo provisoriamente a situação jurídica a ser solucionada, de maneira definitiva, na sentença final.”

Destarte, os sistemas vigentes na Alemanha e na Suíça permitem uma antecipação de tutela de mérito, “em que todos os casos em que esta seja necessária e desejável”. (THEODORO JR., 2009, p. 662).

1.3 Conceito de tutela antecipada

Com a preocupação da celeridade processual, que de fato, vem de períodos anteriores aos atuais, pode-se observar que são raros aqueles processos que atingem um patamar célere, assim verificando a necessidade da criação de um instrumento, com o objetivo de tornar os meios jurídicos mais ágeis e eficazes.

A tutela antecipada tem por objetivo o adiantamento dos efeitos que seriam obtidos apenas ao final da prestação judicial, diferenciando-se da tutela cautelar, pois esta visa proteger a eficácia do provimento jurisdicional.

Devido às tutelas de urgências, de natureza cautelar e antecipatória, ter requisitos de concessão bem parecidos. É devida a esta semelhança, verifica-se muitas vezes, que um advogado apresentar uma tutela de urgência ao invés de tutela sancionatória, muitas das vezes os pedidos são negados devido ao erro.

Criou-se o dispositivo previsto no artigo 273, §7º, que foi introduzido pela Lei n. 10.444/2002, com o intuito de sanar os problemas de conflito de interpretação. Como podemos observar *in verbis*:

Art. 273...

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

Com esse instrumento então, implementou-se uma fungibilidade entre as medidas cautelares e as de antecipação de tutela, devendo então o juiz analisar e aplicar a que julgar melhor cabível ao caso.

A nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, inseriu-se no ordenamento jurídico a figura da antecipação da tutela, visando que tais injustiças

não venham ocorrer, assim afastando os danos ocasionados pela demora processual.

Pois, há vários casos que a demora processual pode ocasionar a sensação de injustiça devido à deterioração do bem ou quem sabe a desvalorização do mesmo.

Para que haja a possibilidade da pretensão da tutela antecipada, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos legais e seus efeitos terá caráter provisório, pois só terá força definitiva consolidada com decisão final após o trânsito em julgado da sentença definitiva do mérito.

“Tem ela características de provisoriedade, com validade determinada até o proferimento da sentença de mérito definitiva ou qualquer outra forma de extinção anômala do processo.” (BARROSO, 2007, p. 128).

Atualmente, é permitido a antecipação dos efeitos da tutela em qualquer procedimento comum, pois já está tipificada na lei, anteriormente, era permitida tal instrumento apenas em caráter especial, pois se restringia em determinados tipos de ações. Como exemplos, pode-se citar as ações possessórias e as ações especiais de alimentos.

Portanto, a tutela antecipada é uma forma de antecipar o direito material que iria ser recebido ao final do processo liminarmente durante a análise do processo antes mesmo de uma sentença.

O objeto de antecipação de tutela tem que ser o mesmo do desejado no inicial, pois, só se pode antecipar algo que pode ser efetivado ao final da sentença. Ou seja, seu limite o mesmo da pretensão de mérito. Não podendo ser maior do que o que foi pedido inicialmente. Como diz o doutrinador, Montenegro Filho (2007, p. 21):

Queremos com isso demonstrar que a antecipação de tutela não pode se apresentar como um pedido novo, que não conste da petição inicial, devendo se referir a uma parte ou a totalidade do que foi pleiteado pelo autor na primeira peça.

Sua concessão pode ser de duas formas de forma total ou parcial quando a mesma limita-se em alguns dos efeitos da tutela definitiva. E não caberá a alegação da violação do direito de ampla defesa, pois o sucumbente da ação tem direito a impugnar ou contestar a decisão.

2 ESPÉCIES DE ANTECIPAÇÃO, REQUISITOS E CLASSIFICAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

2.1 Antecipação de tutela e o devido processo legal

Há um princípio constitucional que visa garantir todos estes demais, o princípio do devido processo legal, nota-se então o motivo pelo qual deve ser dada a devida fundamentação na decisão de antecipar a tutela, assim caracterizando mais ainda a provisoriedade da tutela antecipada, a fim de não infringir nenhum princípio constitucional.

Para que fique mais claro, precisa-se entender o que vem a ser o princípio do devido processo legal. Sendo este, um princípio constitucional que tem por objetivo proteger ou assegurar a todos, o direito a um processo com que respeite todas as etapas previstas em leis, entendidas como garantias constitucionais, as quais devem ser todas respeitadas devido o não respeito tais princípios o processo se tornará nulo. Este princípio é considerado um dos mais importantes, pois ele visa resguardar todas as garantias processuais. Sua proteção refere-se ao direito material e formal, assim demonstrando sua relevância para o estudo do direito.

O princípio acima citado, encontra-se previsto no artigo 5º, LIV da Constituição Federal, *in verbis* a baixo.

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:

.....

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Ao verificar o princípio constitucional da segurança jurídica contida na garantia do contraditório e amplo defesa, princípio este que se encontra tipificado em lei no artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LV, observa-se que a antecipação de tutela apenas poderá ser aplicada e admissível quando realmente há o risco de se perder parcialmente ou totalmente o objeto pretendido na ação judicial, assim garantido maior efetividade da jurisdição através da antecipação de tutela.

Assim, deve-se observar os casos que são classificados no artigo 273 do Código de Processo Civil, para poder ver quais deles são permitidos a aplicação da antecipação de tutela jurisdicional.

A fim de garantir, um melhor entendimento do trabalho, cita-se abaixo *in verbis* o artigo 273 do Código de Processo Civil.

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 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.

§ 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.

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

§ 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.

Lembrando que, não é necessário para que seja aplicado o dispositivo jurídico da tutela antecipada, o preenchimento de todos estes requisitos visto que o enquadramento em um deles, já configura a real necessidade da antecipação, garantindo então que não entre em contradição com o dispositivo constitucional que garante a *ampla defesa* e o *contraditório*.

Pode-se observar que, em toda necessidade de antecipação de tutela, é necessário demonstrar a urgência do provimento, isso fica claro no trecho retirado do livro de Theodoro Jr. (2009, p. 667-668):

Em todas as antecipações mostra-se presente a urgência do provimento, como expediente justificador da repressão à injustiça do retardamento da tutela jurisdicional. Não se pode protelar o provimento satisfativo porque a garantia de efetividade das medidas tutelares em qualquer caso de lesão ou ameaça a direito resulta imediatamente do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição.

Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, quais sejam, perigo da demora da tutela jurisdicional, fatos e fundamentos inicialmente capazes de sustentar, substancialmente, o direito do petitório; como também, inexistindo fundado receio de irreversibilidade da antecipação da tutela pretendida ao final, é plausível a concessão do pleito, que de maneira provisória satisfará o requerente.

O bom senso deve nortear a atividade jurisdicional, evitando que o prestígio à rigidez processual desvirtue a atividade jurisdicional. A equidade tem papel relevante e fundamental na atividade estatal. A equidade leva à vida social, amoldando a letra fria da lei às situações mais diversas possíveis da vida dos jurisdicionados.



2.2 Aspectos gerais para a concessão da tutela antecipada

Para que ocorra a antecipação de tutela é necessário que se obedecem alguns pressupostos, dentre eles tem-se como destaque, o da “prova inequívoca” e da “verossimilhança da alegação”.

A prova inequívoca trata-se de se ter uma prova documental de grande redundância, capaz de naquele momento, levar a crer que a pessoa realmente tem direito e que se possa julgar favorável a sua alegação.

Comprova-se o que foi dito acima quando, ao citar Theodoro Jr. (2009, p. 670), “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.”

Já a verossimilhança das alegações, vem ao convencimento do juiz a respeito das alegações levantadas, não apenas em cima do direito subjetivo material, mas também, referente ao perigo que a demora pode ocasionar, de tal forma que possa se tornar irreparável.

Vale ressaltar um pequeno trecho de Theodoro Jr. (2009, p. 670), para um melhor entendimento sobre o tema.

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 da tutela, não apenas quanto à existência do seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como o abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Devendo-se sempre relacionar o real perigo de dano da demora e apontar as provas de grande relevância e argumentar a verossimilhança dos fatos. Pois os

pressupostos importantes ao estudo são apenas alguns, porém, vale salientar sobre o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Para se alegar o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve-se demonstrar que o temor realmente tem fundamento concreto e provas suficientes para autorizar o juízo da verossimilhança. Encontra-se melhor explicado no texto a baixo:

O receio fundado é o que não provem de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave (THEODORO JR., 2009, p. 671).

Lembrando que para Didier Jr., Oliveira e Braga (2007, p. 541), os elementos da prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, tornam-se mais importante até que a fumaça do direito e o perigo da demora processual. Nota-se isto em seu livro Curso de Direito Processual Civil, Vol. II:

A prova inequívoca de verossimilhança das alegações é exigência mais rigorosa que o *fumus bonis iuris* (a fumaça do bom direito), pressuposto da tutela cautelar. Isso porque a tutela antecipada implica juízo cognitivo mais profundo do que o exigido para a tutela cautelar – malgrado seja mais superficial do que o exigido pela tutela definitiva (cognição exauriente).

2.3 Características de antecipação de tutela

A definição de limites da tutela antecipada não se trata de um ato discricionário do juiz. Deverá este sempre estar vinculado à necessidade dentro dos limites para que se possa garantir a segurança da ação principal. Comprovando então o verdadeiro risco da não antecipação.

Observa-se claramente esta idéia, no livro de Theodoro Jr. (2009, p. 669):

Apenas, portanto, quando houver comprovado risco de inutilização da prestação esperada pela parte é que será cabível a inversão da seqüência natural e lógica entre os atos de debate, acertamento e execução.

Sendo então, o poder antecipatório deverá ser desempenhado somente em relação a pedido que este sujeito ao perigo de frustração.

Por não se tratar de um mero poder discricionário do magistrado, a lei tipifica a necessidade de uma fundamentação sempre que concedida à antecipação ou negada, como relaciona o artigo 273, §1º do Código de Processo Civil:

Por não se tratar de um mero poder discricionário do magistrado, a lei tipifica a necessidade de uma fundamentação sempre que concedida à antecipação ou negada, como relaciona o artigo 273, §1º do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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:

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

Verifica-se de forma clara e precisa, a importância da fundamentação da decisão de negar ou conceder a antecipação de tutela, bem como os requisitos necessários, ao retirar a idéia do autor Theodoro Jr. (2009, p. 669):

Ao traçar os requisitos da tutela antecipada e ao exigir do juiz que aprecie, em decisão fundamentada, "de modo claro e preciso", o legislador não só revelou o caráter excepcional da medida como impôs rigor e cautela no seu emprego. Incumbirá ao juiz cumprir o encargo que lhe atribui o artigo 273 §1º, do CPC, "de modo objetivo,

isto é deve a decisão expor os fatos que acenem para a plausibilidade do direito e para a probabilidade da ocorrência dano de, ao menos, difícil reparação, ou, se for o caso, deve ela mencionar de que modo se revela o abuso de direito ou o propósito procrastinatório por parte do réu. Não basta mencionar a decisão que é manifesto o propósito procrastinatório ou que há o abuso por parte do demandado; mas será imprescindível dizer que sua recalcitrância se revela por tal ou qual atitude. Enfim, deverá a decisão mencionar por que, nas circunstâncias, a antecipação da tutela não se mostra irreversível, para ser deferido o provimento antecipatório. Ou para ser negado, deverá ser esclarecido em que medida mostra-se presente o periculum in mora inversum.

De fato, então vale ressaltar que a antecipação de tutela é cabível tanto em ações de obrigações, de dar como as de fazer ou não fazer, sendo que destas caberá imposição de prestações principais, de forma positiva ou negativa. Assim, tipificado no artigo 461, § 3º como será demonstra baixo, *in verbis*:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

...

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

2.4 Classificação da tutela antecipada

O Código de Processo Civil, tipifica apenas duas formas que se admite a antecipação da tutela, no caso no inciso I, a antecipação de tutela assecuratória onde fica caracterizado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e o caso previsto no inciso II, a antecipação de tutela punitiva na qual fica a parte referente ao abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Tais hipóteses levantadas no livro de Didier Jr., Oliveira e Braga (2007, p. 537) como se faz observar a baixo, reforçando assim a idéia.

O art. 273, CPC, prevê duas hipóteses em que se admite a antecipação de tutela: i) no inciso I, a antecipação de tutela assecuratória, cabível quando “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; ii) no inciso II, a antecipação de tutela punitiva, cabível quando “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

Agora, para uma maior compreensão necessita-se saber o que vem a tratar cada uma delas, no caso da antecipação de tutela assecuratória, se ver a antecipação como uma medida de segurança processual, já na antecipação punitiva antecipa-se por sanção, ou seja, uma punição para quem deseja através dos meios possíveis protelarem os procedimentos processuais.

Procedimentos estes, que Didier Jr., Oliveira e Braga (2007, p. 537), explicam perfeitamente em seu livro de Curso de Direito Processual Civil.

Na antecipação de tutela assecuratória, antecipa-se por segurança, para impedir que, durante o processo, o bem da vida vindicado sofra um dano irreversível ou dificilmente reversível.

Na antecipação de tutela punitiva, antecipa-se por sanção, para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe deve ser inerentes.

Por fim, depois de devidas citações, pode-se ter uma noção mais aprofundada sobre as classificações de antecipação de tutela.

3 ASPECTOS ESPECÍFICOS DA TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA

3.1 Abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu

Conforme já descrito, a Tutela Antecipada Sancionatória, vem com o intuito de preservar o objeto da ação, exposto a alguma forma perigo pela parte contrária, através do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório do réu, portanto, agora realizar-se-á um estudo aprofundado sobre tais mecanismos, utilizado para protelar o andamento processual.

O direito brasileiro, faz com que o autor, espere até a sentença para receber o bem pretendido, isso como regra, pois há as exceções como os casos de antecipação da tutela, e aqui pretendo apresentar mais algumas formas desleais de conduta, conseguir uma maior demora na prestação judicial.

3.1.1 Abuso do direito de defesa

Por muito tempo teve uma grande preocupação com o direito de defesa não se dando muita atenção aos danos ocasionados pelo tempo, como se pode observar neste trecho do livro de Marinoni (2010, p. 271):

A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser um ônus somente do autor.

BIBLIOTECA

Esse dano, pela demora fundado no abuso do direito de recorrer, pode ser de grande intensidade quando a parte proponente da ação depende do bem requerido para sua sobrevivência, assim, o mesmo depende de uma decisão judicial, para que se possa utilizar o bem e dele extrair seu sustento.

Marinoni (2010, p. 272):

O abuso do direito de defesa é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguindo, hipóteses em que a protelação acentuada a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio em uma abstração irritante.

Então, o que foi possível extrair da citação acima, é que mesmo que haja o direito de igualdade de legítima defesa, às vezes o mesmo, vem com o intuito de prejudicar o andamento processual, quando se é utilizado com más intenções. A fim de prolongar o período, que o bem ficará sob a tutela do réu, assim beneficiando a utilização de mecanismos antiéticos.

Marinoni (2010, p. 272):

No processo civil, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu.

Portanto, ao realizar um estudo mais aprofundado, sobre o abuso do direito de defesa observa-se que mesmo que haja uma grande semelhança entre o abuso de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu deve-se saber diferenciar ambos, e para isso é necessário saber de que se trata cada um.

O abuso do direito de defesa consiste em se utilizar de forma abusiva e sem finalidade, dos princípios constitucionais de ampla defesa e de duplo grau de jurisdição.

O Abuso do direito de defesa diz a respeito à utilização desvirtuada de sua finalidade, das prerrogativas concedidas ao demandado para exercer regularmente seu direito de defesa, no que se refere ao conteúdo das alegações de defesa ou no modo como são utilizados os instrumentos processuais. (LOPES, 2006, p. 117 e 118).

O abuso, não precisa ser com o intuito de protelar o andamento processual, ou provocar uma demora, ou seja, mesmo que as formas de defesa sejam utilizadas de forma abusiva e desleal não é necessário de ser caracterizado como protelatório, sendo assim, se há a utilização destes meios, como forma de atrapalhar o curso normal processual, estará então caracterizado o abuso do direito de defesa e caberá antecipação da tutela como forma de sanção de tal atitude.

Lembrando que, quando a defesa contrariar súmula ou jurisprudência pacífica em tribunais superiores, caberá também na utilização da tutela antecipada sancionatória, pois é considerado uma forma de abuso de defesa.

Assim, tem-se admitido ocorrer abuso do direito de defesa apto a ensejar a concessão da tutela antecipada sancionatória quando a defesa contrarie súmula ou jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, principalmente nos casos em que a matéria é alegada em petições padronizadas e resta evidente o propósito único e exclusivo de protelar o desfecho do feito (LOPES, 2006, p. 119).

Observa-se que, mesmo os meios de defesa previstos na Constituição Federal, embasando seu pedido com o intuito de se beneficiar através da má fé, interrompendo o curso normal do processo, usando-se de meios lícitos porém com intenções ilícitas, abusando do direito tutelado na constituição, caracterizando assim o abuso da utilização de tais mecanismo com vontade de prejudicar a parte autora da ação. Nota-se isto no trecho a baixo retirado do livro do doutrinador Lopes (2006, p. 122) "...o princípio do duplo grau de jurisdição e considerada abusiva a conduta de quem utiliza dos recursos com o nítido objetivo de protelar a realização do direito de seu adversário".

Então, é necessário que se deixe bem claro, que a antecipação da tutela é apenas vista como uma forma de equilibrar o ônus do tempo entre as partes, e também é preciso notar que o processo está diretamente ligado à sociedade e ao meio social na qual opera. O que se pode ser notado, nos trechos abaixo, retirado do livro de Marinoni.

“É necessário deixar claro que a técnica antecipatória nada mais é que uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo” (2010, p. 272).

“É preciso abandonar o mito liberal que enxerga o processo como mera garantia de formas, indiferente à realidade social na qual opera” (2010, p. 273).

Se a parte contrária for capaz de se beneficiar do direito de defesa (abuso do direito de defesa), para tirar vantagem sobre o autor, certamente estará de frente com uma pessoa que pode vir a se utilizar também, do abuso do direito de recorrer.

Se o réu tente abusar do seu direito de defesa, igual ou maior é o seu interesse em abusar do direito ao recurso, seja para conservar o bem disputado no seu patrimônio, seja ainda para tentar tirar do autor alguma vantagem econômica em troca do tempo (bastante longo) necessário ao processamento e ao julgamento do recurso (MARINONI, 2009, p. 296).

Abuso este que pela grande maioria dos autores, se considera como mais grave do que até o abuso de direito de defesa, sendo assim, expressamente observado no livro de Marinoni (2009, p. 296):

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

Notando a prática de tais condutas, os tribunais demonstram uma grande preocupação e criando sanções para a prática de tais atos.

Os tribunais sempre demonstraram grande preocupação com o abuso do direito de recorrer. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v.g., já decidiu que "o uso do recurso como meio de protelar o pagamento de dívida encobre conduta incompatível com a seriedade dos atos judiciais, denotando má-fé processual, que obriga reparação (MARINONI, 2009. p. 296 e 297).

Evidencia mais ainda a prática disto, no texto esboçado abaixo.

Tendo em vista que o abuso do direito de recorrer é uma realidade que não pode ser ignorada, tal prática deve ser inibida, seja através da condenação por litigância de má-fé (art. 17, VII, CPC), seja mediante a técnica do indeferimento do recurso pelo relator (art. 557, CPC) (MARINONI, 2009. p. 297).

Em seu artigo 577, caput o Código de Processo Civil visa demonstrar que o relator pode negar o seguimento do recurso que se considerar inadmissível, improcedente, prejudicado ou que entra em confronto com norma ou sumula do STF ou de Tribunal Superior. Levando em conta a intenção da parte em prejudicar o andamento processual através da má-fé, ou seja, com o intuito de lesar a parte contrária, sendo este um dos requisitos para que seja aplicada a tutela antecipada sancionatória.

Artigo 557 do Código de Processo Civil Brasileiro, *in verbis* abaixo:

Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Alterado pela L-009.756-1998)

§ 1º-A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Acrescentado pela L-009.756-1998)

§ 1º - Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Acrescentado pela L-009.756-1998)

§ 2º - Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um a dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor (Acrescentado pela L-009.756-1998).

Portanto, além de ser negado o recurso, com embasamento legal no artigo 557 do Código de Processo Civil, ainda o recorrido pode pedir a condenação do recorrente como litigante de má-fé (art. 17, VII, CPC).

Artigo 17 do Código de Processo Civil Brasileiro, *in verbis* abaixo:

Art. 17 - Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (Alterado pela L-006.771-1980)

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (Acrescentado pela L-009.668-1998).

Uma opinião que se pode observar, muito interessante, e que se enquadra perfeitamente é uma encontrada no livro de Marinoni (2010, p. 298):

“recorrer é um direito de que também se pode abusar, e de que amiúde se abusa largamente com graves prejuízos para uma das

partes, que não pode descansar do incomodo da demanda, e para o Estado, cujos tribunais de grau superior cada dia mais vêem aumentar a influencia dos recursos, a grande maioria deles injustificável”.

Aqui trás a tona o tamanho do prejuízo que pode ocasionar esse abuso do direito de recorrer.

E, vale lembrar que o direito brasileiro está cada vez mais congestionado, fazendo com que assim, torne a prestação judicial mais demorada e às vezes pouco eficaz, portanto, o direito não pode deixar que se pratiquem recursos abusivos e protelatórios, pois estes atos, contribuem para uma realidade jurídica ainda mais morosa e danosa as partes.

Está ai a justificativa para atos de caráter sancionatórios e entre eles está a tutela antecipada sancionatória, praticados pelo Estado.

3.1.2 Manifesto propósito protelatório do réu

Já, a questão do manifesto propósito protelatório do réu, vem analisar a questão referente aos atos realizados pelo mesmo, ou seja, atos estes que não são necessariamente atos processuais, pois não são realizados diretamente dentro do processo, mas sim de forma subsidiariamente, impedindo a satisfação do direito por parte do demandante. Deve-se ressaltar então que esse manifesto não é diretamente em si processual mas sim ligado à parte da satisfação do direito.

A expressão “manifesto propósito protelatório do réu”, de outra parte, diz a respeito a atos demandado não convertidos em atos processuais, ou seja, praticados fora do processo, os quais necessariamente devem visar a protelar a satisfação do direito do demandante. Frise-se, o manifesto propósito protelatório do réu diz respeito à protelação injusta da satisfação do direito e não necessariamente do processo (LOPES, 2006, p. 124).

Porém, é bom lembrar que o manifesto protelatório pode ocorrer de duas formas tanto por questão relacionada a ação ou por sua omissão. Ocorrendo de maneira que dificulte o andamento da questão, pode-se até tomar como exemplo, o caso de não se atender às ordens judiciais de grande relevância para a resolução do mérito.

É de ressaltar que o manifesto propósito protelatório pode ser caracterizado, tanto por uma ação como por uma omissão do demandado, o que ocorre no caso de injustificadamente não serem atendidas sucessivas ordens judiciais relevantes ao desfecho do processo (LOPES, 2006, p. 125).

Para caracterizar defesa manifestamente infundada, e ser cabível o pedido de tutela antecipada sancionatória, deverá ser observado se realmente fica nítido o manifesto com propósito de protelar da parte contrária para que não infrinja o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Na mesma linha das considerações *supra* sobre a *defesa manifestamente infundada*, é necessário para a concessão da *tutela antecipada sancionatória* que o propósito protelatório do demandado seja manifesto, evidente, sob pena de ilegítima transgressão às garantias constitucionais da *ampla defesa* e do *contraditório* (CF, art. 5º, inc. LV) (LOPES, 2006, p. 125).

Verifica-se então que se faz necessária uma análise de forma mais profunda, para que se possa observar este instrumento de manifesto protelatório do réu, para conseguir minuciosamente uma melhor idéia sobre o tema, então se faz obrigatória a leitura do trecho do livro de Lopes, pois nela nota-se que além da observância do manifesto protelatório, faz-se importante analisar a questão de como o mesmo é feito. Partindo da observância das questões concretas relacionadas a este manifesto, desde a realização de ações que mesmo não diretamente ligadas ao processo, pode ocasionar a dilatação dos prazos e da efetivação da concessão do direito ou da coisa. Ferindo assim a dignidade da justiça e prejudicando o seu fim.

Contudo se faz necessário expor a leitura de um trecho do livro Lopes:

A hipótese pode ocorrer, também com a ressalva de ser essencial a análise do caso concreto, quando: ocorra retenção reiterada dos autos no processo além dos prazos legais; seja utilizado qualquer meio com o fim de retardar citações ou intimações; sejam criados embaraços à realização da prova pericial; o demandado aliene bens necessários à satisfação do direito do demandante; ou o mesmo quando a conduta extraprocessual do demandado, pretérita à instauração do processo ou concomitante a ele, evidencie o intuito de protelar a satisfação de um direito claramente existente (2006, p. 125).

No entanto, a tutela antecipada sancionatória, por envolver um confronto direto entre as garantias constitucionais de grande relevância, a mesma deve ser concedida apenas em casos que realmente se caracterizar os requisitos para sua aplicabilidade, e a sua decisão de aplicá-la deverá ser justificada.

Em conclusão, por envolver um confronto entre garantias constitucionais de grande relevância, a *tutela antecipada sancionatória* não pode ser concedida de forma desmedida, sem que seus requisitos retem devidamente caracterizados. Isso não constitui razão, no entanto, para tolerância do Poder Judiciário com atitudes desleais da parte que atentem contra a *dignidade da justiça* e prejudiquem a prestação efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional. Caracterizados seus requisitos, a *tutela antecipada sancionatória* deve ser concedida sem medo, não podendo o Poder Judiciário acomodar-se sob o manto das garantias à *ampla defesa* e ao *contraditório* (CF, art. 5º, inc. LV). (LOPES, 2006, p. 125).

3.2 Desnecessidade de efetivo retardamento no andamento do processo

De fato, por ser um assunto de grande discussão o instrumento da tutela antecipada sancionatória ainda gera muitas dúvidas, como por exemplo, a questão

da necessidade de ocorrer efetivo retardamento na satisfação da pretensão para que a mesma seja aplicada.

Há doutrinadores, que são favoráveis à necessidade de que haja um efetivo prejuízo, na utilização de atitudes de *abuso de defesa* como no *manifesto propósito protelatório do réu*. Considerando assim então, é ilegítima a antecipação sem o real prejuízo do demandado, referente ao uso de atitudes protelatórias. Porém, este entendimento é minoritário.

Assim sendo, então verificar-se-á que para que ocorra o pedido da tutela antecipada sancionatória é necessária que já haja uma ação principal.

Nesses caso, como ainda não existe processo, a atitude protelatória do demandado não implica afronta à *dignidade da Justiça*, sendo portanto necessária a ocorrência do prejuízo para que a tutela possa ser antecipada. (LOPES, 2006, p. 127).

Pois, apartir do momento em que há a propositura desta, o manifesto propósito protelatório do réu e o abuso do direito de defesa são considerados como forma de afronta à dignidade da Justiça, visto que, há um interesse público na resolução dos litígios jurisdicional.

Já nos caos de *abuso do direito de defesa* ou *manifesto propósito protelatório do réu* evidenciado após a propositura da demanda, a conduta abusiva do demandado ofende não apenas o demandante, mas também e em primeiro lugar o interesse público imanente ao exercido da atividade jurisdicional e ao pleno alcance de seus escopos. Isso implica a desnecessidade do efetivo retardamento no andamento da demanda para que, nas situações mencionadas, a *tutela antecipada sancionatória* possa ser concedida. A conduta desleal, mesmo quando não alcance o intento do demandado, é lesiva por si só e constitui fundamento bastante para a antecipação da tutela (LOPES, 2006, p. 127).

3.3 Verificação objetiva do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu

Um assunto de grande importância para o trabalho, devido ser através dela que se verifica se é objetiva ou subjetiva a atitude desleal da parte, assim caracterizando a má-fé e a distinção entre o abuso de direito de defesa ou o do manifesto propósito protelatório, a qual será analisada e avaliada para saber qual a real intenção do ato praticado.

Aspecto de grande relevância na disciplina da *tutela antecipada sancionatória* diz respeito à necessidade de verificação *objetiva* ou *subjetiva* da atitude desleal do demandado, ou seja, se sua má-fé, necessária à caracterização do *abuso do direito de defesa* ou do *manifesto propósito protelatório*, deve ser avaliada conforme sua real intenção na prática do ato ou se deve ter como parâmetro a conduta do *uomo della strada* (LOPES, 2006, p. 128).

E, como o processo se trata de um instituto de direito público, o mesmo deverá ser tutelado pelo Estado de forma que seja eficiente e eficaz, pois é através deste que se pleiteia a justiça e a resolução das lides, portanto, os danos causados a este deverão sofrer interferência do Estado, para que se possa tomar um curso célere e efetivo, condenando assim a prática de instrumentos de má fé para retardar a prestação jurisdicional. Instituído assim, mecanismos como forma de sancionar a prática de tais atos, que prejudiquem as partes, degradam a justiça utilizando-se de direitos de defesa de forma ilícita e imoral.

Como o processo é um instituto de direito público, sendo de interesse do Estado o pleno alcance dos seus escopos, as partes e seus patronos tem o dever de agir com diligência, no mínimo equivalente à do *uomo della strada*, na prática de atos processuais ou que digam respeito ao processo de algum modo. Não pode a parte alegar boa-fé após deduzir tese contrária aos princípios mais mezinhos do direito, ou mesmo na prática de atos com inequívoco intuito protelatório (LOPES, 2006, p. 129).

Portanto, a defesa sem tese jurídica ou fundada em mecanismos bisonhos, ao instrumento jurídico, mesmo que não se comprove a real vontade de abusar do direito de defesa, poderá ser concedido o benefício da tutela antecipada sancionatória ao autor da ação. E, isso ocorrerá, da mesma forma quando o que estiver em questão for o manifesto propósito protelatório do réu, ou seja, mesmo não comprovando a real vontade, é possível a aplicação deste benefício desde que fique claro e expreso a prática de tais atos.

3.4 Tutela Antecipada Sancionatória enquanto sanção processual

O direito brasileiro possui varias válvulas de escape, permitindo utilização do benefício da legitima defesa, como forma de protelar o meio processual.

Ocorre então que, o uso deste benefício com a intenção de má fé, possa ocasionar uma demora processual.

Devido a isto, a justiça nacional criou mecanismos que tentam vedar a prática do abuso de defesa e o manifesto protelatório, visto que, o Estado é interessado na resolução de conflitos sociais de forma mais rápida e menos onerosa possível.

Como se pode observar, no trecho do livro de Lopes:

A consciência da natureza pública do processo, do interesse do Estado no correto exercício da jurisdição e na concessão de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva tornou necessária alguma mitigação a técnica do ônus, com a instituição de alguns deveres destinados a resguardar o interesse publico no processo (2006, p. 52).

Então, o Estado passou a identificar atos destinados a protelar o meio processual, como um dano marginal, devido ser considerado como meio de impedir que seja feita a justiça como se pode observar:

Com isso, o dano marginal que ao início é suportado pelo demandante, situação que se torna de extrema injustiça ante a deslealdade, passa a ser suportado pelo demandado. Trata-se de redistribuir o ônus do tempo do processo, pois passa a ser injusto que o demandante continue a suporta-lo quando for provável a existência de seu direito e o demandado aja de forma desleal (LOPES, 2006, p. 63).

Já, como forma de amenizar a prática de dano marginal do processo, criou-se uma forma de o juiz punir a prática desta, através de sanções.

Quanto ao dano marginal do processo, diversos institutos são voltados a eliminá-lo, ou ao menos amenizá-lo, do que são exemplos a condenação para o futuro (sentença que decide sobre relação jurídica condicional – CPC, art. 460, parágrafo único), a execução provisória, os títulos executivos extrajudiciais e o processo monitorio. A tutela antecipada sancionatória esta inserida nesse contexto (LOPES, 2006, p. 62).

A aplicabilidade da tutela antecipada como sanção, começou a ser a forma mais viável para a inibição destas práticas desleais, pois a parte que tem interesse que seja cumprida uma justiça célere, não pode ser prejudicada por práticas de má fé. Sendo assim, o magistrado se utilizará do bom senso, e sancionará a prática de tais atos, concedendo de forma antecipada a tutela do direito pretendido pelo autor da ação.

A tutela antecipada da parte da pretensão fundada em fatos incontroversos (CPC, art.273, § 6º) é igualmente destinada a amenizar o dano marginal do processo. Se o demandado não controverte os fatos constitutivos de parte do direito do demandante e da aplicação do ordenamento jurídico decorre uma solução desfavorável, não há razão para o bem da vida continuar em poder do demandado. O bom senso determina a satisfação imediata dessa

parte do pedido, sendo injusto e ilegal que o demandante continue a suportar o dano marginal (LOPES, 2006, p. 63 e 64).

4 DIFERENCIAÇÃO ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA ANTECIPADA SANCIONATÓRIA

4.1 Paralelo entre Tutela Antecipada e Tutela Antecipada Sancionatória

É notório que a tutela antecipada em si, é considerada como uma medida de urgência, baseando-se então no perigo da demora e do dano irreparável. Sendo este a principal diferença entre ambas.

“Portanto, são medidas de urgência a tutela cautelar e a tutela antecipada que tenha como fundamento o periculum in mora” (LOPES, 2006, p. 51).

Pois, a tutela antecipada sancionatória não é vista como uma medida de urgência, mas sim, como uma situação de caracterização do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório.

A tutela Antecipada sancionatória não é uma medida urgente, pois não responde por uma situação de urgência, a uma ameaça concreta e imediata de perecimento do direito do demandante ou a futura inutilidade do provimento jurisdicional. Seu fundamento, além da probabilidade de existência do direito do demandante, é a atitude desleal do demandado, com a caracterização de seu abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (LOPES, 2006, p. 49 e 50).

Então, criou-se o dispositivo da tutela sancionatória, com o intuito de minimizar tais condutas desleais, a fim de garantir uma justiça mais célere e menos danosa às partes. Sendo assim, a utilizando para evitar com que a parte contrária se beneficie através da má fé.

Na verdade, o instrumento da tutela antecipada sancionatória visa é sancionar e punir o réu que esteja atrasando o processo e não uma medida de urgência em si.

“É certo que, a tutela antecipada sancionatória visa a minimizar o dano marginal do processo, quando agravado pela atitude desleal do demandado.” (LOPES, 2006, p. 50).

Para que se possa ter uma maior diferenciação entre a tutela antecipada e a tutela antecipada sancionatória, sua independência com os demais meios de tutela antecipada, deve-se observar o artigo 273 do Código de Processo Civil cumulada com um trecho do livro de Lopes – A tutela Antecipada Sancionatória:

As exigências de (I) dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, inc. I), (II) do abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu (CPC, art. 237, inc. II) e (III) da incontrovérsia sobre os fatos relevantes ao julgamento de parte do pedido (CPC, art. 273, §6º), são totalmente independentes entre si, cada uma delas incorporando uma espécie distinta de tutela antecipada (2006, p. 58).

O dano processual sofrido pelo tempo é conhecido como dano concreto, já o do manifesto protelatório é chamado de dano marginal, pois é feita de forma proposital e desleal da parte.

Cabem então saber diferenciar o dano concreto, do dano marginal de forma simples. Pode-se dizer que o dano concreto é aquele ocasionado pelo tempo, já o dano marginal, é o advindo de práticas desleais a fim de prolongar a resolução processual, com o intuito de se beneficiar deste tempo.

Baseando-se assim na condenação da prática de tais atos, que venham através do dano marginal prejudicar a parte proponente da ação.

Assim se fundamentando a utilização da tutela antecipada sancionatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, tinha-se por objetivo demonstrar a evolução do direito Brasileiro, em questão das medidas cautelares, bem com a implantação de forma mais aberta do mecanismo de tutela antecipada sancionatória.

Na qual condena a utilização do abuso do direito de defesa e o manifesto com propósito protelatório do réu.

Observando assim, a grande relevância do tema visto, que tal instrumento que condena tais atos, vem com o intuito de garantir um direito mais célere e mais eficaz.

Visto que a demora processual, devido o aumento da demanda da utilização das vias processuais, faz com que o processo não flua naturalmente, às vezes por causa do grande número de processo, outras vezes, por causa do abuso de direitos e garantias constitucionais.

Portanto, revelando-se que a prática da tutela sancionatória trás benefícios para o direito. O trabalho vem demonstrar como a mesma surgiu sua aplicabilidade e seus fundamentos.

Através do método de compilação e se utilizando de meios bibliográficos para comprovar, através da formação de um ideal a indispensabilidade da utilização da tutela antecipada sancionatória, a fim de diminuir a prática de dano marginal ao processo. Assim, formando uma idéia concentrada sobre sua real importância.

Demonstrando a sua função dentro do direito, e sua utilização, quais seus limites de aplicabilidade e seu requisitos.

Diante do exposto conclui-se a real importância do tema e assim direcionando uma maior utilização de tal mecanismo como forma de proteção ao direito pretendido.

Fundamentando assim a tese levantada no nosso estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos, **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**, 6ª ed., 2007.

Constituição Federal do Brasil, 1988.

Código de Processo Civil Brasileiro, 2002.

DIDIER JÚNIOR Fredie, OLIVEIRA Rafael e BRAGA Paula Sarno, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 2, Ed. 2007.

LOPES Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, **Tutela antecipada sancionatória**, Editora Malheiros, 2006.

MARINONI Luiz Guilherme, **Antecipação da Tutela**, ed. 11ª, 2010.

MONTENEGRO Filho, Misael, **Curso de direito processual civil, Medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**, vol. 3, ed. 4, 2007.

Pesquisa via internet, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2699> acessado em 06/05/2010 às 13:00 horas.

Pesquisa via internet, <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/7085/6652>, acessado em 05/04/2010 às 11:00 horas

Pesquisa via internet, [http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Aspectos_Econ%C3%B4micos_E_%C3%89ticos_Do_Processo:_Custas,_Honor%C3%A1rios,_Valor_Da_Causa,_Impugna%C3%A7%C3%A3o_Ao_Valor_Da_Causa_E_Procura%C3%A7%C3%A3o_Tutelas_De_Urg%C3%Aancia%3B_Tutela_Antecipada_\(Arts._273,_461_](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Aspectos_Econ%C3%B4micos_E_%C3%89ticos_Do_Processo:_Custas,_Honor%C3%A1rios,_Valor_Da_Causa,_Impugna%C3%A7%C3%A3o_Ao_Valor_Da_Causa_E_Procura%C3%A7%C3%A3o_Tutelas_De_Urg%C3%Aancia%3B_Tutela_Antecipada_(Arts._273,_461_)

E_461-A)%3B_Tutela_Cautelar_(Art._796)%3B_Tutela_Inibit%C3%B3ria, acessado em 29/11/2010

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, Ed. 2009.

