

LUCIANO FRANCISCO RACHADEL

“UM COMENTÁRIO À TUTELA ANTECIPATÓRIA”

TRABALHO DE CONCLUSÃO
DO CURSO DE GRADUAÇÃO
EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE
SANTA CATARINA -
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROCESSUAL E PRÁTICA
FORENSE - PROFESSORA
ORIENTADORA MÔNICA ELIAS
DE LUCCA ENTRES

FLORIANÓPOLIS, JULHO DE 1997

FOLHA DE APROVAÇÃO

A nota atribuída pela Banca Examinadora ao acadêmico Luciano Francisco Rachadel pela apresentação da presente monografia é9,0.....

Agradeço a **Deus**, Ser supremo que sempre nos ajuda nos momentos mais difíceis diretamente ou por intermédio de seus pregadores, Ser que sempre está de prontidão disposto a ajudar a quem precisa.

Agradeço aos meus colegas de turma, meus professores, e meus amigos e parentes que me apoiaram; aos meus pais, Rogério e Ivone, aos meus irmãos Cristiano e Leandro, pela atenção e paciência que tiveram durante a elaboração da presente monografia, sempre me incentivando.

Agradeço ainda ao professor Ubirajara Dias Falcão e a professora Mônica Elias de Lucca Entres, que sempre tiveram dispostos para me esclarecer dúvidas que surgiram no desenvolvimento do presente trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO I	
SÍNTESE HISTÓRICA	7
CAPÍTULO II	
REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA	10
1 - <i>Requerimento da parte</i>	10
2 - <i>Prova inequívoca e verossimilhança da alegação</i>	11
3 - <i>Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação</i>	15
4 - <i>Abuso do direito de defesa do réu</i>	19
CAPÍTULO III	
CARÁTER SATISFATIVO E IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO	21
CAPÍTULO IV	
EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA	25
CAPÍTULO V	
AÇÕES EM QUE SE ADMITE A ANTECIPAÇÃO.....	28
CAPÍTULO VI	
TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	32
CAPÍTULO VII	
ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ATRAVÉS DO JULGAMENTO ANTECIPADO DE UM (OU MAIS DE UM) DOS PEDIDOS CUMULADOS.....	35
CAPÍTULO VIII	
A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	38
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45

INTRODUÇÃO

A análise do tema proposto, dentro da sociedade moderna é de grande relevância, pois a nossa doutrina e jurisprudência vêm se preocupando com a efetividade do processo civil e a rapidez na prestação da tutela jurisdicional.

O procedimento ordinário foi criado com o intuito de se prestar uma solução ao conflito de interesses levado ao judiciário de forma segura, dando amplas oportunidades para as partes provarem o direito que alegam. No entanto com o passar do tempo pode-se notar que, muitas vezes, a parte que não tem razão na demanda, (geralmente o réu da ação) se aproveita da demora deste tipo de procedimento para protelar ao máximo a entrega da prestação jurisdicional. Desta forma surgiu um grande problema que é o tempo do início da ação até a entrega da prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz.

O fator tempo é um dos grandes vilões da confiança do Poder Judiciário do ponto de vista dos cidadãos que recorrem a ele para reivindicar os seus direitos. Ele impõe ao detentor do direito pleiteado que suporte os ônus que resultam da demora na prestação jurisdicional.

Para evitar que após a instrução do processo com oportunidade para as partes se defenderem e provarem o direito que pleiteiam, existe uma forte corrente de juristas preocupados em prestar uma solução no fim do processo que seja eficaz e que o objeto em disputa não tenha se deteriorado e também que as partes não sofram prejuízos.

Com o intuito de entregar a prestação jurisdicional com mais rapidez e segurança, o processo civil brasileiro está passando por várias reformas, que têm como principais finalidades, de acordo com os ensinamentos do mestre Dinamarco, simplificar e agilizar o procedimento; evitar ou pelo menos minimizar os males do decurso do tempo de espera pela tutela jurisdicional; aprimorar a qualidade dos julgamentos; e, dar efetividade à tutela jurisdicional.

Uma das reformas que explicitam essa tendência é a introdução da antecipação dos efeitos da tutela que se encontra disposto na nova redação dada ao art. 273 do CPC pela lei n. 8.952/94, no intuito de melhor atender as demandas postas em juízo, servindo, assim, eficazmente aos anseios da sociedade que procura justiça.

Dispositivo legal:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcial-

mente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

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

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

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

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

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo,

em decisão fundamentada.

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

Conforme ensina o mestre Marinoni, “o doutrinador que imagina que a questão da duração do processo é irrelevante e não tem importância “científica”, não só é alheio ao mundo em que vive, como também não tem capacidade de perceber que o tempo do processo é o fundamento dogmático de um dos mais importantes temas do processo civil moderno: o da tutela antecipatória”¹.

Por se tratar de um instituto inovador no direito brasileiro muitos autores ainda divergem em certos pontos da matéria, mas são divergências que constituem a essência do direito, sendo que, com o passar do tempo os Tribunais vão tomando determinadas posições.

Neste trabalho pretendemos explicar essas questões fundamentais tais como: requisitos necessários para a concessão da antecipação, caráter satisfativo, possibilidade ou não da concessão do provimento antecipado quando os efeitos do

¹ Marinoni, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, Julgamento antecipado e Execução imediata da sentença*, pág. 21.

provimento forem irreversíveis, forma de execução da medida antecipatória, tipos de ações que admitem a antecipação, principais diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipatória, possibilidade de concessão da medida contra a Fazenda Pública e por fim a antecipação da tutela através do julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados, para que se possa entender esse novo instituto que veio em bom tempo para tentar resgatar parte da credibilidade das decisões do Poder Judiciário.

Capítulo I

SÍNTESE HISTÓRICA

A preocupação pela presteza da tutela que o processo possa oferecer a quem tem razão é muito antiga. Os 'interdicta' no direito romano clássico, medidas provisórias cuja concessão se apoiava no mero 'pressuposto' de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já eram meios de oferecer proteção ao provável titular de um direito lesado, em breve tempo e sem as complicações de um procedimento regular.

No processo civil brasileiro algumas ações já encontravam, mesmo antes da reforma processual de 1994, no próprio sistema do Código ou da legislação extravagante, ressonância pertinente à antecipação da tutela, como por exemplo nas demandas interditaes, mandado de segurança, ação civil pública (mecanismo para a defesa, em juízo, dos direitos supra-individuais) entre outros.

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela surgiu no Brasil com o advento da Lei n. 8952/94, que modificou entre outros dispositivos do Código de Processo Civil, o art. 273. Nota-se que esse instituto é novíssimo, mas é fruto de um movimento nacional em prol de inúmeras modificações no processo civil brasileiro, com o fito de

encontrar soluções a respeito da efetividade do processo civil e a rapidez na prestação da tutela jurisdicional.

Foram criadas duas Comissões de Juristas para elaborarem estudos com o intuito de adequar o processo civil à realidade atual com a ideologia da efetividade do processo. A primeira Comissão foi criada em 1991, com a escolha de seus membros pela Associação dos Magistrados Brasileiros e a Seção do Distrito Federal do Instituto Brasileiro de Direito Processual. A segunda Comissão sob a presidência do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira(STJ), foi criada pela Escola Nacional da Magistratura, com poderes atribuídos pelo Ministro da Justiça em 1992.

Fruto dos estudos realizados por essas Comissões vieram paulatinamente várias alterações no Código de Processo Civil como a Lei n. 8455/92, sobre a prova pericial; a Lei n. 8710/93, que institui a intimação pelo correio; a Lei n.8898/94, que dispõe sobre a liquidação de sentença; a Lei 9079/95, que dispõe sobre a ação monitória; a Lei n. 9099/95, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e várias outras alterações que surgiram e estão surgindo.

CARREIRA ALVIM² assevera que

² Carreira Alvim, José Eduardo, *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*, 1996, pág. 149.

“a antecipação da tutela, enquanto fenômeno processual, ensejou entre nós, num primeiro passo o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória com o que se sepultaram as provas procrastinatórias-, e agora, num passo maior, antecipa ‘initio litis’ a própria pretensão material, com o que diminuirá o número das defesas infundadas, também imbuídas de propósitos meramente protelatórios”.

Capítulo II

REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Para que seja possível a concessão da antecipação da tutela, o magistrado precisa verificar se estão presentes os requisitos previstos no art. 273 do CPC.

Sobre esses requisitos faremos agora o estudo de cada um.

1 - Requerimento da parte

É vedado ao Juiz conceder de ofício a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do CPC 273, “caput”. Somente diante de pedido expresso da parte é que pode o juiz conceder a medida antecipatória. Esse comando reforça o disposto no art. 2º do CPC, que estabelece o princípio dispositivo, ou seja, o juiz não pode agir de ofício.

Tem legitimidade para requerer a tutela antecipatória o autor da demanda; o réu reconvinente, que assume, na reconvenção, a posição de autor, ou mesmo na própria contestação nos casos das ações dúplices; o denunciante, na denunciação a lide; o oponente, na oposição. O Ministério Público quando atua no processo como *custos legis*

(CPC/82), pode também visando o interesse do incapaz, ou o interesse público geral, ou em outros casos onde há intervenção obrigatória do representante deste Órgão, pleitear seja concedida a antecipação dos efeitos da sentença, pois o pedido já foi deduzido pela parte, por quem intervém o MP.

O requerimento da antecipação da tutela poderá ser feito na própria inicial, demonstrando o requerente o preenchimento dos requisitos previstos no art. 273, ou também poderá ser pleiteado através de petição nos próprios autos do processo quando este já estiver tramitando, sem a necessidade de abertura de apenso. O limite previsto para a concessão da antecipação da tutela está previsto no § 5º do artigo mencionado, "...até final julgamento".

2 - Prova inequívoca e verossimilhança da alegação

É requisito essencial para a concessão da tutela antecipatória que o pedido formulado pelo autor possua prova inequívoca e que a alegação seja verossímil. Pode-se dizer que com essas expressões usadas pelo legislador esse pressuposto não se confunde com o *fumus boni iuris* específico, característico da tutela cautelar, sendo algo mais forte que o pressuposto da tutela cautelar, com maior rigor quanto a sua plena caracterização³.

³ Cf. Reis Friede, *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar* 1996, pág. 75.

Dessa forma tem entendido o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. CPC, ART. 273. REQUISITOS INEXISTENTES. LC 81/93, ITENS 5 E 6, ANEXO II, 55. SUSPENSÃO EM LIMINAR DE ADIN. EFEITO EX NUNC. RECURSO PROVIDO.

Segunda a doutrina, “a exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o fumus boni juris exigido para a tutela cautelar.”(Cândido Rangel Dinamarco). ...”Agravo de Instrumento n. 96006284-0, de Urussanga, Relator Des. Francisco Borges. Julgado em 21 de novembro de 1996.

A denominada prova inequívoca constitui num ponto de muitas reflexões pelos juristas, pois consiste num elemento frágil ao qual está condicionada a antecipação pleiteada. Esta prova não deve ser a prova suficiente para o juiz declarar a existência do direito pleiteado, mas sim, prova capaz de convencer o magistrado da probabilidade da existência do mesmo direito. Segundo ensinamento do mestre Marinoni, “a denominada ‘prova inequívoca’, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente

pode ser entendida como a ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência do direito”.⁴

Num primeiro momento nos parece que as expressões *prova inequívoca* e *verossimilhança da alegação* não suportam uma interpretação satisfatória, pois se a prova é inequívoca, no sentido literal da palavra, não ficaria o magistrado convencido tão somente da verossimilhança, mas sim da certeza da alegação. No entanto, conforme o entendimento do mestre Dinamarco,

*“aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes.”*⁵

A prova inequívoca, deve conter a intensidade para convencer o juiz de que a alegação do autor é verossímil, isto é, que pareça ser verdadeira. Acentuando a necessidade de prova inequívoca, suscetível de convencer da verossimilhança, a lei limita

⁴ Marinoni, Luiz Guilherme, *A Antecipação da Tutela na Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros, pág. 67/68

⁵ Dinamarco, Cândido Rangel, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1996, pág. 145

o arbítrio do juiz, pois no § 1º do art. 273, exige que, na decisão, o juiz indique as razões do seu convencimento, “de modo claro e preciso”.

Conforme lição do mestre Humberto Theodoro , prova inequívoca é aquela “... que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não a elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerecê-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador.”⁶

No entender de Calmon de Passos, só existe no processo uma prova inequívoca que já autoriza o juiz a prolatar a decisão de mérito, com base no art. 330, I, 2ª parte, quando a prova documental basta para formar o convencimento do juiz, julgando antecipadamente a lide. Quando se precisa de prova testemunhal e/ou pericial, não será possível a antecipação da tutela, pois não há prova inequívoca. Em havendo tal prova, o juiz poderá decidir o mérito. “A antecipação pede a mesma prova inequívoca que pede a decisão definitiva. Onde esta não é ainda possível, não será possível a antecipação.”⁷

⁶ Humberto Theodoro Jr., *Curso de Direito de Processo Civil*, Forense, 1996, vol. I, pág. 370

⁷ J.J. Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, págs. 12/13

3 - Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Constitui esse item mais um pressuposto para a autorização da antecipação da tutela, previsto no inc. I do art. 273, estando presente este não há necessidade da presença do disposto no inc. II do art. 273 ‘abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu’ que será analisado no próximo item, ou vice-versa.

Considera-se dano irreparável aquele cujos efeitos causados são irreversíveis, e, é considerado de difícil reparação conforme ensina o ilustre Marinoni quando “as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de difícil reparação se dificilmente poderá ser precisamente individualizado ou quantificado.”⁸

Entendemos que esse pressuposto autoriza o Juiz, em determinadas situações, a conceder a tutela antecipada *incaudita altera pars*, pois a oportunidade de defesa do réu poderá comprometer a efetividade da tutela urgente, sendo que também em outras situações, poderá conceder em outro momento, como por exemplo após a contestação.

⁸ Marinoni, *A Antecipação da tutela na reforma do CPC*, Malheiros, pág. 58

Observa-se que, na hipótese específica do inciso I do art. 273, nos deparamos com uma tutela antecipatória urgente, tutela essa que, antes da inovação introduzida com a reforma, sempre foi prestada sob o manto protetor da tutela acautelatória.

A concessão liminar da antecipação vem sendo defendida por vários doutrinadores em determinadas situações, vejamos alguns comentários:

“Também para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da *menor restrição possível* : o momento não pode ser antecipado mais que o necessário. O perigo de dano, com efeito, pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da demanda, e nesse caso a antecipação *assecuratória* será concedida liminarmente”⁹.

“Kazuo Watanabe na mesma obra comenta:

“A tutela de *urgência* (n.l) poderá ser concedida liminarmente, antes mesmo da citação do réu. A interpretação que negue essa possibilidade estará tornando inútil a

⁹ Zavascki, Teori Albino, in *A Reforma do Código de Processo Civil*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira.

tutela antecipatória em situações de perigo, o que fará voltar a prática, até então existente, de utilização da ação cautelar inominada para esse fim”¹⁰.

Neste sentido também tem decidido o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“... TUTELA ANTECIPATÓRIA - DEFERIMENTO **INAUDITA ALTERA PARS** - ADMISSIBILIDADE - MUNICÍPIO - EXCEPCIONALIDADE.

Justifica-se a concessão da tutela antecipatória sem audiência da parte contrária sempre que, a par da prova inequívoca e da alta plausibilidade jurídica do alegado na inicial, houver perigo de dano para o requerente caso a medida não seja deferida de imediato.

Entendimento contrário conduziria à própria inoperância do novel instituto processual, em cujo regramento legal encontram-se inseridas exigências específicas ao resguardo dos interesses em confronto, revestindo de extrema segurança as decisões desta natureza ...” Agravo de Instrumento n. 96009625-6, da Capital, julgado em 26-11-96, Rel. Des. Eder Graf.

e ainda,

¹⁰ Idem ibidem, pág. 36

“... A antecipação de tutela (CPC, art. 273), deferida em ação de conhecimento, tem como característica a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado.

Se a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento (Nelson Nery Jr. Et Rosa Maria Andrade Nery)...” Agravo de Instrumento n.96009136-0, de Balneário Camboriú, julgado em 10-04-97, Rel Des. Pedro Manoel Abreu.

No entanto deve-se constar que existem doutrinadores que não admitem a concessão liminar da tutela antecipatória, entendendo que há a necessidade de se dar oportunidade para o réu se manifestar sobre o pedido, na contestação caso ele tenha sido formulado, ou no prazo de cinco dias (artigo 185 do CPC), se apresentada avulsa.¹¹

4 - Abuso do direito de defesa do réu

¹¹ Cf. Francisco Arno Vaz da Cunha, *in Alterações no CPC*, pág. 53 e J.J. Calmon de Passos, *in Inovações no Código de Processo Civil*, 2. Ed., pág. 12.

Este requisito *abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório* não deve ser somado ao previsto no item anterior, ou seja, *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*, mas sim é um pressuposto que por si só, verificada a existência de prova inequívoca, autoriza o magistrado a conceder a antecipação, mediante requerimento da parte interessada.

Caracteriza o abuso do direito de defesa quando ela é produzida fora dos padrões de seriedade, sem consistência, não contestando o direito deduzido pelo autor, ou ficando provado que o réu assumiu posição protelatória na relação processual com o intuito de postergar a entrega da prestação jurisdicional, prejudicando o desenvolvimento normal do processo.

O Código de Processo Civil brasileiro prevê no seu art. 17, a litigância de má-fé, e enumera nos seus incisos as situações que são consideradas litigância de má-fé por parte do demandante¹².

¹² “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.”

Esse tipo de posição assumida pelo réu, caracteriza o abuso do direito de defesa, que somado aos pressupostos previstos no *caput* do art. 273, quais sejam, prova inequívoca, verossimilhança da alegação e requerimento da parte, autoriza a concessão da tutela antecipada, sendo também uma forma de desestimular o réu a agir no processo com o intuito meramente protelatório.

Existe também a possibilidade da antecipação da tutela em caso de recurso abusivo, pois também fica caracterizado o abuso do direito de defesa. Usando as palavras do mestre Marinoni, “no caso em que o recurso é manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a súmula do tribunal ou do tribunal superior, cabe a tutela antecipatória”.¹³

¹³ Marinoni, Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, 1997, pág. 179

Capítulo III

CARÁTER SATISFATIVO E IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO

ANTECIPATÓRIO

Diferente das medidas cautelares, a tutela antecipatória possui caráter satisfativo, ela incide sobre o próprio direito, não tendo o objetivo de apenas assegurar o direito.

O parágrafo 2º do art. 273 do CPC estabelece um limite, um pressuposto negativo para a concessão da tutela antecipatória, que assim prescreve: *não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*. Esta característica vem reafirmar o princípio contido no art. 5º, LIV, da CF/88, que dispõe que “ninguém poderá ser condenado sem o devido processo legal”, que veda ainda, que alguém seja privado de seus bens sem o contraditório e a ampla defesa *com os meios e recursos a ela inerentes* (CF/88, art. 5º, LV).

O perigo da irreversibilidade do provimento significa possível lesão ao direito do réu, impeditivo de que ao pronunciamento final de cognição exauriente, o

objeto da lide não possa voltar ao estado anterior, caso venha a ser cassada a tutela deferida antecipadamente.

Segundo ensinamentos do mestre Dinamarco, a irreversibilidade de que fala a lei, apesar de se referir ao provimento antecipado, não é da irreversibilidade deste, pois a superveniência da sentença final, ou eventual reconsideração pelo juiz, ou o julgamento de algum agravo, podem reverter o provimento mas nem sempre eliminarão do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos.¹⁴

Comentando a irreversibilidade do provimento antecipado o mestre Ovídio

A Baptista da Silva, assim leciona:

“O § 2º do art. 273 exagerou na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipações de tutela, proibindo-lhe de concedê-las quando ‘houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’. Pode acontecer - e esta ocorrência não é rara na prática forense - que o estado perigoso imponha ao juiz uma opção entre alternativas capazes, em qualquer sentido que a decisão seja tomada, de gerar risco de irreversibilidade dos efeitos práticos, seja esta irreversibilidade do decreto decorrente do ‘estado perigoso’ contra o qual se busca a tutela, seja uma

¹⁴ Dinamarco, Cândido Rangel, *A Reforma do Código de Processo Civil*, pág. 148.

irreversibilidade análoga provocada pela concessão da medida. Pode ocorrer que o risco da irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil, posto que, como disse TOMMASEO 'sacrificare l'improbabile, in questo consiste l'etica della giurisdizione d'urgenza'(Le mesures provisoires en procédure civile, Colloqui internazionale, Milano, 1985, p. 304)''¹⁵

Desta forma pode-se afirmar que há casos em que o magistrado analisando a situação em concreto poderá conceder a tutela antecipatória, mesmo que haja o perigo da irreversibilidade da medida concedida. Deverá o julgador levar em conta a probabilidade dos direitos alegados pelo autor e pelo réu, e deverá sacrificar o menos provável em benefício do outro que se mostra mais provável, mesmo que os efeitos práticos dessa decisão sejam irreversíveis.

Para exemplificar essa interpretação cito um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja ementa assim prescreve:

¹⁵ Silva, Ovídio A Baptista da, *in Curso de Processo Civil*, 1996, vol. I, pág.120.

“Investigação de paternidade. Alimentos. Antecipação de tutela. Prova Inequívoca. Juízo de verossimilhança. Fundado receio de dano irreparável. Irreversibilidade. Provimento do recurso para decretar a medida.

...

As verbas alimentares são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Apesar da irreversibilidade que lhes é inerente, se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil.(grifo nosso). Agravo de Instrumento n.96002148-5, da Capital, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgado em 22 de agosto de 1996.

Capítulo IV

EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

A execução da decisão que concede a tutela antecipatória deverá obedecer os incisos II e III do art. 588 do CPC, *no que couber*, conforme dispõe o art. 273, § 3º do mesmo estatuto processual.

O art. 588 do CPC assim reza:

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

...

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 de execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.”

A expressão utilizada pelo legislador no art. 273, § 3º, “*no que couber*”, quer significar que há casos excepcionais, que mesmo provocando um prejuízo irreversível ao réu o requerente poderá executar a medida antecipatória, pois se o

magistrado tivesse sempre que seguir o inc. III do art. 588, a tutela antecipatória nunca poderá provocar prejuízos irreversíveis.

As regras do processo de execução não devem ser utilizadas na sua totalidade, pois este processo não foi criado para atuar nos provimentos sumários. O provimento sumário não constitui título executivo, conforme requerem as regras do processo de execução, pois o título executivo supõe a existência de um direito “certo”, ao passo que o provimento sumário tem em seu conteúdo apenas a probabilidade da existência do direito.

O réu na sua defesa não irá se utilizar dos embargos à execução para se defender, mas sim poderá fazer uma petição pedindo a revogação ou a modificação da tutela (art.273, § 4º).

O juiz ao conceder a antecipação da tutela através de despacho interlocutório, deverá estabelecer as regras executórias para a dita decisão, não seguindo essa execução o mesmo procedimento do processo de execução, pelos motivos acima expostos.

Assim, a execução da tutela antecipatória poderá ser realizada nos próprios autos, através de simples mandado ou, ainda, por ação de execução provisória, quando se tratar de efeitos executivos de tutela condenatória.

Capítulo V

AÇÕES EM QUE SE ADMITE A ANTECIPAÇÃO

As ações de conhecimento levando em consideração a espécie de tutela jurisdicional concedida à parte estão classificadas em condenatórias, constitutivas e declaratórias.

As ações declaratórias possuem como efeito da sentença a declaração ou não da existência de uma relação jurídica, ou ainda, da autenticidade ou não de documentos, conforme o art. 4º do CPC.

Nas ações constitutivas tem-se como efeitos da sentença a criação, modificação ou extinção de um estado ou relação jurídica. Esta sentença da ação de constituição não está condicionada ao processo de execução, sendo que a sua simples existência já é o bastante para criar, modificar ou extinguir direitos considerados existentes. Desta forma entende-se que neste tipo de sentença há um duplo efeito: a declaração e constituição do direito.

As ações condenatórias são aquelas onde o magistrado, na sentença, aprecia e declara o direito existente e prepara a execução, concedendo ao vencedor um título executivo que servirá para esse colocar em prática o direito que lhe foi conferido.

Quanto à aplicação do instituto da denominada tutela antecipatória nas ações de conhecimento, quer sejam declaratórias, constitutivas ou condenatórias, não se tem ainda um entendimento unânime dos doutrinadores e dos aplicadores do direito.

Nas ações condenatórias não há divergência, todos os juristas admitem a aplicação da antecipação da tutela. Nas ações meramente declaratórias e nas constitutivas há divergência, pois alguns doutrinadores entendem que esses dois tipos de ação necessitam de cognição exauriente, pois nos dois exige-se a declaração. Outra parte da doutrina entende que a limitação da aplicação do instituto da tutela antecipatória não constitui uma correta postura para quem tem presente em seu raciocínio a problemática da “efetividade do processo”.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina também não adota posição unânime entre seus Desembargadores, vejamos duas posições contraditórias:

...

Pressupõe a tutela provisória cognição sumária, passível de antecipar apenas o efeito fático, nunca o jurídico, que depende de sentença. Logo, o campo de maior incidência é a *actio* condenatória. Em se tratando de ações declaratórias e constitutivas, o conhecimento é exaustivo, necessitando fase instrutória em audiência, **ressalvadas hipóteses excepcionais**, em que não se enquadra a espécie, a medida autorizada no art. 273 do Código de Processo Civil, não pode ser deferida, porque inaceitável como prova apenas as alegações do requerente... (Agravo de Instrumento n. 96004288-1, da Capital, Rel. Des. Francisco de Oliveira Filho, julgado em 29 de outubro de 1996.)

Neste caso admite-se a aplicação da tutela antecipatória em situações excepcionais nas ações declaratórias e nas constitutivas quando a peça vestibular vem instruída com documentos irrefutáveis.

A outra decisão que não admite a antecipação nestes casos (ações declaratórias ou constitutivas) é colhida do voto do eminente Des. Trindade dos Santos no acórdão do agravo de instrumento n. 96004903-7, julgado em 17-09-96, que assim reza:

... **E não vislumbramos possibilidade jurídica alguma de**, no plano da provisoriedade, antecipar uma declaração ou uma constituição, posto que

seus efeitos legais ficam totalmente dependentes da sentença a ser, a final, exarada.

A antecipação da tutela, em conclusão, não se harmoniza, **de forma alguma**, com a finalidade da ação declaratória, como também não se ajusta à natureza da ação constitutiva (grifo nosso)

Capítulo VI

TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

Antes do surgimento do instituto da tutela antecipatória no direito processual brasileiro, muitos magistrados concediam essa antecipação sob o manto da tutela cautelar, pois era uma forma de diminuir os prejuízos da parte que tinha razão, mas que pelo tempo necessário para a realização dos atos processuais até final decisão via o objeto da demanda se deteriorando na mão do réu.

No entanto não há que se confundir tutela antecipatória com tutela cautelar, uma vez que esta restringe-se a assegurar a viabilidade da realização futura do direito afirmado, sendo-lhe inerente a referibilidade a um direito acautelado, enquanto que naquela o requerente da antecipação vê o seu direito material antecipado provisoriamente, e não somente uma garantia que terá seu direito assegurado no processo.

O ponto em comum existente entre esses dois institutos (tutela cautelar e tutela antecipatória) é o caráter da provisoriedade da decisão que as concede, que a qualquer momento pode ser modificada, até final julgamento.

Muitos doutrinadores indicam as diferenças existentes entre esses dois institutos, vejamos algumas passagens,

“ a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’”.¹⁶

*“Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal(art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente. A diferença é perceptível. A medida cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia.”*¹⁷

“Na cautelar, o juiz analisa o risco de ineficácia da futura tutela provável. Na antecipação, o juiz analisa a necessidade de ser executada, de logo, provisoriamente, a

¹⁶ Marinoni, *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*.

¹⁷ Bermudes, Sérgio. *A Reforma do CPC*, pág. 35.

decisão de mérito, que proferiu ou vai proferir, em condições normais sem aptidão para constituir-se título legitimador de execução provisória do julgado.¹⁸

O Código de Processo Civil prevê no seu art. 798, o *poder geral de cautela*, que assim prescreve: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

Essa espécie de tutela cautelar possui uma outra grande diferença em relação a tutela antecipatória que é a possibilidade da concessão “ex officio” pelo juiz, enquanto que a tutela antecipatória só pode ser concedida pelo magistrado se houver requerimento da parte. Note-se que o poder geral de cautela não difere, nem na natureza (cautelar) nem na substância das demais medidas cautelares nominadas, pois nela ainda se tem como principal função assegurar o direito que será pleiteado na ação principal.

¹⁸ J.J. Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, págs. 17/18.

Capítulo VII

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ATRAVÉS DO JULGAMENTO ANTECIPADO DE UM (OU MAIS DE UM) DOS PEDIDOS CUMULADOS

O art. 292, “caput”, do CPC, prevê a possibilidade da cumulação, no mesmo processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

Os requisitos autorizadores da cumulação de pedidos estão previstos nos parágrafos do art. 292, que são:

- a - que os pedidos sejam compatíveis entre si;
- b - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;
- c - que seja adequado para todos os pedidos o mesmo tipo de procedimento;
- d - quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.

Existem três tipos de cumulação de pedidos:

- cumulação simples, quando os pedidos somente têm em comum as partes.

- cumulação sucessiva, quando o pedido formulado em segundo lugar somente será apreciado na hipótese de procedência do primeiro.

- cumulação alternativa, o art. 289 do CPC, prescreve que é lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, no caso de não acolher o anterior.

Partindo-se da idéia de que o autor da ação que demonstra um dos direitos que pleiteia em juízo não pode ser prejudicado pelo tempo necessário à cognição dos demais, pode-se afirmar que com a introdução desse novo instituto objeto do presente trabalho, há a possibilidade da concessão antecipada pelo julgamento antecipado de um (ou mais) dos pedidos cumulados.

“Antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil não era possível a cisão do julgamento dos pedidos cumulados, ou o julgamento de parcela do pedido, prevalecendo o princípio chiovendiano *della unità e unicità della decisione*”.¹⁹

¹⁹ Marinoni, *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, 1997, pág. 147.

No entanto esse princípio vai de encontro com outros princípios da moderna concepção do processo civil, citando como exemplo o princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão. Outra justificativa seria considerar injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido e também a necessidade de evitar o abuso do direito de defesa.

Para que seja possível a antecipação da tutela através do julgamento antecipado de algum(s) dos pedidos é necessário “... que ao menos um dos pedidos diga respeito apenas à matéria de direito ou não precise de instrução dilatatória e que um outro exija o prosseguimento do processo rumo à audiência de instrução e julgamento”.²⁰

Neste caso de antecipação de tutela não se trata de julgamento com base em cognição sumária, mas sim em cognição exauriente. O juiz só pode julgar antecipadamente um dos pedidos cumulados quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova além da documental, de acordo com o prescrito no art. 330, I, do CPC.

²⁰ Marinoni, *ob. cit.*, pág. 151

CAPÍTULO VIII

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

No que concerne a aplicação deste instituto inovador contra a Fazenda Pública, seja Federal, Estadual ou Municipal poucos doutrinadores se manifestam a respeito.

Conforme estabelece o art. 475, II do CPC, no caso de no pólo passivo da relação processual estar uma pessoa jurídica de direito público interno, a sentença para que possa produzir os seus efeitos deve ser confirmada pela instância superior (Tribunal). Há, por assim dizer, uma espécie de condição suspensiva: os efeitos da sentença somente se produzem a partir do momento em que seja reapreciada e chancelada pelo órgão de grau hierárquico superior.

Alguns juristas entendem que se a própria sentença proferida contra o Poder Público está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, não teria, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito.

No entanto, há divergências, a decisão que concede a tutela antecipatória, como foi dito, é uma decisão interlocutória não estando, em princípio, sujeita ao duplo grau de jurisdição para que possa ser executada, e mais ela poderá ser modificada em decisão posterior pelo mesmo juiz, pois trata-se de uma decisão provisória.

Existem várias leis que regulamentam a concessão de medidas liminares contra o Poder Público, entre elas estão a Lei n. 8.437/92, que “dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público”, Lei n. 4.348/64, que nos seus arts. 5º e 7º, restringe a concessão de liminares em mandado de segurança em determinadas situações; (veda a liminar em mandados de segurança que visem à *reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens* e nestes casos só permite a execução da sentença depois de transitada em julgado.); e a Lei n.5.021/66, que no seu art. 1º, § 4º prescreve que “não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”, em mandado de segurança.

Em março deste ano, o Presidente da República editou uma medida provisória de n.1570, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Alguns juristas que comentam tal atitude do Governo criticam, pois entendem que essa MP foi criada com o intuito de proibir que a Justiça Federal, amparada por uma decisão do Supremo Tribunal Federal (que concedeu reajuste de 28,86%, a onze

servidores do executivo que ingressaram com uma ação requerendo a isonomia com os militares que tinham recebido tal reajuste), conceda a antecipação da tutela para os demais servidores que ingressarem com a ação, antecipação essa que já vinha sendo dada por alguns Juízes Federais.

Essa medida provisória manda aplicar os dispositivos de lei acima citados, quando o magistrado conceder a tutela antecipatória, e, acrescentou o § 4º ao art. 1º da Lei 8.437/92, que assim prescreve “§ 4º Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.”

Porém, o Partido Liberal, contestou tal Medida Provisória através de uma ação direta de inconstitucionalidade impetrada junto ao STF, mas, para 8 dos 11 ministros, a MP não ofendia a lei maior, com exceção do artigo 2º que exigia a prestação de caução por parte do autor para que a decisão provisória pudesse ser cumprida antecipadamente (§ 4º, que foi acrescentado ao art. 1º da Lei 8.437/92, acima transcrito).

O governo decidiu editar essa MP porque entende que o pagamento antecipado sem previsão orçamentária pode ocasionar um completo caos financeiro, com

conseqüências imprevisíveis. Segundo o governo, antes mesmo da decisão do STF de estender os 28,86%, já havia sido encaminhado projeto de lei ao Congresso para modificar a legislação, inclusive no que diz respeito à tutela antecipada. Ao decidir pela MP, o governo considerou que a ameaça de extensão generalizada dos 28,86%, uma emergência que não poderia esperar o trâmite normal do projeto.(fonte: Folha de São Paulo).

CONCLUSÃO

Todo cidadão tem o direito constitucionalmente assegurado à adequada tutela jurisdicional, o que exige a estruturação de procedimentos capazes de fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material.

Diante do que foi exposto no decorrer do presente trabalho pode-se notar que existem muitas divergências entre os juristas em vários pontos quando do estudo ou aplicação da tutela antecipada, e, não era de se esperar outra consequência, pois essa alteração no processo civil mudou e muito o processo de conhecimento, onde só era admitida a concessão de “liminares” em casos expressamente previstos na lei.

Para concluir o presente trabalho faremos algumas afirmações que puderam ser retiradas do estudo que foi realizado.

- a prova autorizadora da concessão da tutela antecipatória deve ser algo mais forte que a fumaça do bom direito exigido para a tutela cautelar.

- o juiz não poderá conceder de ofício a antecipação da tutela, nem tampouco revogá-lo caso haja concedido, salvo no momento da prolação da sentença.

- a cognição que o magistrado usa é a sumária, baseia-se na probabilidade da existência do direito alegado, mas no caso de antecipação através do julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados a cognição será exauriente.

- o recurso cabível contra a decisão de primeiro grau que antecipa a tutela é o agravo(art. 522 do CPC), com possibilidade do relator dar efeito suspensivo(sendo relevante o fundamento e podendo resultar lesão grave e de difícil reparação), pois trata-se de decisão interlocutória.

- existe a possibilidade de concessão da antecipação mesmo quando houver irreversibilidade do provimento antecipado.

- com base no inc. I do art. 273, o magistrado pode dar a medida sem ouvida da parte contrária, mas a regra é que deve-se ouvir o réu para que não haja desrespeito ao princípio do contraditório.

- a tutela antecipatória não se confunde com as medidas cautelares, pois aquela visa a antecipar o próprio direito pleiteado, enquanto que as cautelares buscam assegurar um direito.

- apesar de haver opiniões contrárias, muitos juízes estão concedendo a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública. Um exemplo é a antecipação, no início da ação, do reajuste salarial de 28,86% aos servidores do executivo federal pela Justiça Federal. Mas, a expedição do precatório para pagamento de dívidas judiciais do Poder Público só ocorre depois de confirmada a decisão pelo Tribunal.

Sem dúvida alguma essa nova redação do art. 273 introduzida na lei processual no final do ano de 1994, poder ser considerada de grande relevância para o Direito brasileiro, pois é uma novidade que busca fazer com que o processo civil brasileiro se adapte a sua concepção mais moderna, deixando um pouco de lado aquele formalismo exacerbado que sempre prejudica o litigante que tem direito, mas não podia exercê-lo pois tinha que esperar a decisão final. Com esse instituto da tutela antecipatória busca-se acabar com o intuito meramente protelatório da parte que não tem razão na demanda, mas que visa, com amparo na lei processual, a retardar ao máximo possível a entrega da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. Ed. Freitas de Bastos, 1995.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1995

CONTE, Francisco. *A Fazenda Pública e a Antecipação Jurisdicional da Tutela*, Boletim Informativo ADV 25/95, pág. 267/269

CUNHA, Francisco Arno Vaz da. *Alterações no Código de Processo Civil*, 2 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3 ed., São Paulo, Malheiros, 1996

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Reflexões em torno da tutela antecipatória genérica diferenciada satisfativa. A questão de sua aplicabilidade aos procedimentos especiais*. Jurisprudência Catarinense-74, 1996.

FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar*. Ed. Del Rey, 3 Belo Horizonte, 3 ed., 1996.

LENZI, Carlos Alberto Silveira. *Comentários às Alterações do Código de Processo Civil*. Consulex. 1995, pág. 103 a 108.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*. Malheiros, 2 ed., 1995.

....., *Novas Linhas do Processo Civil*. Malheiros, 2 ed., 1996.

....., *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1 ed., 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2 ed., 1996.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Alterações do CPC comentado - aspectos processuais trabalhistas e civis*, Ed. RT, São Paulo, 1997.

SILVA, Ovídio A Baptista. *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre, Ed. Fabris, 3 ed. Vol. I, 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo-Coordenador(vários autores). *Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Saraiva, 1996, São Paulo.

THEODORO JR., Humberto. *As Inovações no Código de Processo Civil*, Ed. Forense. 3 ed., 1995, Rio de Janeiro.

....., *Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Forense, 18 ed., 1996. Vol. I, Rio de Janeiro.