

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Prof.
Aluno: Wagner Colacino

**SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
2008**

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* em Direito Processual, sob a orientação do Prof. , como exigência parcial para obtenção do título em especialista em Direito Processual.

**SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
2008**

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* em Direito Processual, sob a orientação do Prof....., como exigência parcial para obtenção do título em especialista em Direito Processual.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

Quero dedicar, em primeiro lugar, àquele que é meu Senhor, meu Deus e meu Libertador JESUS CRISTO, fonte de toda a vida.

Dedico, também, à minha família, esposa e filhos, aos meus pais e irmãos, pois são os meus grandes incentivadores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a DEUS, fonte de toda sabedoria.

Agradeço, também, aos meus professores que contribuíram imensamente para o meu enriquecimento jurídico.

Aos examinadores, pela gentileza, atenção e dedicação de tempo na apreciação deste trabalho.

E aos amigos e família que de alguma forma estiveram torcendo por esta realização.

RESUMO

O presente trabalho apresenta algumas questões acerca da aplicabilidade do instituto da antecipação da tutela, já que, introduzido recentemente em nosso ordenamento jurídico (através da Lei n.º 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil) de modo sistematizado, ainda encontra resistência por partes dos aplicadores do direito. O trabalho foi respaldado em estudos, obras e artigos, já publicados sobre o tema, e através de pesquisas em meio eletrônico. Vindo de encontro com os anseios do jurisdicionado, a antecipação da tutela, contribuiu com a efetividade da tutela jurisdicional, evitando que a demora da prestação pudesse vir a causar prejuízos irreparáveis à parte, que dessa forma, pode ter seu direito resguardado. Procurou demonstrar que, ainda hoje, são realizados estudos sistemáticos sobre a aplicação do tema, que não se encontra pacificada na doutrina e jurisprudência. O desenvolvimento da monografia nos dará melhor idéia do instituto a ser apreciado, apresentando as soluções necessárias para as hipóteses levantadas.

Palavras-chave: Antecipação de Tutela. Tutela Jurisdicional. Processo Civil.

ABSTRACT

The presente work presents some questions about the application of the institute of anticipation of the sentence effects, although introduced recently in our law system (by the law n.º 8.952/94, that gave new writing to the art. 273 of the civil Code of Trial) in sistemized way, it still finds resistance on the law administrator. The research was backboard on doctrines, papers and articles published on this subject, and also through researches in the Internet. Meeting with the parts yearnings, the anticipation of the sentence effects, contributed to the effectiveness of the jurisdictional action, preventing that the delay of the installment could cause irreparable prejudices to the part that, this way can have its right protected. The author tried to demonstrate that, nowadays systematic studies are being done on the aplication of the subject, is not been pacified in the doctrine and jurisprudence. The development of de monografh will show us a better idea of the appreciated institute, presenting the necessary solutions to the raised hypotesis.

Keywords: Anticipation of the sentence. Jurisdictional action. Process civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA: ORIGEM HISTÓRICA.....	11
1.1. A Evolução do Instituto da Antecipação de Tutela no Mundo.....	11
1.2. Raízes Históricas e Justificativas da Antecipação de Tutela no Brasil.....	12
1.3. A Reforma do Código de Processo Civil.....	13
CAPÍTULO 2 – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	15
2.1. Conceito.....	15
2.2. Concessão da Tutela Antecipada.....	16
2.2.1. Concessão da tutela antecipada "inaudita altera parte".....	16
2.2.2. Concessão da antecipação da tutela em outros momentos.....	17
2.3. Revogação.....	18
2.4. Extensão.....	18
2.5. Pressupostos da Antecipação de Tutela.....	19
2.6. Características da Antecipação da Tutela.....	21
2.6.1. Provisoriedade.....	21
2.6.2. Reversibilidade.....	22
2.7. Natureza Jurídica do Instituto.....	23
2.8. Requerimento da antecipação dos efeitos da tutela.....	23
2.9. Legitimidade.....	24
2.10. Competência.....	25
CAPÍTULO 3 – OBSERVAÇÕES ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	26
3.1. Da Tutela Antecipada face à sentença de improcedência do pedido.....	26
3.2. Da Antecipação da Tutela face a Duplicidade dos Efeitos Recursais.....	27
3.3. Aplicabilidade da Tutela Antecipada.....	28
3.4. A Tutela Antecipada e os Direitos Fundamentais.....	29
3.5. Do Julgamento Antecipado da Lide face a Antecipação da Tutela.....	31
CAPÍTULO 4 – DISTINÇÃO ENTRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E TUTELA CAUTELAR.....	34
4.1. Tutela Cautelar.....	34
4.1.1. Pressupostos.....	37

4.2.	Tutela Antecipada.....	38
4.2.1.	Pressupostos da Antecipação da Tutela.....	39
4.3.	Diferenças entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipatória.....	39
4.4.	Semelhanças entre os Institutos das Tutelas Cautelar e Antecipatória.....	41
	CAPÍTULO 5 – DA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	43
5.1.	Execução Provisória.....	43
	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	48

INTRODUÇÃO

Este estudo teve como princípio elucidar os conceitos sobre antecipação de tutela, trazendo, na sua constância, um breve histórico e a atual abordagem do instituto, através das análises dos textos legais e envolvidos e da opinião dos juristas que já trataram do tema.

A partir do momento que o Estado proibiu a autotutela, como contrapartida ele assumiu a responsabilidade de proporcionar a adequada tutela jurisdicional, consubstanciada pelo princípio da inafastabilidade, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Como instrumento desta prestação jurisdicional é utilizado o processo, porém, quando este é realizado através de seu procedimento ordinário, pode não se apresentar com a efetividade e a eficácia necessárias.

A demora na solução da lide civil passa a ser encarada com mais cuidado a partir do momento em que se verifica que o ônus, pela demora no deslinde da ação, recai sobre o autor, enquanto o réu pode usufruir do bem da vida sobre o qual recai o litígio, conforme comenta Ítalo Andolina:

Em qualquer processo civil há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido pelo autor, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor que tem razão) e beneficiar o réu (que não a tem)¹.

Surge então para solucionar, ou melhor, para repartir o ônus da demora da solução da lide, a tutela antecipatória.

Meio eficaz de privilegiar o autor da ação, a tutela antecipatória não deve ser confundida com o julgamento antecipado da lide, vez que é uma medida de caráter provisório em que são oferecidos ao autor somente os “efeitos práticos” da tutela final, não implicando na perda de bens ou direitos definitivamente.

Daí se verifica que a tutela antecipada não fere os princípios do devido processo legal, nem do contraditório, tendo em vista que durante o deslinde do feito a tutela inicialmente concedida poderá ser revogada.

¹ Ítalo Andolina apud Luiz Guilherme Marinoni. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. Revista dos Tribunais, 2.ª edição, pág. 16.

Assim, para obtenção de um instrumento efetivo e eficaz surgiu a tutela antecipatória, para que o autor não tenha que suportar o ônus ocasionado pelo tempo do processo, vez que, não pode o autor que tenha razão ser prejudicado pela demora do processo.

Verifica-se que a tutela antecipada está mais de acordo com os anseios da realidade empírica da sociedade, vez que traz uma solução, no mínimo, menos dolorosa à demora dos procedimentos ordinário, que como visto, estão afastados do valor tempo. A este respeito ressalta Luiz Guilherme Marinoni:

A doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como o procedimento padrão de tutela dos direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento².

A despeito de toda a evolução trazida pela tutela antecipada, introduzida de modo genérico entre nós através da Lei n.º 8952/94, que reformulou os artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, vez que já havia em nossa legislação dispositivos específicos que dispunham sobre tutela antecipatória, como as liminares nas possessórias e na ação civil pública, bem como no artigo 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, a mesma ainda hoje, não é utilizada de modo adequado pelos aplicadores do direito, ocorrendo confusão com o instituto da tutela cautelar.

Não raro utiliza-se de modo indiscriminado o instituto da antecipação da tutela em casos açambarcados pela cautelar, e isto se deve em parte a similaridade entre os dois institutos, ressaltando-se, como nos ensina Marco Aurélio V. Peixoto:

A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo³.

² Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. Revista dos Tribunais, 2.ª edição, pág. 14.

³ Peixoto, Marco Aurélio Ventura. Antecipação de Tutela. Publicação Eletrônica. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em: 18 dez. 2008.

Realizadas estas ponderações verifica-se que o instituto da Antecipação da Tutela é um meio eficaz de efetivação da tutela jurisdicional, trazendo maior celeridade aos feitos, vez que as partes passam a ter interesse (mútuo) no deslinde dos processos.

CAPÍTULO 1 – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA: ORIGEM HISTÓRICA

1.1. A Evolução do Instituto da Antecipação da Tutela no mundo

Ao final do século XX, constatamos que a Ciência Jurídica passa por inúmeras transformações. Seus princípios fixados ao longo dos anos atravessam uma fase de reexame, em virtude da necessidade de adaptação com relação às mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas, bem como os anseios da sociedade por essas mudanças.

Com o Direito Processual não foi diferente. Enquanto instrumento responsável pela aplicação da norma positiva substantiva, não poderia, ficar insensível a tais fenômenos. Grande era a necessidade de atualização e modernização, modificando métodos e técnicas, com a finalidade de aproximar o Direito Processual do povo.

A ânsia pela entrega de uma prestação jurisdicional efetiva, célere e capaz de solucionar os litígios entre os homens da maneira mais confiável para as partes e para a sociedade passou a constituir uma aspiração de toda a nação.

Em vários países, surgiram movimentos em torno dessas reivindicações e várias escolas se formaram. Entendeu-se que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar variações irremediáveis, não satisfazendo quem necessita de soluções rápidas.

A antecipação da tutela existe no direito europeu a mais de 40 anos e teve suas raízes históricas no Direito Romano, estando, nesta fase, inserida no próprio conceito de poder geral de cautela.

Somente no século atual, após verificarem que a redução do poder geral de cautela a um campo bastante limitado (uma vez que não se admitia sua utilização para satisfação direta de direitos subjetivos das partes), é que os doutrinadores procuraram dar maior elasticidade aos efeitos da tutela cautelar, de forma a dar-lhe um cunho satisfativo, sob o fundamento de que um tardio reconhecimento de uma pretensão jurisdicional equivalia a verdadeira denegação de justiça⁴.

Com esse pensamento foram criadas ações especiais onde, desde que requeridas em circunstâncias especiais, admitia-se o emprego de liminares satisfativas (como na ação

⁴ Bruno Fernando Santos Lemos, apud, Humberto Teodoro Júnior: antecipação de tutela e medidas cautelares – tutela de emergência. juris síntese n.º 19. Porto alegre, Síntese, 1999.

popular, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade e no mandado de segurança, entre outras).

Os direitos alemão e suíço, da mesma forma, agregaram às tradicionais medidas cautelares previstas em seus ordenamentos jurídicos, de caráter puramente preventivo, outras que correspondem ao poder que se reconhece ao juiz de assegurar a paz entre os litigantes. O Código de processo Civil Alemão as previu em seu parágrafo 940 (ZPO § 940), autorizando o direito germânico até uma “condenação Provisória”, para evitar que o direito da parte vencedora seja prejudicado pela esfera indeterminada da execução da sentença de mérito⁵.

No Direito Comparado, podemos, ainda, detectar origens do instituto na Itália. Em 1942, foi introduzido no *Códice de Procedure Civile*, um verdadeiro sistema de antecipação de tutela meritória⁶.

1.2. Raízes Históricas e Causas Justificativas da Antecipação de Tutela no Brasil

A produção dos efeitos da tutela antecipada não era totalmente desconhecida do nosso sistema jurídico formal. O exame do Código de Processo Civil revela uma forma especial de tutela antecipada, prevista no artigo 928, onde se permite a antecipação do mérito da demanda, nas ações possessórias, com força nova, desde que presentes os requisitos específicos.

A antecipação de tutela, conforme visto, já era entidade processual conhecida no nosso ordenamento jurídico. Contudo, apresentava-se sem uma construção sistematizada e com aplicação genérica, já que só poderia ser deferida em situações específicas e vinculada a determinadas relações jurídicas⁷.

⁵ Habscheid, apud, citação de Bruno Fernando Santos Lemos – Humberto Teodoro Júnior: antecipação de tutela e medidas cautelares – tutela de emergência. juris síntese n.º 19. Porto alegre, Síntese, 1999.

⁶ Peixoto, Marco Aurélio Ventura. Antecipação de tutela. Publicação eletrônica. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto> acesso em: 15 dez. 2008.

⁷ Peixoto, Marco Aurélio Ventura. Antecipação de tutela. Publicação eletrônica. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto> acesso em: 15 dez. 2008.

Historicamente, no curso normal do processo, somente concebia-se a execução posterior à sentença definitiva, de modo a resguardar o suposto devedor de qualquer intromissão em seu patrimônio enquanto não se julgasse exaustivamente a lide.

A exigência de que se seguisse o curso normal do processo transformava, quase sempre, a prestação jurisdicional final, num "prêmio" para o réu inadimplente e num "castigo" para o autor.

Na tentativa de contornar a inadequação do processo tradicional e superar a lentidão da justiça, muitos operadores do Direito encontraram na ação cautelar uma válvula para obter a aceleração na tutela jurisdicional. Muitas foram as controvérsias e quase sempre foram consideradas abusivas as práticas de generalização das cautelares para obter a satisfação do direito subjetivo.

A tarefa de construir a sistemática ampla e bem estruturada da antecipação provisória de tutela satisfativa já era tida como uma das exigências do devido processo legal, em sua visão mais dinâmica e atual de pleno acesso à justiça com a carga máxima de efetividade da prestação jurisdicional. E essa tarefa coube precisamente à Lei 8.952/94, que, atendendo aos anseios sociais de uma adequação do processo à dinâmica da realidade, disciplinou especificamente o instituto da antecipação da tutela.

1.3. A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro

À luz do quadro já delineado do Direito Europeu se promoveu, entre nós, a reforma do Código de Processo Civil, onde um dos pontos altos foi, a introdução, mediante novo texto dado ao artigo 273, do instituto da antecipação de tutela.

A principal preocupação, na reforma, foi a de tornar o processo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade. Buscando-se o ideal de uma tutela que desse, o mais rápido possível, àquele que tem um direito, exatamente aquilo que tem direito de obter.

E foi dentro dessa perspectiva de estimular os responsáveis pela prestação jurisdicional a outorgarem às partes litigantes um processo caracterizado pela efetividade e pela tempestividade da tutela, que a Lei 8.952/94, reformando o Código de Processo Civil, em seu artigo 273, concebeu a antecipação de tutela.

Como pode nos parecer à primeira vista, o instituto da antecipação da tutela não encerra nenhuma novidade que tenha sido introduzida no ordenamento processual civil brasileiro (por força da Lei 8.952/94), conferindo nova redação ao artigo 273, do Código de Processo Civil.

Anteriormente à vigência dessa lei, já era possível, em determinados casos específicos, a antecipação da providência que se buscava, como nos casos de pedido de liminar de reintegração de posse (artigo 928 do CPC) e no caso da venda antecipada de bens penhorados, se sujeitos a deterioração, ou se tal venda representasse manifesta vantagem (artigo 670 do CPC).

Portanto, a nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil nada mais fez do que regular, de modo generalizado e sistemático, o uso do instituto da antecipação da tutela, que até então era empregado em casos excepcionais.

Contudo, o antecedente mais próximo desse instituto, encontra-se insculpido no artigo 84, § 3º, do CDC, datado de 11.09.90, que diz: "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu".

A antecipação da tutela se traduz, contudo, numa importante revolução processual, que rompeu a barreira do passado, caracterizada pelo até então existente preconceito de que a antecipação dos efeitos não se coadunava com o acautelamento.

A importância maior que talvez tal instituto tenha trazido é o fato de o inciso II, do artigo 273, do CPC, não exigir a presença do periculum in mora, bastando, nesse caso, apenas que fique caracterizado qualquer comportamento reprovável do réu. Assim sendo, com tal instituto, em qualquer processo de conhecimento, seja ele ordinário ou sumário, é possível lhe ser atribuída a antecipação do provimento de mérito.

Resgatando-se, assim, ao menos em parte, a idéia de celeridade da prestação jurisdicional aos jurisdicionados, atribuindo, ao Poder Judiciário, o respeito que lhe é devido, porquanto sustentáculo imprescindível do Estado de Direito⁸.

⁸ Aragon, Célio da Silva. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. Publicação eletrônica. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto> acesso em: 18 dez. 2008.

CAPÍTULO 2 – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

2.1. Conceito

Denomina-se tutela antecipada, o deferimento provisório do pedido inicial, no todo ou em parte, com força de execução, se necessário (art. 273 CPC), como afirma Luiz Guilherme Marinoni: “é a antecipação do efeito executivo, ou melhor, a produção antecipada do efeito executivo da tutela de condenação”.

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamado como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.

Trata-se de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou e não apenas de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz.

Com isto, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte.

A antecipação de tutela é justificada pelo princípio da necessidade, ao se constatar que, sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que comprometeria gravemente a efetividade da prestação jurisdicional. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato.

Mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do CPC vai ainda mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir.

A antecipação da tutela é admissível nas ações condenatórias, declaratórias e constitutivas, desde que contenha um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz

na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor.

Dessa maneira, é a antecipação de tutela a liminar que no mandado de segurança suspende a execução do ato administrativo ilegal ou nulo, assim como é da mesma natureza a liminar que, na ação declaratória de inconstitucionalidade, suspende o cumprimento, provisoriamente, da lei impugnada. É, ainda, medida de tutela antecipatória, a liminar na ação possessória, bem como as que arbitram aluguel, in limine, nas ações revisionais, ou a indenização nas ações desapropriatórias.

Logo, são admitidas liminares de natureza antecipatória, nas mais variadas ações, tanto em caráter positivo, quando permite ao autor verdadeira execução provisória contra o réu, como também em caráter negativo, sujeitando o réu a vedações e proibições, diante da situação jurídica provisoriamente reconhecida àquele.

2.2. Concessão da Tutela Antecipada

2.2.1. Concessão da tutela antecipada “inaudita altera pars”

A antecipação da tutela, quando fundada no inciso I, do artigo 273, do CPC, “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou”, pode ser concedida mesmo antes de se operar a citação do réu. Aliás, o próprio artigo que regula a matéria não elenca momentos específicos para que, nessa hipótese, seja ela permitida. Ao contrário, faculta tal possibilidade a qualquer momento, desde que preenchidos os requisitos necessários, o que nos leva a concluir que, não havendo proibição expressa a esse respeito, pode haver antecipação de tutela inaudita altera parte.

Mesmo assim, é controvertida a posição doutrinária sobre poder, ou não, ser antecipada a tutela sem que tenha havido a manifestação da ré.

Ainda, segundo Nelson Nery:

A liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contrária. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou também quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo inaudita altera pars, que não constitui

ofensa, mas sim limitação imanente ao contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento⁹.

Sendo acompanhado por Luiz Guilherme Marinoni, que assinala que:

O próprio artigo não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência, sem dúvida, não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável¹⁰.

Deve-se aceitar, portanto, a possibilidade de concessão do instituto da tutela antecipada, em razão do iminente risco que poderá ser atribuído ao autor, caso seja necessária a citação e sua consequente apresentação de defesa.

Imaginemos, por exemplo, uma determinada situação de risco eminente, onde a parte contrária há de ser citada, por meio de carta precatória, em outro Estado. Assim, se o princípio da concessão da tutela antecipada, fundada no inciso I, do artigo 273, é justamente de evitar o dano irreparável ou de difícil reparação, pensar que a antecipação só pode ser conferida após a manifestação do réu, seria contrariar a natureza do instituto.

Em sentido contrário – não aceitando, portanto, a possibilidade de antecipação sem a manifestação da parte ré – temos a opinião de Teori Albino Zavaski¹¹, entre outros, sob a alegação de que se trata de providência exigida pelo princípio constitucional do contraditório.

Se por um lado, é controvertida a doutrina, acerca de poder, ou não, ser concedida a antecipação de tutela, sem a audiência do réu, parece estar pacificada, na jurisprudência, tal possibilidade.

2.2.2. Concessão da antecipação da tutela em outros momentos

Através da leitura do inciso II, do artigo 273, do CPC, “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, pode-se concluir que, não se configurando, a urgência, somente poderá ser deferida tutela antecipada, com fundamento em tal inciso, após o oferecimento da contestação.

⁹ Aragon, Célio da Silva, apud, Júnior, Nelson Nery. Atualidades sobre o processo civil. Revista dos Tribunais. 1995. pág. 58.

¹⁰ Aragon, Célio da Silva, apud, Marinoni, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do código de processo civil. São Paulo. Malheiros. 1996, 2.^a edição. Pág. 6

¹¹ Zavaski, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo. Saraiva, 2000, Pág. 105)

Por não haver rigidez acerca do momento do cabimento do pedido, este pode ser feito na peça inicial, no curso do processo, de forma incidental, ou em fase recursal, sendo a tramitação e a existência ou eventual superveniência de circunstâncias que justifiquem a formulação do pedido antecipatório.

Com efeito, poderá a tutela ser antecipada quando da prolação da sentença, quando se tratar casos de reexame necessário ou então apelação com efeito suspensivo.

O jurista Teori Zavaski, em sua obra *Antecipação da Tutela*, traz, em nota de rodapé, interessante posição do Professor Nelson Nery, acerca da impossibilidade de concessão de tutela antecipada quando da prolação da sentença: “a medida pode ser concedida, tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença (...) Proferida a sentença não há mais interesse processual na obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão”¹².

2.3. Revogação

A tutela que fora antecipada pode ser revogada, conforme prevê o § 4º, do artigo 273, do CPC, mediante decisão fundamentada, a qualquer tempo, o que implica dizer que poderá ser revogada em qualquer instância, também. Pode ser revogada, inclusive, pelo magistrado que lhe concedeu, se este, verificando a ocorrência de novos fatos, no curso do processo, levem-no à convicção de que a prova inequívoca ou o periculum in mora não mais existem.

Teori Albino Zavaski vai além, dizendo que “é providência cabível, basicamente, em duas situações: com a mudança do estado de fato ou com o aprofundamento da cognição sobre o direito afirmado, em função, inclusive, da mudança do estado da prova”¹³.

2.4. Extensão

¹² nota de rodapé, edição supramencionada, citando obra de Nelson Nery Júnior, *Atualidades sobre o processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

¹³ Zavaski, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo . Saraiva. 2000. Págs. 208/209.

A medida antecipada pode corresponder à satisfação integral do pedido ou apenas de parte daquilo que se espera alcançar com a futura sentença de mérito; ou seja, permite a lei a antecipação total ou parcial.

A fixação dos limites da tutela antecipada não é ato discricionário do juiz. Este estará sempre vinculado ao princípio da necessidade, de sorte que somente afastará a garantia do normal contraditório prévio (princípio da segurança jurídica) nos exatos limites do que for necessário à efetividade da tutela jurisdicional.

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

A lei exige ainda que a decisão acerca da antecipação da tutela seja sempre fundamentada, cabendo ao magistrado enunciar de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento. Tal exigência decorre justamente do fato de não se tratar de mero poder discricionário os limites desta.

Se, houver, por exemplo, cumulação de pedidos e apenas o atendimento de um deles, encontra-se sob risco de dano, não se poderá, por liberalidade, estender a antecipação de tutela a todos eles. O poder antecipatório terá de ser exercitado apenas em relação ao pedido que suporta o perigo de frustração.

Qualquer modalidade de pedido pode ser objeto de tutela antecipada, isto é, tanto as relativas a obrigações de dar, como às de fazer e não fazer. Com relação às duas últimas, caberá tanto a imposição de prestações principais, positivas ou negativas, como a aplicação de meios sub-rogatórios, a exemplo das multas (CPC, art. 461, § 3º).

2.5. Pressupostos da Antecipação de Tutela

Para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. 273, caput, do CPC, impõe a observância de dois pressupostos genéricos:

- a) “prova inequívoca”; e
- b) “verossimilhança da alegação”.

Exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em “prova inequívoca”, que significa mais do que a simples aparência do direito (*fumus boni iuris*), pois por se tratar

de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória.

A antecipação não é de ser reconhecida à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

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

Renomados mestres cuidavam da questão da prova inequívoca:

Postas essas premissas, pode-se concluir que prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável¹⁴.

Prova inequívoca não é prova preconstituída, mas a que permite, por si só ou em conexão necessária com outras também já existentes, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, isto é, tê-lo por verdadeiro. Exemplos: a qualidade de funcionário público do autor, a prova contratual do negócio, a transcrição provando a propriedade, o acidente informado por exame pericial, a lesão por auto de corpo de delito, etc.¹⁵.

O que se procura alcançar com a tutela antecipada do art. 273 é muito mais que a simples e provisória condenação do réu. São atos concretos de efetiva satisfação do direito da parte. Antes da própria sentença, o que se lhe assegura é, dentro do processo de conhecimento, uma tutela de natureza executiva por antecipação. Isto, como é óbvio, jamais seria alcançável com a simples prolação da sentença antecipada de mérito.

Quanto à “verossimilhança da alegação”, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e,

¹⁴ Peixoto, Marco Aurélio Ventura, apud, Carreira Alvim, in “Ação Monitória. Temas Polêmicos da Reforma Processual”, Del Rey, 1995, pg. 164:

¹⁵ Vide nota supra, apud, Ernane Fidelis dos Santos, in “Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro”, pag. 31, Ed. Del Rey, 1996.

principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como, ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Em outros termos, exige-se que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea.

Além dos pressupostos genéricos de natureza probatória, que se acaba de enunciar, o art. 273 do CPC condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa:

- a) “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inc. I); ou
- b) “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (inc. II).

Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Os simples inconvenientes da morosidade processual, aliás, inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

O abuso do direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meio ilícito ou escuso para forjar sua defesa.

2.6. Características da Antecipação da Tutela

A Tutela Antecipada, enquanto instituto destinado a garantir maior agilidade e efetividade ao processo, apresenta duas características essenciais: a provisoriedade e a reversibilidade.

2.6.1. Provisoriidade

A antecipação de tutela está sujeita ao regime das “execuções provisórias” (art. 273, § 3º), conforme disposto na lei. Esta se reveste do caráter de solução não-definitiva e, por isso mesmo, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, mas sempre por meio de decisão fundamentada (art. 273, § 4º).

Disso decorrem as seguintes consequências:

a) a medida será prontamente executada, nos próprios autos da ação de conhecimento;

b) a lei não a condicionou à prestação de caução, de maneira sistemática, mas ao juiz caberá impô-la se as circunstâncias aconselharem a medida de contra-cautela, dentro dos parâmetros do art. 804 do CPC, analogicamente aplicável à tutela antecipada;

c) a execução da tutela antecipada, por ser provisória, corre por conta e risco da parte que a promove, e não comporta transferência do domínio do bem litigioso, nem levantamento de dinheiro, sem prévia caução (CPC, art. 273, § 3º).

2.6.2. Reversibilidade

O § 2º do art. 273, do CPC, determina que a tutela antecipada deve ser reversível, ou seja, deve haver possibilidade da coisa ser reposta ao estado anterior ao da providência ou, ao menos, possibilidade de indenização e que a parte seja capaz efetivamente de compensar o dano sofrido.

A antecipação está autorizada havendo fundado receio de que ocorrerá dano irreparável ou de difícil reparação e não será concedida se houver perigo de irreversibilidade. Há em ambas hipóteses, o risco, e a impossibilidade de firmar um juízo fundado e seguro. Há risco quando algo é dotado de alto grau de probabilidade, sem que se possa assegurar sua ocorrência, seja como fato, seja em termos do tempo em que o fato ocorrerá, como a morte, no seguro de vida. Todo risco importa perigo, daí que nenhuma diferença se deve construir entre as duas hipóteses.

O grau de convencimento que autoriza, em termos de prova, a antecipação, é o mesmo que a desautoriza, em caso de irreversibilidade. Admitir a antecipação do que será irreversível é transformar em definitiva uma execução que dessa natureza não se pode revestir ou colocar o executado, em caso de falta da caução, sem garantia de ressarcimento.

Segundo Passos JJ Calmon, apud Érsio Miranda:

Já o mesmo não se pode dizer caso haja infungibilidade, seja por força da própria natureza das coisas, seja por algum valor estimativo, histórico, artístico etc., existente na espécie sob julgamento. A irreversibilidade não só é material como também econômico-financeira. Se a parte beneficiada com a antecipação não tem idoneidade financeira para repor as coisas no estado anterior, a antecipação só será possível mediante garanti de quem assuma tal responsabilidade. Não se está dizendo com isso, que a antecipação é por conta e risco do exeqüente, mas sim que, havendo necessidade de se reverterem as coisas ao estado anterior, o exeqüente deve estar em condições de atender a essa exigência, e a antecipação não pode ser deferida quando em risco essa possibilidade. Se a caução for idônea para afastar esse risco, presta-la significa eliminar o risco e, conseqüentemente, afastar o obstáculo à admissibilidade da antecipação¹⁶.

2.7. Natureza Jurídica do Instituto

De forma quase unânime, a doutrina tem entendido que a natureza da tutela antecipada nada tem de cautelar, posto que se trata de adiantamento do provimento que se busca no mérito da causa, tratando-se, de antecipação satisfativa da prestação jurisdicional pretendida.

Não se trata, o instituto da antecipação da tutela, de medida cautelar concedida diante de regras e princípios disciplinadores dessa espécie no ordenamento processual vigente, tratando-se, como assinala Nelson Nery Júnior:

Da tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado e seus efeitos¹⁷.

Em que se pese, atribuir semelhança a estes dois institutos, a diferença entre eles existe e é bastante clara, se considerarmos que a medida cautelar visa assegurar o efeito prático de um processo principal, enquanto a tutela antecipada, se constitui na própria providência requerida, que pode ser deferida no todo ou em parte, assunto este que será abordado no capítulo IV do presente trabalho.

¹⁶ Passos JJ Calmon. Inovações no código de processo civil, pág. 34/35. Apud Érsio Miranda.

¹⁷ Júnior, Nelson Nery. Atualidades sobre o processo civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 53 apud Célio da Silva Aragon.

2.8. Requerimento da Antecipação dos Efeitos da Tutela

O art. 273 do CPC, que disciplina a antecipação da tutela preceitua que a antecipação poderá ser concedida “a requerimento da parte”, o que exclui, portanto, a possibilidade de que esta seja deferida pelo juiz, *ex officio*.

Inobstante o contido no *caput* do art. 273, é importante ressaltar as disposições dos artigos 2º e 262, do CPC, onde fica evidenciado que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a requerimento da parte...” e “o processo civil começa pela iniciativa da parte...”, respectivamente, ficando, a atividade do juiz, limitada nos parâmetros estabelecidos pela parte, seja quanto à iniciativa e natureza do pedido, seja quanto à utilização de meios de prova e de convencimento.

Isso faz com que notemos que o instituto da antecipação da tutela garante a soberana decisão do jurisdicionado, de quando e como pleitear a providência jurisdicional, mantendo, dessa forma, como não poderia deixar de ser, a imparcialidade do magistrado que conhece a causa.

Necessário se faz, fazer uma ressalva, em se tratando de antecipação da tutela nas ações pertinentes às obrigações de fazer ou não fazer (assunto que será oportunamente abordado no capítulo VI), tendo em vista que, em tais ações, via de regra, o direito tutelado é de cunho patrimonial ou não patrimonial. Ocorrendo por isso, atenuação do princípio da demanda para a tutela relacionada à urgência.

2.9. Legitimidade

Textualmente, o *caput* do art. 273, do CPC, diz que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida...”, o que demonstra que a antecipação é faculdade exclusiva da parte, vedando, via reflexa, a possibilidade de que seja concedida de ofício, pelo julgador.

Assim, possuem legitimidade para requerer a antecipação da tutela, todos aqueles que deduzem pretensão em juízo, tais como o denunciante, o oponente e o autor da declaração incidental.

O réu, quando apresenta reconvenção, é considerado autor nessa ação autônoma, lhe sendo facultada, a possibilidade de requerer a antecipação dos efeitos da tutela pretendida na reconvenção.

Ao assistente (simples ou litisconsorcial) e ao Ministério Público (tanto como parte ou como fiscal da lei – *custos legis*), também é lícito o requerimento de antecipação de tutela, sendo certo que, nesses casos não estão formulando o pedido, propriamente dito, mas tão somente pleiteando seja concedida à antecipação dos efeitos da sentença, pois o pedido já foi feito pela parte (com exceção do M.P., quando atua como parte, sendo, portanto, o autor na ação).

2.10. Competência

De forma pacífica, a doutrina admite que a competência para a apreciação do pedido é do juiz da causa, até que seja proferida a decisão definitiva.

Como já estudado, trata-se a antecipação de tutela de decisão interlocutória, proferida anteriormente à decisão do mérito da ação. Nesse sentido, pode-se concluir que, a competência para a apreciação do pedido da antecipação cabe ao juiz da causa.

Ocorre que poderá haver a concessão da antecipação em qualquer fase processual. O pedido poderá ser levado a efeito em segunda instância, após, a prolação de sentença de mérito.

Quanto a competência para a apreciação do pedido em grau recursal surgem divergências, porque para alguns doutrinadores o juiz da causa, é quem possui a competência para a execução do julgado, ou seja, o provimento que se almeja com a antecipação, possuindo portanto, a competência para a apreciação do pedido em qualquer fase que se encontre.

Em sentido contrário, e ao que parece a posição mais aceitável, temos a posição de que a competência é dada ao Tribunal, já que o juiz não pode inovar no processo após ter

proferido sentença (art. 463 do CPC), competência essa dada por extensão do art. 800 do CPC, pág. único, com redação dada pela Lei n.º 8.952/94.

CAPÍTULO 3 – OBSERVAÇÕES ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

3.1. Da tutela antecipada face à sentença de improcedência do pedido

O provimento judicial que concede antecipação de tutela, por ser uma decisão interlocutória, sobrevindo sentença que inacolha a pretensão do autor, é alcançada por esta.

Assim, a antecipação da tutela, desaparece do âmbito jurídico, por força do decreto de improcedência, como se não tivesse existido antes.

Neste sentido, temos o pensamento do consagrado processualista, Ernane Fidélis dos Santos que, com argúcia, assentou:

Sobrevindo sentença que prejudica tutela antecipada, seja por modificação seja por anulação, fica ela sem efeito, obrigando-se ao retorno ao estado anterior (art. 588, III), com limitação, contudo, ao que foi anulado ou modificado (art. 588, parágrafo único). Havendo necessidade de atos executórios para tal fim, praticar-se-ão nos próprios autos¹⁸.

Todavia, tal sentença, apenas produzirá efeitos, no plano do direito material, quando ocorrer a coisa julgada material, o que dar-se-á quando a mesma não mais estiver sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467 do CPC).

Pensar-se de modo diverso, seria o mesmo que desconsiderar o instituto da coisa julgada, bem como atribuir ao ato sentencial, mesmo passível de recurso, a imutabilidade de seu conteúdo, desde o momento de sua prolação.

Ora, se assim o fosse, inexistiria razão para se interpor um recurso se, desde logo, a parte vencedora já poderia compelir a outra a lhe satisfazer o contido na tutela jurisdicional de primeira instância. Mais que isso, em sentença condenatória, em caso de sua imediata exeqüibilidade, quando o recurso contenha apenas o efeito devolutivo, o credor, se quiser promover a execução provisória necessitará prestar caução e, mesmo assim, tal executividade não importará em atos de alienação de domínio e nem de levantamento de quantia depositada (art. 588, incisos I e II, CPC).

¹⁸ Santos, Ernane Fidélis dos. *Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. Ed. Del Rey. 1996, pág. 36, apud Emerson Odilon Sandim.

Vê-se, daí, o cuidado com que o sistema cerca as garantias constitucionais processuais quando se puder implementar, provisoriamente, o contido no ato sentencial, porque, sabidamente, na espécie, não se há falar, ainda, em coisa julgada.

3.2. Da Antecipação da Tutela face a Duplicidade dos Efeitos Recursais

Justifica a existência dos efeitos recursais devolutivo e suspensivo, a reação natural do homem, que pode suspeitar de um único julgamento, assim como, a possibilidade de erro ou má-fé do julgador.

É, então, da natureza humana o anseio de que, enquanto pende o ato recursal, resta a esperança de que haja a reforma ou a invalidação da sentença, sobrestados os efeitos da ordem judicial proferida.

Temos então, que é da essência do recurso que remete ao reexame a sentença a suspensividade dos efeitos desta, sendo, pois, aplicável à generalidade das hipóteses, como, aliás, deflui-se do art. 520, 1ª parte, do CPC.

Só uma razão sócio-político-jurídica mais forte que esta poderia fazer com que o legislador se curvasse a ponto de atribuir ao recurso apenas o efeito devolutivo. E os motivos que vieram a operar esta excepcionalidade legal, naturalmente, foram a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional, muito bem visualizadas nos incisos do art. 520 (com alteração dada pela Lei n.º 10.352/01) do CPC.

Assim, com a antecipação de tutela concedida e confirmada através da sentença de procedência do pedido, por uma questão lógica, como afirma Teori Albino Zavaski¹⁹, pelo princípio de interpretação sistemática das normas processuais, não poderia ter efeito suspensivo, porque incompatível com o sistema adotado, aplicando-se, da mesma forma, ao art. 475, casos de reexame necessário, que deverão subir ao tribunal, sem prejuízo da execução dos efeitos antecipados.

Interessante registrar nota do mencionado autor, onde cita Sérgio Bermudes, segundo o qual:

Se a apelação só produzir efeito devolutivo, a sentença prevalece sobre a tutela, substituindo-a. Se a apelação produzir duplo efeito, a sentença, por si só, não revoga a tutela

¹⁹ Zavaski, Teori Albino. Antecipação da Tutela. Saraiva, 3.ª Edição, págs. 79/80.

antecipada, a menos que o juiz assim decida, na própria sentença ou em separado, como lhe permite o § 4²⁰.

Ressalte-se, que estas questões ainda encontravam-se controversas, gerando celeuma desde a consagração do instituto pela Lei n.º 8.952/94, registrando-se posicionamento no sentido de que a tutela antecipada concedida anteriormente à prolação do ato sentencial não perderia seus efeitos, porque o art. 520 do CPC não previa a inserção do instituto da antecipação no elenco dos casos que apontam pela unicidade de efeitos recursais e, na mesma linha de pensamento, não há possibilidade de interpretação extensiva ou analógica quanto ao tema efeitos recursais. O que se encontrava no artigo 520 do CPC, mais proximamente à índole da tutela antecipada era o processo cautelar, que, porém, é diferente daquela.

Desse modo, se o recurso fosse recebido com a duplicidade dos efeitos, a obstaculação da sentença chegaria ao limite de que ela, até a análise do recurso e a preclusão temporal de interposição de qualquer outro, equiparar-se-ia a um “nada jurídico”, ou seja, é como se a mesma nunca tivesse sido prolatada, quanto à produção de seus efeitos.

E foi para resolver essas divergências que o legislador editou a Lei n.º 10.352/01, que acrescentou o inciso VII ao artigo 520 do CPC, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 520 – A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

(...)

VII – confirmar a antecipação da tutela.

Assim, com a manifestação expressa do legislador, que não poderia ser outra, não há mais que se falar em polêmicas acerca da duplicidade dos efeitos recursais.

3.3. Aplicabilidade da Tutela Antecipada

Com a modificação, pela lei 8.952/94, o artigo 273 do Código de Processo Civil introduziu novo conceito na sistemática processual, de forma a celerar o processo e, de limitar o uso por parte do réu, da dinâmica normalmente arrastada do processo para prolongar a efetiva prestação jurisdicional. Assim surgiu a possibilidade do julgador antecipar, provisoriamente e mediante restritos requisitos, os efeitos da sentença.

²⁰ Nota n.º 95, Zavaski, Teori Albino. Antecipação da Tutela. Saraiva, 3.ª Edição, pág. 80.

No entanto, é comum vermos, na prática, tutelas serem antecipadas como se fossem medidas cautelares, ou ainda, e mais grave, a verdadeira mescla de procedimentos que se tem admitido sob a égide da tutela antecipada.

A tutela antecipada não se confunde de forma alguma com o processo cautelar elencado nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil. Esse, como ressalta com peculiar brilhantismo Nelson Nery Júnior²¹, tem como precípua objetivo assegurar o resultado prático do processo principal. Ou seja, é medida autônoma, provisória e pode ser deferida, além daquelas formas especiais capituladas no CPC, de infinitas outras maneiras, sob o leque das cautelares inominadas, sempre com vistas a garantir a eficácia da sentença, quando esta seja proferida. No entanto, as cautelares não estão necessariamente, vinculadas ao que será decidido na sentença.

Deste modo, a tutela antecipada foi instituída pelo legislador para somar-se às demais regras insculpidas no Código de Processo Civil. Não teve o condão de revogar qualquer outro procedimento.

Podemos afirmar que, para cada pretensão que se queira deduzir em Juízo, há o procedimento correto na lei processual. Certo é que, em alguns casos, o trabalho será mais penoso, posto que muitas vezes será necessária a propositura de duas ou três ações distintas para resguardar o direito do constituinte.

Assim, é preciso resistir à tentação de pretender reunir numa única petição todas as vertentes de uma situação de litígio. Até mesmo porque assim o determina a lei e a sistemática processual. Afinal, é consagrado que, para cada pleito existe uma ação própria.

3.4. A Tutela Antecipada e os Direitos Fundamentais

À primeira vista se tem a noção de que a tutela antecipada é uma providência inconciliável com a garantia do devido processo legal, especificamente, com a garantia do contraditório e ampla defesa, consagradas entre os direitos fundamentais declarados pela Constituição.

²¹ Júnior, Nelson Nery. Código de Processo Civil Comentado. Revista dos Tribunais, fl. 1213, 4.ª edição.

Ocorre, porém, que as inúmeras garantias fundamentais nem sempre são absolutas e, freqüentemente, entram em conflito umas com as outras, reclamando a harmonização ou compatibilização para definir, na área de aparente conflito, qual o princípio deva prevalecer.

O ideal seria que todos os princípios constitucionais prevalecessem plenamente, sem restrição. Mas, como isto não se apresenta possível, dentro do complexo das normas da Carta Magna, resta a observação de princípios como o da necessidade e o da proporcionalidade. No caso da tutela antecipada estão em jogo dois grandes e fundamentais princípios, ou seja, o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica.

Assim, através do devido processo legal, o que se garante é a tutela jurídica do estado a todos, para que nenhuma lesão ou ameaça de direito fique sem remédio, e, desta forma garantir o acesso à justiça.

O processo deve se apresentar como via adequada e segura para o titular do direito subjetivo violado, assegurando a pronta e efetiva proteção. Podemos afirmar, então, que o processo devido é o processo justo, que propicie ao detentor do direito uma tutela prática e real, o que nos remete a outro princípio fundamental, o da igualdade.

A morosidade da resposta jurisdicional acaba por invalidar a eficácia prática da tutela, representando uma injustiça para quem depende da Justiça estatal. Deste modo, surge a necessidade de mecanismos de aceleração do procedimento em juízo. De outro lado, o litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa (princípio da segurança jurídica). Assim, se estabelece a contradição entre a necessidade de efetiva tutela ao titular do direito subjetivo, e a garantia ao seu opositor das faculdades inerentes ao contraditório.

Necessário se faz harmonizar os dois princípios – o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica, e não fazer com que um anule o outro. Essa harmonização é feita através de uma inversão da aplicação dos mandamentos, que não deve se tornar regra geral, mas utilizada quando necessário para evitar que o titular do direito subjetivo, se veja sonegado do acesso a uma tutela justa e efetiva da jurisdição, observando-se sempre, o poder de tutela antecipada, previsto no art. 273 do CPC.

Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vaise, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano. Assim, para evitar que o autor se veja desassistido pelo devido processo legal, vale-se de medidas como as cautelares e as de antecipação de tutela. Isto se faz, porque não há outro caminho para assegurar a tutela de mérito ao litigante que aparenta ser o merecedor da garantia jurisdicional. No entanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação, que se dá

em moldes de provisoriedade, abre-se o pleno contraditório e a ampla defesa, para só afinal dar-se uma solução definitiva à lide.

Como lembra Calmon de Passos:

Dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrificasse, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro²².

Assim, harmonizam-se os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, ambos consagrados como direitos fundamentais na ordem constitucional vigente.

3.5. Do Julgamento Antecipado da Lide face a Antecipação da Tutela

A nova redação do artigo 273 permitiu ao magistrado, caso presentes os pressupostos do *caput* e se caracterize uma das situações presentes nos incisos, que ele dê o provimento buscado pelo demandante sem haver ainda a cognição exauriente, definida como aquela que realiza o magistrado quando ele analisa o material fático e jurídico da lide posta em questão da forma mais aprofundada possível.

Nesse sentido, o instituto gerou bastante polêmica, uma vez que a cultura processual brasileira ainda reluta em aceitar a concessão de provimentos jurisdicionais com base em cognição sumária.

Duas situações relativas ao novo dispositivo são inusitadas e demandam um maior aprofundamento doutrinário, são elas: a possibilidade de haver antecipação de tutela após o término da instrução probatória no processo comum ordinário e a revelia como situação permissiva de concessão de provimento antecipado.

As situações, conforme se tentará demonstrar, guardam profunda relação com o instituto do julgamento antecipado da lide, previsto no artigo 330 do Código de Processo Civil de 1973, que assim dispõe:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

²² Da antecipação da tutela in Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 189 apud Marco Aurélio Ventura Peixoto.

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer a revelia.

Podemos traçar um paralelo entre as situações expostas e os incisos do supracitado artigo. A antecipação da tutela após o término da instrução probatória adequa-se ao disposto no inciso I, cuja situação é semelhante, considerando que na hipótese do inciso estaria encerrada a instrução processual; e o inciso II, que traz, expressamente, o instituto da revelia.

Há quem defenda, no direito brasileiro, que o fim da instrução probatória é o momento final para a concessão de antecipação de tutela em primeiro grau de jurisdição, porquanto o juízo de verossimilhança – único possível de se obter por meio de cognição sumária –, previsto no caput do artigo 273, já não mais existe, vez que foi substituído pelo juízo de certeza, obtido pelo fim da coleta probatória. Nesse sentido, entre outros, é a opinião de José Eduardo Carneira Alvim²³.

Entretanto, admitir esse posicionamento seria confundir o instituto da antecipação da tutela com o julgamento antecipado da lide, o que é inadmissível.

Quando interposta uma ação em juízo, deve-se distinguir os resultados fáticos dos jurídicos esperados pelo demandante. A antecipação da tutela acelera efeitos fáticos da tutela jurisdicional, em nada alterando os efeitos jurídicos, que continuam em sua marcha, lenta, rumo à coisa julgada.

O julgamento antecipado da lide, por seu turno, acelera efeitos jurídicos, não modificando os efeitos fáticos, uma vez que a sentença, está sujeita ao recurso de apelação dotado, excetuando-se alguns casos, de efeito suspensivo.

Assim, adotar o entendimento no sentido do descabimento de antecipação de tutela após a instrução probatória significa não dar resposta aos direitos que necessitam urgentemente de tutela satisfativa, uma vez que nada se altera para o demandante.

Portanto, torna-se imperioso o reconhecimento da possibilidade da concessão do provimento antecipatório, mesmo quando finda a atividade processual.

Partindo da leitura do inciso II do artigo 273, pode-se afirmar que a revelia não estaria elencada nos casos em que se pode antecipar a tutela jurisdicional, uma vez que o inciso versa acerca da possibilidade de haver abuso do direito de defesa, e, para muitos, para que haja abuso de defesa, é necessária a existência de uma peça de defesa.

²³ Alvim, José Eduardo Carneira. Tutela Antecipada na Reforma processual – Antecipação da Tutela na Ação de Reparação de Dano. 2. ed. Curitiba: Juruá, pág. 66, apud, Paulo Eduardo Pinto de Almeida.

Nesse sentido, já se afirmou que o regime da revelia teria se alterado com as modificações trazidas pelo instituto da antecipação de tutela. Com efeito, de inimiga do réu no processo de conhecimento, a revelia passou a ser sua aliada, nos casos em que ele soubesse que suas alegações fáticas ou jurídicas não seriam consistentes, uma vez que seria mais vantajoso não apresentar contestação e aguardar o julgamento antecipado da lide, com a prolação de sentença. Posteriormente, poderia o réu interpor apelação, apresentando nessa ocasião argumentos mais sólidos do que os que apresentaria em contestação. O recurso de apelação produziria – excetuando-se os escassos casos do artigo 520 do Código de Processo Civil – efeito suspensivo, imunizando o apelante de uma possível invasão de seu patrimônio a ser ordenada pelo juiz²⁴.

A confusão que se estabelece tem raízes semelhantes à que ocorre com a hipótese de concessão do provimento antecipatório, finda a instrução probatória.

Com efeito, a revelia que provoca o julgamento antecipado da lide acelera efeitos jurídicos, enquanto que a antecipação de tutela acelera efeitos fáticos. Não pode os dois institutos funcionarem em contrapeso, haja vista que incidem em efeitos diversos da tutela jurisdicional. Destarte, a revelia não pode deter a antecipação de tutela nos casos de abuso de direito de defesa.

Não há, assim, qualquer óbice à extensão, aos casos de revelia do provimento antecipatório estribado no inciso II do artigo 273, desde que presentes os pressupostos do caput do referido artigo, a ausência de contestação se constituiria numa espécie de abuso do direito de defesa qualificado, tornando ainda mais evidente o direito do demandante.

Saliente-se que esta não é uma boa forma de tutelar os direitos “evidentes”. Entretanto, na falta de um melhor instrumento para a proteção de tais direitos, opta-se pela aplicação da antecipação de tutela, que se mostra a única capaz de tutelá-los de forma adequada.

²⁴ Tucci, José Rogério Cruz. Tempo e Processo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 128, apud, Paulo Eduardo Pinto de Almeida.

CAPÍTULO 4 – DISTINÇÃO ENTRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E TUTELA CAUTELAR

4.1. Tutela Cautelar

A ação cautelar foi o primeiro instituto criado com a finalidade de amenizar os prejuízos atribuídos à parte com o prolongamento temporal do curso processual. Consagrando-se como uma das formas do exercício da jurisdição do Estado, e funcionando como instrumento para a efetividade do processo principal, para que sua decisão possa gerar efeitos no mundo fático.

Surgiu após uma lenta evolução do direito, reportando-se ao *imperium* (cargo público) do pretor romano, o qual era investido da função de distribuição da justiça, e tornando-se a mais completa medida acautelatória do direito comparado.

O pretor era o magistrado romano, investido do poder de dizer o direito, podendo suprir lacunas da legislação e criar direitos não previstos, utilizando-se, se necessário, de força para fazer valer sua autoridade, impondo suas decisões (sentenças e ordens) e, deste modo, podendo assegurar à parte ofendida a futura execução.

Assim, embora o direito romano não tenha elaborado uma teoria geral do processo cautelar como existe no direito moderno, a atividade do pretor em Roma, bem como dos governadores das províncias (todos possuidores de um poder geral de cautela) deu ensejo à criação de várias medidas cautelares, tais como o seqüestro e o arresto, entre outras.

O processo cautelar é sempre acessório, visando a obtenção de medidas urgentes, necessárias ao bom desenvolvimento de um processo de conhecimento ou de execução, o processo principal. A medida pode ser requerida antes do processo principal (preparatória) e, neste caso, o processo principal deverá ser proposto dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida (art. 806 do CPC) ou durante o curso do processo principal (incidente). Podem ainda ser uninominadas, quando derivam do poder geral de cautela concedido ao juiz pelo art. 798 do CPC, ou nominadas, quando especificadas no código, estando neste subdividas nas que recaem sobre bens, provas e pessoas.

As medidas cautelares disciplinadas pelo art. 813 e ss., que são as nominadas, não oferecem dúvidas, pois são cabíveis nos casos especificamente determinados e seguem a disciplina desses artigos. Importa, porém ainda observar a possibilidade de tutela cautelar *ex*

officio, prevista no art. 798 do CPC, pelo qual é permitido ao juiz “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas”, quando estiverem presentes os requisitos do *periculum in mora* e, apesar de não mencionar o artigo, também, é lógico, o *fumus boni iuris*, pois a existência desses dois requisitos, de forma concomitante é que permite a concessão da cautelar.

Sua função é auxiliar e subsidiária, não busca a composição do litígio, ou a satisfação do direito material dos litigantes, mas apenas garantir um resultado eficaz ao que será decidido no processo principal. Possui as seguintes características:

a) Instrumentalidade – que significa que a cautelar é apenas um instrumento para a satisfação da prestação jurisdicional, que dar-se-á no processo principal.

b) Provisoriedade – que indica que tem uma duração limitada no tempo, que pode ter seu marco final na entrega da tutela definitiva, na perda do prazo de ingresso para a ação principal, no caso de ser preparatória, ou mesmo na revogação ou modificação pelo juiz.

c) Revogabilidade – pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo de ofício ou a requerimento das partes, já que não faz coisa julgada material, não decide do mérito da lide, não gerando, portanto, uma situação estável para as partes.

Assim, enquanto o processo principal (de cognição ou de execução) busca a composição da lide, o processo cautelar concede uma de segurança provisória para os litigantes, que poderiam ter seu direito prejudicado pela demora da entrega jurisdicional, subordinando-se, ao final, ao que vier a ser decidido no outro processo.

É, portanto, a tutela cautelar um *tertium genus* (terceiro elemento), uma nova fase de jurisdição. Tendo como finalidade precípua à garantia da efetividade da tutela jurisdicional, diante de seus pressupostos básicos de concessão:

periculum in mora e *fumus boni iuris*, já que na ausência desses pressupostos, a ação deve ser considerada improcedente.

As medidas cautelares dizem respeito à utilidade ou perfeição da sentença a ser prolatada posteriormente, na ação definitiva, mas não se vinculam à eficácia de posterior processo de execução.

É medida de caráter predominantemente público, baseada na imperiosa necessidade de estabilidade ou equilíbrio na situação de fato, entre as partes, ante a ameaça à eficiência do processo principal devido ao *periculum in mora*²⁵.

²⁵ Cianci, Mirna e Luiz Duarte de Oliveira. Aspectos Polêmicos da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública. Publicação eletrônica. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto> acesso em: 18 dez. 2008.

Com isso se percebe que se há um processo cautelar deve haver também uma ação cautelar, pois processo e ação são noções indissociáveis. Essa atividade cautelar, no entanto, difere do processo de conhecimento e de execução por ter características que lhe são próprias e exclusivas. Aliás, já foi dito que a ação cautelar busca apenas preservar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, sendo a prevenção seu elemento específico.

Assim, embora seja ela uma ação, com todas suas características, incluindo a autonomia, mantém relação de subsidiariedade com a ação de conhecimento ou de execução, que é por isso chamada de principal.

Em vista ao princípio da inércia da jurisdição que informa nosso sistema processual, não se pode conceber que ao juiz seja permitido intentar qualquer ação. Princípio este que para a concessão da tutela cautelar é adequado aos seus fins em nome da efetividade, assim a possibilidade de tutela cautelar *ex officio*, não compreende a possibilidade de o juiz abrir um verdadeiro processo cautelar, apenas lhe permite tomar medidas cautelares avulsas dentro de um processo já existente, mas isso em situações de expressa permissão legal, como o caso do arresto na execução onde o devedor não é encontrado. Essas medidas são anômalas, não formam um novo processo em autos apartados, mas são procedimentos incidentais acessórios ao processo principal.

O poder geral de cautela também é algo de peculiar na tutela cautelar, por ele, pode o juiz criar providências de segurança fora dos casos típicos de cautelares determinados por lei, pois a tutela cautelar visa a evitar situações de perigo que possam prejudicar a eficácia do processo principal e, por vezes, demandam medidas específicas para o caso concreto.

Essas medidas têm limites além dos comuns à qualquer ação, em vista de sua função altamente específica. Assim, a necessidade da medida verificar-se-á através da presença do *fumus boni juris* e essa tutela nunca pode pretender ser definitiva ou satisfativa, pois, deve atender ao seu fim específico que é a mera conservação de um estado de coisas. Por isso sua prestação não deve ter conteúdo igual ao da do processo principal, logo, não deve influir no julgamento da lide, conforme dispõe expressamente o art. 810 do CPC.

Por ser processo, só pode se encerrar com uma sentença, mesmo que a medida cautelar seja conferida em liminar é a sentença quem entregará a tutela cautelar. Mas como se viu, a cautelar não decide sobre o mérito, por isso essa sentença não fará coisa julgada material (exceto nos casos de acolhimento de prescrição ou decadência), só formal, logo, poderá ser revogada ou modificada pelo juiz se depois ele a julgar inadequada ou inútil.

Essa possibilidade de modificação está inclusa na fungibilidade das medidas cautelares, pela qual pode o juiz determinar concretamente qual a medida mais adequada ao

caso, de sorte que o requerente não pode exigir a que pediu se aquela diversa que o juiz determinou assegurar a eficácia do processo principal, pois o requerente não tem, como neste, o direito subjetivo a uma prestação determinada, não há o direito à uma tutela específica.

Esse princípio da fungibilidade está fundamentado no art. 805 do CPC, que prevê a possibilidade de substituição de ofício ou a requerimento da parte, da medida cautelar por outra menos gravosa para o requerido. Podendo, ainda, o próprio processo cautelar ser objeto de tutela cautelar, como por exemplo, o arresto concedido em processo cautelar, e a busca e apreensão do bem arrestado.

Por fim, a medida cautelar se extingue por revogação, falta de ajuizamento da ação principal em 30 dias, falta da execução da medida deferida em igual período, extinção do processo principal e por desistência do requerente.

4.1.1. Pressupostos

O julgador, em sede de tutela cautelar, não se pronuncia sobre a existência do direito alegado, limita-se a verificar se estão presentes os pressupostos necessários para a concessão da medida: o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora).

Na ação cautelar a cognição é sumária, assim, o juiz não se pronunciará sobre a existência ou não do direito pleiteado. O *fumus boni iuris* corresponde à probabilidade do direito material alegado realmente existir.

Frise-se que, a fumaça do bom direito não implica na certeza, apenas na possibilidade do direito material vir a ser reconhecido, vez que, em caso de certeza, poderia ser aplicado o julgamento definitivo e não mera decisão (medida cautelar).

Desta forma, analisar-se-á apenas se existe a possibilidade do autor da ação cautelar vir a ter um provimento favorável no processo principal, demonstrando possuir todas as condições para o ingresso da ação principal, bem como fundamentos que justificam seu direito, o que, em tese, só inexistente em caso de inépcia da inicial.

Justifica-se a existência deste pressuposto, como um meio de se evitar que a medida cautelar pudesse a aferir prejuízos à parte contrária, produzindo efeitos diversos aos que procurou coibir. Não que esta seja um prognóstico do que deverá ocorrer nos processo

principal, pois é perfeitamente possível a existência de decisões diferentes nos processos cautelar e principal.

Já o *periculum in mora* significa o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra grave lesão de difícil reparação, nos termos do art. 798 do CPC, de modo que haja risco de ineficácia da futura tutela jurídica.

Pode-se dizer que resta caracterizado na probabilidade de haver dano a uma das partes, até o provimento final da ação principal. Sempre que ocorrer a possibilidade de dano em decorrência da demora da solução definitiva, presente estará o pressuposto de *periculum in mora* a justificar a concessão da medida, evitando que a duração do processo possa vir alterar a posição inicial das partes.

É exatamente na conjugação da ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* que reside o pressuposto jurídico do processo cautelar, destinado basicamente a preservar a utilidade do processo principal, devendo, portanto, ocorrerem concomitantemente.

4.2. Tutela Antecipada

A tutela antecipada é o deferimento provisório do pedido inicial, no todo ou em parte, com força de execução, se necessário (art. 273 CPC). Podendo ser deferida desde que presentes os requisitos autorizadores para a concessão da medida, descritos no art. 273 do CPC.

A decisão que antecipa (total ou parcialmente) os efeitos da tutela pode ser revogada ou modificada a qualquer momento desde que reste caracterizado qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Não há que se falar em cassação pois a decisão possui a mesma natureza (satisfativa) da sentença que julga procedente o pedido.

Funda-se, quanto à reversibilidade exigida, no art. 273, § 2.º, na mera probabilidade, considerando tratar-se de cognição sumária, onde os fatos não são apreciados a fundo.

É aplicável aos processos de conhecimento em geral, já que é satisfativa, entretanto a satisfatividade reside no âmbito dos efeitos do provimento final que foi antecipado, pois trata-se de decisão interlocutória e por esta razão não faz coisa julgada material.

O instituto da antecipação da tutela na ação de conhecimento, nos moldes do atual art. 273 do CPC, não eliminou o poder de cautela do juiz, nem diminuiu o conteúdo do processo cautelar.

4.2.1. Pressupostos da Antecipação da Tutela

Os pressupostos ou requisitos de admissibilidade, como já visto no capítulo II do presente trabalho, são os seguintes: a prova inequívoca, verossimilhança da alegação e ainda fundado receio de dano ou abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu.

A existência prova inequívoca e a verossimilhança da alegação consubstancia-se na necessidade de prova preexistente, ainda que não, necessariamente, documental. Assim, pode-se concluir que é verossímil o que tem a aparência de verdadeiro, sendo mais que a possibilidade e menos que a probabilidade, configurando estes requisitos, pressupostos bem mais amplo que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC), ou o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC), do mesmo modo são mais amplos que o *periculum in mora* do processo cautelar, pois os simples inconvenientes da morosidade processual, aliás, inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte, e ainda, no segundo caso (art. 273, II do CPC) a caracterização de má-fé, que legitima a existência dos pressupostos.

4.3. Diferenças entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipatória

Foi enfrentando esse empasse que a teoria processual procurando uma maior adequação das formas de prestação da tutela jurisdicional às variadas situações de direito material, criou ao lado dos processos de conhecimento e de execução, o processo cautelar, como um *tertium genus* capaz de assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional mediante

determinadas medidas adotadas provisoriamente, por meio de uma cognição sumária. Com isso, não obstante a necessária demora do processo, a lide poderia ser composta no mesmo estado em que se achava quando da sua propositura, pois os danos da demora eram evitados pelas medidas cautelares.

Porém, recentemente descobriu-se que o processo de conhecimento, mesmo aliado ao cautelar, não servia para a tutela efetiva de muitas situações, pois não concebia uma tutela sumária satisfativa, onde, mediante uma cognição sumária, se pudesse obter não apenas a preservação de bens ou provas como com a cautelar, mas a própria satisfação do direito material. Assim, percebeu-se que, se houver urgência, a satisfação da pretensão, do mesmo modo, não irá ocorrer a tempo de evitar o dano e foi com esse pensamento que foi introduzido o art. 273 do Código de Processo Civil com nova redação (através da Lei n.º 8.952/94) que trouxe a figura da tutela antecipada, na qual, através de uma cognição sumária é concedida provisoriamente a satisfação do direito pleiteado.

Em razão dessa provisoriedade e do fato de se basear em uma cognição sumária, além da semelhança de pressupostos, a tutela antecipada foi por alguns identificada como uma espécie de tutela cautelar, o que gerou uma certa confusão acerca das hipóteses em que uma ou outra seriam cabíveis, inclusive porque ambas buscam contornar o problema da falta de efetividade da tutela jurisdicional e na prática possuem alguns pontos de contato.

A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. E a satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Enquanto na tutela cautelar, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, visa apenas assegurar o provimento da ação principal, não possuindo caráter satisfativo e sim assecuratório.

A antecipação da tutela versa sobre o adiantamento do que foi pedido na inicial, ao passo que a cautelar destina-se a solução de aspectos acessórios, como a manutenção de certas situações até a prolação da sentença no processo principal.

Na tutela cautelar, de fato há sempre referibilidade a um direito acautelado, pressuposto de existência do processo cautelar. Na tutela satisfativa inexistente a referibilidade a um direito acautelado, já que é o próprio pedido que será antecipado, nos próprios autos.

A cautelar é uma ação, com todas as características desta, é autônoma, pressupõe a existência das condições da ação, possui custas, termina com uma sentença, da qual cabe recurso ordinário; pode ser intentada antes mesmo de existir um processo principal e forma novos autos. A antecipação da tutela se dá mediante uma simples decisão interlocutória que

resolve um incidente processual, não se formando autos apartados e, dessa decisão cabe agravo.

Embora, a antecipação seja pleiteada por meio de simples petição nos autos da ação de conhecimento, os requisitos a serem atendidos pela parte são mais numerosos e mais rígidos do que as medidas cautelares. Assim, por exemplo, a tutela cautelar contenta-se com o *fumus boni iuris*, enquanto, a tutela antecipada somente pode apoiar-se em prova inequívoca.

Em princípio, não se pode formular pretensão de antecipar efeitos do julgamento de mérito, em sede de ação cautelar, porquanto isto ensejaria à parte obter a tutela excepcional do art. 273 do CPC, sem submeter-se às suas exigências e condicionamentos típicos.

A tutela cautelar pode ser concedida de ofício ou a requerimento de qualquer das partes e a antecipatória somente com requerimento do autor. Ainda, a tutela cautelar não deve ter a mesma natureza que a tutela do processo principal, não deve ter o mesmo objeto para não ter caráter satisfativo, concedendo justamente aquilo que se pede, inclusive não incide o direito à tutela específica. A antecipação da tutela tem a mesma natureza da decisão definitiva, incidindo sobre todo ou parte do objeto da lide, pois seu caráter é satisfativo, logo, incide o direito à tutela específica.

4.4. Semelhanças entre os Institutos das Tutelas Cautelar e Antecipatória

Os dois institutos estudados apresentam algumas semelhanças, e, talvez por este motivo muitos aplicadores do direito vêm utilizando-os inadequadamente.

Podemos identificar um ponto de contato que entre as medidas cautelares e as antecipatórias que são as chamadas *medidas cautelares satisfativas*, das quais é exemplo o pedido de busca e apreensão de menor quando este é mantido em poder do pai tendo sido concedida sua guarda pela mãe. Nesse caso, não é necessária a ação de conhecimento, já que seu direito está certificado, por isso ela só pede uma medida cautelar satisfativa, que liminarmente ou apenas sumariamente restabelecerá o estado de coisas a que tem direito.

No entanto, na medida cautelar a satisfatividade é uma anomalia, de forma que a referida medida é uma exceção que somente poderá ser utilizado se não houver outro meio processual para assegurar a prestação jurisdicional.

Veja-se que a liminar concedida em ação de reintegração de posse possui nítido caráter antecipatório e, portanto, satisfativo. Esta medida de urgência, prevista no art. 928 do CPC, antecipa para a parte demandante um resultado que somente seria obtido ao final do processo de conhecimento.

Todavia, a lei fala em "mandado liminar de reintegração" (CPC 928) e, mais adiante, estabelece que o autor promoverá, "nos 5 (cinco) dias subseqüentes, a citação do réu para contestar a ação" (CPC 930). Embora este mandado liminar de reintegração possua processualmente natureza cautelar, não poderia ser dito que ele almeja, precipuamente, acautelar o objeto ação principal, porque a referida ação possessória já é a ação principal.

Com efeito, como à época em que foi publicado tal dispositivo legal ainda não vigorava no Brasil o instituto da tutela antecipada, fica fácil perceber a feição acauteladora que se tentou emprestar à possessória supramencionada, em razão da ausência de institutos processuais mais apropriados para classificação de tal medida de urgência.

Embora apresentando requisitos distintos para a sua concessão (que pode revestir-se de caráter provisório ou satisfativo) e com campos de utilização mais diversos (e diferentes entre si), as tutelas cautelar e antecipatória, considerando suas finalidades, não podem admitir o cometimento de injustiças, somente pelo fato de inexistir legislação que permita a fungibilidade dos institutos entre si.

Tal fungibilidade se materializa no fato de que se o autor, em sede de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Permitir o inverso seria tarefa árdua (se o requerente, a título de obter tutela cautelar, formulasse providência de nítido caráter antecipativo e satisfativo), mas o certo é que entendemos que o magistrado, sob o argumento de estar atendendo a este ou àquele detalhe acadêmico ou doutrinário, jamais deve deixar perecer o direito perseguido (que pode até resultar na morte de uma pessoa), posicionando-se assim ao lado do princípio da efetividade, que mais do que decisões judiciais legais, almeja a obtenção de decisões judiciais justas, que pacifiquem com justiça.

Na verdade, entendemos que as diferenças existentes entre as tutelas cautelar e antecipatória não podem, em hipótese alguma, constituir-se em óbice à realização da justiça, mas sim devem atingir o escopo maior do princípio constitucional da efetividade, almejando precipuamente a realização da paz social e a distribuição da justiça.

CAPÍTULO 5 – DA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

5.1. Execução Provisória

O parágrafo 3º do art. 273 do Código de Processo Civil prevê que a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588, os referidos dispositivos dizem respeito à execução provisória e preceituam:

Art. 588 – A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

I. - (...);

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

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

A aplicação do inciso II do referido artigo encontra respaldo no próprio art. 273, parág. 2.º que estabelecesse não ser possível a concessão da antecipação havendo perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, isto é, do retorno ao estado anterior das coisas, o que torna inadmissível a antecipação. Saliente-se que o perigo da irreversibilidade é que deve ser apreciado, o que pressupõe não haver a necessidade de certeza e sim mera probabilidade.

Segundo, ainda, o inciso II a provisoriedade executiva jamais importará atos de alienação de domínio ou levantamento de dinheiro sem caução idônea. Em vista disso, consagrou-se a fórmula, de que a execução provisória vai até a penhora.

No entanto, a penhora, ou seja, os efeitos da execução chamada de provisória, em algum momento são iguais aos da execução definitiva, por esta razão, no entender de Luiz Guilherme Marinoni, o que é provisório é o título no qual se funda a execução²⁶.

Como anteriormente afirmado, à antecipação da tutela que é baseada em execução fundada em cognição sumária, não se vincula à tais restrições, tendo em vista a natureza do instituto e o fim buscado pelo mesmo.

O art. 587 do CPC prevê que a execução é provisória quando a sentença for impugnada por recurso recebido só no efeito devolutivo, o que não é o caso da antecipação,

²⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. Malheiros, 6.ª edição, pág. 184.

entretanto, esses dispositivos reforçam, decisivamente, o entendimento de que a concessão da antecipação da tutela empresta eficácia executória, de caráter provisório, à decisão de mérito que dela seria desprovida.

Assim, segundo João Batista Lopes, o legislador ao eliminar a referência ao inciso I do art. 588, que prevê a prestação de caução pelo exeqüente e diz correr por sua conta e risco a execução provisória, procurou proporcionar efetividade à execução, ampliando o poder do julgador na análise do caso concreto²⁷.

A referência quanto à aplicação da execução provisória “no que couber” (art. 273, parág. 3.º), do mesmo modo, visa os fins para os quais foi criado o instituto, ou seja, precipuamente a efetividade jurisdicional, do que conclui-se que a caução é dispensável à espécie, quando as circunstâncias assim autorizarem²⁸.

A execução provisória comum é vista como capricho do exeqüente, considerando que a decisão ainda não transitou em julgado e há recurso pendente de julgamento. Disto resulta a exigência de caução e a responsabilidade objetiva do exeqüente.

Já a concessão da antecipação da tutela é sanção aplicada ao comportamento do réu, litigante de má-fé, ou se atende a razões de natureza objetiva que põem em risco a efetividade da tutela, quando da execução definitiva.

Quando do julgamento do recurso, ou no caso da concessão da antecipação da tutela, da prolação de sentença, o julgador poderá confirmar ou reformar a decisão, podendo ainda esta reforma dar-se parcialmente.

Assim, se confirmada a decisão na qual se funda a execução provisória, o que era provisório, ganha status de definitivo, cabendo o julgamento de embargos, caso interpostos. No caso de reforma, obriga-se à volta ao estado anterior, obrigando o credor a restituir o que foi-lhe atribuído injustamente (devolução de quantias, desconstituição de usufruto, liberação de bens penhorados, etc.); podendo ainda, ser reformada parcialmente e neste caso, aplica-se o disposto no art. 588, III, prosseguindo-se a execução pelo que não foi atingido.

O procedimento da execução provisória não difere da execução definitiva, a única diferença formal, está na utilização de autos suplementares ou carta de sentença (art. 589, do CPC). Justifica-se esse procedimento pela ausência dos autos originais que deverão encontrar-se em grau de recurso.

Na antecipação da tutela a execução dar-se-á, via de regra, nos autos principais, considerando trata-se de decisão interlocutória de cognição sumária que se pronunciou sobre

²⁷ Lopes, João Batista. Tutela Antecipada no Código Civil Brasileiro. Saraiva, 2001, pág. 86.

²⁸ Lopes, João Batista. Tutela Antecipada no Código Civil Brasileiro. Saraiva, 2001, pág. 90.

o mérito. Poderá ser concedida também, na própria sentença, e, neste caso, é facultado ao interessado, a requerimento, a extração da carta de sentença, para posterior execução provisória.

Assim, a decisão da tutela visa, prioritariamente, dar efetividade ao direito, protegê-lo, o que não ocorreria com as amarras do processo de execução. O legislador, então procurou dar maior amplitude, a fim de que o juiz tivesse maior liberdade de aplicação, estabelecendo os parâmetros a serem seguidos, e fazendo a ressalva de que seriam aplicadas no que coubessem, proporcionando maior elasticidade na aplicação diante do caso concreto.

CONCLUSÕES

A Tutela Antecipada apresentou-se como um meio eficaz de redução da morosidade dos processos submetidos ao procedimento ordinário, vez que ela distribui entre as partes da ação o ônus da espera pela solução final da lide.

Verificou-se que o procedimento ordinário, que se baseia em uma cognição aprofundada e exauriente da causa, não vem realizando a sua finalidade primeira, que é trazer uma solução satisfatória para as partes, dentro de um período de tempo razoável. Verificou-se que ele, por estar baseado num conhecimento aprofundado da causa pelo juiz, que prima pela garantia do direito ao devido processo legal e da ampla defesa, cria uma desigualdade entre as partes, quando o autor que tem razão, necessita esperar o fim da lide, enquanto o réu que não tem razão continua a usufruir o bem da vida requerido na ação, muitas vezes se utilizando das garantias oferecidas pelo procedimento para prolongar ao máximo o feito.

A Tutela Antecipada vem para solucionar as desigualdades observadas pela utilização do procedimento ordinário nos feitos cíveis. Não se deve entender a Tutela Antecipada como um instrumento que fere os direitos de defesa do réu, vez que ela tem caráter provisório e revogável. Já que, o instituto, como dito acima, divide o ônus do processo entre as partes, criando uma situação em que ambas terão interesse de ver a lide terminada através da sentença definitiva, trazendo, portanto, maior celeridade à entrega da prestação jurisdicional.

O advento da Lei 8952/94 foi um passo importantíssimo dado pelo legislador pátrio, uma vez que introduziu no sistema jurídico nacional, de forma genérica, o instituto da Tutela Antecipada, levando-se em conta que a referida medida já existia em legislação esparsa.

Ela veio também para amenizar um problema existente nos pretórios nacionais que é a utilização incorreta da ação cautelar com finalidade de obtenção dos efeitos práticos da sentença, finalidade principal da Tutela Antecipada, e totalmente divorciada da finalidade assecuratória da Ação Cautelar. Verifica-se que o contrário também vem ocorrendo, ou seja, a utilização do instituto da antecipação da tutela para obtenção de garantia antes do fim do processo.

Portanto, os aplicadores do direito ainda não estão familiarizados com os dois institutos, que se assemelham na sua forma de concessão, mas na questão de efeitos práticos são completamente diversos.

Ainda, garantiu a efetividade da tutela jurisdicional nas causas em que figuram como ré a Fazenda Pública, processos que se arrastavam por anos até o deslinde final, face às inúmeras prerrogativas concedidas pelo legislador à mesma, como o prazo dilatado para a apresentação de contestação e recurso (art. 188 do CPC) e o reexame necessário (art. 475 do CPC), entre outros.

No mesmo sentido viabilizou a prestação jurisdicional nas ações de obrigação de fazer e não fazer, conferindo ao julgador um maior alcance da decisão, para que, através da cognição sumária, pudesse ser entregue, ao detentor do direito a tutela específica buscada.

Assim, podemos afirmar que esse novel instituto, embora ainda hoje, mal utilizado nos processos em geral, muito colaborou para a efetividade da prestação jurisdicional, harmonizando-se ainda com o direito fundamental da segurança jurídica, legitimam-se, desta forma, constitucionalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Eduardo Pinto. **Execução da Tutela Antecipada**. Publicação Eletrônica. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 18 dez. 2008.

ARAGON, Célio da Silva. **Verossimilhança e Inequivocidade na tutela Antecipada em Processo Civil**. Publicação Eletrônica. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 18 dez. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ConstituicaoConstitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20. dez. 2008.

_____. Tribunal Regional Federal da 3.^a Região. **Antecipação de Tutela e Fazenda Pública**. Publicação Eletrônica. Disponível em: www.trf3.gov.br. Acesso em: 18 dez. 2008.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Código Civil, código de processo civil e constituição federal**. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CIANCI, Mirna e Luiz Duarte de Oliveira. **Aspectos Polêmicos da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública**. Publicação Eletrônica. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 18 dez. 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil**. 12. ed, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual Civil**. 28. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Forense.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela Antecipada no Direito Tributário**. *Revistas dos Tribunais*, 1997, ano 86.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEMONS, Bruno Fernando Santos. **A crise da ação cautelar como processo autônomo**. Publicação Eletrônica. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 18 dez. 2008.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 6. ed., São Paulo: Malheiros.

_____. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Antecipação de Tutela. Publicação**. Eletrônica. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 18 dez. 2008.

SANDIM, Emerson Odilon. **Aspectos da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública**. Publicação Eletrônica. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 18 dez. 2008.

ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2000.