

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MARIO MASSANORI FUJITA

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

**CURITIBA
2007**

MARIO MASSANORI FUJITA

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Guilherme Freire de B. Teixeira.

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIO MASSANORI FUJITA

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2007.

Dedico esta monografia a todos aqueles que colaboraram e apoiaram, direta e indiretamente, na realização desta pesquisa. Em especial os familiares e a pessoa de Marcia A. Tokunaga.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	FUNDAMENTOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	11
2.1	A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A FASE INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO CIVIL.....	11
2.2	ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, TUTELA CAUTELAR E EXECUTIVA.....	13
2.3	A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL.....	16
3	REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS GERAIS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	18
3.1	REQUERIMENTO DA PARTE.....	19
3.2	PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES.....	20
3.3	IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO.....	22
4	O ABUSO DO DIREITO DE DEFESA NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	24
4.1	DEFINIÇÕES E CARACTERÍSTICAS GERAIS.....	25
4.2	O ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL.....	30
4.2.1	Definições e Fundamentos do Ato Abusivo.....	30
4.2.2	Teorias de Sistematização do Abuso do Direito.....	34
4.3	TÉCNICAS PROCESSUAIS PARA A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA.....	38
4.4	O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE E A IMPORTÂNCIA DO ART. 273, INC. II, DO CPC, NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO.....	41
5	A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA NO ESPAÇO SÓCIO-CULTURAL BRASILEIRO.....	45
5.1	CARACTERÍSTICAS CULTURAIS DO BRASIL.....	46
5.1.1	A Consciência Horizontal e a Vertical: O “Sabe com quem está falando?”.....	46
5.1.2	A Noção de Indivíduo e de Pessoa.....	48
5.1.3	A Noção de Subcidadania e de Supercidadania.....	49
5.1.4	O Equacionamento da Justiça e da Cidadania na Esfera Norte- Americana.....	51
5.1.5	O Malandro como um dos Atores Sociais.....	53

5.2 O ATO ABUSIVO DE SE DEFENDER INSERIDO NA CULTURA BRASILEIRA E O INSTRUMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	55
6 CONCLUSÃO.....	58
7 REFERÊNCIAS.....	61

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem o objetivo de analisar a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa, nos termos do art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil. Para tanto foram analisados os fundamentos do instituto, mormente a sua inserção na fase instrumentalista do processo, e os requisitos genéricos exigidos para a concessão desta modalidade da tutela antecipatória. Em seguida, deu-se especial atenção à doutrina sobre o abuso do direito na seara processual e as características específicas do inciso II, do art. 273, do Código de Processo Civil. Constatou-se a diversidade de teorias sobre o tema e a dificuldade de delimitar *a priori* em quais condições seria possível definir o ato abusivo. Por fim, a pesquisa se voltou para as semelhanças do instituto com algumas características sócio-culturais brasileiras, permitindo-se apontar a importância e ao mesmo tempo a dificuldade de sua aplicabilidade no cotidiano forense.

Palavras-chave: abuso do direito de defesa; antecipação de tutela.

1 INTRODUÇÃO

Se atualmente a moderna doutrina processualista civil busca meios para obter uma tutela jurisdicional efetiva, célere e instrumental ao direito material, na prática ainda são correntes os casos de protelamento injustificado do processo e de defesas destituídas de qualquer fundamento. Mesmo assim, um instrumento que poderia ser adotado para reverter o ônus da demora do provimento jurisdicional, normalmente a cargo da parte autora, ainda é pouco explorado. Como se analisará adiante, é vasto o campo de estudo desta matéria, mormente no sentido de trazer maior aplicabilidade a um instituto ainda pouco utilizado no cotidiano forense.

Apesar ser incomum o uso da tutela antecipada sob o fundamento exclusivo do abuso do direito de defesa ou de manifesto intuito protelatório do réu, isto não significa que no dia-a-dia do foro judicial não ocorra com freqüência tal abuso. Tanto que após e concomitantemente à sua introdução no Código de Processo Civil por meio da Lei nº 8.952/1994, outros dispositivos foram lançados no escopo de agilizar os processos judiciais e coibir essa prática. Citam-se, como exemplos, as atuais redações dos artigos 538, parágrafo único; 557, *caput* e §§; 522; 518, §1º, todos do diploma processual.

Algumas hipóteses práticas são aventadas por SOUZA (2005, p. 106), ainda que pensando nos casos envolvendo o processo penal, e fazem sentir como são corriqueiras as situações que nos permitiriam atestar a ocorrência do abuso do direito de defesa:

Também exigiria exame a fronteira que divide o ânimo de injuriar e o exercício do poder de convencimento por parte do advogado. Interessa também o questionamento acerca da conduta daquele que favorece a ocorrência de nulidades processuais para não ter de enfrentar o mérito, ou mesmo do advogado que sustenta, na base do princípio da eventualidade, dezenas de teses a fim de colher indevido proveito da omissão no exame de

uma delas, com a anulação da sentença. Seria de se indagar, igualmente, da existência de prática abusiva na argumentação capciosa, dirigida ao Tribunal do Júri, em nome da amplitude da defesa do réu. O mau vezo de instruir as testemunhas antes do depoimento é questão que também desafia exame.

Soma-se a isso a necessidade de observar a inserção do processo em uma economia de massas. Não há dados concretos a respeito, mas é do senso comum a existência de milhões de demandas envolvendo instituições financeiras, seguradoras, concessionárias de telefonia, etc. Atualmente, grande percentual dos processos envolve relações de consumo e, portanto, dizem respeito a uma parte hipersuficiente (fornecedor) e outra hipossuficiente (consumidor final).

Assim, não é difícil vislumbrar que são correntes os abusos da parte economicamente mais forte quando se encontram na condição de réus. São estes é que possuem mais condições de suportar o longo trâmite do processo de conhecimento, utilizando-se principalmente de todos os meios recursais admitidos no ordenamento jurídico. Por outro lado, é sempre aquele destituído de capacidade econômica e financeira que mais sofre e mais é prejudicado com a tutela jurisdicional intempestiva.

Desde a década de 1960, CASTRO FILHO (1960, p. 137/138) já apontava que na prática é “muito mais difícil de se caracterizar o abuso do direito por parte do réu, do que por parte do autor”. Por outro lado, “o réu seja precisamente, via de regra, quem mais abuse do direito de demandar”. Conclui afirmando a “necessidade de se tentar determinar com mais profundidade onde e como se verifica tal abuso, pois aí exatamente se manifesta ainda maior a deficiência da mera invocação dos conceitos gerais”.

A ausência de delimitação da matéria, por sua vez, esbarra na garantia constitucional da ampla defesa e dificulta, ainda mais, a sua aplicabilidade. Se não

há precisa definição do que constitui o abuso, esse instrumento sempre cederá em prol da garantia presente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Evidente, portanto, a necessidade de maior aprofundamento teórico sobre o tema, já que a “regra do art. 273 traz em si expressões fluidas, de conceito indeterminado, vago, sujeitas, por conseqüência, a preenchimento valorativo pelo aplicador da norma” (BERTOLDI, 1997, p. 313).

Assim, a presente monografia está seccionada em quatro divisões, sem que esses capítulos traduzam uma compartimentalização do tema em assuntos estanques.

O primeiro capítulo versará sobre os fundamentos e os pressupostos que embasam o instituto da antecipação de tutela, trazendo todo o arcabouço teórico que justifica a sua adoção em nosso ordenamento jurídico.

O segundo capítulo trará a delimitação legislativa do instituto, seus requisitos e suas hipóteses de cabimento. Invocará os seus delineamentos gerais sem adentrar na análise dos requisitos específicos, quais sejam, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa.

O terceiro capítulo aprofundará a teoria do abuso de direito, notadamente na seara processual, no escopo de invocar argumentos que identifiquem no caso concreto quando é que se configura tal situação.

Por fim, o último capítulo sairá momentaneamente da seara estritamente jurídica, buscando na interdisciplinariedade a análise do ambiente sócio-cultural em que a matéria está sendo aplicada. O estudo deste viés certamente poderá contribuir para delimitar o que se entende por abuso do direito de defesa, bem como proporcionará uma análise mais próxima do cotidiano forense dos advogados e juízes de direito, permitindo maior aplicabilidade do instituto.

2 FUNDAMENTOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

2.1 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A FASE INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO CIVIL

A introdução da antecipação de tutela em nosso ordenamento jurídico por meio da lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, decorre da denominada fase instrumentalista do processo civil.

Ao contrário da chamada fase autonomista ou conceitual, em que se desenvolveram as teorias processuais e se concedeu ao direito processual a sua autonomia científica, a fase instrumentalista ora em curso se caracteriza pela postura crítica e pela necessidade de observar o processo à luz dos jurisdicionados. Traz-se à baila a noção de efetividade do processo como meio de acesso à justiça, modificando a mentalidade ínsita na fase anterior e que pautava o processo como um instrumento técnico, isolado e voltado tão somente para a ordem jurídica.

Nesse diapasão, são relevantes os ensinamentos de CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO (2002, p. 43 e 45):

A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária. (...)

Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se compreende, à efetividade do processo como meio de acesso à justiça. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores

do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça). É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.

Já ZAVASCKI (2005, p. 73) constatou que a inserção da antecipação de tutela implicou a reinterpretação de todo o sistema processual, eis que imprimiu os contornos ideológicos da fase instrumentalista acima citada. Observe-se:

Mas o que se deve ter, sobretudo, presente quando se faz a exegese do art. 273 (CPC), é que ele representa uma nova concepção de processo civil, uma alteração nos seus rumos ideológicos, marcada pelo acentuado privilégio do princípio da efetividade da função jurisdicional. Ora, a especial salvaguarda desse princípio, feita pelo legislador, tem reflexos não apenas tópicos, ou seja, não apenas num ou noutro dispositivo codificado, mas passa a permear todo o sistema, que, por isso mesmo, deve ser “reinterpretado” à luz dos valores jurídicos assim privilegiados.

Não é sem motivo que a demora do processo de conhecimento passou a se revelar atentatória à noção instrumentalista do processo. Ao comentar sobre a importância da antecipação de tutela, MARINONI (1999b, p. 61) revela o tom crítico sobre o processo em sua acepção clássica, acentuando a necessidade de dotar de efetividade o processo hodierno:

Cabe lembrar, aliás, que as diversas reformas que têm ocorrido na Itália têm privilegiado as formas de tutela antecipatória exatamente em razão da intolerância cada vez mais visível em relação à demora e à disfunção do processo civil, intolerância esta que acompanha a tomada de consciência de que a tempestividade da tutela jurisdicional é elemento indispensável para a atuação concreta e efetiva da garantia constitucional da ação, e de que a falta de efetividade dos instrumentos processuais pode levar à acentuação das desigualdades entre as partes.

Sob esse viés é que a antecipação de tutela modificou substancialmente o processo de conhecimento. Se antes o ônus do tempo do processo era arcado exclusivamente pela parte autora, após a vigência do instrumento processual do art.

273, do CPC, o réu poderá também suportá-lo desde que preenchidos os requisitos dos seus incisos e §§.

De fato, a reforma instituída pela Lei nº 8.952/1994 veio a contrariar o brocardo “a Justiça tarda, mas não falha”. Constatou-se que a morosidade na resolução dos litígios acarreta um sério gravame exatamente para a parte que objetiva a alteração da situação fática (*status quo*) e está albergada pelo direito material. Não seria justo, portanto, este litigante sofrer os efeitos da demora do trâmite processual.

Conforme ressaltou MARINONI (1999a, p. 16), a tutela tempestiva é um requisito ínsito para a ampla realização do princípio da isonomia, eis que de regra sempre os mais pobres são os que arcam com a demora na resolução dos litígios. Nesse sentido:

O procedimento ordinário é injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre os seus direitos em virtude da lentidão da Justiça, abrindo mão de parcela do direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo. A demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade.

Em suma, o instituto da tutela antecipatória deve ser analisado a partir da perspectiva ora explanada. Vejamos, a seguir, as diferenças entre as tutelas cautelares e executivas quando aplicadas ao tema em estudo.

2.2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, TUTELA CAUTELAR E EXECUTIVA.

Atente-se que a demanda cautelar objetiva proteger o direito ameaçado. Em outros termos, a providência de natureza cautelar procura resguardar o resultado útil do processo principal. Por outro lado, o art. 273, do CPC, almeja realizar e satisfazer

a pretensão inicial imediatamente, apesar de ser em sede de cognição sumária e provisoriamente.

De fato, o critério pautado na satisfatividade ou não do provimento passou a ser ponto distintivo entre ambas as espécies de tutelas. Balizando a distinção acima, CARNEIRO (2005, p. 7) assevera o seguinte:

Percebe-se, de logo, a profunda diferença entre as providências que objetivam apenas garantir a “justiça” e a eficiência prática da futura (provável) sentença, e aquelas providências que antecipam, integrando-o no patrimônio jurídico do autor (no todo ou em parte), exatamente aquele bem da vida postulado pelo demandante.

As primeiras eram e são realmente cautelares, “strictu sensu”. As segundas, embora anteriormente sob as ‘vestes processuais’ das medidas cautelares, revestem-se de natureza satisfativa, utilizando os litigantes o art. 798 do CPC como “válvula de escape” para alcançar a efetividade processual.

Uma coisa é proteger, mediante processo autônomo, a eficiência da sentença a ser proferida em outro processo, dito “principal”. Coisa substancialmente diversa é realizar desde logo, embora provisoriamente, a pretensão contida no processo “principal”.

No mesmo sentido são os ensinamentos de MARINONI (1996, p. 118):

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem que ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar.

Se antes da introdução da antecipação de tutela era corriqueira a adoção da ação cautelar com função satisfatória, atualmente a questão se encontra pacificada e apenas de forma excepcional e como resquício do ordenamento anterior é que se concebe falar em cautelar satisfativa.

Todavia, como bem realçou THEODORO JÚNIOR (1997, p. 201) antes da introdução do §7º, ao art. 273, do CPC, poderão existir situações limítrofes em que não será possível vislumbrar com o devido grau de certeza se a natureza de um

pedido possui caráter satisfativo ou não, o que demandaria maior flexibilidade do magistrado ao apreciar alguns casos concretos:

Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional.

O ensinamento acima foi acolhido pelo legislador ao incluir no §7º, do mesmo dispositivo, o princípio da fungibilidade. Em tal regra admite-se a concessão de medida de natureza cautelar se houver requerimento de tutela antecipada. Questão controversa diz respeito à situação inversa, ou seja, quando ocorrer o pedido cautelar, mas que tenha natureza antecipatória. MARINONI (2004, p. 270) responde afirmativamente, admitindo tal possibilidade, mas desde que exista dúvida fundada sobre a natureza do provimento solicitado. Observe-se, *in verbis*:

Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar. Nesse caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a idéia de fungibilidade, uma vez que seu objetivo é evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidentemente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento.

Por outro lado, as semelhanças da tutela antecipada com a tutela executiva são, talvez, muito maiores. A antecipação de tutela rompeu com o princípio da *nulla executio sine titulo* e a dicotomia entre o processo de conhecimento *versus* processo de execução, já que possibilitou ao juiz a utilização de instrumentos executivos antes de encerrar o processo de conhecimento e antes também da prolação da sentença de mérito.

Pode-se afirmar que se admite uma “execução provisória” de uma sentença que ainda não foi prolatada em face dos requisitos previstos no art. 273, do CPC.

Vide que nos limites do clássico direito processual a concreção de um direito somente poderia ocorrer, via de regra, depois de sua respectiva declaração em sede de processo de conhecimento. Assim, a execução somente teria lugar após a coisa julgada formada sobre a sentença, quando então se formaria um juízo de certeza sobre o direito declarado. Como bem analisa MARINONI (2004, p. 245), “há uma associação muito íntima e evidente entre “descoberta da verdade”, realização plena do princípio do contraditório, declaração, coisa julgada material e título executivo judicial.”.

Por esse motivo é que a tutela antecipatória possui “muito mais identidade com a tutela jurisdicional executiva do que com a tutela cautelar” (MARINONI, 2004, p. 248).

2.3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Do feixe dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal avulta na aplicação do instituto sob exame o confronto entre o direito à efetividade da jurisdição (uma faceta do acesso à justiça) e o direito à segurança jurídica.

O primeiro inclui o rol dos direitos e garantias que conferem ao sujeito a plena eficácia da tutela jurisdicional que invoca do Estado, a fim de propiciar, caso seja vitorioso, a utilidade e a concretização da procedência do seu pedido. Sob a égide da efetividade encontra-se inscrita a noção de que a tutela há de ser tempestiva, sob pena de imprimir ao jurisdicionado o castigo de aguardar o término do processo sem o bem da vida a que tem direito.

ZAVASCKI (2005, p. 65) bem sintetiza o presente entendimento:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

De igual modo afirma MARINONI (1999b, p.24):

Há, no procedimento comum, um enorme conflito entre o direito à cognição definitiva (direito de defesa) e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. (...)

Ora, se é inegável a existência do conflito entre o direito à tempestividade da tutela e o direito à cognição definitiva, e é sabido que o réu tem interesse em utilizar o processo para conservar o *status quo* pelo maior espaço de tempo possível, deve ser admissível a antecipação da tutela executiva nos casos de direitos evidentes e de defesas infundadas.

O segundo direito fundamental (segurança jurídica), decorre das disposições contidas nos incisos LIV e LV, ambos do artigo 5º, da Constituição Federal. Ou seja, a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa refuta a concepção de que haja o despojamento de bens jurídicos sem que se permita a utilização dos meios regulares de defesa e dos necessários e regulares trâmites processuais previstos em lei.

Mais uma vez ZAVASCKI (2005, p. 66) ratifica o significado de tal direito, de acordo com o retro exposto:

Nesse conjunto de garantias está inserido o direito à segurança jurídica, de cuja densidade se pode extrair que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) não de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal. (...)

É, pois, direito fundamental do litigante demandado (como o é, também, do litigante demandante) o direito à chamada cognição exauriente, assim entendida a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais se ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos.

Nesse diapasão, os dispositivos do art. 273, do CPC, sintetizam o premente conflito entre ambos os direitos fundamentais e que não admitem total supressão. Mas pelo contrário, eis que a partir da terminologia genérica constante dos termos “fundado receio”, “lesão grave”, “difícil reparação”, “dano irreparável”, “abuso do direito de defesa”, e “manifesto intuito protelatório” deve o juiz ponderar os direitos em conflito caso a caso e otimizar a solução que melhor equaciona a preservação, na medida do possível, de ambos os direitos.

Em síntese, a partir desses fundamentos e sob a presente perspectiva é que a antecipação de tutela se insere em nosso ordenamento jurídico. A seguir, serão analisados os contornos genéricos da tutela antecipatória e algumas das especificidades que circundam o tema.

3 REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS GERAIS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Os requisitos comuns para qualquer modalidade da antecipação de tutela encontram-se no *caput* e §§ do art. 273, do CPC. A seguir serão apreciados o requerimento da parte, a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações e a irreversibilidade do provimento antecipatório.

Cumprido destacar que, dados os limites da presente monografia, o estudo desses requisitos gerais não procurará esgotar o tema, mas sim trazer os seus principais aspectos a fim de introduzir no capítulo seguinte o requisito específico e objeto deste trabalho, qual seja, o abuso do direito de defesa.

3.1. REQUERIMENTO DA PARTE.

A primeira condição para a concessão da medida refere-se ao requerimento da parte. Consoante expressa determinação legal a antecipação de tutela não poderá ser concedida *ex officio* pelo magistrado. Vigê, portanto, o princípio *ne procedat iudex ex officio*, sendo decorrência também do princípio dispositivo que permeia o processo civil.

Questão diversa diz respeito à revogação ou à modificação da decisão antecipatória. A doutrina não é unânime a respeito, de modo que alguns doutrinadores sustentam a possibilidade de alteração da decisão mesmo na hipótese de a situação fática não se alterar. De acordo com VAZ (2002, p.130/135) é possível que o juiz altere o seu entendimento acerca das conseqüências jurídicas do fato por conta de a antecipação de tutela se fundar em uma análise sumária, provisória e perfunctória do direito alegado. Assevera o mencionado autor o seguinte:

Sustento, com a devida vênia de quem pensa diferente, que a natureza precária e retificável da tutela antecipada enseja a liberdade do juiz para modificá-la ou revogá-la de ofício, exigindo-se, em qualquer hipótese, a explicitação dos motivos ou fundamentação da decisão. Se o juiz, consideradas a sumariedade de cognição e a provisoriedade da tutela antecipada, não fica jungido ao que decidiu, tanto que na sentença poderá decidir de forma diversa, ainda que com base nos mesmos elementos de prova (suponha-se que nenhuma outra prova foi produzida e o feito julgado antecipadamente), penso não ficar também inibido de alterar sua convicção e de externá-la no sentido de revogar ou modificar a tutela antecipada antes concedida (muitas vezes o juiz a concede premido pela urgência que o caso demanda).

Por outro lado, são fortes as tendências doutrinárias no sentido de vedar a revogação ou a modificação *ex officio* da decisão antecipatória se a situação fática não seja outra. Vide, nesse sentido, CARREIRA ALVIM (1996, p. 74), ao ponderar

que a revogação de ofício só tem lugar se “tiver havido mudança nas circunstâncias que o determinaram”. Na mesma orientação tem-se MARINONI (1999a, p. 71/72).

Trata-se de requerimento de quem? Do autor? Do réu? Por óbvio que se exige antes de tudo um pedido jurisdicional a ser antecipado, de modo que além do autor, também o réu reconvinte poderá pleitear a antecipação de tutela. O mesmo se diga em relação às ações dúplices e ao pedido contraposto, em que o pedido por parte do réu prescinde da reconvenção. Frise-se que tais situações também podem decorrer da tutela antecipada por abuso do direito de defesa, já que o autor então poderia ultrapassar os limites de exercício dessa garantia constitucional ao contestar a pretensão do réu nas situações acima elencadas.

Situação diversa é saber se o réu poderá pleiteá-la sem realizar pedido. Em regra tem-se rechaçado tal possibilidade, pois seria impensável admitir a antecipação de tutela se o réu não formula pedido. Entrementes, MARINONI (1999a, p. 128/129) ressalva ser possível em uma situação hipotética, posto que “O réu, na contestação, requer tutela jurisdicional de conteúdo declaratório.”. Menciona o doutrinador a seguinte hipótese:

Se o autor pode requerer a tutela antecipatória na pendência da ação declaratória que objetiva declarar a legitimidade de um ato, o réu também poderá, em tese, solicitar a tutela antecipatória na ação declaratória de ilegitimidade de ato se, em face do caso concreto, estiverem presentes circunstâncias que façam crer que o autor praticará atos que impedirão o réu de praticar o ato que supõe legítimo. A tutela inibirá o autor de praticar os atos que poderiam impedir o réu de praticar o ato que, em caso de improcedência, será declarado legítimo.

3.2. PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES.

Outro requisito exigido para a concessão da medida é a “prova inequívoca” e a “verossimilhança da alegação”. O posicionamento doutrinário assevera que tal

condição exige mais do que o *fumus boni iuris* das medidas cautelares. Trata-se da presença de elementos que induzam a um grau de certeza mais elevado e não sejam deduzidos de alegações infundadas.

THEODORO JÚNIOR (1997, p. 194/195) ratifica essa afirmativa:

Mais do que simples aparência de direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em “prova inequívoca”. (...) Exige-se, em outros termos, que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea.

No mesmo sentido ZAVASCKI (2005, p. 77) ao pontuar que “O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova carreada, possam ser tidos como fatos certos.”.

Tema distinto remete para quais modalidades probatórias podem ser tomadas para esses fins. Inicialmente poder-se-ia imaginar que apenas a prova documental poderia legitimar a concessão da tutela antecipada. Entrementes, uma vez que o legislador não restringiu a prova “inequívoca” à prova documental, não há razões para limitar a demonstração da verossimilhança a partir de qualquer meio de prova. Destarte, vejam-se as lições de MARINONI (2004, p. 249) a respeito do tema:

O interessado, ao requerer a tutela antecipatória, pode valer-se de prova documental, de prova testemunhal ou pericial antecipadamente realizadas e de laudos ou pareceres de especialistas, que poderão substituir, em vista da situação de urgência, a prova pericial. O interessado ainda pode requerer sejam ouvidas, imediata e informalmente (vale dizer, nos dias seguintes ao requerimento de tutela), as testemunhas, a parte ou um terceiro, bem como pedir a imediata inspeção judicial, nos termos do art. 440 do CPC.

No caso do inciso I, o receio de dano irreparável e de difícil reparação, certamente algumas situações concretas poderão se revelar incompatíveis com a demora na produção de determinadas provas. Já no caso do inciso II, ou seja, o

abuso do direito de defesa, por prescindir da urgência da medida, tal restrição não se posta na prática.

Igualmente, ASSIS (1997, p. 24), além de repisar a conclusão acima, destaca que tal requisito incide também para a hipótese do art. 273, inc. II, do CPC (abuso do direito de defesa):

Ademais, o requisito se aplicará, igualmente, ao caso de abuso do direito de defesa ou de intuito protelatório (art. 273, II), no qual o comportamento reprovável do réu se dessumirá de peças escritas.

Em síntese, a tormentosa “prova inequívoca”, mencionada no art. 273, *caput*, é qualquer meio de prova, em geral o documental, capaz de influir, positivamente, no convencimento do juiz, tendo por objeto a verossimilhança da alegação de risco (inc. I) ou de abuso do réu (inc. II).

Um detalhe que se revela importante de destacar é que a verossimilhança deve induzir à plausibilidade não apenas quanto à matéria de fato alegada, mas igualmente em face das conseqüências jurídicas daí advindas. CARNEIRO (2005, p. 28) ratifica esse enunciado ao discorrer que:

Vale adiantar que o “juízo de verossimilhança” supõe não apenas a constatação pelo juiz relativamente à matéria de fato exposta pelo demandante, como igualmente supõe a plausibilidade na subsunção dos fatos à norma de lei invocada – “*ex facto oritur ius*” – conducente, pois, às conseqüências jurídicas postuladas pelo autor.

Em suma: o juízo de verossimilhança repousa na forte convicção de que tanto as “*quaestiones facti*” como as “*quaestiones iuris*” induzem a que o autor, requerente da AT, merecerá prestação jurisdicional em seu favor.

Impende salientar que os fatos poderão se revelar incontroversos, versando a lide apenas sobre questões de direito. Nessa hipótese, por certo que a antecipação de tutela também poderá ser concedida, mas desde que presente a verossimilhança acima destacada.

3.3. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO.

Outro requisito, embora de cunho negativo, é a condição de que a tutela não poderá ser concedida “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.” (art. 273, §2º, do CPC). Cumpre apontar que a reversibilidade não diz respeito à decisão, porquanto esta sempre pode ser modificada em via recursal ou em sede de juízo de retratação, mas se refere à consequência de fato dele resultante.

Aqui se tem em vista a salvaguarda do “núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu” – ZAVASCKI (2005, p. 101), já que a tutela irreversível acarretaria a procedência do pedido inicial antes da prolação da sentença, sem que fosse exaurido o direito de defesa da parte adversa. Haveria ofensa direta ao princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal).

Tal requisito não pode ser interpretado de forma a inviabilizar a efetividade do presente instituto. Ressalte-se que a possibilidade de posterior reforma da decisão antecipatória é rebatida por MARINONI (1999a, p.145) ao afirmar que “é preciso que os tribunais aceitem a obviedade de que não pode haver efetividade sem riscos.”.

A crítica que se realiza sobre esse dispositivo diz respeito principalmente ao caso da concessão com base no inc. I, do art. 273, do CPC, quando o conflito é mais latente e o perigo de dano irreparável puder se contrapor ao risco da irreversibilidade. Para esse caso, mas sem descartar a hipótese do abuso do direito de defesa, a mitigação daquele parágrafo é medida que se impõe, haja vista que “o direito constitucional à adequada tutela jurisdicional estaria sendo negado se o juiz tivesse impedido de conceder tutela antecipatória apenas porque corre o risco de causar prejuízo irreversível.” (MARINONI, 2004, p. 273).

Não sem motivo deve ser aplicado o princípio constitucional da proporcionalidade, balizado no sentido material do princípio do devido processo legal, no escopo de ponderar os valores colocados em cada caso concreto. Não é difícil de imaginar situações várias tais como, por exemplo, o pagamento de pensões alimentícias, em que a irreversibilidade é notória, postulado antecipadamente nos termos do art. 273, do CPC. A razoabilidade em um caso como esse normalmente penderá para a tutela da efetividade jurisdicional e da dignidade da pessoa humana em detrimento da segurança jurídica, pois os malefícios da tutela intempestiva serão reconhecidamente piores do que o risco de vulnerar a estabilidade do sistema jurídico.

VAZ (2002, p. 140/141) respalda a exposição acima alinhavada consoante abaixo citado:

O exagerado apego à premissa de que, sendo irreversível a situação de fato, não se pode antecipar a tutela, conduzirá ao absurdo de se deixar alijado do direito à tutela antecipada todo cidadão menos afortunado (pobre), que, certamente, não terá condições de devolver o que recebeu, recompondo o patrimônio desfalcado daquele que se submeteu aos efeitos do provimento antecipatório. (...)

O ponto de equilíbrio dos direitos em choque há de ser buscado nos princípios constitucionais a que nos referimos nos capítulos anteriores, sobretudo nos princípios da efetividade da prestação jurisdicional, da razoabilidade e da proporcionalidade das decisões judiciais, que constituem alicerces das tutelas de urgência.

4 O ABUSO DO DIREITO DE DEFESA NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

O capítulo que está a se iniciar encontra-se seccionado em quatro partes. Primeiramente serão expostas as definições e as características gerais atinentes ao abuso do direito de defesa e algumas noções gerais envolvendo a antecipação de tutela sob essa hipótese. Em seguida, cumprirá aprofundar o tema apreciando as teorias que discutem exclusivamente o rico tema do abuso do direito processual, a

fim de melhor perquirir quando é que exatamente o ato abusivo ficará configurado. Depois serão relatadas as técnicas processuais que orientam o operador jurídico na aplicação do presente instrumento. Por fim, cumprirá finalizar o capítulo com a discussão acerca da importância do instituto na atual conformação jurídica.

4.1. DEFINIÇÕES E CARACTERÍSTICAS GERAIS.

Em primeiro lugar deve-se analisar a questão terminológica envolvendo o “abuso do direito de defesa” e o “manifesto intuito protelatório do réu”, termos estes utilizados na redação do legislador no art. 273, inciso II, do CPC.

De acordo com BERTOLDI (1997, p. 314) a nota diferenciadora é que neste (“intuito protelatório”) a atitude do réu se volta exclusivamente para o prolongamento do tempo do processo, já no que diz respeito ao abuso do direito de defesa “esta característica não é absoluta, já que não se faz necessário que o abuso do direito tenha como efeito a procrastinação do feito.”.

SILVA (1996, p. 139) compreende que o manifesto intuito protelatório do réu seria mais amplo que o abuso do direito de defesa por versar sobre hipóteses nas quais, não obstante a defesa seja pertinente, ele se utiliza de meios escusos, como no caso de “reiteradamente evitar que as intimações se consumem ou retenha os autos em seu poder por tempo excessivamente prolongado.”.

Pensando de forma um pouco diferente, ZAVASCKI (2005, p. 79) enuncia que o ponto discriminador é o fato de os atos abusivos serem praticados “dentro” ou “fora” do processo. Se dentro trata-se de abuso do direito de defesa. Se fora haveria manifesto intuito protelatório. Observe-se, *in verbis*:

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

O mencionado autor ainda critica a técnica redacional do legislador ao falar em “propósito protelatório”, já que a mera intenção não detém o condão de permitir a antecipação de tutela. Apenas a prática efetiva de tais atos configuraria a hipótese do inciso II, do art. 273, do CPC.

Vale ressaltar que não obstante as diferentes acepções de ambos os termos, é certo que tanto o abuso do direito de defesa em sentido estrito, quanto o manifesto intuito protelatório réu, constituem espécies do abuso do direito processual. Portanto, para os fins deste trabalho, ambos os termos serão tomados de forma indistinta.

Dito isso, passemos à sua análise. A garantia da ampla defesa está prevista constitucionalmente no art. 5º, inciso LV, sendo assegurada de forma ampla e irrestrita aos litigantes em qualquer processo judicial ou administrativo.

Ela é conceituada por MORAES (2006, p. 93) como “o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se, se entender necessário”.

Todavia, tal direito, assim como qualquer outro, sofre limitações. E o direito à defesa não é exceção. Frise-se o que já foi dito sobre a necessária ponderação entre o princípio da efetividade e da segurança jurídica, inerente em qualquer das hipóteses da tutela antecipatória e que se aplica também no caso vertente. Não sem motivo, MARINONI (1999a, p. 144) bem ressalta que a “defesa é direito nos limites

em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor”.

No mesmo sentido mas sob outras palavras, ALVIM (1980, p. 16) já estabelecia que o comportamento dos litigantes no processo deve se pautar pela ética, o que não conflita com o princípio dispositivo ou com a garantia do contraditório. Caso contrário, a sua conduta poderá ser considerada abusiva, conforme abaixo transcrito, *in verbis*:

Quer dizer, se de um lado o princípio do contraditório há de ser respeitado, e, pois, não de ser ensejadas aos litigantes as oportunidades para se manifestarem, *pari passu*, ao longo de todo o processo, utilizando-se de todos os meios possíveis (lícitos), nem por isto, será possível o abuso de tais meios, configurando-se, então, a hipótese de resistência injustificada ao andamento do processo. (...)

A conduta dos litigantes, portanto, mesmo nos quadrantes de um processo dispositivo, há de se pautar por um procedimento ético, reduzido à normatividade, precisamente no sentido de que, tal incorrendo, vir o litigante a ser tido como tendo agido de má-fé.

Por conseguinte, o abuso do direito de defesa se caracteriza quando o litigante se utiliza dos meios para se defender, mas de forma indevida, abusiva e contrária aos fins a que se destina. BERTOLDI (1997, p. 314) define-o da seguinte forma:

São expedientes num primeiro momento estabelecidos pela legislação processual aptos a conferir ao réu a ampla possibilidade de sua defesa, que, no entanto, se usados com o intuito abusivo, transformam-se em mecanismo espúrio e contrário à administração da Justiça, tendentes a afastar do autor a possibilidade de uma solução justa, rápida e eficaz da lide.

O mesmo autor afasta eventual violação ao direito de defesa do réu e justifica a adoção desse instrumento “sempre que tais mecanismos forem usados pelo réu de maneira inadequada e maliciosa, a igualdade dos litigantes estará sendo

quebrada, aconselhando-se uma correção nos rumos do processo” - BERTOLDI (1997, p. 323).

Com base nessas premissas sobreveio o contido no art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil. O seu parentesco é direto com o “referé provision” do direito francês, por meio do qual “é possível a antecipação quando “l’obligation ne soit pas sérieusement contestable” (a obrigação não seja seriamente contestável, artigos 771 e 809 do Código de Processo Civil francês)” - MARINONI (1999a, p. 145/146).

A doutrina costuma classificá-la como modalidade de tutela antecipada “pura” ou “punitiva”, em oposição à chamada “mista” ou “assecuratória”, cuja base se encontra no caso de perigo irreparável ou de difícil reparação (art. 273, inc. I, do CPC). A respeito, consulte-se BERTOLDI (1997, p. 312). Intitula-se de pura ou punitiva, pois visaria a reprimir o uso indevido do processo para fins indevidos e por proteger o direito evidente do autor.

Cabe a tutela antecipada por abuso do direito de defesa no caso das obrigações de fazer e de não fazer, ou de entregar coisa? Inexiste óbice para tanto, haja vista a ausência de restrição constante dos arts. 461 e 461-A, ambos do CPC. De fato, a modalidade do provimento antecipado não influencia a aplicação do art. 273, II, do CPC. A seguir, as lições do mestre MARINONI (1999b, p. 128):

Ora, embora o art. 461 nada diga sobre a possibilidade de antecipação em caso de “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, é certo que a antecipação também é possível em tal hipótese, já que o próprio espírito do art. 461, voltado para a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, não poderia deixar de lado o valor da antecipação nos casos em que se afigura abusivo o exercício do direito de defesa.

Indaga-se também se é possível a tutela antecipatória por abuso do direito de defesa em sede recursal. Registre-se que no caso do inciso I, perigo de dano

irreparável ou de difícil reparação, essa hipótese é admitida. Na situação do inciso II também não haveria limitações, ainda mais a partir da nova redação do art. 557, *caput*, do CPC, em que o relator possui amplos poderes para, monocraticamente, “negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a súmula do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou tribunal superior”.

Isto posto, perfeitamente possível pensar em um recurso protelatório que, em sede de contra-razões, o recorrido formulasse o pedido de tutela antecipada com fulcro no inc. II, do art. 273, do CPC, além do imediato desprovimento do recurso. Mais uma vez MARINONI (1999b, p. 174/175) corrobora a presente assertiva:

Se ninguém pode negar que o recorrente – muito embora tenha o seu recurso denegado – pode interpor recurso de agravo, também é certo que este recurso retarda o início da execução. Ora, se o relator conclui que o recurso é, por exemplo, manifestamente improcedente, ele forma um juízo que permite a tutela antecipatória. Neste caso, como é óbvio, o recurso tem grande probabilidade de não ser provido, o que autoriza a antecipação da realização do direito do autor-recorrido.

O recorrido, portanto, pode requerer, na sua resposta ao recurso, não só o indeferimento imediato do recurso, mas igualmente a tutela antecipatória, que adiantará o início da atividade executiva.

Por fim, existiria preclusão do pedido de tutela fundado no inciso II, do art. 273? BERTOLDI (1997, p. 329) entende que sim, de modo que o requerimento deveria ocorrer logo após constatados os atos tidos abusivos pelo réu.

Questionável, outrossim, esse posicionamento, uma vez que não se trata da tutela fundada no inciso I, em que há necessidade de demonstrar o perigo de dano irreparável e de difícil reparação, denotando a urgência da medida. Dado que no abuso do direito de defesa há claro intuito punitivo somado à readequação do ônus do tempo do processo, não seria de se excluir a hipótese de o autor formular

validamente o requerimento de tutela antecipada em momento diverso da primeira oportunidade que tomou conhecimento do ato protelatório ou abusivo.

Não se esqueça, também, que o enorme espectro de condutas passíveis de enquadramento no conceito de abuso do direito de defesa pode trazer situações concretas de difícil delimitação de quando o autor teria tomado conhecimento do ato. Uma concepção muito restritiva ao art. 273, inc. II, poderia restringir excessivamente a aplicabilidade do instituto.

4.2. O ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL.

O cerne das questões envolvendo o art. 273, II, do CPC, diz respeito ao estudo do abuso do direito processual. Por versar sobre matéria ainda muito controversa na doutrina, vale dedicar um capítulo específico para a sua abordagem.

Em primeiro lugar serão estudadas as suas características gerais, desde as várias definições do abuso do direito, seus elementos essenciais e a intersecção com o direito material. Em seguida, abordar-se-ão as teorias que procuram sistematizar o abuso do direito.

4.2.1. Definições e Fundamentos do Ato Abusivo.

A teoria do abuso de direito determina, em linhas gerais, que o campo da ilicitude não abarca apenas as situações nas quais o sujeito não está amparado pela legislação pertinente, mas abrange também os casos de uso inadequado de um direito para atingir fins escusos e rejeitados pelo ordenamento jurídico.

JOSSERAND (1999, p. 5) afirma que o abuso do direito decorre da contrariedade ao espírito do direito, à sua função e ao seu destino. Nesse sentido:

(...) es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiene a sustituirse um critério funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada.

No mesmo sentido, STOCO (2002, p. 58/59) bem pondera que:

Para situar-se no campo da normalidade e da licitude não basta estar legitimado pela legislação existente e asseguradora de direitos. Impõe-se fazer uso adequado do arsenal legislativo existente e não dele prevalecer e utilizá-lo para fim lícito ou pretensão subalterna. Pode-se usar a lei permissiva em vigor, de forma aparentemente adequada para obter fim ilegítimo ou não permitido pelo consenso social, hipótese em que se irá detectar o abuso no exercício do direito.

Igualmente, LIMA (1980, p. 59) afirma que, embora se possa cogitar de uma contradição lógica do termo “abuso do direito”, pois ou o ato seria lícito ou ilícito, não se admitindo que seja os dois ao mesmo tempo, destaca-se o aspecto prático do instituto, na medida em que é perceptível na realidade concreta:

Mas, dentro da realidade, sente-se a verdadeira acepção: há uma aparência de exercício legítimo de um direito; mas, no fundo, a intenção é de lesar terceiro, deturpando-se, assim, aquele exercício. Ninguém o faz de modo visível, concreto, com desfaçatez, mas, sim, agindo sorrateiramente, mascarando o ânimo de prejudicar com toda a crosta de legalidade.

A noção de abuso se fundamenta na própria relatividade dos direitos e do respeito à esfera jurídica alheia. Ou seja, parte-se da refutação à concepção de um direito que seja absoluto, eis que a esfera jurídica individual pressupõe necessariamente a vida em sociedade e a convivência dos sujeitos em um mesmo espaço. Está ínsito, portanto, esse conflito entre o individual e o coletivo que decorre

a partir do exercício dos direitos subjetivos. O mesmo autor acima citado (STOCO, 2002, p. 59) sistematiza o pensamento, a seguir:

É justamente nessa idéia de relatividade e de limitação do direito externado que, para alguns, se assenta a doutrina, forte no entendimento de que a abusividade surge do conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo em sua manifestação exterior.

Em torno disso construiu-se silogismo com premissas presumidas, contendo quatro conclusões:

1. o direito é uma faculdade;
2. essas faculdades estão contidas no direito subjetivo;
3. esses direitos subjetivos são relativos e, por fim,
4. é essa relatividade que ocasiona o abuso dos direitos.

Na mesma direção, JOSSERAND (1999, p. 3/4) anuncia que em razão de o direito ser um produto social, o seu exercício deve se voltar para os fins para os quais foi criado. E por isso pode-se deduzir que se trata de direitos relativos, pois necessariamente limitados:

A esta concepción implacable, frenética de los derechos individuales, se opone la teoría de la relatividad, que lleva a admitir posibles abusos de los derechos, aun de los más sagrados. En esta teoría los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada.

Diga-se de passagem que a teoria do abuso de direito tem o seu ponto de partida por parte da doutrina na derrocada de uma concepção puramente individualista do direito. Várias são as tendências hodiernas que apontam para uma “socialização do direito”, de forma a empreender um sistema antes egoístico para aquele inserido no meio social respectivo. MARTINS (1997, p. 4) frisou essa linha evolutiva, conforme se denota do seguinte trecho:

Os direitos subjetivos perderam o cunho nitidamente egoísta que os caracterizava: limitações mais ou menos extensas lhes foram impostas em nome do interesse coletivo, da ordem pública, dos bons costumes; finalmente, com a doutrina da imprevisão, a da causa das obrigações e, principalmente, a da instituição e a do abuso do direito, aparelhava-se devidamente os tribunais para, na aplicação, corrigir as imperfeições da lei e empreender a empolgante tarefa da socialização do direito.

Outro dado relevante é que a teoria do abuso do direito no Processo Civil adveio da teoria do abuso do Direito Civil, a partir da qual se transplantaram vários conceitos. Essa é a opinião de CASTRO FILHO (1960, p. 31):

Assim, transplantaram-se para o processo civil as noções de abuso, dolo, fraude, culpa para compor a figura da lide temerária, ou para focalizar os direitos, deveres, ônus ou encargos ou limites à atividade das partes, tudo visando ao mesmo objetivo de não permitir que o processo, instrumento para a realização do direito, se constituísse em elemento para prejudicar a outrem (teoria subjetivista), ou em elemento para o exercício do direito em desacordo com a sua finalidade social (teoria objetivista).

Ressalte-se que o abuso de direito foi alçado pelo legislador civilista a fundamento do dever de indenizar. O artigo 187, do Código Civil de 2002, expressamente determina que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”.

Por conta disso, da doutrina civilista podemos extrair a orientação acerca do significado e da abrangência do abuso do direito. Em comentário ao dispositivo, VENOSA (2006, p. 561) assevera que “Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece a reprimenda, em virtude de consistir em violação a princípios de finalidade da lei e da equidade.”. E arremata: “abuso de direito pode ser entendido como o fato de se usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem.”.

Frise-se que a principal nota distintiva na seara processual diz respeito à parte prejudicada pelo abuso. Enquanto no direito material atinge-se apenas o litigante adversário, no processo civil o Estado é diretamente afetado (CASTRO FILHO, 1960, p. 32/33). Isso porque o abuso do direito insere-se no processo civil a partir da relação jurídica processual, incluindo-se aí os seus sujeitos e o Juiz como um dos seus vértices.

Finalmente, independentemente das teorias que buscam explicar o abuso do direito, o que será objeto de análise do tópico seguinte, tem-se, de acordo com ABDO (2002, p. 25) como requisitos exigidos para que a sua configuração, os seguintes: a) aparência de legalidade; b) preexistência de um direito subjetivo, eis que apenas pode-se abusar de um direito que se possui; c) o abuso diz respeito ao exercício do direito e não ao direito em si.

4.2.2. Teorias de Sistematização do Abuso do Direito.

Controvérsia antiga remete às teorias que procuram conceituar o abuso do direito. Desde a época de CASTRO FILHO posta-se na doutrina se para a definição do abuso do direito é necessário configurar a intenção do agente. A partir deste vetor partem três teorias, quais sejam, as teorias a) subjetivistas ou psicológicas; b) objetivistas ou finalistas; c) mistas ou ecléticas.

Vale destacar que o termo “abuso processual” é tomado comumente por muitos processualistas para abranger não apenas as situações de litigância de má-fé, mas também os casos de responsabilidade objetiva, do processo fraudulento (art. 129, do CPC), dentre outros.

A primeira corrente assevera ser essencial o intuito de o agente querer prejudicar terceiros. Conforme STOCO (2002, p. 68): “O elemento subjetivo é a reprovabilidade ou a consciência de que poderá causar algum mal, assumindo esse risco ou deixando de prevê-lo quando devia.”.

Desse viés subjetivista derivam algumas vertentes explicitadas por ABDO (2002, p. 26/27). São as seguintes: a) o elemento intencional é imprescindível; b) é necessário o eventual proveito ou utilidade do ato do agente, além do intuito de lesar; c) seria essencial a configuração do exercício doloso ou culposo do direito.

Por certo que a principal crítica desta corrente teórica é a dificuldade de provar o *animus* daquele que abusa de seu direito, o que praticamente inviabilizaria o seu uso no cotidiano forense.

Ainda assim parece prevalecer uma nítida feição subjetiva em nosso ordenamento. Embora no campo estrito da litigância de má-fé, na atual redação do art. 17, do CPC, de acordo com STOCO (2002, p. 94) “as condutas atualmente ali previstas, como comportamentos ou atos ilícitos da parte em juízo, não dispensam a verificação de culpa (*latu sensu*).”.

No campo subjetivo, avulta de importância a gradação entre dolo e culpa, e nesta seara a subdivisão entre culpa grave, leve e levíssima. A conceituação dessas espécies é bem tratada por STOCO (2002, p. 72):

Na culpa grave, embora não intencional, seu autor, sem “querer” causar o dano, “comportou-se como se o tivesse querido”, o que inspirou o adágio *culpa lata dolo aequiparatur*.

Na culpa leve é a falta de diligência média que um homem normal (*homo medius*) observa em sua conduta.

Culpa levíssima, a falta cometida em razão de uma conduta escaparia ao padrão médio, mas que um diligentíssimo *pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria.

Conclui o mencionado autor que a culpa levíssima não teria o efeito de responsabilizar o agente, já que “o erro que ganha relevo será apenas aquele inescusável, que não pode ser relevado”.

Para os objetivistas ou finalistas o abuso pode ocorrer mesmo sem esse *animus*, sendo que o “ato é lícito ou ilícito conforme se realize ou não de acordo ou em harmonia com a finalidade do instituto jurídico.(...) mais objetivamente, acham que deve ser surpreendido toda vez que o direito é exercido em desacordo com a finalidade social.” – CASTRO FILHO (1960, p. 27). Em síntese, o dolo ou a culpa são irrelevantes, bastando o fato observado de forma objetiva. Conforme bem explicita ABDO (2002, p. 28), a característica comum dessa corrente é a proibição do desvio de finalidade no exercício do direito subjetivo.

Por fim, a teoria mista ou eclética adota tanto critérios subjetivos quanto objetivos. Em linhas gerais deve-se analisar objetivamente a intenção, ou seja, tomando por base a conduta do homem médio verifica-se a anormalidade da conduta do agente. “Este desvio pode consistir, seja na intenção de prejudicar, seja numa falta na execução, seja na falta do interesse legítimo, seja no desvio do direito da sua função social” (CASTRO FILHO, 1960, p. 29).

ABDO (2002, p. 29/30), relatando a teoria formulada por Josserand, assevera que a presente teoria conteria em si a cumulação dos critérios do motivo legítimo (subjetivo) e o da função social (objetivo). O primeiro determinaria a investigação acerca da conduta do agente, enquanto o segundo demandaria a atenção do respeito à missão social dos direitos. O ato abusivo então adviria da conjunção desses critérios.

De acordo com SOUZA (2005, p. 94/96), a doutrina e a jurisprudência pátria sempre propenderam para a tese subjetivista, tendo por base a orientação francesa.

Assim: “A orientação da jurisprudência brasileira, mesmo depois do Código de 39, é nitidamente subjetivista. São raros os julgados que se orientam pela concepção objetivista.”. ABDO (2002, p. 298/299) reforça essa tese, ao expor que

(...) tem-se entendido que o critério do desvio de finalidade seria muito rigoroso para caracterizar o ato como abusivo, se considerado isoladamente. Em complemento a esse critério, devem ser observadas as circunstâncias de cada caso concreto, notadamente quanto à existência dos seguintes elementos: falta de seriedade do ato, ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, lesividade à administração da Justiça e, para todos os casos, a necessária presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa).

CASTRO FILHO (1960, p. 29) leciona não ser possível se posicionar de modo apriorístico. Seria essencial a observância de cada situação em específico. Haveria casos em que a intenção seria indispensável; noutros, o dolo seria despiciendo. Cita-se como exemplo o artigo 17, do CPC, em que se exige a configuração da intenção; já seria exemplo de responsabilidade processual objetiva a execução provisória da sentença ou as medidas cautelares que sejam cassadas, desde que causem prejuízo.

Essa é a conclusão de ABDO (2002, p. 299) ao ponderar que

(...) seria incorreto eleger aprioristicamente, além do desvio de finalidade, um dos critérios supra como definidor do abuso do processo. É mister, sobretudo, examinar o contexto em que o ato é praticado (sujeitos, forma do ato, lugar em que realizado, circunstâncias temporais, modo com que praticado o ato, fase processual, fatores externos ao processo, etc.).

Registre-se que foi o Código de Processo Civil de 1939 que inseriu o processo no campo publicístico. Parte-se da concepção de que “A máquina judiciária cujo custo social tem de ser considerado, não pode, ademais, ser movimentada sem que haja um resultado socialmente útil.” – (SOUZA, 2005, p. 101).

Indaga-se, portanto, por qual motivo prevalece a orientação na doutrina e na jurisprudência no sentido de exigir na maioria das situações o aspecto subjetivo fundado no dolo ou na culpa, se desde o CPC de 1939 o processo possui caráter público. Não se encontrou resposta precisa para a questão, mas certamente é de se vislumbrar que a adoção exclusiva da vertente objetiva culminaria por impedir uma análise mais flexível de cada caso concreto.

Vide que do outro lado da balança situam-se importantes garantias a serem preservadas, tais quais o devido processo legal, a proporcionalidade, o contraditório e a ampla defesa. Por vezes o limite entre o exercício abusivo do direito processual e a ofensa a esses princípios e direitos fundamentais é extremamente tênue.

Indício da afirmação acima é a ressalva trazida por SOUZA (2005, p. 106) especificamente quanto ao abuso do direito de defesa: “No que concerne ao abuso na utilização dos meios de defesa, não há como imaginar possa o réu responder objetivamente pelos seus excessos, exatamente porque a defesa, por imperativo constitucional, é ampla.”.

No mesmo sentido, ABDO (2002, p. 298): “(...) existe um “espaço de manobra” dentro do qual as partes podem exercer as respectivas situações jurídicas subjetivas. Dito “espaço de manobra” nada mais é do que o reflexo processual das importantes garantias constitucionais da liberdade e da legalidade.”.

4.3. TÉCNICAS PROCESSUAIS PARA A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA.

As técnicas que permitem a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa foram basicamente desenvolvidas no direito pátrio por MARINONI, que

elencas duas, quais sejam, a técnica da condenação com reserva da exceção substancial indireta e a técnica monitória.

Justificam-se ambas as técnicas na existência de um direito evidente em face de uma defesa infundada.

A primeira (condenação com reserva da exceção substancial indireta) assenta as suas bases na hipótese de o réu apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor sem refutar os fatos constitutivos. Nesse caso não existiria motivo para que o autor aguardasse o tempo da instrução por uma prova cujo ônus é do réu. Nesse mister MARINONI (1999a, p. 149) justifica que:

Se o tempo do processo deve ser repartido entre as partes, a prova dos fatos constitutivos – significando que o autor desincumbiu-se do seu *ônus probandi* – seria suficiente para que a partir daí o réu passasse a arcar com o tempo necessário à demonstração da sua alegação. Cabe lembrar, aliás, que o fundamento da condenação com reserva seria o da repartição do tempo do processo de acordo com a necessidade da instrução da causa.

Todavia, o mesmo doutrinador acrescenta que a tutela antecipada na presente situação exigiria ainda dois outros requisitos: a) a exceção não pode ser de pronta solução; b) a exceção deve ser provavelmente infundada.

O primeiro se justifica porque aí a instrução da causa levará tempo e, assim, traria ao autor o ônus de suportá-lo. Frise-se o acima citado: é o tempo da fase instrutória que respalda a antecipação da execução forçada.

Já o segundo requisito decorre da necessidade de preservar o direito à ampla defesa do réu e não propender em demasia para o outro extremo do direito tutelado, ou seja, o princípio da efetividade. A tutela antecipatória sem elementos que revelem o descabimento da exceção culminaria por ser uma atitude temerária do juiz. MARINONI (1999b, p. 34) explicita que:

Não se pode negar que esta técnica também apresenta certos riscos, especialmente à chamada ampla defesa. O fato de o juiz somente poder conceder a tutela quando a exceção substancial indireta é provavelmente infundada elimina o risco de lesão ao direito de defesa, já que não é racional que o autor tenha que suportar – após já se ter desincumbido do seu *onus probandi* – o tempo necessário para a demonstração de um fato alegado pelo réu e que se apresenta provavelmente infundado.

No que diz respeito à técnica monitória, esta exige a prova do fato constitutivo do direito e uma defesa que demande instrução dilatatória e que seja provavelmente infundada. Mais uma vez aqui o momento adequado para esta hipótese de tutela é após a ouvida do réu e antes do término da instrução probatória.

Segundo MARINONI (1999a, p. 151), a nota distintiva de ambas as técnicas é que nesta:

“(...) exige sempre prova do fato constitutivo, ao passo que a técnica da condenação com reserva da exceção substancial indireta é ligada apenas à falta de controvérsia acerca dos fatos constitutivos, lembrando-se que, em regra, os fatos constitutivos, em caso de exceção substancial indireta, tornam-se incontrovertidos em razão de não-contestação, já que a apresentação de exceção equivale, em princípio, e por incompatibilidade lógica, à não-contestação dos fatos constitutivos.”

Em suma, nesta técnica (monitória) aplicam-se os mesmos fundamentos da técnica anterior, ressaltando-se apenas a distinção acima alinhavada em que no primeiro caso a apresentação apenas da exceção substancial indireta torna os fatos constitutivos incontrovertidos. Ao seu revés, na técnica monitória o fato constitutivo foi controvertido pelo réu, que apresenta defesa de mérito sem fundamento. Aqui, considerando que o autor provou suficientemente o seu direito, a tutela antecipada já poderia ser concedida.

Por óbvio também que ambas as técnicas nunca poderão ser aplicadas em sede de liminar *inaudita altera parte*, exigindo-se, necessariamente, a resposta do réu.

Atente-se que o estudo destas técnicas não exclui outros casos de abuso de direito de defesa ou de manifesto intuito protelatório do réu, porquanto poderá haver situações, por exemplo, que não se vinculam às exceções apresentadas. Poderá decorrer de atos de “fora” do processo, tal qual entende ZAVASCKI conforme citado em capítulo precedente, e, desse modo, até mesmo antes da efetiva citação e apresentação de defesa.

4.4. O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE E A IMPORTÂNCIA DO ART. 273, INC. II, DO CPC, NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO.

De acordo com a doutrina de ZAVASCKI (2005, p. 79/80), a tutela antecipada por abuso do direito de defesa apenas ocorrerá se ela for necessária, porquanto o “ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subseqüentes não legitima a medida antecipatória.”. A partir dessa perspectiva, entende o doutrinador que a presente hipótese teria importância prática reduzida, já que o juiz teria outros instrumentos para punir os atos abusivos. Cita os casos de julgamento antecipado da lide (art. 330, do CPC), do indeferimento de provas protelatórias ou de julgamento monocrático pelo relator com fulcro no art. 557, do CPC. Ele assevera o seguinte:

Enfocadas pelo princípio da necessidade, evidenciam-se escassas, na prática, as hipóteses de concessão de tutela antecipatória por abuso do direito de defesa. É que o juiz dispõe de poderes para combater, por meios ordinários, procedimentos abusivos desta natureza que se tente praticar dentro do processo, tais os previstos nos arts. 125 e 130, que lhe permitem, inclusive, indeferir providências inúteis ou protelatórias. Da mesma forma, ao sanear o processo, ao juiz competirá fixar os pontos controvertidos e determinar que as provas a serem produzidas fiquem restritas a esses limites. É o que decorre do disposto no § 2º, do art. 331, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.952 de 13 de dezembro de 1994.

Todavia, esse posicionamento a princípio conflita com a visão da tutela antecipada como instrumento da distribuição do ônus do tempo do processo, centrando-se tão somente na feição preventiva/pedagógica do instituto. Em outros termos, antes de o art. 273, inc. II, do CPC, traçar uma hipótese de punição da conduta processual do réu, objetiva-se atribuir a este o custo pela demora do término do processo em atenção à tutela dos direitos evidentes. Nesse mister, MARINONI (1999b, p. 27/28) realça que:

O tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado. Esta probabilidade está associada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu. Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, entra em jogo a tutela antecipatória, como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo.

Não sem motivo que BERTOLDI (1997, p. 312) critica o chamado aspecto punitivo dessa modalidade de antecipação, posto que tal efeito pedagógico é apenas uma conseqüência natural do processo diante da evidência do direito do autor.

Por conseguinte, é altamente discutível a conclusão de ZAVASCKI ao praticamente esvaziar de importância o presente instituto. Veja-se que os instrumentos citados para impedir e reprimir o ato abusivo não se postam ao intento de redistribuir o ônus do tempo do processo, culminando por no máximo abreviar o tempo da demanda.

Assim é que o julgamento antecipado da lide, o julgamento monocrático do recurso por parte do relator ou o indeferimento de provas protelatórias, por exemplo, permitiriam coibir o abuso do direito de defesa. Contudo, o autor, e não o réu, é que arcaria com o custo do tempo para o término do feito, o que, diga-se de passagem, poderá demorar a ocorrer.

Tal conclusão foi ressaltada por ALVIM (1996, p. 97) ao afirmar que, no caso do julgamento antecipado da lide (art. 330, do CPC), os recursos interpostos em face da sentença em regra possuem efeito suspensivo, embora sejam decisões irreversíveis para o juiz que a prolatou. Por tal motivo é que o julgamento antecipado apenas conteria uma “celeridade comum”, enquanto as tutelas do art. 273, do CPC, contêm uma celeridade especial ou particularizada, haja vista a produção imediata de efeitos. Observe-se, *in verbis*:

Desta forma, ainda que a decisão seja antecipada ou precipitada no tempo – comparativamente a uma decisão que fosse proferida somente depois da audiência -, trata-se de uma decisão irreversível, em si mesma, para o juiz, mas que restará com sua eficácia suspensa por recurso(s), salvo se o recurso, em si mesmo, não tiver esse efeito. Informa o julgamento antecipado da lide, apenas, uma celeridade comum, desejável na maioria dos casos, mas desde que se configurem as hipóteses descritas no art. 330, I e II.

Diferentemente se passa com a tutela antecipatória, em que, além da celeridade normal, colima o legislador uma celeridade especial ou particularizada, à luz das situações previstas no art. 273, I ou II, com vista à produção de efeitos imediatos.

Ressalte-se que mesmo com uma série de reformas legislativas buscando a abreviação dos recursos e a restrição do seu uso (vide a lei n. 11.187/2005 e a reforma do Agravo de Instrumento), ainda assim o trânsito em julgado da sentença tarda a acontecer. Mesmo após passado em julgado, a fase de execução, atualmente tomado da celeridade a partir da reforma instituída pelas Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006, poderá se estender sem que o exeqüente obtenha a satisfação de seu direito.

Por conseguinte, avulta de importância o instituto analisado por reverter a lógica que usualmente sempre pautou o processo, ou seja, a de beneficiar a parte que não tem o mínimo de razão. De acordo com MARINONI (1999b, p. 21) o processo na sua acepção clássica sempre:

(...) prejudica o autor que tem razão e beneficia aquele que não a tem. (...) Se o processo é um instrumento ético, não pode impor um dano à parte que tem razão. Beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo.

Outra nota distintiva é possibilidade de concessão do provimento antecipatório antes mesmo da citação do réu, desde que obviamente preenchidos os requisitos anteriormente estudados do art. 273. Atente-se que a conduta maliciosa do réu pode se iniciar antes mesmo de perfectibilizada a relação jurídica processual.

O próprio ZAVASCKI (2005, p. 79) ponderou que o “manifesto intuito protelatório” constitui-se de atos ocorridos “fora do processo”, conforme já mencionado, trazendo como exemplo o “não atendimento de diligência”. E um dos expedientes mais corriqueiros é o protelamento doloso da citação. Outros exemplos são colacionados por outros autores, tendo em vista inclusive uma variedade de fatos ocorridos anteriormente à própria propositura da ação. Vale citar a situação exposta por VAZ (2002, p. 157):

É de se admitir a antecipação da tutela de caráter punitivo como decorrência da conduta protelatória do réu antes mesmo de iniciado o processo. Poder-se-ia figurar um exemplo, tomando por base a situação cogitada no item 2 do Capítulo I, em que o motorista causador do acidente tivesse endereçado correspondência aos autores, antes da propositura da ação, comprometendo-se a pagar todas as despesas decorrentes do acidente, danos morais e uma pensão alimentícia razoável. Por conta desta promessa, os autores retardaram a propositura da ação indenizatória, somente o fazendo depois de certificarem-se de que o causador do acidente – ora réu – não iria cumprir sua promessa. Penso que, nesta hipótese, caracterizado estará o manifesto intuito protelatório.

De outro lado, seja o julgamento antecipado, seja o indeferimento de provas inúteis, ou qualquer outro mecanismo processual, nenhum deles atingem tamanha amplitude e efetividade quanto o presente instituto.

Portanto, uma vez que a tutela antecipada utiliza-se de atos executivos, conforme determina o art. 273, § 3º, do CPC, a lentidão da Justiça será suportada pelo réu, sendo seu, e não do autor, o interesse de rapidamente modificar a decisão antecipatória, acelerando conseqüentemente o encerramento da relação processual.

5 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR ABUSO DO DIREITO DE DEFESA NO ESPAÇO SÓCIO-CULTURAL BRASILEIRO.

O capítulo precedente explanou o instituto da antecipação de tutela por abuso do direito de defesa à luz dos seus precedentes teórico-jurídicos, tanto sob o enfoque específico da doutrina da tutela antecipatória, quanto a partir da teoria do abuso do direito. Em outras palavras, apreciou-se o tema a partir de um viés interno e sem inseri-lo em um tempo e em um espaço determinado.

Já no presente capítulo buscar-se-á dar um passo a frente na pesquisa do instituto. Parece salutar estudar como o instrumento processual do art. 273, II, do CPC, insere-se no ambiente sócio-cultural brasileiro.

Mas qual a relevância e a pertinência no seu estudo? Como será observado, algumas características marcantes da cultura brasileira revelam-se diretamente relacionadas com o abuso do direito de defesa e a tutela antecipatória. Como fruto deste cotejo serão vislumbradas algumas explicações que não apenas permitirão justificar um pouco da dificuldade de sua incidência prática, como poderão igualmente fundamentar o presente instrumento com base nas características sócio-culturais do país. Com isso, certamente a compreensão do tema sob estudo sofrerá um acréscimo relevante, indo além de uma visão restrita ao sistema jurídico.

5.1. CARACTERÍSTICAS CULTURAIS DO BRASIL.

Inicialmente serão analisadas algumas características que permeiam a sociedade brasileira a partir dos estudos antropológicos de Roberto DaMatta, Roberto Cardoso de Oliveira e Luis Roberto Cardoso de Oliveira. Em seguida, cumprirá cotejar tais dados com o tema sob estudo.

5.1.1. A Consciência Horizontal e a Vertical: o “sabe com quem está falando?”.

De acordo com DAMATTA (1997b, p. 181), a cultura brasileira estaria fortemente marcada por traços hierárquicos que privilegiariam a verticalidade das relações sociais. Segundo o mencionado autor, tal característica é facilmente observável ao se constatar um rito social corriqueiro no cotidiano do país, o qual denominou de “sabe com quem está falando?”.

Essa expressão é utilizada no país para revelar a posição de superioridade de alguém em relação a outra pessoa. Ela, juntamente com outras expressões similares como “quem você pensa que é?”, “onde você pensa que está?”, revela uma função hierarquizadora na estrutura social. Nesse sentido, DAMATTA (1997b, p. 195) explicita o seguinte:

O “sabe com quem está falando?” – e podemos dizer isso sem receio de cometer um curto-circuito sociológico – é um instrumento de uma sociedade em que as relações pessoais formam o núcleo daquilo que chamamos de “moralidade” (ou “esfera moral”), e tem um enorme peso no jogo vivo do sistema, sempre ocupando os espaços que as leis do Estado e da economia não penetram. A fórmula “sabe com quem está falando?” é, assim, uma função da dimensão hierarquizadora e da patronagem que permeia nossas relações diferenciais e permite, em conseqüência, o estabelecimento de elos personalizados em atividades basicamente pessoais.

A demonstração dessa constatação pode ser comprovada com a comparação do sentido da mesma frase em outro país. Por exemplo, nos Estados Unidos o “você sabe com quem está falando?” é traduzido por “Who do you think you are?”. Ambos os termos expressam rituais distintos, porquanto nesta última expressão tem-se a conotação que induz ao nivelamento, em contraposição a alguém que se imagina superior (“quem você pensa que é?”). “Assim, enquanto o ‘sabe com quem está falando?’ situa quem o usa numa posição superior, sendo um rito autoritário de separação de posições sociais, o ‘Who do you think you are?’ é, inversamente, um rito igualitário.” (DAMATTA, 1997b, p. 197).

Nesse diapasão, o rito do “sabe com quem está falando?” expressaria mais do que a mera situação acidental e isolada, revelando um traço marcante dos valores que instruem a sociedade brasileira. Isso é facilmente verificado a partir do momento que a sua utilização é hipoteticamente criticada por muitos, mas adotada na prática como um instrumento de estratificação, mesmo que de forma inconsciente. DAMATTA (1997b, p. 186) bem frisa que

(...) geralmente, a situação era a de considerar indesejável o uso da expressão, mas ser um praticante dela. Tal como nos casos das pesquisas sobre preconceito racial, todos consideram o preconceito indesejável, mas em situações concretas específicas todos se revelam racistas.

Ademais, a generalidade com que se emprega a expressão revela que ela não se limita a classes sociais específicas. Ou seja, mesmo aquele que não desfruta de uma posição de poder, mas que é próximo de alguém situação na posição de poder, utiliza-se do “sabe com quem está falando?”. A personalidade e a intimidade definem a estrutura hierárquica.

DAMATTA (1997b, p. 194) conclui que a **consciência horizontal** é prejudicada com esse rito, incrementando a tomada de **consciência vertical**.

Segundo ele, “É, pois, muito mais fácil a identificação com o superior do que com o igual, geralmente cercado pelos medos da inveja e da competição, o que, entre nós, dificulta a formação de éticas horizontais.”.

Tais características dizem respeito mais às tradições colonialistas centradas em lealdades verticais, do que às éticas horizontais decorrentes dos ideais iluministas. A lei na atual conformação jurídica e que se funda essencialmente na concepção da isonomia, também possui feição conflitante com o “sabe com quem está falando?”, eis que ao direito repugna a discriminação lastreada nos vínculos pessoais.

5.1.2. A Noção de Indivíduo e de Pessoa.

DAMATTA (1997b, p. 222) traça uma distinção entre a noção de “indivíduo” e de “pessoa”. Enquanto o primeiro revela a construção ocidental segundo a qual “a sociedade deve estar a serviço do indivíduo”, o termo pessoa deve estar necessariamente inserido em “complementaridade de cada um para formar uma totalidade que só pode ser constituída quando se tem todas as partes”.

O desenvolvimento histórico ocidental acentuou a prevalência do “**indivíduo**” na sociedade. A própria noção de autonomia da vontade e de independência do sujeito são exemplos dessa evolução. Atualmente vemos na seara do direito de família a preponderância da concepção “eudemonista”, em que sobreleva de importância o interesse dos membros sobre os da instituição “família”. Nesta perspectiva, a sociedade estava contida no indivíduo no sentido de que este era auto-suficiente.

Já na “**pessoa**” há uma inversão, porquanto esta se encontra presente na sociedade em relação de complementaridade com as demais, ou, em outros termos, a pessoa está consciente e dependente da sua inserção na comunidade.

Diante disso, DAMATTA (1997b, p. 225/226) resume as características de Indivíduo e Pessoa da seguinte forma:

Indivíduo: Livre, tem direito a um espaço próprio. Igual a todos os outros. Tem escolhas, que são vistas como seus direitos fundamentais. Tem emoções particulares. A consciência é individual. Faz as regras do mundo onde vive. Não há mediação entre ele e o todo.

Pessoa: Presa à totalidade social à qual se vincula de modo necessário. Complementar aos outros. Não tem escolhas. A consciência é social (isto é, a totalidade tem precedência). Recebe regras do mundo onde vive. A segmentação é a norma.

Mas quando se pode constatar a manifestação do “indivíduo” e da “pessoa”? O rito de passagem da pessoa para o indivíduo é indicado por DAMATTA (2000) como sendo aquele análogo à figura da “**casa**” e da “**rua**”. Aquela é o ambiente da consideração máxima à pessoa com todos os seus atributos, bem como a sua proteção no seio familiar. A passionalidade e a afetividade são as características marcantes neste espaço. A palavra chave é a “**solidariedade**”.

Ao seu revés, a “**rua**” é o espaço público, adulto, impessoal e indiferente da “**lei**” em sentido amplo. Nesta esfera, o certo e o errado, o legal e o ilegal não fazem “considerações pessoais”. É o espaço marcado pelos deveres impostos pela sociedade, mas também traz ínsita a idéia de “**justiça**”.

5.1.3. A Noção de Subcidadania e de Supercidadania.

Na esteira das proposições tecidas por DaMatta, podem-se anotar algumas conseqüências para o conceito de cidadania.

DAMATTA (2000, p. 93) aduz que ao se pensar na esfera da “rua” há a condição de subcidadania, enquanto no espaço da “casa” teríamos a supercidadania. No primeiro caso, o sujeito teria a imposição de deveres, ao contrário dos inúmeros “direitos” que marcam o segundo:

Se no universo da casa sou um supercidadão, pois ali só tenho direitos e nenhum dever, no mundo da rua sou um subcidadão, já que as regras universais da cidadania sempre me definem por minhas determinações negativas: pelos meus deveres e obrigações, pela lógica do “não pode” e do “não deve”.

Destarte, coloca-se em um dos pólos (da subcidadania) o princípio vinculado à “justiça”, do respeito ao “indivíduo” no espaço da “rua” e de consciência horizontal e isonômica. Por outro, na supercidadania tem-se a “solidariedade” atrelada ao espaço privado da “casa”, à concepção de “pessoa” e de consciência vertical e hierárquica.

No Brasil, haveria um déficit decorrente da falta de “justiça” e na sobra de “solidariedade”. De acordo com as lições de OLIVEIRA, L.; OLIVEIRA, R. (1996, p. 167/168):

(...) ou seja, uma situação que se tem muito pouca justiça no acesso aos direitos, mas na qual sobra solidariedade, ainda que excessivamente circunscrita e bem localizada na consideração da pessoa do cidadão que merece reconhecimento.”.

Em outros termos, o ambiente cultural brasileiro conteria a preponderância de uma supercidadania restrita a algumas pessoas situadas no topo da hierarquia social e relacionadas ao espaço da “casa”.

Neste liame, afirma OLIVEIRA, L. (2002) que a conseqüência proveniente dessa articulação de fatores seria a tendência de se transformar direitos em privilégios por meio da privatização do espaço público.

Por fim, realmente parece latente em nossa sociedade a enorme desigualdade que passa a ser partilhada e aceita até mesmo por aqueles em situação desfavorável. Veja-se que não somente os detentores do poder se utilizam dos argumentos hierárquicos, como também aqueles que se situam em tese subordinados acolhem-na como meio para subir na pirâmide social. As práticas de clientelismo, do corporativismo de classes profissionais e de sindicatos, dos “apadrinhamentos”, dentre outros, são exemplos concretos dessa assertiva.

5.1.4. O Equacionamento da Justiça e da Cidadania na Esfera Norte-Americana.

Em seguida, cumprirá expor o estudo de Luis Roberto Cardoso de Oliveira sobre a cultura judiciária norte-americana. Tal questão explicita um equacionamento diametralmente oposto ao brasileiro entre a justiça e a solidariedade.

A tradição norte-americana, de acordo com BELLAH ET AL *apud* OLIVEIRA, L.; OLIVEIRA, R. (1996, p. 174/175), seria marcada pelo individualismo, decorrente do desenvolvimento de quatro correntes: a bíblica; a republicana; a utilitarista; e a expressivista. Todas, ainda que dotadas de particularidades, ressaltaram a importância do indivíduo na sociedade. Elas trouxeram, respectivamente, a idéia de “liberdade moral”, inserta em uma comunidade ética; a idéia de “igualdade política”; a concepção de que o indivíduo deveria perseguir os seus próprios interesses pessoais e materiais; e o estímulo ao cultivo do espírito e da identidade profunda do indivíduo.

Essas tradições acarretariam a dificuldade de o “indivíduo” norte-americano articular um discurso que o colocasse como integrante da sociedade, tal qual a “pessoa” o faz com facilidade. Os principais responsáveis por isso seriam as duas

últimas vertentes, as quais teriam o efeito de efetivamente desconectar o sujeito com o todo.

Via de conseqüência, a cultura norte-americana revelaria uma deficiência, não no tocante ao respeito dos direitos individuais (“lei”, “rua”, “subcidadania”), mas no aspecto da solidariedade, da supercidadania, da “casa”.

Tendo essa base em mente, OLIVEIRA, L. (2002) realizou um estudo de campo nas Cortes de Pequenas Causas Norte-Americanas. Ele concluiu que naquele país há dificuldade de se construírem argumentos coerentes com a violação dos direitos que envolvem também a consideração à pessoa. As tradições individualistas acima citadas teriam o efeito de perpetrar litígios exatamente naquele campo onde se situa o *déficit*, ou seja, da solidariedade e da consideração à pessoa. Ele denominou esse fenômeno de insulto moral. Nas palavras de OLIVEIRA, L.; OLIVEIRA, R. (1996, p. 181 e 183):

Por outro lado, é importante observar que a maneira mais utilizada para descaracterizar as demandas dos atores, relativas aos reconhecimentos destes direitos, é identificá-las como expressão de um comportamento ou atitude emocional. Pois, sem conseguir articular um discurso moral substantivo e/ou fundamentar os valores que motivam a percepção de agressão, e a respectiva demanda de reparação, os atores recorrem a uma categoria psicológica.

(...) os direitos excluídos da pauta de negociações são os que exigem, para que sejam reconhecidos, uma manifestação explícita de consideração à pessoa do indivíduo/cidadão. Quer dizer, uma manifestação de reconhecimento de sua dignidade, enquanto membro de uma comunidade/sociedade inclusiva e minimamente solidária, onde a identidade dos cidadãos tenha um mínimo de substância que lhes garanta um tratamento que não seja estritamente formal e coisificador.

O cotejo daquela realidade demonstra as conseqüências diametralmente opostas no que tange às deficiências presentes em cada pólo, seja o da rua, seja o da casa. Todavia, a perspectiva americana quando comparada com a nacional denota que o desrespeito à consideração da pessoa do cidadão naquela sociedade ainda garante ao indivíduo ao menos o respeito de seus direitos essenciais e

fundamentais. A prevalência da legalidade atenua consideravelmente a concentração de renda e o abismo social, o que não se sucede no Brasil.

5.1.5. O Malandro como um dos Atores Sociais.

Além do quadro geral que procura retratar a sociedade brasileira sob um viés antropológico, é possível extrair os seus principais atores que dão conformidade e dinamismo a esse sistema. Ou seja, parece relevante apontar quais espécies de figuras compõem o cenário acima delineado.

De acordo com DAMATTA (1997b, p. 262) haveria um triângulo de dramatizações que comporiam a identidade social brasileira, partindo das suas três origens básicas, consistente no seguinte: “Carnavais = Foliões = Inversões = índios (ou marginais); Paradas = Soldados = Brancos (ou superiores); Procissões = Fiéis = Negros (ou inferiores)”.

Esses três vértices poderiam ser corporificados em três figuras paradigmáticas, quais sejam, 1) o santo, o renunciador, oromeiro, o peregrino; 2) o malandro ou os seres marginais; e 3) o caxias. Cada um desses atores representaria respectivamente as procissões (negro), o carnaval (índio) e as paradas (branco).

Para os fins do presente trabalho cumpre trazer o enfoque do “malandro”, porquanto se revelará intrinsecamente próximo da figura do abuso do direito. Não que os outros tipos não sejam relevantes e ajudam a conformar a identidade brasileira. “De fato, eles não podem e não devem ser tomados como tipos estáticos, mas como pontos polares para onde tendem e no qual eventualmente se cristalizam certos princípios sociais dominantes em nossa sociedade.” (DAMATTA, 1997b, p. 268).

Um conto folclórico que bem resume e traduz o malandro é o de Pedro Malasartes, personagem que utiliza os comandos do patrão ao “pé da letra” para ludibriá-lo, sempre levando vantagem sobre pessoa de posição de poder e de prestígio. Segundo DAMATTA (1997b, p. 291), as artimanhas de Malasartes seriam, dentre outras, as seguintes:

1. O patrão manda que Pedro vá trabalhar numa plantação de milho e envia uma cachorrinha para acompanhá-lo. O trato é que Pedro só pode voltar para casa quando a cachorra assim fizer. Depois de meio dia de trabalho, e como o animal nem se mexe, Malasartes logo vê que é um golpe, e dá uma paulada na cachorrinha, a qual corre para casa. Pedro pode então voltar. À tarde, só faz o gesto e o animal volta. Pedro assim derrota o fazendeiro, pois este fica zangado, mas – pelo mesmo contrato – não o pode demonstrar.

2. No dia seguinte, o patrão manda Pedro limpar a roça de mandioca. Pedro arranca toda a plantação, deixando tudo realmente limpo. Diante do patrão zangado, Pedro pergunta se ele está satisfeito. Para não perder, o patrão afirma que sim, e perde novamente.

Como se observa, assim como o famoso “Macunaíma” de Mario de Andrade, Pedro Malasartes representa aquela astúcia, aquele “jeitinho” de, sem ofender as regras, sempre tomar vantagem em proveito próprio. “A astúcia, por seu turno, pode ser vista como um equivalente do jeito (ou do jeitinho) como um modo estruturalmente definido de utilizar as regras vigentes na ordem em proveito próprio, mas sem destruí-las ou colocá-las em causa.” (DAMATTA, 1997b, p. 291). Ele sempre transita por uma zona cinzenta, entre o certo e o errado, o correto e o incorreto, marginal ao sistema mas sem renunciá-lo.

Em um dos pólos opostos ao “malandro” está o “caxias” que representa o colonizador branco, aquele que segue as ordens e é pautado pela hierarquia. Estariam representados na literatura por Bentinho de Machado de Assis ou Isaías Caminha e Policarpo Quaresma.

Observe-se que DAMATTA (1997b, p. 270) bem explicita que o malandro se inicia exatamente quando deixa de ser “caxias”: “Mas, à medida que deixamos essa posição dentro da ordem, ou melhor, a posição na qual somos definidos pelo exterior, por meio de regras gerais plenamente visíveis, começamos a virar malandros.”.

Ao seu revés, o “renunciador” procura romper com a realidade presente, ele “reza e caminha, procurando a terra da promessa, onde os homens finalmente poderão realizar seus ideais de justiça e paz social.” (DAMATTA, 1997b, p. 265). Em outros termos, esta figura se volta para um futuro e para um outro mundo ideal, ao contrário do malandro, que vive o presente e burla o sistema com o intuito de sobreviver.

Em síntese, foi analisado o cenário sócio-cultural brasileiro sob o aspecto dos ritos e dramatizações que o compõem, revelando-se um espaço em que prepondera a consciência vertical, a pessoalidade, a solidariedade e a supercidadania circunscrita a alguns poucos. Vislumbraram-se também as suas personagens principais, dando-se especial destaque à figura do malandro.

5.2. O ATO ABUSIVO DE SE DEFENDER INSERIDO NA CULTURA BRASILEIRA E O INSTRUMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Analisar-se-á adiante como o ato abusivo se amolda à típica conduta acima delineada do malandro, cumprindo tecer considerações à guisa de conclusão a respeito das implicações do instituto da antecipação de tutela por abuso do direito de defesa no quadro sócio-cultural brasileiro.

Em primeiro lugar vale lembrar as noções jurídicas atinentes ao abuso do direito, em especial os ensinamentos de MARTINS (1997, p. 162):

Ilícito é, com efeito, o ato anti-social realizado sob o influxo de motivos reprovados, não visando à satisfação de um interesse legítimo e que, por isso mesmo, embora praticado no exercício de um direito, venha a produzir um sério desequilíbrio entre os interesses individuais e coletivos.

Assim, a partir de tudo o que foi exposto, parece claro que a natureza do ato abusivo, ao se revestir da legalidade, mas ao mesmo tempo se afastando dos fins e dos limites para os quais ele foi criado, compatibiliza-se com o tom de personalidade e com a conduta do malandro.

A diferença é que o “jeitinho” desse ator social no mais das vezes tem em vista fins não reprovados pela sociedade. Porém, a sua conduta também poderá atingir o campo da ilicitude, adentrando-se aí na seara do abuso do direito. Nesse diapasão, leciona DAMATTA (1997b, p. 269) que: “(...) o campo do malandro vai, numa gradação, da malandragem socialmente aprovada e vista entre nós como esperteza e vivacidade, ao ponto mais pesado do gesto francamente desonesto.”.

Destarte, por certo que a aplicação do art. 273, inciso II, do CPC, deve também ser estudada a partir do presente enfoque, podendo-se extrair novas colorações ao instituto. Passemos a retirar algumas conclusões a respeito.

Primeiramente, vislumbra-se a importância de incluir nos estudos acerca do tema a interdisciplinariedade e a análise do ambiente cultural em que ele se insere, sob pena de traduzir incongruências entre o sistema jurídico e o sistema social. Além do mais, a partir de uma visão instrumentalizada do processo, o enfoque deve partir do jurisdicionado, justificando uma abordagem sócio-cultural da matéria.

Em segundo lugar, constata-se que a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa objetiva, claramente, coibir aqueles atos que transbordam os

limites socialmente aceitáveis da garantia da ampla defesa, representados na conduta do malandro.

Atente-se que a presença desse ator social, junto com o “caxias” e o “renunciador”, compõem aquele ambiente cultural mais geral cujas marcas são a personalidade, a solidariedade, a hierarquização e a supercidadania restrita a alguns, e que como visto acarretaria sério comprometimento do vetor da Justiça.

Desse modo, o art. 273, II, do CPC, objetiva o quadro deficitário no país de atendimento aos padrões de Justiça em detrimento da solidariedade, partindo-se da punição à conduta reprovável do malandro.

Essa onda reformista coloca-se em consonância com o intuito de reforçar os padrões éticos. Talvez o maior exemplo disso seja a introdução do *contempt of court* proveniente do direito anglo-saxão no direito processual civil brasileiro, o que se coaduna com aquilo que foi exposto acerca da tradição norte-americana e da orientação oposta daquele país na presente questão.

Uma terceira implicação é a possibilidade de justificar a maior resistência na incidência do instituto da antecipação de tutela por abuso do direito de defesa no cotidiano forense. Isso porque o dado cultural analisado traduz-se na ambigüidade e na liminaridade entre o legal e o ilegal do malandro, o que “parece ser uma vertente básica do mundo social brasileiro” (DAMATTA, 1997b, p. 300).

Se os juízes, advogados e litigantes também integram esta mesma sociedade, seria natural haver uma condescendência maior e um rigor menor para aqueles atos provenientes do “jeitinho malandro”.

Portanto, aquele “espaço de manobra” afirmado por ABDO (2002, p. 298), segundo o qual “a simples violação de uma regra processual não é *per se* abusiva”, e que corresponderia ao “reflexo processual das importantes garantias

constitucionais da liberdade e da legalidade”, seria determinado também por fatores culturais que aumentam o espaço socialmente aceitável de atuação **lícita**, e não ilícita, do malandro.

Em outros termos, é claro que no Brasil, por existir essa figura em nosso mundo social, a amplitude de atos aceitáveis (não abusivos) será sensivelmente maior do que em outros países, como, por exemplo, nos Estados Unidos, em que esse fator (o “malandro”) não se apresenta com a mesma frequência.

Não deixa de existir um certo paradoxo, tendo em vista que por um lado os operadores do direito tenham a seu favor um forte instrumento para coibir as práticas abusivas e limitar os efeitos nefastos da conduta do “malandro”, mas por outro lado também há uma resistência maior à sua aplicabilidade em função deste mesmo personagem fazer parte, inequivocamente, da nossa identidade nacional.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto, a presente monografia tratou da antecipação de tutela por abuso do direito de defesa, nos termos do art. 273, inc. II, do CPC.

Primeiramente foram estudados os fundamentos do instituto da antecipação de tutela e a forma como ele se insere no ordenamento jurídico brasileiro. Deu-se especial atenção à chamada fase instrumentalista e à verdadeira guinada no modo pelo qual o processo atualmente é observado.

Em seguida, tecemos algumas considerações a respeito da natureza do provimento antecipatório a partir das semelhanças e diferenças entre a tutela de natureza cautelar e a executiva. Concluiu-se pela maior proximidade com esta espécie do que com aquela.

Encerrando o capítulo, procurou-se avaliar a tutela antecipada sob o enfoque constitucional e os princípios que ela evoca. Nesse diapasão, vislumbrou-se o conflito premente entre os princípios da segurança jurídica e da tutela tempestiva e efetiva.

No segundo capítulo objetivou-se pesquisar os requisitos gerais da antecipação de tutela. O primeiro deles, o requerimento da parte, trata da impossibilidade de concessão *ex officio*, mas com controvérsias atinentes à possibilidade de revogação ou modificação sem pedido. O segundo requisito, a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, impõe a configuração de um maior grau de certeza do que aquele exigido para a concessão da medida cautelar, podendo ser demonstrado mediante qualquer meio de prova. Por fim, analisou-se a irreversibilidade do provimento antecipado como condição negativa para a incidência do art. 273, do CPC.

No terceiro capítulo, o abuso do direito de defesa foi estudado de modo específico. Conferiu-se especial atenção às teorias que procuram fundamentar o abuso do direito, quais sejam, as teorias subjetivas, objetivas e mistas, mas consignando-se a necessidade de avaliar as circunstâncias de cada caso concreto no escopo de conferir maior flexibilidade para a caracterização do abuso. Foram relatadas as técnicas processuais pertinentes para o fim de enquadrar algumas hipóteses de cabimento do instituto. Trata-se da técnica da condenação com reserva da exceção substancial indireta e da técnica monitoria. Por fim, apreciaram-se também as críticas que procuram esvaziar a aplicabilidade prática do instituto, bem como os argumentos contrários e a favor da sua relevância.

No quarto e último capítulo o foco do estudo se voltou para o cotejo com as características sócio-culturais brasileiras. Dentre elas foram salientadas a hierarquia,

a personalidade, a solidariedade, a hierarquização e a supercidadania. Vislumbrou-se uma intrínseca identidade entre um dos atores sociais típicos de nossa cultura, o “malandro” nas palavras de DAMATTA, e a figura do abuso do direito. Via de conseqüência, arrematou-se não apenas a relevância do estudo a partir deste viés, como também o intuito de o art. 273, II, do CPC, reverter o *déficit* de Justiça em função das conseqüências perniciosas do ato abusivo, típico do “malandro”. Por fim, concluiu-se que o âmbito de “manobra” é maior no Brasil do que em outros países, dado o tom de normalidade da conduta que está no limiar entre o lícito e o ilícito.

A partir de uma análise crítica do tema, permite-se afirmar que a doutrina jurídica atinente ao abuso do direito de defesa ainda está longe da unanimidade. As teorias objetivas, subjetivas e mistas ainda são insuficientes para orientar os sujeitos processuais a fim de permitir, sem hesitação, a antecipação de uma tutela jurisdicional exclusivamente sob esse fundamento.

No mesmo sentido, as técnicas processuais de reserva da exceção substancial indireta e a técnica monitória trazem tão somente um indicativo de quais situações processuais permitiriam a aplicação do instituto, sem, contudo, adentrar mais a fundo no tema e nas discussões ocorridas na teoria do abuso do direito.

Mesmo com as dificuldades teóricas de delimitação do tema, defendeu-se a relevância do instrumento presente no inc. II, do art. 273, posto tratar-se não apenas de mais um meio de punição aos atos abusivos, mas também uma forma de reverter o ônus do tempo do processo, impondo-o ao réu (ou reconvindo) de forma efetiva e imediata. Como visto, os outros meios processuais que buscam punir o dolo processual não detêm a mesma amplitude da tutela antecipatória.

Noutro sentido, visto sob o aspecto externo, visualizou-se a sua importância em função das características sócio-culturais brasileiras. Os ensinamentos foram em

dois sentidos, tanto sob o viés de explicar a maior dificuldade de no Brasil ser enquadrado o abuso do direito de defesa, quanto sob o aspecto de a tutela antecipatória revelar-se um instrumento capaz de modificar essa situação. De todo modo, foi possível apreendê-lo à luz de outro sistema, ou seja, em função de variáveis não exclusivamente jurídicas, permitindo-se colher os frutos da interdisciplinariedade.

Em suma, a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa ainda possui um vasto campo de estudo, tal qual observado na pesquisa vertente. Acredita-se que esta monografia terá contribuído para tal mister, seja para a melhor sistematização da matéria, seja para fomentar o aprofundamento das considerações ora expostas.

7 REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *Fundamentos sistemáticos do abuso do processo no direito processual civil*. Tese de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002 (pgs. 328).

ALVIM, Arruda. Resistência injustificada ao andamento do processo. In *Revista de Processo*. Número 17, ano 5, janeiro/março de 1980, p. 13/24.

_____, Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 77/112.

CARREIRA ALVIM, J. E. A antecipação de tutela na reforma processual. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 53/75.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros: 2002.

ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 13-36.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 309-331.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999.

CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

COSTA, Fábio Silva. Tutela antecipada: hermenêutica, acesso à justiça e princípio da efetividade processual. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2000.

DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. 6ª. ed.. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

_____, *Aprender relativizando: uma introdução à Antropologia Social*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a.

_____, *Carnavais, malandros e heróis*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997b.

_____, *Em torno das filas: óbvio ululante e patrimônio nacional*. On line. Disponível: <http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=248899>. Acesso em 18.05.2005.

_____, *O que faz o Brasil, Brasil?*. Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court. In *Revista de Processo*. Número 102, ano 26, abril/junho de 2001, p. 219/227.

JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S/A, 1999.

LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. In *Revista de Processo*. Número 19, ano 5, julho/setembro de 1980, p. 57/66.

MARINONI, Luiz Guilherme. A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 113/128.

_____, *A antecipação de tutela*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999a.

_____, *Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999b.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª. ed. São Paulo: RT, 2006.

NEGRÃO, Theotônio; Gouvêa, José Roberto. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de; OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Entre o justo e o solidário: os dilemas dos direitos de cidadania no Brasil e nos EUA*. In *Ensaio Antropológico Sobre Moral e Ética*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. *Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: ed. Relume Dumará, 2002.

_____., *Direitos republicanos, identidades coletivas e esfera pública no Brasil e no Quebec*. Série Antropologia, on line, Brasília, n. 304, 2001a. Disponível: http://www.unb.br/ics/dan/serie_antro.htm. Acesso em 23.10.2004.

_____., *Honra, dignidade e reciprocidade*. Série Antropologia, on line, Brasília, n. 344, 2004. Disponível: http://www.unb.br/ics/dan/serie_antro.htm. Acesso em 23.10.2004.

_____., *Individualismo, identidades coletivas e cidadania: os Estados Unidos e o Quebec vistos do Brasil*. Série Antropologia, on line, Brasília, n. 299, 2001b. Disponível: http://www.unb.br/ics/dan/serie_antro.htm. Acesso em 23.10.2004.

_____., *Legalidade e eticidade nas pequenas causas*. Série Antropologia, on line, Brasília, n. 265, 1999. Disponível: http://www.unb.br/ics/dan/serie_antro.htm. Acesso em 23.10.2004.

RAGAZZI, José Luiz. Tutela antecipada nas relações de consumo. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 129/142.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 181-203.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.