

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA POR OCASIÃO DA SENTENÇA
DE MÉRITO E A CONTROVÉRSIA SOBRE OS RECURSOS CABÍVEIS
PARA SUA IMPUGNAÇÃO

THAÍS RODRIGUES PINHEIRO

RIO DE JANEIRO

2008

THAÍS RODRIGUES PINHEIRO

A TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA POR OCASIÃO DA SENTENÇA
DE MÉRITO E A CONTROVÉRSIA SOBRE OS RECURSOS CABÍVEIS
PARA SUA IMPUGNAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Rubens Takashi de Melo Tsubone

RIO DE JANEIRO

2008

Pinheiro, Thaís Rodrigues.

A tutela antecipada concedida por ocasião da sentença de mérito e a controvérsia sobre os recursos cabíveis para sua impugnação / Thaís Rodrigues Pinheiro. – 2008.

112 f.

Orientador: Rubens Takashi de Melo Tsubone

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 104-112

1. Antecipação – Monografias. 2. Tutela jurisdicional. I. Tsubone, Rubens Takashi de Melo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título

CDD 341.465

THAÍS RODRIGUES PINHEIRO

A TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA POR OCASIÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO
E A CONTROVÉRSIA SOBRE OS RECURSOS CABÍVEIS PARA SUA IMPUGNAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Rubens Takashi de Melo Tsubone – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Mestre Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

2º examinador

3º examinador

A meus pais, Elizabete e Salazar, e aos meus avós pelo apoio constante e pela confiança em mim depositada.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Mestre Rubens Takashi, por todo o material bibliográfico disponibilizado, por compartilhar suas idéias, pelas sugestões, além da dedicação e paciência com que orientou este trabalho, permitindo-me concluir mais esta etapa.

Ao meu tio Paulinho, pelo indescritível carinho e boa vontade e pela impagável ajuda com os livros.

Ao Victor, por sua compreensão, incentivo e apoio incondicional nos momentos mais difíceis.

A toda a minha família e amigos que compreenderam a minha ausência em determinados momentos.

Não precisa correr tanto; o que tiver de ser seu, às suas mãos lhe há de ir.

Machado de Assis

RESUMO

PINHEIRO, Thaís Rodrigues. **A tutela antecipada concedida por ocasião da sentença de mérito e a controvérsia sobre os recursos cabíveis para sua impugnação.** XX f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A necessidade de se conferir efetividade às decisões judiciais tendo em vista a demora na conclusão dos processos sobrelevou a importância do instituto da tutela antecipatória, especialmente quando se está diante de casos de urgência. Em determinadas circunstâncias, portanto, demonstrados os requisitos autorizadores previstos ao longo do artigo 273 do Código de Processo Civil, é lícito ao juiz antecipar os efeitos de futura sentença de mérito a fim de permitir o imediato gozo do bem da vida por quem seja seu titular. Uma vez deferida a tutela antecipatória no curso do processo, sobrevivendo a sentença, a eficácia daquela medida poderia ser obstada pelo efeito suspensivo a que está sujeito o recurso de apelação eventualmente interposto. Assim sendo, na prática, com vistas a assegurar a efetividade do processo, os magistrados brasileiros passaram a conceder a tutela antecipatória na própria sentença de mérito, na tentativa de impedir que o eventual recurso mantivesse o comando judicial ineficaz até o seu julgamento. Este é o tema objeto de estudo. Sendo essa possibilidade controvertida na doutrina, analisar-se-ão os argumentos das duas correntes sobre a legitimidade da concessão da tutela antecipatória por ocasião da sentença de mérito e, partindo-se do pressuposto que a prática é chancelada pela jurisprudência, a preocupação, nesse trabalho, será a de expor a outra divergência que surge no que se refere à natureza jurídica desse ato e ao recurso cabível para impugnar a decisão. Verifica-se que a maioria da doutrina defende que a apelação é o único recurso cabível, ponto em que é seguida pela jurisprudência, de acordo com a análise do seu posicionamento, embora haja quem destaque da sentença dois atos judiciais diversos, o que autoriza a interposição simultânea de agravo de instrumento. Por fim, em breves linhas, pretende-se esclarecer como a tutela antecipatória, independente do momento em que é deferida, torna-se efetiva, produzindo resultados no mundo dos fatos.

Palavras-chave: Tutela antecipada; Sentença; Recurso.

ABSTRACT

PINHEIRO, Thaís Rodrigues. **A tutela antecipada concedida por ocasião da sentença de mérito e a controvérsia sobre os recursos cabíveis para sua impugnação.** XX f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The need to make judgments effective, because of the delay in the completion of judicial procedures, outweighs the importance of beforehand protection, especially when faced with cases of emergency. Under certain circumstances, therefore, if legal requirements of section 273 of Code of Civil Procedure are present, the judge can allow the owner of the right to foretaste the effects of the final decision. If the judge has taken this measure during the procedure, when final decision arises, its effects could be hindered by the suspension that an eventual appeal can bring. Therefore, in practice, in order to ensure the effectiveness of the process, Brazilian judges are granting beforehand protection at the same moment they pronounce final decision, in an attempt to prevent it from having its effects suspended until the appeal's trial. This is the main subject of this paper. As this possibility is contested in doctrine, it is important to analyze the two main opinions about this matter. Once this possibility is authorized by High Courts, this study will concern about the other emerging disagreement. Many authors, as well as courts of appeal, understand that the only way to reverse the measure is lodging a unique appeal. Others, however, defend that two different instruments can manage such appeal. Finally, in a few lines, it is intended to clarify how the beforehand protection becomes effective, producing results in the world of facts, regardless of the moment when it is allowed by judge.

Keywords: Beforehand protection; Final decision; Appeal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - artigo

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJ – Diário da justiça

REsp – Recurso especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O PROBLEMA DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA	14
2.1 Tutela jurisdicional e processo	14
2.2 Emenda Constitucional nº 45/04 e a razoável duração do processo como direito fundamental	18
2.3 O surgimento das tutelas diferenciadas	24
3 TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS EM PROL DA EFETIVIDADE: BREVES COMENTÁRIOS	27
3.1. Tutela específica	29
3.2. Tutelas preventivas e de urgência	34
3.2.1 <u>Tutela inibitória</u>	35
3.2.2 <u>Tutela cautelar</u>	38
3.2.3 <u>Tutela antecipatória</u>	41
4 TUTELA ANTECIPATÓRIA	44
4.1 Conceito, natureza jurídica e fundamento legal	44
4.2 Requisitos genéricos da tutela antecipatória: positivos e negativo	47
4.2.1 <u>Verossimilhança da alegação</u>	48
4.2.2 <u>Prova inequívoca</u>	50
4.2.3 <u>Ausência de irreversibilidade do provimento antecipado</u>	52
4.3 Classificação da tutela antecipatória e requisitos específicos	54
4.3.1 <u>Assecuratória: perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I)</u>	54
4.3.2 <u>Punitiva: abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II)</u>	56
4.3.3 <u>Do pedido incontroverso: incontrovérsia das partes sobre um dos pedidos cumulados ou sobre parte do pedido (art. 273, §6º)</u>	58
4.4 Outras características: possibilidade de revogação e modificação da tutela antecipatória	61
5 MOMENTOS DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA	64
5.1 Concessão liminar <i>inaudita altera parte</i>	65
5.2 Concessão após a resposta do réu ou incidentalmente no curso do processo	68

5.3 Concessão em segunda instância ou no âmbito recursal	70
5.4 Concessão por ocasião da sentença de mérito: controvérsia	72
6 TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA POR OCASIÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO: RECURSOS CABÍVEIS, EFEITOS E MODO DE EFETIVAÇÃO	80
6.1 Natureza jurídica da decisão antecipatória e recurso cabível: controvérsia	81
6.1.1 <u>Sentença como ato único: recurso cabível é a apelação</u>	81
6.1.1.1 <i>Breves linhas sobre os efeitos do recurso de apelação</i>	85
6.1.1.2 <i>Efeitos do recurso de apelação contra a concessão da antecipação da tutela na própria sentença</i>	87
6.1.2 <u>Atos judiciais de naturezas distintas: recursos cabíveis são apelação e agravo de instrumento</u>	92
6.1.2.1 <i>Algumas considerações sobre o recurso de agravo de instrumento</i>	96
6.2 Efetivação da tutela antecipatória	97
7 CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça é um direito constitucionalmente assegurado (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)¹), que engloba, não apenas o direito de ação, ou seja, de pleitear do Estado uma solução para as lides oriundas das relações entre os indivíduos, como também o direito a um processo justo, efetivo e de razoável duração, para concretização da prestação jurisdicional estatal.

Embora sempre tenha pairado na sociedade jurídica a preocupação com a razoável duração do processo frente ao crescente número de demandas que assoberbam o Poder Judiciário, apenas com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada Reforma do Judiciário, é que a razoável duração do processo passou a integrar, expressamente, o rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, LXXVIII², CRFB).

A falta de celeridade dos processos judiciais sempre repercutiu diretamente na efetividade das decisões proferidas. Diante desse contexto, sempre com vistas a assegurar a primazia do postulado da efetividade, surgiu o instituto processual da tutela antecipatória como espécie de tutela diferenciada, em contraposição ao já insuficiente processo de conhecimento ordinário.

A tutela antecipatória, antes limitada a alguns procedimentos específicos, foi introduzida de modo generalizado no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n.º 8.952/94 que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil³ (CPC).

Esta foi, portanto, a solução encontrada pelo legislador para entregar desde logo o bem da vida à parte interessada, para satisfazer de modo imediato, embora provisório, no mesmo processo, o direito material objeto das lides levadas ao exame do Poder Judiciário, que exige uma rápida apreciação pelo julgador, sob pena de inocuidade da prestação final, justamente, em razão da morosidade do aparato judiciário.

¹ “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

² “[...]”

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

³ “**Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, inexistindo 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.”

Diante do tratamento pouco aprofundado conferido pela lei ao instituto processual da tutela antecipada, em um primeiro momento, seria possível entender que a tutela antecipada poderia ser concedida a qualquer tempo do processo, tão logo ocorresse o preenchimento dos requisitos legais.

Por isso e tendo em conta a prática disseminada entre os magistrados brasileiros, amparados nessa lacuna da lei, o objeto do presente estudo será a possibilidade ou não de concessão da tutela antecipatória por ocasião da sentença de mérito, quando ocorre o julgamento final da lide.

A concessão da tutela antecipada no bojo da sentença que resolve o mérito da causa de maneira definitiva, não obstante o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante no sentido de sua legitimidade, traz à tona, também, discussões acerca do manejo do recurso contra a referida decisão, especialmente no tocante ao tipo de recurso cabível e aos efeitos em que é recebido. A questão que se põe, portanto, é se a concessão da tutela antecipada na própria sentença permite a cindibilidade desse ato jurisdicional em capítulos, de modo a permitir a interposição de recursos diferentes contra o que foi decidido em cada capítulo, sem ofensa ao princípio da unirecorribilidade das decisões e sem prejuízo da execução imediata da medida antecipatória.

O estudo da tutela antecipada concedida no bojo da sentença revela-se necessário na medida em que, em decorrência dos diferentes posicionamentos a respeito da natureza jurídica da decisão, se vislumbra o nascimento de certa insegurança das partes envolvidas na relação processual contemplada com uma medida antecipatória, tanto no que se refere ao meio de impugnação da decisão, quanto com relação a seus efeitos no mundo jurídico e sobre a situação de fato apreciada pelo órgão jurisdicional.

Em sendo a segurança jurídica uma garantia das partes litigantes em um processo judicial, torna-se imperiosa a elucidação das questões atinentes aos meios de exercício da garantia do duplo grau de jurisdição, como também da possibilidade de execução imediata da decisão antecipatória, independentemente dos efeitos em que a apelação for recebida, obedecendo ou não as regras da execução provisória.

Ademais, o tema sob análise ainda vem sendo objeto de estudo pela doutrina, uma vez que a concessão da tutela antecipada na sentença surgiu pela prática dos magistrados, e não por força de previsão legal nesse sentido, e está longe de ser pacificado, recebendo, ainda, críticas e possuindo fervorosos adeptos de um e outro entendimento.

O trabalho monográfico em questão objetiva, por conseguinte, analisar criticamente a prática comum dos magistrados brasileiros de conceder a antecipação dos efeitos da tutela na

sentença, e estudar como tal orientação se reflete na natureza jurídica tanto da medida quanto na decisão final do processo, na possibilidade de divisão da sentença em capítulos, e suas consequências no exercício da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, bem como seus efeitos no processamento dos recursos.

À vista das inúmeras peculiaridades do tema, o estudo está dividido em cinco capítulos. No primeiro deles, é dado enfoque ao princípio da efetividade do processo e sua relação direta com o fator tempo, que, infelizmente, se torna um inimigo. Menciona-se, ainda, a elevação expressa da razoável duração do processo ao status de garantia fundamental dos cidadãos e o surgimento das tutelas diferenciadas, como meio de se preservar a efetividade da prestação jurisdicional.

No segundo, o objetivo principal foi exemplificar algumas tutelas diferenciadas em prol da efetividade, como a tutela inibitória, a tutela cautelar e a tutela antecipatória, descrevendo, em breves linhas, algumas de suas características principais.

Como o tema geral deste trabalho é a tutela antecipatória, os capítulos seguintes limitaram-se a sua análise específica. O terceiro capítulo destinou-se ao panorama do instituto, com o detalhamento de seu conceito, natureza jurídica, requisitos e outras notas essenciais.

Os momentos de concessão da tutela antecipada foram estudados no quarto capítulo, ocasião em que se deu especial atenção à concessão da tutela antecipatória por ocasião da sentença de mérito, com a exposição da controvérsia sobre o tema.

O capítulo final dedicou-se ao exame das divergências acerca da natureza jurídica da decisão antecipatória no momento final da fase cognitiva do processo, bem como dos recursos cabíveis para impugná-la, ressaltando-se, inclusive, os efeitos em que são recebidos. Ao final, foram feitos breves comentários sobre o modo de efetivação da medida antecipatória, independentemente do momento de sua concessão.

Por derradeiro, apresentaremos uma breve conclusão, onde serão destacados e sintetizados os principais argumentos apresentados ao longo do trabalho.

Registre-se que o desenvolvimento desta monografia está calcado na vasta pesquisa doutrinária e na análise da jurisprudência dos Tribunais pátrios a respeito do instituto.

2 A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O PROBLEMA DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA

2.1 Tutela jurisdicional e processo

Os conflitos de interesses, caracterizados pela pretensão dos indivíduos de obterem para si um determinado bem da vida, que erigem a partir da vida em sociedade põem em risco a paz social que precisa ser restabelecida. Antes do surgimento do Direito como meio de controle social⁴, na ausência de um Estado sedimentado e mesmo na ausência de leis, os conflitos eram solucionados mediante o uso da força, ou seja, cada parte tentava, por si só, satisfazer sua pretensão, impondo à outra a sua vontade, através da forma de pacificação dos conflitos denominada autotutela. Paralelamente, também era tida como meio de solução da oposição de interesses a heterocomposição, caracterizada, em apertada síntese, pelas concessões feitas por ambas as partes para porem fim à controvérsia. Em face da dificuldade das partes de transigirem, ganhou espaço a arbitragem privada, consubstanciada na solução do conflito por um terceiro escolhido pelas partes.

Com a afirmação do Estado e sua conseqüente invasão na esfera das liberdades individuais, nasce a tendência de absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos intersubjetivos. Nesse contexto, o Estado, ao proibir que as próprias partes resolvessem suas contendas, isto é, ao proibir e criminalizar a autotutela, avocou a composição dos litígios, que passaram a ser resolvidos por um terceiro, o juiz, sujeito equidistante das partes, que, em nome do Estado e agindo em substituição a elas, pacificará o conflito de acordo com as normas e regras jurídicas vigentes na sociedade, regras estas criadas para servir de critério objetivo e vinculativo a essas decisões.⁵

Nas lições de Moacyr Amaral Santos, “*compor a lide é resolver o conflito segundo a ordem jurídica, restabelecendo-a. Assim, o conflito de interesses em lide compor-se-á pela atuação do direito objetivo, que o regula, isto é, pela atuação da vontade da lei ao caso concreto.*”⁶

⁴ CINTRA, Antonio Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19.

⁵ *Ibid.*, p. 22-23.

⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9.

À função pacificadora do Estado de dirimir os conflitos interindividuais através dos juízes, decidindo sobre as pretensões e impondo as decisões de modo imperativo dá-se o nome de jurisdição. A atividade jurisdicional é entendida como uma função de soberania do Estado, sendo assim conceituada pelo abalizado doutrinador Giuseppe Chiovenda⁷:

Jurisdição é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva.

Uma vez sendo monopólio estatal o exercício da jurisdição, mostra-se incontestemente a necessidade de garantir a todos os cidadãos o acesso ao Poder Judiciário. A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, previu, no rol de direitos e garantias individuais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Referido comando constitucional encerra um direito fundamental do cidadão que é o direito de acesso à Justiça.

O acesso à Justiça, na percepção de Leonardo Greco⁸, é tido como o direito de todo cidadão de dirigir-se ao Poder Judiciário e esperar dele um pronunciamento sobre as pretensões que lhe são apresentadas. A par de ser a possibilidade concreta de obter a tutela de um direito, o acesso à Justiça abarca, outrossim, o direito de defesa e de influência na atividade jurisdicional por parte daquele em face de quem ela foi desencadeada. Compartilha esse entendimento Nagib Slaibi Filho⁹, que assim preceitua

Instrumento pelo qual se viabiliza a decisão estatal, o processo democrático não se admite mais como diretivo, a impor a decisão, mas deve ser participativo, a integrar na decisão a manifestação dos interessados(...).

A atividade jurisdicional do Estado é instrumentalizada através do processo que se caracteriza como o meio através do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, extirpando os conflitos e impondo o cumprimento do preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução. Chiovenda, eminente processualista, assim assevera acerca do processo: “*A função pública desenvolvida no*

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. II. p. 8.

⁸ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 229.

⁹ SLAIBI FILHO, NAGIB. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. In: Jusnavigandi. Junho de 2006. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=33488p=1>>. Acesso em 29 de setembro de 2008.

processo consiste na atuação da vontade da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela.”¹⁰

Há quem entenda, porém, que o conceito de processo apenas como mero instrumento para o exercício da jurisdição é insatisfatória. A noção de processo deve vir acompanhada dos objetivos a que ele se propõe. Não obstante seja meio, como tal, apenas é legítimo tendo como base os fins a que se destina. A crítica refere-se à visão de processo como meio de exercício de direitos e institucionalmente voltado a sua satisfação. O escopo do processo não seria apenas a tutela dos direitos; teria, além do escopo jurídico, escopos políticos e sociais. Para Cândido Rangel Dinamarco, o processo é *“instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade.”*¹¹

Considerando a interferência do Estado nas relações entre os indivíduos, houve a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais do jurisdicionados, estabelecendo-se limites à atuação do poder estatal. A garantia de acesso à Justiça não se esgota em si mesma. É preciso que seja acompanhada do devido processo legal, ou seja, de um conjunto de outras garantias que servirão de limites ao exercício do poder pelo juiz e de oportunidades previstas em lei e postas à disposição das partes para exercerem-nas de acordo com sua conveniência¹².

O devido processo legal surge como princípio basilar do direito processual. Nelson Nery Junior sustenta que bastaria a previsão constitucional do referido princípio para que dele decorressem todos os demais¹³. Este princípio pode ser entendido em dois sentidos principais: sentido substancial (“substantive due process”) e sentido formal (“procedural due process”).

Pelo aspecto substancial, o devido processo legal guarda relação com o direito material objeto da lide. A regularidade formal não é bastante para as decisões judiciais; elas devem ser essencialmente razoáveis e corretas. Já o viés formal do referido princípio permite conceituá-lo como o direito de o indivíduo ser processado e a processar de acordo com normas anteriormente conhecidas.¹⁴

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.v. I. p. 59

¹¹ Nesse sentido, manifesta-se o referido autor, em sua obra **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 183.

¹² DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 374-375.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60.

¹⁴ Cf. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. v. 1. p. 33 *et. seq.*

Decorre, pois, do aspecto formal do devido processo legal, igualmente previsto na Constituição da República (artigo 5º, LIV), as garantias do contraditório e da ampla defesa e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

Segundo Fredie Didier Jr., com espeque em Kazuo Watanabe, referido postulado deve ser entendido como a garantia de acesso à ordem jurídica justa, o que significa dizer, célere, adequada e eficaz. O devido processo legal pressupõe um processo efetivo, em que se realize o direito material reivindicado.¹⁵ Cândido Rangel Dinamarco entende a efetividade como sendo a aptidão a pacificar as insatisfações, segundo critérios de justiça e mediante a observância dos princípios e garantias processuais e constitucionais.¹⁶

Nessa esteira de pensamento, observa-se que o direito à tutela jurisdicional efetiva diz respeito não apenas à aplicação adequada das normas legais, como também o direito de instituição de um procedimento capaz de viabilizar a participação e a própria resposta do Estado-juiz.¹⁷

Os órgãos jurisdicionais devem ter a consciência da necessidade de se fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. No entender de Luiz Guilherme Marinoni,

O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflituos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido.¹⁸

Dúvidas não há de que efetividade é um conceito de longo alcance, que comporta um sem número de enfoques. Por essa razão, desde muito vem se buscando solução para a questão da efetividade do processo. José Carlos Barbosa Moreira, doutrinador que há anos dedica-se à pesquisa de soluções ao problema da falta de efetividade do processo, entende que são cinco as pressupostos para alcançar a efetividade:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem)

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. v. 1. p. 40.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 375.

¹⁷ RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da razoável duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 40.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 25-26.

contemplados no ordenamento quer resultem de expressa previsão normativa, quer possam ser inferidos do sistema;

- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo de eventuais sujeitos;
- c) é necessário assegurar condições propícias à exata e completa reconstrução dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo de energias.¹⁹

O processo, porém, por ter que obedecer ao rito previsto em lei para atingir o objetivo de tutela do direito material, defronta-se com alguns entraves à sua efetividade. Um dos maiores obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional é a lentidão da máquina judiciária em proferir as decisões e em fazê-las serem cumpridas, seguido do alto custo do ingresso em juízo. Ao lado da efetividade do resultado, é preciso que as decisões judiciais sejam tempestivas para que o processo cumpra sua missão institucional²⁰.

2.2 Emenda Constitucional nº 45/04 e a razoável duração do processo como direito fundamental

Inarredável a conclusão de que o tempo é inimigo da efetividade da atividade jurisdicional do Estado. O tempo excessivo dos processos pode causar o perecimento de direitos, a inutilidade da prestação, incentivar a realização de acordos díspares e injustos, além de gerar o descrédito do Poder Judiciário e da própria instituição do Estado.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 329, p. 97, 1995.

²⁰ Nesse sentido, leciona CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 63.

O direito à resposta do Estado-juiz ao conflito levado a sua apreciação em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva, haja vista a instabilidade jurídica gerada pela demora no julgamento do direito material. Para além de gerar insegurança para as partes e para a sociedade e o desprestígio do Poder Judiciário, a morosidade do processo, sem dúvidas, constitui óbice ao cumprimento dos objetivos a que ele se propõe.²¹

Vale aqui transcrever a eloqüente passagem extraída da obra *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*,

Evidentemente, a demora da realização da prestação jurisdicional, não apenas é algo contraproducente mas, mais que isso, vai contra a própria natureza da tutela jurisdicional, *de acordo com a feição que lhe foi atribuída pela Constituição Federal*. É que a *prestação jurisdicional tardia é fator de insegurança*, na medida em que contribui para a *intranquilidade do que seja, efetivamente, o sentido do Direito para os cidadãos*.²² (grifo do autor)

É certo, pois, que se mostra insustentável a idéia de uma Justiça instantânea, mesmo porque o encadeamento de atos de que se forma o processo carece de um tempo razoável para sua execução. Ademais, é imperioso que se respeitem as demais garantias constitucionais do processo como o exercício do contraditório e da ampla defesa. Por essa razão, Leonardo Greco entende que *“a demora que pode ser tolerada é apenas aquela necessária à garantia ao pleno exercício de defesa ao adversário e de assegurar ao próprio juiz uma cognição adequada.”*²³ Ou seja, a celeridade processual deve ser buscada, sem prejuízo, entretanto, do pleno exercício do direito de defesa da parte adversária e da boa técnica processual em que o juiz deve buscar a verdade dos fatos para melhor satisfação do direito, o que vai refletir diretamente na qualidade das decisões.

A questão da lentidão do desfecho dos processos judiciais não é um problema que aflige apenas o Brasil. Verifica-se, aqui, contudo, que muitos processos se estendem anos a fio sem que a decisão proferida pelo órgão jurisdicional adquira a imutabilidade apta a gerar segurança para as partes e para terceiros que com elas se relacionam. Mais ainda: há casos em que os feitos se prolongam por anos em sede de primeiro grau de jurisdição, sem, sequer, prolação de sentença.

²¹ Cf. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 269 e RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da razoável duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 50-51.

²² WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) e leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 27.

²³ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 270.

As causas da morosidade podem ser, na visão de Cruz e Tucci, a) institucionais, ligadas à administração judiciária; b) de ordem técnica e subjetiva, referentes a alguns aspectos processuais como a ampla recorribilidade das decisões e o não cumprimento dos prazos pelos juízes e auxiliares da Justiça, cujos prazos são impróprios; c) derivados da insuficiência material, que se relacionam com as condições de trabalho, número de funcionários, etc.²⁴

Importante destacar, ainda, que há outros fatores que contribuem para o agravamento do problema: a demora no processamento dos feitos, ou seja, o tempo em que os processos ficam sem andamento, aguardando o impulso oficial e a prática de atos desnecessários²⁵.

Carlos Henrique Ramos, em seu aprofundado estudo sobre as causas da morosidade do Judiciário e sobre as tentativas de estabelecimento de um critério para o prazo razoável do processo, pondera que a melhor concepção para a celeridade processual seria a negação dos excessos, conjugada à qualidade da prestação jurisdicional. Muito apropriadamente, afirma que os excessos podem se referir tanto à lentidão quanto à rapidez. No primeiro aspecto, o excesso de lentidão estaria ligado ao comportamento indesejável dos sujeitos processuais; no segundo, de outro lado, o excesso de rapidez estaria relacionado à supressão de garantias em prol da busca de uma prestação célere. A qualidade da atividade jurisdicional, por seu turno, pressuporia uma preocupação em ressaltar o papel ético das partes no procedimento, com o fim de adaptação às exigências da causa.²⁶

São apontadas algumas possíveis soluções para uma maior celeridade aos processos, entre as quais destaca-se, além de alterações legislativas, especialmente, no tocante à extinção de desnecessárias garantias diferenciadas à Fazenda Pública, a utilização das modernidades tecnológicas em prol da agilidade do processamento e o privilégio da oralidade na prática dos atos processuais, o que economizaria tempo e ainda efetivaria alguns princípios como a imediatidade e a identidade física do juiz.²⁷

Diante desse quadro incompatível com o Estado Democrático de Direito preconizado pelo regime da Constituição Federal de 1988, o direito a um processo de duração razoável começou a ser objeto de atenção da comunidade jurídica.

Muito embora o direito a uma prestação jurisdicional célere esteja contido, implicitamente, no princípio da inafastabilidade da jurisdição e no próprio acesso à Justiça, a

²⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 98-110.

²⁵ Confira-se, nesse sentido, o entendimento de RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da razoável duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 57.

²⁶ Ibid., p. 62.

²⁷ Ibid., p. 67-68.

duração razoável do processo ganhou mais relevo no ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação do Pacto San José da Costa Rica, pelo Brasil, e mais recentemente, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que categoricamente incluiu referido direito no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Reza o artigo 8º, § 1º, da mencionada convenção internacional²⁸:

Artigo 8º

Garantias judiciais

§ 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso)

O aludido tratado internacional sobre direitos humanos foi internalizado pelo Brasil em 1992, com a sua promulgação pelo Decreto 678/1992, passando a fazer parte e produzir efeitos no ordenamento jurídico pátrio.

Com a superveniência da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi acrescentado o inciso LXXVII ao artigo 5º da Lei Maior, que expressamente previu a razoável duração do processo como direito individual do cidadão, *in verbis*:

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

(...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (grifo nosso)

Embora alçado a status constitucional, não há dados concretos que conceituem o que seja “razoável”. A noção de razoabilidade está impregnada de subjetivismo, é um conceito jurídico indeterminado, e a doutrina vem se debruçando sobre ela, a fim de tentar estabelecer parâmetros para o que seja um processo célere, de razoável duração e sem dilações indevidas.

Para Luiz Rodrigues Wambier *et al*, a duração razoável do processo deverá conjugar a definição segura da existência do direito e realização rápida desse direito existente. A definição dessa duração razoável deve ser equacionada, levando-se em consideração:

²⁸ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992. p. 15562. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 21/09/2008.

- a) a importância do bem jurídico em jogo, como, por exemplo, direitos fundamentais passíveis de perecimento em face da demora;
- b) a repercussão da solução jurídica para a sociedade, que imporia ao juiz uma necessidade de avaliar os impactos de sua decisão para as partes, bem como para toda a sociedade ;
- c) a inversão do interesse na rápida solução do litígio que, no caso de concessão de liminares fundadas em cognição sumária, passa a ser do réu. Aí, a resolução rápida do litígio impõe-se sob pena de onerar-se excessivamente o réu com a demora da prestação jurisdicional;
- d) a criação legislativa de mecanismos que propiciem a realização mais rápida da prestação jurisdicional que naturalmente atribui maior poder de interpretação ao juiz sensível à realidade social.²⁹

Consoante Carlos Henrique Ramos, seguindo outro raciocínio, não seria possível a fixação de um prazo máximo de duração do processo, em razão da multiplicidade de procedimentos e da diversidade de pretensões das partes. Pretendeu o citado autor, entretanto, estabelecer certos critérios balizadores do tempo de duração de um processo, amparado na Corte Européia de Direitos Humanos e levando em consideração: a) a complexidade da causa, relacionada às diversidades de procedimentos; b) o comportamento das partes e de seus advogados, no tocante ao abuso dos direitos processuais; c) comportamento das autoridades, relativo ao regular exercício dos poderes do juiz.

Ainda segundo Ramos, em linhas gerais, o critério da complexidade da causa pode ser parametrizado pela complexidade do rito imposto pelo legislador, pelo número de atos processuais a serem praticados e incidentes passíveis de serem provocados, pelo fato de a matéria depender de instrução probatória ou ser unicamente de direito. Já o critério do comportamento das partes tem como escopo a busca por quem contribui para o prolongamento indefinido dos processos; nesse caso, se o comportamento protelatório lhe for imputado, a ela também serão imputadas os prejuízos eventualmente sofridos. Com efeito, a parte deverá suportar as conseqüências de sua conduta indesejada, porém, há de ser aferida sua má-fé. Por fim, no tocante ao critério do comportamento das autoridades, este tem grande

²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**: emenda constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) e leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 29-30.

importância, na medida em que torna possível a responsabilização do Estado pela demora excessiva e injustificada dos processos.

O autor, por fim, conclui que a garantia da razoável duração do processo restaria violada se: a) em causas não complexas, a resposta do Estado não fosse entregue rapidamente ou, em causas mais complexas, não fossem empreendidos esforços para a solução da controvérsia por parte dos juízes; b) houvesse violação aos deveres das partes de colaboração com a Justiça; c) os deveres dos juízes e serventuários da Justiça de boa condução do processo e cumprimento de prazos não fossem obedecidos; d) o Estado não tomasse iniciativas práticas a fim de aprimorar e melhor aparelhar o Poder Judiciário³⁰.

Portanto, fixados estes critérios, poder-se-ia chegar às conseqüências da falta de celeridade processual que poderiam ser imputadas tanto ao Estado, enquanto juiz, quanto às partes.

Os efeitos da morosidade do processo atingem, principalmente, os sujeitos do processo – partes e juiz –, gerando inúmeras desvantagens. Para os órgãos jurisdicionais, a lentidão da Justiça acarreta, cada vez mais, o descrédito do Poder Judiciário e das instituições jurídicas, além de diminuir a qualidade dos seus pronunciamentos à vista do acúmulo de serviço. Já para as partes, a morosidade da prestação jurisdicional, afora o risco de decisões errôneas, traz incertezas, privilegia a parte que não tem razão e, acima de tudo, a impossibilidade de gozo do bem da vida objeto da lide.³¹

A desobediência à garantia da razoável duração do processo, como demonstrado, pode gerar danos às partes envolvidas e, em última análise, à sociedade como um todo. Desse modo, a conduta atentatória ao referido postulado é capaz de ensejar a responsabilização do agente.

Nessa seara, portanto, na hipótese de o prolongamento desnecessário do processo se dar em razão do comportamento protelatório das partes, cabe-lhes a imposição das sanções da litigância de má-fé, haja vista o princípio da boa-fé, reinante no ordenamento pátrio. A parte, então, arcará com as conseqüências advindas de seu comportamento indesejado, uma vez que é preciso conter o desvio/ abuso do direito.

Por outro lado, quando a morosidade do processo for causada pelo mau funcionamento da Justiça, torna-se controversa a possibilidade e o tipo de responsabilização do Estado. A

³⁰ RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da razoável duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 90-101.

³¹ Confira-se o entendimento de CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 110-114.

doutrina, além de divergente quanto à responsabilização estatal por atos judiciais, é omissa no particular dessa responsabilização por violação à garantia da razoável duração do processo.

Mais uma vez, cita-se o estudioso do tema, Carlos Henrique Ramos, que adota, nesses casos, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Entende que, sendo a prestação jurisdicional um serviço público prestado exclusivamente pelo Estado, nos casos de dilatações indevidas e paralisações imotivadas passíveis de serem imputadas ao Estado, é cabível a sua responsabilização civil, sem perquirição da culpa, que vai gerar o dever de indenizar àquele que sofreu efetivo dano decorrente de falhas no serviço ou negligência dos órgãos jurisdicionais. Destaca, ademais, que fica ressalvado ao Estado o direito de regresso em face do agente público e a faculdade do particular de ajuizar a demanda em face desse agente, casos em que a responsabilidade é fundada na existência de culpa.³²

2.3 O surgimento das tutelas diferenciadas

Embora o comando da razoável duração do processo adicionado explicitamente ao texto constitucional tenha aplicabilidade imediata, restou demonstrado que são necessárias mudanças estruturais, tanto na legislação quanto no Judiciário, para a concretização efetiva do princípio, mudanças estas que surtirão efeitos e produzirão resultados a longo prazo.

O panorama do direito processual civil indica que o procedimento ordinário, como técnica de solução dos litígios, conquanto seja o mais completo do ponto de vista garantístico, ou seja, proporciona às partes as mais amplas oportunidades de defesa, com prazos mais dilargados, é inadequado para assegurar a efetiva tutela jurisdicional aos direitos que precisam de amparo urgente. Seguindo este entendimento, Cruz e Tucci assim conclui acerca do procedimento ordinário:

E, por isso, dentre muitas e abalizadas opiniões convergentes, conclui-se que o procedimento ordinário do processo civil, como técnica universal de solução de litígios deve ser substituído, na medida do possível, por outras estruturas procedimentais, mais condizentes com a espécie de direito material a ser tutelado.³³

³² RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da razoável duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 110-112.

³³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.120.

Nesse contexto, portanto, surgiram as tutelas jurisdicionais diferenciadas, expressão de Proto Pisani utilizada para indicar a reunião de vários procedimentos de cognição plena ou sumária aptos a coadunar a prestação da justiça com as garantias processuais.³⁴

José Roberto Bedaque entende a questão das tutelas diferenciadas sob duas acepções. A primeira refere-se à existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cuja aplicação está intimamente relacionada às peculiaridades de determinadas relações de direito material. A segunda, ao contrário, é concernente à regulamentação de tutelas sumárias, objeto de cognição não exauriente, que se destine a evitar o comprometimento do resultado do processo pelo tempo.³⁵

A construção de procedimentos adequados às reais necessidades de tutela é viabilizada, portanto, pela técnica da cognição, esta sendo analisada sob dois enfoques: o plano horizontal (amplitude), quando se divide em cognição plena ou parcial; e plano vertical (profundidade), quando pode ser, principalmente, exauriente e sumária. A cognição plena abarca a totalidade do conflito, que será decidido de forma definitiva, com base em um juízo de certeza; a parcial, por outro lado, prima pelos valores certeza e celeridade e, não obstante dê origem a uma sentença com força de coisa julgada material, o faz em tempo inferior ao necessário para o exame da causa.³⁶

No sentido vertical, a cognição é dita exauriente, quando são analisadas de modo detalhado todas as provas a respeito do direito material em prol da prevalência da verdade real, produzindo decisão imutável por força da coisa julgada material. Por outro lado, é sumária à medida que dá origem aos juízos de verossimilhança, ou seja, a decisões pautadas na probabilidade, como ocorre nas tutelas cautelar, antecipatória urgente – a qual será objeto principal do presente estudo – e não urgente, e nas liminares de determinados procedimentos especiais.³⁷

Em conformidade com o que preceitua Marinoni, uma vez que o processo objetiva a efetividade da tutela do direito, é necessário que a tutela jurisdicional do Estado corresponda àquilo que seria obtido caso não estivesse vedada a solução da controvérsia pelas partes.³⁸

³⁴ PISANI, Andrea Proto. Problemi della c. d. tutela giurisdizionale differenziata, in *Appunti sulla giustizia civile*, p. 212 *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 121.

³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. As formas diferenciadas de tutela no processo civil brasileiro. In: CALMON FILHO, Petrônio e BELTRAME, Adriana (Orgs.). **Temas atuais de direito processual ibero-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 61.

³⁶ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 111-113.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 17.

³⁸ *Ibid.*, p. 38-39.

O tempo, embora prejudicial à efetividade do processo, não pode ser empecilho à satisfação do direito material. Desse modo, após traçar algumas distinções entre as diversas espécies de tutela jurisdicional, o foco principal do presente estudo será a tutela antecipatória e seus efeitos na satisfação das partes e na efetivação de justiça, como meio de se evitar os prejuízos causados pela demora na conclusão dos processos.

3 TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS EM PROL DA EFETIVIDADE: BREVES COMENTÁRIOS

A tutela jurisdicional não pode ser enfrentada como simples outorga do pronunciamento do Estado-juiz em resposta ao direito de ação, pois a realidade social atual não tolera tecnicismos, formalismos indesejáveis e inoportunos, que não viabilizam a satisfação integral das pretensões dos cidadãos. É imprescindível, pois, que o processo civil moderno seja um processo de resultados.³⁹

Diante desse contexto, portanto, descortina-se a falência do processo de conhecimento, seguindo o procedimento ordinário, como tradicionalmente concebido, para o atendimento das novas necessidades emergentes na sociedade, aos direitos que, embora novos, precisam do amparo eficaz do Estado, a fim de seja garantido o pleno gozo por quem seja seu titular.

O processo de conhecimento, aliado à tradicional classificação trinária das sentenças – meramente declaratória, constitutiva (positiva ou negativa) e condenatória –, até mesmo pela demora na entrega definitiva da jurisdição, predisponha-se à prestação de uma tutela ressarcitória. Ou seja, especialmente quando o objetivo era a condenação do réu ao cumprimento de uma prestação, o processo era utilizado para reparar uma situação em que já ocorrera a violação ao direito e o dano já se concretizara.

A busca da efetividade do processo é a mola propulsora do direito processual hodierno. Para tanto, tem-se desenvolvido uma estrutura capaz de romper com a ordinarização do procedimento e a inflexível manutenção da cognição apartada da execução.⁴⁰

O direito processual moderno já dá sinais de que está sendo reorganizado a fim de que seja alcançada a aspiração do texto constitucional. Já foram criados alguns instrumentos capazes de conferir, ao menos no plano legal, maior efetividade ao processo civil, porquanto se preocupam com a mais rápida realização do direito material deduzido em juízo. Alguns desses instrumentos são os deveres impostos às partes e aos seus procuradores, de modo a evitar seu comportamento meramente propositadamente procrastinatório (artigo 14, CPC); a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela (artigo 273, CPC) e a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa (artigo 461 e 461-A).⁴¹

³⁹ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 161.

⁴⁰ Ibid., p. 169-170.

⁴¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário)** e

Além disso, surgiram as técnicas de sumarização do procedimento como caminho alternativo à intempestividade da prestação jurisdicional, revelando-se uma adequada solução para a agilização dos processos.

Ovídio Baptista da Silva leciona que a técnica de sumarização opera um corte da totalidade do conflito, ficando algumas questões objeto da lide reservadas ao exame definitivo em processo subsequente.⁴²

Há, porém, quem aponte as desvantagens da utilização da cognição sumária para a realização da jurisdição, a despeito de reconhecer as suas vantagens. O principal argumento é o de que as decisões fruto deste tipo de cognição estariam mais propícias a erros, razão pela qual se desencadearia uma resposta da sociedade, notadamente, no plano recursal. Ou seja, se por um lado, tais mecanismos contribuiriam para a efetividade, por outro, abarrotariam ainda mais o Judiciário através da interposição de recursos contra as decisões. Merece registro, portanto, a ressalva feita na obra *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*,

a construção de um sistema jurídico-processual acional requer não apenas instrumentos que possibilitem a realização de tutelas de urgência, normalmente fundadas em cognição sumária, mas instrumentos que permitam a realização segura dos direitos, sem instabilidade. É que a inconstância jurídica das decisões, normalmente, repercutirá em “respostas” das partes e da sociedade, que poderão provocar a dilatação da litigiosidade, através de recursos contra as decisões judiciais ou do ajuizamento de novas ações.⁴³

A despeito do posicionamento acima, quando estão em jogo interesses urgentes que não podem ser sacrificados pela demora na entrega da prestação jurisdicional, o valor efetividade sobrepõe-se ao segurança jurídica, que seria alcançada apenas com a tutela definitiva, objeto de cognição plena e exauriente que adquire imutabilidade.⁴⁴ Ganham evidência, portanto, as tutelas de urgência, gênero do qual a tutela cautelar e a antecipatória – que serão aqui analisadas – fazem parte.

É de se ver que as transformações sociais foram tamanhas, a ponto de termos atingido um estágio em que não bastam as tutelas repressivas, que objetivam a reparação do dano, para

leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

⁴² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual., 2. tir.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 116.

⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) e leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

⁴⁴ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175.

que se garanta o acesso a uma ordem jurídica justa. Imperiosa se torna a preocupação com a preventividade do dano. Em outras palavras, faz-se necessário o desenvolvimento de tutelas preventivas para garantir a situação de direito de material e evitar a perpetração do dano ou a lesão ao bem jurídico. Desse modo, é nesse aspecto que ganha relevo o aprimoramento da tutela inibitória.⁴⁵

À luz do exposto, analisaremos, em breves comentários, algumas das medidas que vem sendo adotadas no modelo processual moderno com vistas à garantia da efetividade da prestação jurisdicional, trazendo as principais características da tutela específica das obrigações, que jungiu, em um mesmo processo, as atividades cognitiva e executiva do magistrado, bem como das tutelas preventivas e de urgência, estas últimas fundadas em cognição sumária.

3.1 Tutela específica

Segundo Leonardo Greco, tutela específica é aquela que satisfaz a prestação originalmente devida e pedida.⁴⁶ A tutela específica privilegia o cumprimento da prestação na forma em que é devida, através da utilização de meios sub-rogoratórios ou de coação indireta para obrigar o réu a satisfazê-la ou, ainda, no caso de recusa ou impossibilidade, traz a alternativa do resultado prático equivalente.⁴⁷

Para Luiz Guilherme Marinoni, o legislador criou através da tutela específica, uma técnica processual apta a permitir a efetividade de determinadas tutelas decorrentes do direito material.⁴⁸

A tutela específica das obrigações de fazer e não fazer foi introduzida na legislação processual pela Lei nº 8.925/1994, que deu nova redação ao artigo 461 do Código de Processo Civil. Posteriormente, a Lei nº 10.444/2002 estendeu a tutela específica às obrigações de entrega de coisa diferente de dinheiro, através da inclusão do artigo 461-A:

⁴⁵ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 182.

⁴⁶ GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2. p. 488.

⁴⁷ Idem. Tutela jurisdicional específica. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 515.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2 ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 71.

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

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

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

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

A partir das modificações operadas pelas recentes leis, o processo de execução autônomo para as obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, fica reduzido às hipóteses de título executivo extrajudicial, uma vez que aquelas decorrentes dos títulos judiciais serão executadas na forma dos arts. 461 e 461-A.

Consoante Greco, as tutelas específicas dispensaram a formação de um processo de execução autônomo, determinando a efetivação da prestação no próprio processo de que se originou a respectiva decisão. Desse modo, há, no mesmo processo, ao qual convencionou-se denominar sincrético, a tutela jurisdicional cognitiva e a executiva, progressivamente; há a cumulação de uma ação de conhecimento e outra de execução, dado que a concessão da tutela

específica seria tipicamente cognitiva e a imposição das medidas necessárias à sua satisfação seria executória.⁴⁹

Os adeptos da classificação quinária das sentenças formulada pelo grande jurista Pontes de Miranda, entretanto, segundo Greco, entendem que a prestação jurisdicional seria única: mandamental ou executiva *lato sensu*. Vale relembrar, em apertadas linhas, que a sentença mandamental traz em seu bojo uma determinação, uma ordem para que o réu cumpra uma obrigação, podendo o juiz valer-se de meios de coerção indireta para obrigá-lo à satisfação da prestação; e que a sentença executiva *lato sensu* é aquela em que o próprio juiz ou seu preposto age em substituição ao comportamento do réu para o cumprimento da obrigação. Em ambos os casos, dispensa-se a instauração de execução autônoma.

Registre-se, porém, que, hoje, com a Reforma da Execução realizada pela lei nº 11.232/2005, a execução de obrigação por quantia certa fundada em título executivo judicial deixou de demandar a instauração de um processo autônomo, passando a integrar uma fase executiva do processo de conhecimento que deu origem ao provimento, denominada cumprimento de sentença. Desse modo, quase todas as execuções de obrigações fundadas em título executivo judicial deixaram de ser objeto de processo de execução autônomo.⁵⁰

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que como técnica processual, as regras da tutela específica não se limitam ao adimplemento das obrigações contratuais. É lícito a imposição das medidas coercitivas previstas nesses artigos para a efetivação de outros provimentos jurisdicionais, como a tutela inibitória e a tutela antecipatória e na própria execução de título extrajudicial, por exemplo. O fato de os mencionados dispositivos legais fazerem menção a ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não-fazer não significa que eles tenham por escopo apenas a tutela das obrigações contratuais na forma específica. Tais artigos podem amparar qualquer direito que possa ser tutelado através de uma sentença que imponha um fazer ou não-fazer, independentemente de o direito a ser tutelado seja obrigacional ou não.⁵¹

⁴⁹ GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada. In: SANTOS, Ernani Fidelis *et al* (Orgs.). **Execução civil:** estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 856.

⁵⁰ Nesse ponto específico, é necessário consignar que os títulos executivos judiciais previstos nos incisos II, IV e VI do art. 475-N (a sentença penal, a arbitral e a estrangeira) fogem à regra. Em tais hipóteses, a execução é precedida de liquidação no juízo cível competente, se a quantia de que trata o título for ilíquida. “*O credor dará início ao processo, mediante citação do devedor para acompanhar a definição do quantum debeatur.*” (In: THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil:** processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 41. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. II. p. 69)

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica:** arts. 461, CPC e 84, CDC. 2 ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 89.

Depreende-se da leitura dos artigos acima transcritos que a tutela específica pode ser concedida antecipadamente, *in limine litis*, após a oitiva do réu, se presentes a plausibilidade do direito e o perigo de inocuidade da prestação final. Ademais, observa-se que o juiz poderá impor, de ofício ou a requerimento da parte, medidas coercitivas indiretas ou substitutivas da atividade do réu, tais como multa, busca e apreensão, para assegurar o cumprimento da obrigação na forma em que concebida.

As obrigações de fazer a que o réu eventualmente está obrigado podem ser fungíveis ou infungíveis. No caso das obrigações fungíveis, os meios de que o juiz pode lançar mão para viabilizar seu cumprimento são meios sub-rogatórios, em que o próprio juiz substitui a atividade que deveria ser executada pelo devedor, determinando, por exemplo, o adimplemento da obrigação por terceira pessoa às expensas do devedor. As obrigações infungíveis, por sua vez, por serem aquelas que somente podem ser realizadas pelo devedor, demandam a aplicação de medidas coercitivas indiretas, como a multa, a fim de convencerem o devedor ao adimplemento voluntário da obrigação. Tais obrigações, por sua natureza, não se coadunam com as medidas de coerção direta e com as sub-rogatórias.⁵²

A realização prática do direito do credor à prestação na forma específica justifica o uso de qualquer meio executório, ainda que não previsto em lei, para assegurar a efetiva tutela jurisdicional, encontrando limites apenas nos direitos indisponíveis e na dignidade da pessoa humana.⁵³

A lei possibilita, também, seja determinado o cumprimento da obrigação na modalidade do resultado prático equivalente, ou seja, através de outra prestação que, do mesmo modo, satisfaria na prática a pretensão autoral. De acordo com a doutrina de Leonardo Greco, o resultado prático equivalente não pode ser imposto pelo juiz ao credor, o qual tem o direito de obter a prestação que lhe foi assegurada no título executivo.⁵⁴

Conclui, ainda, o referido autor que o resultado prático equivalente previsto na lei não pode ser aplicado às obrigações de fazer fungíveis, uma vez que a prestação, se não satisfeita pelo devedor, pode o ser através dos meios sub-rogatórios. É aplicável apenas às obrigações infungíveis, em que a natureza dos meios para forçar o cumprimento da obrigação é coativa

⁵² Confira-se, nesse sentido, o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2 ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 71.

⁵³ GRECO, Leonardo. Tutela jurisdicional específica. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 516.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 521.

indireta, quando for impossível a satisfação do credor na forma específica ou diante da recusa remitente do devedor ao cumprimento.⁵⁵

Ressalta, ademais, que o credor não pode exigir desde logo o resultado prático equivalente ou a conversão em perdas e danos por entender que também é direito do devedor cumprir a obrigação na forma específica. Defende que tais medidas alternativas só serão legítimas quando impossível ou inútil o cumprimento específico da prestação.⁵⁶

Ainda no que se refere às obrigações de fazer infungíveis, para Greco, não se aplica o § 5º do artigo 461, uma vez que, por terem caráter sancionatório, as medidas devem estar todas previstas em lei, não podendo ficar ao arbítrio do magistrado. Por outro lado, embora a multa seja um meio típico de coação indireta, pode ser aplicada ao devedor para forçá-lo ao cumprimento tanto de obrigações fungíveis, quanto de obrigações infungíveis.⁵⁷

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, em se tratando de obrigação contratual, a tutela específica é aquela que oferece ao autor o cumprimento da obrigação inadimplida. Sustenta, em posição oposta à de Leonardo Greco, que a tutela pelo equivalente é admissível quando impossível o cumprimento da obrigação original ou quando esta não for de interesse do credor.⁵⁸

Em suma, falar em tutela específica de obrigação significa obter a satisfação da prestação na forma em que concebida. No caso de recusa do devedor em cumpri-la, estão à disposição do magistrado meios coercitivos para tentar impelir o réu ao adimplemento da obrigação, sejam eles meios de coerção indireta ou sub-rogatórios. No caso de ter se tornado impossível ou inutilizada a prestação original, o credor pode optar pela satisfação de sua pretensão através da tutela pelo equivalente, em que obterá efeitos práticos semelhantes ao que teria com o cumprimento na forma específica; quando, porém, não lhe tiver mais serventia a tutela da obrigação, haverá a conversão em perdas e danos, com o caráter tipicamente ressarcitório.

⁵⁵ GRECO, Leonardo. Tutela jurisdicional específica. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 522.

⁵⁶ Em sentido contrário, defendendo o resultado prático equivalente como medida a ser adotada desde logo pelo juiz para o cumprimento de obrigações de fazer infungíveis, temos THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 41. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. II. p. 274.

⁵⁷ GRECO, Leonardo. Tutela jurisdicional específica. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 523-524.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2 ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 68.

3.2 Tutelas preventivas e de urgência

Nas apropriadas palavras de José Roberto Bedaque,

Efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material. Ou seja, a parte somente necessita pedir a intervenção estatal se não houver satisfação voluntária do direito. Espera-se, pois, que essa atuação possa proporcionar ao titular do interesse juridicamente protegido resultado idêntico, ou, pelo menos semelhante, àquele previsto no ordenamento substancial e não obtido pela vontade do obrigado.⁵⁹

Como já analisado, a demora na entrega da jurisdição pelo Estado àquele que bate às portas do Judiciário constitui verdadeiro entrave à tão esperada efetividade do processo, já que prolonga o estado de insatisfação do direito.⁶⁰

Assim, na tentativa de neutralizar o tempo necessário ao processo de cognição plena, evitando que a demora na conclusão da atividade jurisdicional estatal prejudique a parte que tem razão, surgem as tutelas de urgência⁶¹, entre as quais destacam-se a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Diverge desse entendimento, com fundamentos bastante sólidos, Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar que se a tutela antecipatória for considerada espécie de tutela de urgência, faltaria lugar à tutela antecipada fundada no abuso do direito de defesa do réu, eis que ausente qualquer caráter emergencial.⁶²

Há quem classifique tais tutelas como tutelas preventivas, destinadas a evitar a concretização de um dano ao direito material ou processual da parte. Joaquim Felipe Spadoni, assim se refere às tutelas cautelar e antecipatória, incluindo, nessa categoria de tutelas preventivas, a tutela inibitória⁶³, todas em contraposição à concepção tradicional de que o processo destina-se a prestação de uma tutela eminentemente ressarcitória.

Nas próximas linhas, portanto, buscaremos pontuar os aspectos mais importantes da tutela inibitória, como tutela genuinamente preventiva; da tutela cautelar, como primeira alternativa ao problema da demora do processo e a evitar o dano; e da tutela antecipatória

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 24

⁶⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 14

⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 25.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 52.

⁶³ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no artigo 461 CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

também como meio de evitar a ocorrência de danos ao direito material em virtude da demora na prestação jurisdicional.

3.2.1 Tutela inibitória

A tutela preventiva é imanente ao Estado de Direito e está garantida pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal⁶⁴, quando dispõe que também a ameaça a direito será objeto da apreciação do Poder Judiciário. Por essa razão, mostra-se desnecessária uma expressa previsão infraconstitucional para a propositura de ação com vistas à obtenção de uma tutela inibitória.⁶⁵

A proteção jurisdicional, como se percebe, tem sua principal atuação depois da violação ao direito, o que, por via de consequência, faz como que a tutela seja ressarcitória e evidencia a preocupação primordial com os direitos patrimoniais.

As tutelas tradicionais não se mostravam aptas a promover a prevenção do ilícito. Tem-se, como exemplo, a sentença meramente declaratória que, por estar adstrita a declaração de existência ou inexistência de um direito, não tem o condão de impor à outra parte um fazer ou não fazer, não se mostrando habilitada à prevenção do ilícito e à adequada tutela de direitos não patrimoniais.⁶⁶

Nesse espectro, delinea-se o conceito de tutela inibitória como sendo uma tutela cujo escopo é impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, do ato contrário ao direito de quem pleiteia a indigitada tutela em juízo.

A tutela inibitória destina-se a impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material, vedando, definitivamente, a prática, continuação ou repetição de ato contrário ao direito. Assume, portanto, grande importância na tutela, especialmente, dos direitos da personalidade e dos direitos difusos e coletivos.⁶⁷

⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 56.

⁶⁶ Ibid., p. 30.

⁶⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no artigo 461 CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32-33.

Por não objetivar reparar o dano já sofrido, a tutela inibitória tem a nota característica de ser preventiva e prospectiva, isto é, está voltada para o futuro e deve ser prestada antes da prática do ilícito ou da ocorrência do dano, e não tão-somente para repará-lo.

Luiz Guilherme Marinoni, que dedicou muitas linhas ao assunto, assim conceitua com singular acuidade:

A tutela inibitória é uma tutela específica pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória, deve-se dar preferência à primeira.⁶⁸

Justamente por ter como meta principal a prevenção do dano e não a sua reparação, a tutela inibitória não se destina a substituir o direito originário da parte pelo direito de crédito, de um equivalente em dinheiro; ao revés, tal tutela pretende garantir a própria integridade do bem. Objetiva, nas palavras de Spadoni, “*a fruição do direito in natura*”.⁶⁹

Para Marinoni, o fundamento da tutela inibitória está no art. 461 do Código de Processo Civil, que disciplina, como já visto, a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. A obtenção da tutela é viabilizada através da propositura de uma única ação sem a necessidade de uma ação cautelar e de ação de execução.⁷⁰

Embora perfilhe o entendimento de que o artigo 461 do CPC é fundamento da ação inibitória, Spadoni vai além, asseverando ser necessária a distinção entre o fundamento substancial e o fundamento processual da tutela inibitória. Em conformidade com o que preceitua o autor, o fundamento substancial da referida tutela reside no direito ao cumprimento específico da obrigação, cuja decorrência é o direito à inibição do ato violador de direito; os artigos 461 e 461-A, CPC, “*viabilizam a efetividade da tutela jurisdicional inibitória*”. Já o fundamento processual, isto é, sua base normativa e constitucional, repousa no artigo 5º, XXXV, CRFB, que garante o direito à prevenção do ilícito, não apenas cautelarmente.⁷¹

O pressuposto da ação inibitória é, basicamente, a ameaça de ato violador de direito, considerando-se aspectos objetivos da realidade fática. A ameaça deve ter supedâneo em fatos

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 38

⁶⁹ Ibid., p. 33.

⁷⁰ Ibid., p. 87.

⁷¹ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no artigo 461 CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 45-49.

concretos, devendo estar razoavelmente evidenciado que o comportamento do réu ensejará futura violação a direito. Esta espécie de tutela prescinde da configuração do dano para sua concessão, sendo suficiente apenas a caracterização do ato contrário ao direito. Os conceitos de dano e de ilícito não se confundem.

A existência de dano levará à conclusão de que o ato ilegal já foi consumado, o que faz com que a tutela inibitória perca sua finalidade. Nessa esteira, de igual forma, não há que se perquirir a existência de dolo ou culpa. Existente o dano, a tutela passará a ser repressiva, e aquele será pressuposto necessário para que tenha lugar o dever de indenizar, e não para que fique constituído o ato ilícito.⁷²

Em face da dispensabilidade de sua configuração, o dano não constitui objeto da cognição do juiz na ação inibitória, pelo que fica afastado, também, da instrução probatória. Cabe, entretanto, ressaltar que, nos casos em que impossível a dissociação no aspecto temporal entre o ato ilícito e o dano, a probabilidade de sua concretização deverá ser provada.⁷³

Ao contrário das tutelas cautelar e antecipatória, as quais serão estudadas mais adiante, a tutela inibitória não é fruto de uma cognição sumária; deriva de uma cognição exauriente, com profunda análise da prova e com aptidão para adquirir a imutabilidade da coisa julgada.⁷⁴ Entrementes, é usual que ocorra a tutela inibitória seja conjugada com a tutela antecipatória, em razão de iminente ameaça ao direito, cuja demora na apreciação pode tornar inócua a prestação final. Assim sendo, não há qualquer empecilho para a concessão da tutela inibitória antecipada e liminarmente.

A tutela inibitória, por obrigar o réu a adotar um comportamento comissivo ou omissivo, exige a possibilidade do uso de meios coercitivos hábeis a convencê-lo a cumprir a determinação. A prevenção, pela sua própria essência e para garantia da sua eficácia, requer a conjugação da tutela antecipatória e da aplicação de multa.⁷⁵

As hipóteses mais evidentes da tutela inibitória no direito brasileiro são o interdito proibitório (art. 932, CPC), a nunciação de obra nova (art. 934, CPC), a ação cominatória e o mandado de segurança preventivo.⁷⁶

⁷² Nesse sentido, confira-se SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no artigo 461 CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51-53 e MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 56.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 85-86.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 291.

3.2.2 Tutela cautelar

A tutela cautelar emerge como um poderoso mecanismo de combate ao dano causado por situações perigosas, carecedoras de provimentos rápidos, tendo sido moldada para impedir que a demora do processo pudesse retirar a utilidade da tutela jurisdicional final.⁷⁷

De acordo com o conceito de José Roberto Bedaque, “*trata-se de medida destinada a assegurar a efetividade da função jurisdicional do Estado contra os possíveis danos que a duração do processo pode causar ao titular de um direito.*” A tutela cautelar tem a função de garantir a tutela jurisdicional dos direitos na forma em que prevista na Constituição Federal, assumindo o encargo de efetivar as diversas modalidades de tutela existentes no sistema processual.⁷⁸

A tutela cautelar destina-se a viabilizar o fiel cumprimento do dever estatal de fornecer às partes litigantes um provimento adequado e eficaz através da preservação de coisas e pessoas, já que uma alteração fática poderia tornar imprestável o provimento jurisdicional.⁷⁹

O processo cautelar, no entender de Eduardo Melo de Mesquita, destina-se a assegurar a eficácia da atividade jurisdicional mediante o afastamento da situação de perigo, capaz de comprometer o resultado daquela atividade estatal. Como o tempo é o principal agente obstaculizador e fator prejudicial ao processo cognitivo e executivo, sobreleva-se a necessidade da tutela cautelar para eliminar os efeitos nocivos por ele provocados.⁸⁰

José Roberto Bedaque ressalta que as tutelas cautelar e preventiva não se confundem. Embora reconheça que muitas vezes a tutela cautelar assuma um caráter preventivo, é modalidade de tutela instrumental e provisória, não definitiva como o é a tutela preventiva não cautelar.⁸¹

⁷⁷ Cf. MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 61 e MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71.

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 83-84.

⁷⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no artigo 461 CPC**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

⁸⁰ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 198-199.

⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 165.

As principais características da tutela cautelar que funcionam como pontos diferenciadores desta com relação às demais tutelas são a instrumentalidade, a provisoriedade, a acessoriedade e a revogabilidade.

A tutela cautelar tem função assecuratória ou conservativa da efetividade das tutelas cognitiva e executiva contra o perigo da morosidade do pronunciamento judicial definitivo, ou seja, visa a garantir o resultado prático das outras modalidades de tutela. Consoante Bedaque, “*a cautelar tem a natureza protetiva de outro provimento, cuja efetividade assegura*”, sem que efetue mudanças definitivas no direito material controvertido.⁸²

Em outros termos, o processo principal serve à tutela do direito material, ao passo que o processo cautelar destina-se à tutela do próprio processo.⁸³ A tutela cautelar presta-se, portanto, a garantir segurança ao processo principal para que sua aspiração, ao final, não se torne inócua.⁸⁴

Decorrência inexorável da instrumentalidade é o caráter provisório da tutela cautelar, visto que sua finalidade é a proteção do resultado do processo que depende de outro provimento, além de ter duração limitada até a superveniência da decisão final. Após ou ausente o pronunciamento judicial definitivo, que se manifesta sobre o direito material, – nesse último caso, pela não instauração do processo principal –, a tutela cautelar perde seu objeto e sua eficácia.⁸⁵

No que concerne à característica da revogabilidade, a cautelar não faz coisa julgada material⁸⁶, ou seja, não adquire a imutabilidade após o esgotamento das vias recursais. Dessarte, a cautelar pode ser revogada, substituída ou modificada a qualquer tempo, sempre que haja alteração da situação fática que deu azo a seu deferimento, tal como disposto no artigo 807, CPC. Quanto ao aspecto da acessoriedade, a cautelar é tida como acessória, dado que está necessariamente vinculada a outra tutela. Sendo preparatória ou incidental, ou seja,

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 135.

⁸³ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. n. 234, p. 358 *apud* THEODORO JR., Humberto. **Processo cautelar**. 20. ed. rev. e atual. (com análise das leis n.ºs 8.952/94 – tutela antecipada e 9.492/97 – protesto de títulos). São Paulo: Leud, 2002. p. 71.

⁸⁴ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 200.

⁸⁵ Neste sentido, confirmam-se os entendimentos de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 139 e MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 202.

⁸⁶ Há uma única exceção à regra de que o processo cautelar não adquire a autoridade da coisa julgada material: é, quando o juiz, entrando no mérito da controvérsia, acolhe desde logo a alegação de prescrição ou decadência, na forma do art. 810, CPC.

deferida antes ou no curso de um processo, a tutela cautelar depende sempre de um processo principal, por expressa disposição do artigo 796, CPC.

Conquanto seja instrumental e acessória, não se pode negar a autonomia do processo cautelar. De acordo com Humberto Theodoro Jr., “*a autonomia do processo mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencedora na ação principal e vice-versa.*”⁸⁷

A plausibilidade do direito alegado também é pressuposto da tutela cautelar, sendo conhecido como a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*). O juiz, para a concessão da tutela cautelar, deve avaliar se há probabilidade de êxito na pretensão deduzida em juízo ao final da cognição exauriente. Ou seja, a tutela cautelar é fundada em juízo de verossimilhança (que já foi tão repudiado no sistema processual), fruto de cognição sumária.

Igualmente, é indispensável a demonstração do *periculum in mora*, ou seja, do perigo ocasionado pela demora da prestação final, para o deferimento da tutela cautelar. Há quem sustente, como Eduardo Melo Mesquita, que, além do perigo na demora, são características cumulativas da tutela cautelar a preventividade e a urgência⁸⁸.

Segundo Bedaque, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* constituem o mérito da cautelar e relacionam-se ao interesse processual. O primeiro requisito, muitas vezes, confunde-se com o mérito da demanda principal, sendo requerido do juízo muita cautela na sua análise. Diferenciam-se, porém, pela profundidade da cognição exercida pelo magistrado: na tutela cautelar, a probabilidade do direito alegado é fruto de uma cognição superficial, sumária, ao passo que na tutela definitiva, inafastável a cognição exauriente.⁸⁹

As medidas cautelares podem ser típicas, também chamadas nominadas, que são aquelas previstas nos artigos 813 e seguintes do CPC (arresto, seqüestro, produção antecipada de provas, entre outras); ou atípicas, inominadas, que não estão previstas em lei e encontram fundamento no poder geral de cautela conferido ao juiz, por força do artigo 798, CPC.

Referido poder relaciona-se à possibilidade de concessão de cautelar inominada quando a situação carecedora da tutela não se encontrar tipificada pelo legislador. Da mesma forma, tangencia-se à noção de subsidiariedade, já que sua utilização só é legitimada em razão da inexistência de tutela a satisfazer plenamente do direito. Além disso, o poder geral de cautela não é apto a justificar a concessão de um provimento cautelar pelo perigo de dano

⁸⁷ THEODORO JR., Humberto. **Processo cautelar**. 20. ed. rev. e atual. (com análise das leis n°s 8.952/94 – tutela antecipada e 9.492/97 – protesto de títulos). São Paulo: Leud, 2002. p. 75.

⁸⁸ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207.

⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 162, 180-182.

causado pela morosidade da jurisdição; é preciso que haja fato superveniente que concretamente ameace a satisfação do direito e a efetividade da tutela principal.⁹⁰

3.2.3 Tutela antecipatória

A urgência de uma tutela imediata para dar conta de novas necessidades é que levou ao uso distorcido da tutela cautelar. Tal espécie de tutela passou a ser requerida como meio de obter a antecipação da entrega da prestação jurisdicional, sem a segurança advinda do processo cognitivo. As cautelares redundaram, então, em medidas satisfativas da pretensão de direito material, desconsiderando-se o seu caráter tipicamente assecuratório e sem qualquer previsão legal. Implicavam as cautelares satisfativas, não sem o repúdio da doutrina, em atendimento pleno e definitivo à pretensão autoral, exaurindo-se a atividade jurisdicional.⁹¹

Por conseguinte, as pressões e necessidades sociais por tutela jurisdicional adequada e o indiscriminado uso da ação cautelar inominada como técnica de sumarização do processo de conhecimento levaram à extensão da técnica antecipatória – que antes era admitida apenas em procedimentos específicos – a todo o ordenamento jurídico brasileiro no final do ano de 1994.

A tutela antecipatória, ao viabilizar a tutela do direito no curso do processo de conhecimento, resolve de forma adequada o grave problema da necessidade de distribuição isonômica do tempo do processo e destrói a concepção mítica de que o juiz somente poderia proferir seu julgamento após adquirir a certeza jurídica da situação posta seu exame.⁹²

Trata-se de mecanismo destinado a acelerar o resultado definitivo, antecipando-lhe os efeitos necessários à preservação de sua utilidade, cuja produção não pode esperar o deslinde definitivo do processo. Esta antecipação provisória pretende evitar que a demora constitua obstáculo à justiça da decisão. Destina-se a satisfazer o direito material de forma provisória e dependente da confirmação em sede de provimento final, e não a assegurar a sua satisfação.

Segundo Donaldo Armelin, a antecipação dos efeitos de eventual e futuro prestação jurisdicional favorável ao autor seria a técnica que melhor se coadunaria com o atual sistema processual, *“na medida em que pode ser adotada sem maiores transformações em sua*

⁹⁰.BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001., p. 128 e 220.

⁹¹ Ibid., p. 198.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 189.

estrutura.” Ainda seguindo as lições do autor, a antecipação, mesmo sendo fruto de cognição superficial, “*tem sua subsistência e eficácia reexaminadas por ocasião da prestação de tutela lastreada em cognição plena, sendo mantidas ou revogadas*”.⁹³

A tutela antecipatória assemelha-se à tutela cautelar em alguns aspectos. Assim como a cautelar, é fundada em cognição sumária, mediante juízo de plausibilidade e pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Diferencia-se, pois, da tutela cautelar por requerer uma probabilidade de existência do direito alegado mais consistente que o *fumus boni iuris* e por atingir diretamente a pretensão de direito material da parte, implicando em antecipação total ou parcial dos efeitos a serem futuramente produzidos. A tutela cautelar, conforme exposição anterior, serve para assegurar os meios de satisfação. Aquela constitui a própria prestação jurisdicional, enquanto esta tem natureza processual.⁹⁴

Do mesmo modo, não se confunde com liminar. Liminar é aquela decisão proferida no início do processo. Por isso, pode a tutela antecipada ser uma decisão liminar ou não, porque pode ser deferida *in limine*, no curso do processo ou até em grau de recurso.

Parte da doutrina afirmava que só poderia haver antecipação de tutela caso a pretensão do autor tivesse natureza condenatória. Isto porque, há quem entenda que a antecipação dos efeitos da tutela significa antecipação da própria tutela.⁹⁵ Entretanto, em brilhante lição, Teori Zavascki esclarece que

(...) antecipar efeitos da tutela significa satisfazer, no plano dos fatos, o pedido formulado na inicial. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura postulada como definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de procedência, assim entendidos os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano da realidade. Em outras palavras: antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal.⁹⁶

⁹³ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 51, jan.-mar. 1992.

⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 201 e 308.

⁹⁵ Para Cândido Rangel Dinamarco, a medida antecipatória consiste em conceder ao autor o exercício do próprio direito por ele afirmado, pelo que sua concessão equivaleria à procedência da demanda inicial. Referido autor, portanto, entende que, embora haja menção legal à antecipação dos efeitos, é mais oportuno referir-se a essa medida como antecipação da tutela, compreendida como “*resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam*”. (DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. rev., ampl. e atual..São Paulo: Malheiros, 1996. p. 142).

⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 85. Compartilha desse entendimento, entre outros: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 293-294 e 310.

No sentir de Eduardo Arruda Alvim, a alteração levada a efeito pela lei nº 10.444/02 da expressão “execução” constante do § 3º do art. 273, CPC, por “efetivação” serviu para tornar clara que antecipação de tutela é admitida tanto nas ações condenatórias, quanto nas ações meramente declaratórias e constitutivas. Referido autor ainda sustenta o cabimento da antecipação da tutela nas ações em que se pretende a entrega de coisa certa, nas ações monitorias, no processo de execução e em procedimento de jurisdição voluntária.⁹⁷

Em sentido contrário, temos o posicionamento de Ovídio Baptista da Silva, o qual entende que os efeitos da tutela de que se pretende a antecipação deve ter natureza executiva ou mandamental. Consoante o doutrinador em questão, os efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios das sentenças seriam “*incompatíveis com a idéia de antecipações provisórias.*” Assevera, mais adiante, que as antecipações de tutela previstas no art. 273, CPC, “*são formas lato sensu de execução urgente, provimentos através dos quais o juiz, considerando verossímil o direito do autor, concede-lhe, desde logo, algum efeito executivo ou mandamental da futura sentença de procedência.*”⁹⁸

A par desta divergência, certo é que a tutela antecipatória tem nítido caráter satisfativo, caráter este que deve ser compatibilizado com a vedação aos efeitos irreversíveis da decisão que as concede, sob pena de violação à esfera de direitos individuais do réu. O juiz deve, portanto, cuidar para evitar a criação de situações danosas ao adversário do beneficiário da medida.⁹⁹

A tutela antecipatória prevista no artigo 273, CPC, não se presta exclusivamente a tutelar situações de urgência. A possibilidade de concessão de tutela antecipada ante o manifesto protelatório do réu ou o abuso do seu direito de defesa (inciso II), visa a distribuir o ônus da demora do processo entre as partes litigantes.

Além disso, foi incluído o § 6º ao indigitado artigo, que trouxe uma nova modalidade de antecipação de tutela. Embora seja mais detalhadamente estudada adiante, a referida inclusão deixou claro que, sendo pedido cindível, pode o juiz antecipar desde logo os efeitos da tutela em relação à parte que não foi objeto de controvérsia entre autor e réu.

As características, os requisitos, bem como a natureza jurídica e demais peculiaridades da tutela antecipatória serão melhor estudadas nos capítulos subseqüentes.

⁹⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da tutela**. 1. ed. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49 e ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. Noções sobre a classificação das ações: algumas modalidades de procedimentos e o cabimento da antecipação de tutela. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 103, n. 391, p. 25-44, mai.-jun. 2007.

⁹⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1. p. 136, 139-140.

⁹⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 148-149.

4 TUTELA ANTECIPATÓRIA

4.1 Conceito, fundamento legal e natureza jurídica

A tutela antecipatória, antes limitada a alguns procedimentos especiais, teve sua aplicabilidade estendida a todos os processos e procedimentos com o advento da Lei nº 8.952/1994, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil:

Art. 273 O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, inexistindo 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.

Há quem vislumbre que o legislador restringiu o direito à segurança jurídica nos incisos do artigo 273 do Código de Processo Civil, pelo fato de, nesses casos, outro direito fundamental (o da efetividade da jurisdição) estar na iminência de violação. Evidencia-se, portanto, a relação de prevalência estabelecida pelo legislador do valor efetividade sobre o valor segurança, quando colidentes, pelo que autorizou a adoção da técnica antecipatória.¹⁰⁰

A simples leitura do dispositivo legal acima transcrito deixa transparecer sua auto-explicação, isto é, o excerto traz em seu próprio bojo a definição do que seja a tutela antecipatória. Embora já tenha sido citado em seção anterior e apartando-nos do entendimento de que a antecipação seria da própria tutela pretendida, já que o artigo explicitamente declara que serão antecipados os seus efeitos, não é demasiado repetir, em apertada síntese, que *antecipar os efeitos da tutela pretendida* significa satisfazer a pretensão de direito material da parte antes do tempo-padrão¹⁰¹, ou seja, antes de completado o *iter* procedimental característico do processo, a fim de permitir o imediato gozo do bem da vida por ela pleiteado, garantindo-se, assim, a efetividade da prestação jurisdicional.

O notável jurista Teoria Albino Zavascki, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, com brilhantismo, traçou diferenças entre tutela antecipatória e antecipação de sentença,

¹⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 75.

¹⁰¹ Expressão extraída das anotações de CUNHA, Alcides Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 235.

tratando de separar os “efeitos jurídico-formais” dos efeitos fáticos do provimento jurisdicional. Afirmou que o que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, sua constituição ou a condenação porventura pretendidas como tutela definitiva¹⁰² (eficácia jurídico-formal da sentença), mas sim os efeitos executivos da futura tutela, consubstanciado na eficácia que a futura sentença pode produzir na realidade dos fatos.

Por destinar-se a amparar uma situação de urgência, a medida antecipatória lida com o perigo concreto, e não formal. Dessa forma, no plano jurídico-formal, a eficácia da sentença não se sujeita a perigo algum, já que a demora em sua prolação não seria capaz de obstar que a sentença definitiva produzisse efeitos *in abstracto*. Existente o perigo, este estaria relacionado à eficácia social da sentença, ou seja, “à aptidão para tornar concreta sua eficácia jurídico-formal”, sendo esta a eficácia a ser antecipada.¹⁰³

Concluindo seu pensamento, o autor assim pondera

Medida antecipatória é a que contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que julgar procedente o pedido. Os efeitos antecipáveis são os mesmos que se operariam se o demandado, espontaneamente, se conduzisse segundo o ditame do direito material afirmado pelo autor.¹⁰⁴

Remarque-se, por oportuno, que, não obstante seja viabilizado o pronto desfrute do direito material controvertido em juízo, o processo prosseguirá até o seu final, percorrendo todas as fases que lhe são próprias, de forma que o magistrado, por meio de uma cognição exauriente, a qual o aproxima da verdade real que utopicamente seria o seu objeto, de modo geral, declare um direito, constitua ou desconstitua uma relação jurídica, ou condene o réu a uma prestação de modo definitivo.

Ancorando-nos nas precisas palavras do Ministro Teori Zavascki, a universalização da tutela antecipatória fez ressumar, em relação ao processo de conhecimento, uma clara valorização do princípio da efetividade da função, rompendo-se com a separação entre as atividades cognitivas e executórias, já que foi atribuído ao juiz o poder de deferir medidas

¹⁰² Segundo o citado autor, tutela definitiva seria “a tutela-padrão prometida pelo Estado, formada no âmbito de um processo contraditório, como garantia de meios adequados de defesa para as partes, e coberta, ao final, pela marca da coisa julgada. [...] Tutela definitiva de mérito em favor do autor é a que consolida a situação jurídica por ele almejada e requerida na petição inicial.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50-51).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 48-50.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 51.

típicas de execução no processo de conhecimento, a serem cumpridas inclusive mediante mandados.¹⁰⁵

De acordo com Luiz Fux, a norma inserida pelo legislador no artigo 273 do Código de Processo seria uma importante regra procedimental. Adverte o autor, todavia, que a regra possui um caráter discricionário ao prever que o juiz “poderá” antecipar os efeitos na presença dos requisitos ensejadores da medida, além de criticar a impossibilidade de atuação de ofício do juiz (que encontraria respaldo no “*dever geral de segurança que se ancora nos poderes instrumentais do juiz para prestar a atividade substitutiva*”), já que o deferimento da medida está condicionado ao requerimento da parte.¹⁰⁶

Anteviu o autor que, conquanto fosse expressa na letra da lei a discricionariedade do julgador, a jurisprudência dos Tribunais conferiria interpretação mais favorável à parte, entendendo ser um direito subjetivo, caso comprovado o preenchimento dos requisitos. A regra da tutela antecipada ressumaria o poder-dever do magistrado de buscar a rápida e adequada solução dos conflitos.¹⁰⁷

A despeito de o legislador da reforma de 1994 ter admitido a possibilidade de antecipação do direito material alegado pelo autor, dispensou tratamento processual e procedimental próprio a essa medida, distinto daquele conferido às medidas cautelares. Algumas notas peculiares do regime jurídico próprio da tutela antecipatória seriam: a) a sua concessão na própria ação de conhecimento, enquanto as cautelares careceriam de ação própria, com disciplina específica no Código; b) a exigência de pressupostos e requisitos próprios, materialmente diferentes dos previstos no artigo 798 do Código para a concessão de medidas genuinamente cautelares.¹⁰⁸

¹⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 71.

¹⁰⁶ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 337-338.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 340. Confira-se, também, a opinião de Sergio Sahione Fadel, que participou da Reforma Processual, segundo a qual é direito subjetivo da parte obter o provimento antecipado quando presentes os requisitos. A *mens legislatoris* seria a de que o juiz não só pode como deve antecipar a tutela, sendo a sua discricionariedade limitada a um nível mínimo. (FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 27).

¹⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44-45. A título de ilustração, cabe aqui a transcrição do indigitado artigo do CPC:

Art. 798. 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.

Assim sendo, inadmissível e desnecessária seria a propositura de uma ação autônoma, ainda que antecedente e preparatória de uma principal, objetivando a obtenção da antecipação da tutela.¹⁰⁹

No tocante à natureza jurídica da decisão, é pacífico o entendimento da doutrina de que a tutela antecipatória é decisão interlocutória, justamente, por não encerrar a fase cognitiva do processo, sendo necessário o seu prosseguimento até o final, até a prolação da sentença definitiva e o esgotamento de todos os recursos cabíveis.

Além de ser uma decisão interlocutória que, nos termos do artigo 162, § 2º do Código de Processo Civil, significa aquele ato através do qual o juiz decide uma questão incidente, a tutela antecipatória tem natureza satisfativa e provisória.

O caráter satisfativo reside na sua aptidão de realizar, antecipadamente, “*a parcela de efeitos do ato jurisdicional final.*” Na visão de Ovídio Baptista da Silva, os provimentos antecipatórios em demandas satisfativas devem conter um “*juízo declaratório de verossimilhança*”, consistente na apreciação pelo magistrado do *fumus boni iuris*, indispensável ao deferimento da medida, e ordem para que medidas executivas ou mandamentais, em que consistirão os efeitos antecipados, sejam tomadas.¹¹⁰

A provisoriedade, por outro lado, materializa-se pela necessidade de superveniência de sentença definitiva de mérito a confirmar os termos da tutela anteriormente concedida ou, caso entenda pela inexistência do direito alegado, a determinar a cessação dos seus efeitos. A decisão antecipatória, por ter sido fruto de cognição sumária do magistrado, não adquire a imutabilidade da coisa julgada, podendo ser revogada e modificada a qualquer tempo (vide artigo 273, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil).

4.2 Requisitos genéricos da tutela antecipatória: positivos e negativo

Além dos requisitos que serão mais detalhadamente analisados, o *caput* do artigo 273 do CPC alude à necessidade de requerimento da parte para que seja possível o deferimento da tutela antecipatória. Há quem entenda que seria lícito ao juiz conceder a medida antecipatória

¹⁰⁹ Compartilham esse entendimento os Ministros do Superior Tribunal de Justiça Teori Zavascki (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45) e Luiz Fux (FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 342).

¹¹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 135-136.

de ofício, dado o seu poder geral de cautela.¹¹¹ No entanto, por se tratar de medida destinada à distribuição do ônus da demora do processo, sem embargo da sua utilidade no problema da morosidade, e em homenagem ao princípio da inércia da jurisdição, é que o legislador optou por prever expressamente a exigência de requerimento.¹¹²

4.2.1 Verossimilhança da alegação

O *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil exige, para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. O conceito e a extensão desse requisito imposto pela lei, entretanto, não é unânime entre os estudiosos do tema.

“*Verossímil*”, segundo Houaiss¹¹³, significa “*1 que parece verdadeiro 2 que é possível ou provável por não contrariar a verdade; plausível*”.

A doutrina processual civil, entretanto, controverte a respeito da definição de verossimilhança no sentido jurídico. Há quem entenda que verossimilhança é algo mais que a simples fumaça do bom direito necessária ao deferimento de medida cautelar. Seria um *fumus boni iuris* aperfeiçoado, mais robusto, ou seja, uma forte probabilidade da existência do direito alegado, sem alcançar, entretanto, a evidência, a certeza.¹¹⁴

Para José Roberto Bedaque, a questão diferenciadora entre o requisito da cautelar e do da tutela antecipatória estaria no fato de o juízo de verossimilhança ter parâmetro na prova inequívoca, que será analisada adiante. A necessidade de prova inequívoca seria capaz de conferir à verossimilhança exigida pela lei um grau mais intenso de probabilidade da existência do direito. Isso implicaria em juízo cognitivo mais profundo que o exercido na tutela cautelar, mas sem atingir ainda a cognição plena e exauriente da tutela definitiva.¹¹⁵

¹¹¹ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 352-353.

¹¹² LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67-68.

¹¹³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 756.

¹¹⁴ Entre outros, podemos citar WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 359 e NERY JR., Nelson. **Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e 1995**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 69.

¹¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 333-334.

O Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Athos Gusmão Carneiro, bem ressalta que a verossimilhança não se refere apenas à matéria fática deduzida em juízo, mas também à alegada adequação dos fatos à norma jurídica. De outro giro, reside o juízo de verossimilhança do magistrado não apenas na verificação da plausibilidade das afirmações sobre os fatos feitas pela parte postulante, mas, da mesma forma, na constatação de que questões de direito levam a crer que o autor sairá vitorioso na demanda.¹¹⁶

Araken de Assis é um dos poucos que, sem deixar de lado a problemática da verossimilhança, preocupa-se, também, com a interpretação dada pelo legislador ao vocábulo “alegação”. Segundo o autor, citando Nelson Nery Jr. e Calmon de Passos, o texto legal relacionaria “alegação” ao objeto da prova inequívoca, que seria da causa de pedir, ou seja, dos fatos e fundamentos jurídicos, expostos na peça inaugural.

Ainda consoante Araken, aproximando o conceito de verossimilhança ao de *fumus boni iuris*, a verossimilhança inserta no preceito legal restringe-se ao simples juízo de plausibilidade do direito alegado, razão pela qual o juiz adotará cognição sumária para decidir.¹¹⁷

Em conformidade com o que leciona Sergio Sahione Fadel, a verossimilhança da alegação do autor não se cinge à plausibilidade ou possibilidade da pretensão; é necessária a probabilidade, que se situa entre a verdade possível e a verdade real.¹¹⁸

Em sentido contrário, há vozes na doutrina que discordam do entendimento de que a verossimilhança refere-se a um grau maior de probabilidade que o do *fumus boni iuris*. Aceitar essa concepção de verossimilhança implica em adotar equivocadamente o pressuposto de que há apenas uma espécie de tutela antecipada. Os diversos fundamentos da antecipação guiam a percepção do intérprete para que constate que os interesses serão tutelados de maneiras distintas, às vezes como direitos certos, outras como direitos presumidos e outras ainda como simples fumaça de direito. “*O juízo de verossimilhança será tecnicamente diferente em cada uma das situações, devido à vinculação a diferentes pressupostos e à especialidade dos fins.*”¹¹⁹

Sob fundamento diverso, Marinoni também se manifesta contrariamente à gradação do *fumus boni iuris*. Para o citado processualista, é equívoco o pensamento de que a convicção

¹¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 26.

¹¹⁷ ASSIS, Araken. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 412-413.

¹¹⁸ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 29.

¹¹⁹ CUNHA, Alcides Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 234.

da verossimilhança varia de acordo com o tipo de tutela com que se depara, cautelar ou antecipatória. Bastante elucidativas são as suas lições sobre a extensão da referida determinação legal. Segundo o ilustre autor, “*decidir com base na verossimilhança preponderante, quando da tutela antecipatória, significa sacrificar o improvável em benefício do provável.*” Defende, ainda, que a possibilidade de o magistrado decidir fundado em uma cognição de verossimilhança lastreia-se na necessária avaliação das características do caso concreto.¹²⁰

4.2.2 Prova inequívoca

Muito se discute acerca da falta de acerto do legislador ao instituir o atributo de inequívoca à prova da verossimilhança da alegação. Não são poucos os que acreditam na impropriedade do termo, já que remeteria a uma idéia de certeza, incompatível com a cognição sumária adotada pelo julgador. A prova inequívoca, na sua literalidade, seria aquela incontestável, que não daria margem a erro, sendo, assim, entendida apenas por ocasião da prolação da sentença de mérito.

Entretanto, há de ser compatibilizada a noção de prova inequívoca com a essência e peculiaridades do instituto.

A prova, em regra, demonstra o provável, nunca a verdade plena acerca dos fatos. Estes não mudam, mas a prova pode indicar em sentido diverso da realidade. Desta feita, a prova inequívoca deve ser interpretada no contexto da flexibilização do sistema probatório. Em outras palavras, o que a lei exige, decerto, não é prova de verdade absoluta, inabalável, mesmo porque impossível atingi-la, ainda que finda a instrução. O que se pretende do julgador é que baseie seu convencimento em uma “*prova robusta que, embora no âmbito da cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.*”¹²¹

Segundo Fux, prova inequívoca é aquela prova isenta de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada. Dependendo do momento em que se pretende seja deferida a antecipação, a prova deverá ser

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 213-215.

¹²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 78.

pré-constituída, tal qual no mandado de segurança, ou seja, deve vir acostada desde logo aos autos; ou produzida no curso do processo através de justificação ou antecipação da fase probatória.¹²²

Athos Gusmão Carneiro ensina que a prova inequívoca tem plena aptidão para produzir o convencimento do magistrado acerca da existência de verossimilhança do direito alegado.¹²³

Complementando as opiniões acima esposadas, Cassio Scarpinella Bueno define prova inequívoca como sendo a prova contundente, capaz de *per si* conferir segurança ao magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato. Não está adstrita exclusivamente à prova documental, podendo o julgador valer-se de todos os meios lícitos e legítimos de prova para conceder a tutela antecipatória.¹²⁴

Importante mencionar a ressalva feita por José Roberto dos Santos Bedaque, no sentido de que prova inequívoca não é aquela suficiente para o acolhimento do pedido; pois, caso assim o fosse, estar-se-ia diante de hipótese de julgamento antecipado. Além disso, reitera o autor que a prova inequívoca é aquela consistente, apta a convencer o julgador da verossimilhança, e não da existência do direito, quando, então, seria hipótese de tutela satisfativa final.¹²⁵

Manifestando-se contrariamente à tese de Barbosa Moreira de que a prova inequívoca seria aquela que aponta apenas em uma direção, Marinoni assevera que a prova que aponta em mais de um sentido também merece valoração, também está apta a ser utilizada pelo julgador na formação de seu convencimento. Para ele, a prova que aponta em dois sentidos forma, também, convicção de verossimilhança, bastando, para tanto, que penda para o direito do autor de forma mais convincente.¹²⁶

Vale ressaltar, ainda, que, obedecendo às normas que regem o direito probatório no âmbito do processo civil, estariam incluídos no espectro da prova inequívoca os fatos notórios e os fatos a favor dos quais milita a presunção legal absoluta de veracidade, dado que independem de prova, na forma do artigo 334, I e IV, CPC.

¹²² FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 348.

¹²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22-23.

¹²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 37.

¹²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 335-337.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 216.

4.2.3 Ausência de irreversibilidade do provimento

A irreversibilidade do provimento antecipado é um requisito negativo da tutela antecipatória. Isso quer dizer que o provimento antecipado não pode ser irreversível, sob pena de indeferimento da medida, por expressa disposição do artigo 273, § 2º, CPC.¹²⁷

Ao empregar a expressão “irreversibilidade do provimento”, o legislador acabou por embaralhar as diferentes interpretações possíveis à vedação legal.

Alguns doutrinadores, reconhecendo a inexorável reversibilidade do provimento – ou seja, do ato judicial em si, da decisão que concede a antecipação de tutela – através dos meios de impugnação das decisões judiciais, trataram de desagregar as interpretações do aludido comando legal. Fez-se, então, a distinção entre irreversibilidade do provimento e irreversibilidade dos efeitos práticos decorrentes da antecipação da tutela. Assim, a melhor inteligência do artigo da lei no que se refere à impossibilidade de concessão da tutela antecipatória é aquela que aponta no sentido de que deve ser indeferida a medida quando irreversíveis os efeitos no mundo dos fatos da fruição antecipada da pretensão deduzida em juízo.¹²⁸

No sentir de Teori Zavascki, perfilhando o entendimento supra delineado, a irreversibilidade mencionada pela lei diz respeito à impossibilidade de recomposição integral da situação fática anterior ao seu deferimento, relaciona-se aos fatos conseqüentes da efetivação da decisão, e não à decisão interlocutória que é sempre reversível, ainda que seus efeitos não o sejam. Alerta o referido jurista que não se pode confundir irreversibilidade e satisfatividade, pois, enquanto a primeira está ligada à possibilidade ou não de retorno ao *status quo ante*, a segunda é característica essencial das tutelas antecipatórias, que permitem o gozo do bem da vida reivindicado, ainda que parcial.¹²⁹

¹²⁷ “Art. 273, §2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”

¹²⁸ Conforme ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno, a irreversibilidade que obsta a concessão da medida antecipatória “é, propriamente, irreversibilidade daquilo que a ‘tutela jurisdicional’ tem de mais sensível e importante: seus efeitos práticos e concretos.” (In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63-65). No sentido de que o provimento, ou seja, a decisão interlocutória é sempre reversível, temos, entre outras, a posição de João Batista Lopes (In: LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82-83).

¹²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 100. Sobre a ligação da reversibilidade da medida com o restabelecimento do *status quo ante*, confira-se FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 351.

Nesse mesmo sentido, Bedaque, citando Barbosa Moreira, afirma que a *“irreversibilidade, como óbice à concessão da medida antecipatória, refere-se, portanto, aos efeitos, não ao próprio provimento, que sequer é objeto de antecipação. E, mesmo que fosse, jamais haveria irreversibilidade do ato judicial, sempre revogável, ou seja, reversível.”*¹³⁰

Em via oposta, posiciona-se Luiz Guilherme Marinoni no sentido de que a lei claramente dispõe acerca da irreversibilidade do provimento e não da irreversibilidade de seus efeitos práticos. Sob outro enfoque, o autor relaciona a irreversibilidade do provimento à declarações e (des)constituições provisórias de direitos.¹³¹

Embora enveredando por caminhos diversos, ambas as correntes doutrinárias defendem a legalidade da antecipação da tutela, mesmo quando irreversíveis os efeitos práticos que dela resultam.

A vedação do § 2º do artigo 273, apesar de justificável do ponto de vista garantístico – por representar a preocupação com o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal do réu¹³² –, deve ser relativizada quando diante de situações urgentes, sob o risco de esvaziamento da essência do instituto. Não raramente, ocorrem situações práticas em que a irreversibilidade pode advir tanto da concessão da medida, quanto de seu indeferimento, dado o perigo de dano que ronda o direito a ser tutelado. Nesses casos, seguindo as lições de Ovídio Batista da Silva, o juiz está autorizado a sacrificar o direito improvável, em favor do mais verossímil ou, quando a verossimilhança de ambos os direitos for equivalente e ambas as partes estiverem sujeitas ao dano, a sacrificar o interesse menos relevante.¹³³

Há casos, por exemplo, de colidência de direitos fundamentais, em que indispensável a tutela antecipatória, com o inevitável sacrifício de um direito em detrimento do outro. Em casos tais, o juiz deverá, apoiando-se no princípio da proporcionalidade, ponderar os interesses em jogo a fim de tentar fundamentar a prevalência de um direito sobre o outro para, deixando de lado a irreversibilidade dos efeitos, conceder a tutela antecipatória, evitando a instalação de um mal maior.

¹³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 338.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 242.

¹³² BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64.

¹³³ SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 144.

Cogita-se, ainda, algumas medidas para evitar a total irreversibilidade da situação, como a exigência de caução. Se não restabelece o estado anterior das coisas, a referida garantia, ao menos, assegura eventual reparação de danos através de indenizações.¹³⁴

4.3 Classificação da tutela antecipatória e requisitos específicos

A tutela antecipatória, cumpridas as exigências do *caput* do art. 273 do CPC, pode ser concedida, basicamente, em três situações diversas, desde que presentes os requisitos próprios de cada uma que estão descritos no corpo do artigo. Com base nas peculiaridades das situações e considerando o desiderato da medida pretendida, portanto, pode-se classificar a tutela antecipatória em três espécies.

Adotaremos aqui, pois, a nomenclatura de Teoria Zavascki¹³⁵ quanto às espécies de tutela antecipatória/hipóteses de antecipação por ser objetiva e didática, o que permite uma melhor compreensão das características próprias de cada uma delas.

4.3.1 Assecuratória: perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I)

A tutela antecipada assecuratória está prevista no inciso I do artigo 273 e tem como requisito específico o *perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*. Trata-se da típica tutela de cognição sumária de urgência, destinada a evitar um dano ao direito material pela demora na prestação jurisdicional final estatal.

Para Ovídio Batista da Silva, embora muito semelhante ao *periculum in mora* exigido para que a tutela cautelar tenha lugar, o “perigo de dano irreparável” citado pelo excerto legal não é suficiente para confundir ambos os institutos. Mantém-se a distinção entre as tutelas com respaldo no caráter satisfativo do provimento, presente na tutela antecipatória e ausente na tutela cautelar, sendo esta última dirigida apenas à proteção do direito, a garantir sua futura satisfação. Leciona o referido autor que a utilização dos dois conceitos – *periculum in mora* (fundado receio de dano irreparável) e o perigo de dano irreparável – deveria ser invertida: o

¹³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 100.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 75.

primeiro, deveria estar ligado à execução urgente, típica da tutela antecipatória, enquanto o segundo, estaria associado à tutela cautelar.¹³⁶ Não se pode deixar de mencionar, por outro lado, aquele viés doutrinário de não distinguir *periculum in mora* do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, concebendo-se ambos como sinônimos.¹³⁷

Dúvidas não restam de que, novamente, as expressões “dano irreparável” e “difícil reparação” manejadas pelo legislador na redação do inciso configuram-se conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, ou seja, sujeitam-se ao prudente arbítrio, à interpretação do juiz, de acordo com as nuances do caso concreto.

Diferentes são os conceitos encontrados pelos processualistas à irreparabilidade a que alude o artigo 273, I, CPC.

João Lopes Batista entendeu por bem dividir a irreparabilidade em dois aspectos: irreparabilidade absoluta e irreparabilidade relativa. No primeiro caso, qualquer indenização será incapaz de satisfazer a vítima em sua plenitude; no segundo, por outro lado, embora não torne possível o retorno ao estado anterior das coisas, uma indenização mostra-se apta a recompor o patrimônio da vítima. Quanto à noção do que seja de difícil reparação, o autor, reconhecendo a vagueza e a indeterminação do conceito, estabeleceu apenas aspectos em que o juiz deve basear-se para sua aferição no caso concreto, quais sejam, a sua experiência forense, o bom senso e a equidade.¹³⁸

Já consoante Marinoni, o juiz depara-se com a irreparabilidade do dano quando seus efeitos são irreversíveis (mais comum nas hipóteses de direito não patrimonial, direito patrimonial com função não patrimonial e direito patrimonial, que não pode ser efetivamente tutelado através de indenização pecuniária). A constatação do dano de difícil reparação deve considerar as condições financeiras do réu e a possibilidade de quantificação, o que equivale a dizer que o dano será de difícil reparação, quando “*as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado*” e quando “*difícilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão.*”¹³⁹

Por fim, consoante Sahione Fadel,

¹³⁶ SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed. rev. e atual. 2. tir.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 140.

¹³⁷ Athos Gusmão Carneiro e Sergio Sahione Fadel são partidários dessa corrente. Confira-se em: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 30 e FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 31.

¹³⁸ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 72.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 194-195.

Quando se diz dano irreparável, deve-se excluir a possibilidade de se poder compensar a falta do bem perseguido, *in natura*, com o sucedâneo das perdas e danos.

Irreparável o dano quando o autor, privado da possibilidade de exercer, em si mesmo, o direito ou manifestar sua capacidade jurídica, será inevitavelmente lesado, provocando que, mais tarde, não possa o juiz prover em seu favor, porque o direito se extinguiu pelo decurso do tempo ou pela perda da oportunidade de fazê-lo valer.

Em outras palavras, o dano será irreparável para os efeitos do item I do art. 273, CPC, mesmo quando, privado o autor do bem da vida objetivado no pedido inicial, puder o juiz, em substituição, conceder-lhe recomposição patrimonial equivalente.¹⁴⁰

Importante sublinhar, ainda, a observação de que o dano a que se refere o inciso I do artigo 273 não corresponde apenas ao perecimento do direito, mas também pode ser um dano externo, concernente às relações conexas ou dependentes do objeto litigioso.¹⁴¹

4.3.2 Punitiva: abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II)

A espécie de tutela antecipatória disciplinada no inciso II do artigo 273, CPC é a punitiva. Em outros termos, baseia-se no comportamento indevido do réu dentro e fora do processo, constituindo verdadeira sanção.

Será deferida a tutela antecipatória com lastro no inciso II quando o magistrado convencer-se do abuso do direito de defesa do réu ou quando for evidente intenção deste em procrastinar o feito.

Pode-se dizer que esta espécie desvela a antecipação de tutela pura, sem qualquer vinculação aos pressupostos “urgência” e “dano”. Basta a verossimilhança da alegação do autor aliada à inconsistência da defesa do réu para que o juiz autorize a incorporação provisória do bem ao patrimônio do seu aparente titular.¹⁴²

Acrescente-se, ainda, que, de acordo com Marinoni, o abuso do direito de defesa do réu não pode ser confundido com litigância de má-fé. Alguns incisos do art. 17, destinado a

¹⁴⁰ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 31.

¹⁴¹ ALVIM, José Manoel Arruda. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2. p. 394 e ASSIS, Araken. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 414.

¹⁴² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 34.

regulação específica da má-fé da parte no processo, inserem-se na noção de abuso do direito de defesa, mas não a esgotam.¹⁴³

Em conformidade com o que leciona o citado autor, a perspectiva de que o ônus do processo deve ser igualmente repartido é o que ilumina a compreensão da tutela antecipatória fundada no abuso do direito de defesa, já que este normalmente é suportado pela parte autora. Esclarece o autor que a tutela antecipatória abre oportunidade para distribuição do tempo entre as partes, na medida em que a defesa indireta infundada não pode adiar a realização do direito material e, uma defesa nesse sentido, relacionada, por exemplo, a fatos provados ou evidenciados, seria abusiva, autorizando a antecipação com fundamento no inciso II.¹⁴⁴

Do mesmo modo que na hipótese anterior, valeu-se o legislador de conceitos jurídicos indeterminados para fixação dos requisitos da tutela antecipatória, sendo relegados ao bom alvitre do juízo, mediante análise casuística. Nada obstante, a doutrina encarregou-se de obter um conceito prático para ambas as expressões ou, no mínimo, uma interpretação adequada.

Sergio Sahione acredita no equívoco do legislador ao prever ambas as situações no texto legal. Segundo ele, intuito protelatório seria espécie do gênero abuso do direito de defesa.¹⁴⁵

Considerações classificatórias à parte, “abuso do direito de defesa” e “intuito protelatório” podem ser conceituados separadamente. O abuso do direito de defesa do réu alude à utilização pela parte adversa da relação processual de meios escusos para prolongar o desfecho da demanda, com a intenção de continuar a obter benefícios oriundos da manutenção da situação fática (por exemplo, uso protelatório de recursos). O manifesto propósito protelatório, por outro lado, pode ser caracterizado pela prática de condutas temerárias pela parte ou por seu advogado, ainda que extra-autos.¹⁴⁶

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 347. Importante aqui destacar a opinião de Athos Gusmão Carneiro sobre o caráter mais ético e eficiente da tutela antecipatória punitiva em relação às sanções dos artigos 16 e 18 do Código (In: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 35) e a visão de João Batista Lopes de que a antecipação do art. 273, II, CPC não visa a punir por litigância de má-fé (In: LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 76).

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

¹⁴⁵ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 32.

¹⁴⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 33-35. De igual modo, Teori Zavascki relaciona abuso do direito de defesa à prática efetiva de atos processuais e intuito protelatório à conduta do réu fora do processo, mas com ele relacionada (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79).

Teori Zavascki bem pondera que, sempre tendo em mente a finalidade da norma, qual seja, a de privilegiar a celeridade da prestação, os atos ou fatos praticados pelo réu, para se enquadrarem à hipótese da tutela antecipatória punitiva, devem efetivamente constituir entrave ao andamento do feito. *“O que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo.”*¹⁴⁷

Não é demasiado reiterar que a tutela antecipatória está voltada à efetividade do processo, com o escopo de distribuir o ônus da demora processual entre o demandante e demandado. *Ipsa facto*, importantes são as ressalvas de João Batista Lopes no sentido de que o abuso do direito de defesa prescinde da intenção do réu de prejudicar, de prolongar o processo, para sua configuração e de que deve o manifesto propósito protelatório do réu deve ser avaliado com cautela, particularmente, no tocante à interposição de recursos, dado que nem sempre o exercício da faculdade de recorrer implica em propósito protelatório.¹⁴⁸

4.3.3 Do pedido incontroverso: incontrovérsia das partes sobre parte do pedido ou sobre um dos pedidos cumulados (art. 273, § 6º)

Esta espécie de tutela antecipatória foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei n. 10.444/2002, que acrescentou o parágrafo 6º ao artigo 273, CPC, cuja transcrição se segue: *“§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”*

Trata-se, pois, da antecipação da parte incontroversa do pedido ou de um dos pedidos cumulados. Para o entendimento desta inovação trazida pelo supramencionado dispositivo legal, é necessária a exata compreensão do que seja “incontrovérsia”.

A incontrovérsia a que alude o indigitado dispositivo da lei diz respeito àquele direito que se torna evidente no curso do processo e, por isso, precisa de imediata proteção.¹⁴⁹ A antecipação da tutela, nesse caso, resultaria do descumprimento da impugnação especificada

¹⁴⁷ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 78-79.

¹⁴⁸ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl..São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 76.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 360. Consoante o autor, *“para que seja possível a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de um ou mais pedidos cumulados, é necessário que um ou mais pedidos esteja em condições de ser imediatamente julgado e um outro exija instrução dilatária.”*

dos fatos, cujo ônus é do réu. A ausência de impugnação, entretanto, deve ser suficientemente importante para gerar no convencimento do julgador um elevado grau de probabilidade da existência do direito alegado. Ademais, não se pode perder de vista as exceções do artigo 302, CPC, em que a não-impugnação não provoca a presunção de veracidade dos fatos, e do artigo 320, CPC, donde se extrai que, do mesmo modo, não há presunção de veracidade dos fatos decorrente da revelia, quando, em litisconsórcio, um dos réus contestar a ação.¹⁵⁰

De acordo com Arruda Alvim, os fatos poderão ser incontroversos, dando azo à possível antecipação da tutela, por exemplo, nas hipóteses de revelia (art. 319, CPC), quando impossível seu afastamento; de confissão do réu acerca dos fatos (mas desde que passíveis de antecipação); quando os fatos que sirvam de base ao pedido podem ser presumidos verdadeiros. Atenta, também, para a hipótese de reconhecimento do pedido ou de parte dele pelo réu, o que não seria mera ausência de controvérsia, e cuja consequência seria a extinção do processo com resolução de mérito nesse particular.¹⁵¹

Aliada à ausência de oposição do réu ao pedido, deve estar a sua verossimilhança. Isto quer dizer que o convencimento do juiz acerca dos fatos não impugnados deve ser levado em conta. Desse modo, um pedido somente seria incontroverso se fosse também verossímil para o juiz. Em resumo, além de não ter sido objeto de controvérsia, o pedido deve isentar o juiz de quaisquer dúvidas – caso contrário, não deve ser concedida a antecipação.¹⁵²

Merecem destaque, afinal, algumas considerações acerca da importância dessa previsão do § 6º do artigo 273, CPC, bem como de sua natureza jurídica e características principais.

A novidade inserta na legislação processual nada mais foi do que uma resposta do legislador aos anseios de efetividade do processo, cumprindo seu papel de desenvolver técnicas capazes de conferir ao processo uma razoável duração. Uma vez que o réu não contesta um dos pedidos ou parte do pedido autoral, não há razão para exigir-se do demandante que aguarde até o desfecho do processo para que desfrute do bem da vida.¹⁵³

¹⁵⁰ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808, fevereiro 2003, p. 73-76.

¹⁵¹ ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 111, out.-dez. de 2002.

¹⁵² Este é o posicionamento sufragado por ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 108-109 e ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 111-112, out.-dez. de 2002. De outro lado, tem-se a lição de Dinamarco, para quem a incontrovérsia do § 6º do art. 273 é a ausência de questionamento de algum dos pontos de ato contidos na inicial. (DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 95)

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 357-359.

Para Marinoni, esta técnica de antecipação dos efeitos da tutela também contribui para a repartição isonômica do tempo do processo entre as partes litigantes. Segundo o autor, a tutela antecipatória, através das técnicas da não-contestação é instituto fundamental para a racionalização do processo de conhecimento e para a efetiva realização do princípio de que o processo não pode prejudicar a parte que tem razão.¹⁵⁴

Grandes processualistas defendem que o § 6º do artigo 273 não representa verdadeiramente uma modalidade de tutela antecipada, já que não se sujeita aos requisitos genéricos para o deferimento da medida, especialmente, ao da reversibilidade; basta o preenchimento de um requisito: a ausência de controvérsia das partes acerca de um pedido ou de parte dele.¹⁵⁵ Vai-se além ao afirmar que não se trata de uma satisfação provisória, mas sim em uma decisão final, de cognição exauriente e conteúdo idêntico ao de sentença. Nessa hipótese, a decisão de antecipação seria a decisão final adotada pelo magistrado caso o objeto da demanda estivesse limitado ao aspecto incontroverso. Há, porém, opiniões em contrário, as quais assinalam que não é suficiente a incontrovérsia do pedido; o pedido (ou parte dele) deve ser, também, verossímil e independente da análise de qualquer questão prejudicial, conforme anteriormente descrito.¹⁵⁶

Cogita-se que a nova redação conferida ao § 6º do art. 273, CPC, é um passo em direção à regulamentação da cindibilidade ou fragmentação da sentença, isto é, da sentença parcial, ainda não autorizada na legislação processual. A regra da incidibilidade foi flexibilizada para permitir que o juiz, se não pode julgar antecipada e parcialmente, ao menos, profira uma decisão interlocutória nesse sentido, antecipando parcialmente a pretensão autoral. Há quem sustente, porém, como Arruda Alvim, que esse foi o reconhecimento do legislador da possibilidade de cisão do ato decisório.¹⁵⁷

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso do defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40 e 146.

¹⁵⁵ Quanto ao aspecto da insubmissão aos requisitos da antecipação de tutela, confira-se ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 283.

¹⁵⁶ A favor da verossimilhança do pedido incontroverso, veja-se ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 110.

¹⁵⁷ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808, p. 73 e 79, fevereiro 2003 e ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 283. Defendendo a cisão do ato decisório, confira-se ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 112, out.-dez. de 2002.

4.4 Outras características: possibilidade de revogação e modificação da tutela antecipatória e fungibilidade entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar

O artigo 273 do CPC ainda traz, em seu bojo, outras duas características importantes da tutela antecipatória: a possibilidade de modificação ou revogação da medida e a fungibilidade entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar.

A modificação da tutela antecipada encontra amparo na alteração ou inovação da situação fática que motivou o deferimento da medida. Modificar a tutela antecipada significa nada mais que alterar, substituir, a medida anteriormente deferida por outra capaz de melhor satisfazer o interesse do demandante, sem causar prejuízo excessivo ao demandado. A modificação da tutela antecipatória deve estar circunscrita, entretanto, aos limites do pedido delineado na inicial, sob pena de incorre-se em julgamento *ultra* ou *extra petita*. É a manifestação do princípio da congruência, *in casu*, entre o pedido e a antecipação. Há que defender, por outro lado, a possibilidade de o juiz modificar a medida antecipatória de ofício, sem o necessário requerimento da parte, até mesmo para restabelecer a paridade de armas, já que não poderia quedar-se inerte ante a periclitacão de um direito. Luiz Fux, partidário dessa doutrina, entende que a tutela deve ser guiada pelas necessidades do caso concreto, podendo demandar providência não incluída no pedido.¹⁵⁸

De outra face, Cassio Scarpinella Bueno imprime outro significado à modificação permitida pela lei. Segundo o autor, “O ‘modificar’ deve ser entendido como modificação é alteração parcial. O pedido do autor que antes tinha sido atendido integralmente, agora, [...], a tutela antecipada deve limitar-se a determinada parte do pedido.”¹⁵⁹

A revogação, por sua vez, significa o retorno à situação anterior ao deferimento da medida, com a sustação de seus efeitos. Pode ocorrer sob dois diferentes aspectos: o primeiro está relacionado não à alteração da situação de fato, mas sim ao inconformismo da parte adversa, consubstanciado na interposição de recurso, que pode determinar a revogação da medida; o segundo, ligado à insubsistência superveniente dos requisitos que autorizaram a medida.

¹⁵⁸ Sustentando a possibilidade de modificação da decisão, adstrita aos limites do pedido, tem-se FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 60. Confronte-se, pois, com a posição oposta de Luiz Fux que, além favorável à tese de atuação *ex officio* nesse caso, critica essa restrição à criatividade do juiz, limitando-o a agir mais ou menos, sempre no âmbito do pedido deduzido na inicial (FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 352-353 e 340-341).

¹⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73.

Vale lembrar que não se trata de “re-decisão” por parte do magistrado, que somente pode voltar atrás e decidir novamente nas hipóteses permitidas por lei.¹⁶⁰

Como já dito, deixando de lado a interposição de recurso contra a decisão, ou seja, havendo a preclusão da matéria, ainda é possível a modificação ou revogação da medida, alicerçada no surgimento de novos fatos. Consoante Sergio Sahione Fadel, a decisão revogadora deverá ser consequência do desaparecimento da verossimilhança da alegação ou da superveniente claudicância da prova, seja pelo não esclarecimento de certos fatos nos autos antes da resposta do réu (no caso de liminar), seja pelo surgimento de fatos novos, mesmo em fase ulterior do processo, ocorridos durante seu curso. Encampando essa idéia, Luiz Guilherme Marinoni esclarece que tanto a alteração da situação de fato objeto da lide quando o surgimento de outras evidências fáticas, derivado do exercício do contraditório. Assevera, porém, que a revogação não pode ocorrer de ofício pelo juiz, somente quando houver requerimento da parte, ponto no qual discorda Eduardo Arruda Alvim, favorável à revogação de ofício.¹⁶¹

Acrescente-se, ainda, que a eficácia da decisão revogadora da antecipação tem eficácia imediata e *ex tunc*, ou seja, prospectiva, apenas para o futuro.¹⁶²

Por fim, o § 7º do artigo 273, CPC, também acrescentado pela Lei 10.444/2002, prevê a fungibilidade entre a tutela antecipatória (erroneamente requerida) e a tutela cautelar. Veja-se o teor do referido parágrafo: “§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Para Sérgio Arenhart, a fungibilidade de que trata o dispositivo em comento encontra amparo no princípio da economia processual, por evitar que a parte requerente de providência cautelar sob a forma de antecipação tenha que ajuizar uma ação cautelar autônoma para receber a proteção pretendida. Registra que a reforma processual caminhou no sentido da instrumentalidade do processo, salientando, entretanto, que se deve ter cuidado para que a fungibilidade não se torne uma burla às regras processuais de propositura de processo cautelar. Nesse particular, defende que, para que seja possível a fungibilidade, devem estar

¹⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 76.

¹⁶¹ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 59-60; MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 203; e ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da tutela**. 1. ed. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2008. p. 156.

¹⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 102.

presentes os requisitos próprios desse princípio: a ausência de erro grosseiro no pedido e presença de dúvida a respeito da natureza da medida.¹⁶³

O exame da possibilidade de conversão não demanda a iniciativa da parte, devendo ser feito de ofício pelo juiz. Trata-se hipótese de preenchimento paralelo dos pressupostos da medida cautelar, ainda que ausentes os requisitos da antecipação – registre-se, mais exigentes que o da tutela cautelar –, hipótese pretendida. A fungibilidade é, então, fundamentada na máxima de “quem pode o mais, pode o menos”. Em outras palavras, se o juiz poderia conceder a tutela antecipatória ante a presença dos requisitos, poderá conceder a cautelar, cujos pressupostos são mais facilmente satisfeitos.

As situações que permitem a aludida fungibilidade são aquelas de erro de nomenclatura e solicitação de tutela antecipada, quando a mais apropriada e cabível é a medida cautelar. Nesse particular, surge a questão: apenas a substituição da tutela antecipatória pela tutela cautelar é possível, ou também é permitida a concessão de tutela antecipatória no lugar de cautelar? Arruda Alvim, respondendo ao questionamento, entende que o juiz poderá conceder a tutela antecipatória quando requerida a tutela cautelar, apenas quando o erro foi somente na nomenclatura; por outro lado, se realmente a parte requereu aquilo que poderia ser objeto de antecipação como tutela cautelar, o juiz não pode acentuar os pressupostos do pedido, concedendo o que não foi objeto de solicitação, sob pena de ser uma concessão além do pedido. A fungibilidade do § 7º do art. 273, CPC, portanto, opera-se em uma direção apenas (fungibilidade de mão única).¹⁶⁴

¹⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 286-287

¹⁶⁴ ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 107-108, out.-dez. de 2002.

5 MOMENTOS DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

A lei processual, ao tratar da tutela antecipatória, não prevê um momento específico para seu requerimento ou para sua concessão. Há somente a previsão de que, uma vez deferida tal medida, após pedido da parte, prosseguirá o processo até o julgamento final (v. art. 273, §5º). Depreende-se, portanto, que o autor pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela a qualquer momento, seja em primeira ou segunda instância, e até em ação rescisória.

O autor João Batista Lopes, inclusive, ressalta que a limitação temporal para o requerimento da tutela antecipatória não se coaduna com o desiderato do instituto. Segundo ele, “antecipar os efeitos da tutela” não significa que seja a medida concedida sempre liminarmente, mas sim indica que a providência está sendo concedida antes do momento normal, em razão da urgência ou abuso no direito no direito de defesa.¹⁶⁵

Com efeito, normalmente, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela é feito pelo autor já no início do processo, na petição inicial, quando, desde logo, está presente o dano irreparável ou de difícil reparação. É possível, ainda, que, já na inicial, o autor fundamente seu pedido na hipótese do inciso II do artigo 273, CPC. Nesse caso, mesmo na peça inaugural, é passível de demonstração o propósito protelatório do réu, por seu comportamento pretérito.¹⁶⁶

Caso os requisitos da tutela antecipatória não estejam presentes no início do processo, é facultado ao autor requerê-la incidentalmente, no curso do processo, tão logo fique demonstrada a necessidade da medida. Pode ocorrer também que a parte requeira a antecipação dos efeitos da tutela em fase de cumprimento de sentença ou mesmo quando instaurada execução fundada em título executivo extrajudicial, hipóteses em que, preenchidos os requisitos, será legítimo o seu deferimento.

Humberto Theodoro Jr. remarca a flexibilidade do artigo 273, CPC, assinalando que “*O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental*

¹⁶⁵ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 88-89.

¹⁶⁶ Defendendo a possibilidade de requerimento da tutela antecipatória com fundamento na conduta indevida do réu já na petição inicial, temos Athos Gusmão Carneiro, quem assevera que o comportamento pretérito do réu em outros processos pode dar azo ao deferimento da medida antes mesmo da contestação (In: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 35 e 79).

mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação da tutela.”¹⁶⁷

Diante do exposto, dado que diferentes são os momentos para o requerimento da medida, da mesma forma, diferentes são os momentos de concessão da tutela antecipatória, sendo os principais: a) liminarmente; b) após a contestação do réu ou no curso da instrução probatória; c) por ocasião da sentença de mérito e d) em grau de recurso. Tais momentos serão mais detalhadamente estudados, sendo que a concessão por ocasião da sentença, embora topograficamente anterior ao segundo grau de jurisdição, será tratada ao final, em razão da polêmica que gira em torno do tema.

5.1 Concessão liminar *inaudita altera parte*

Quando houver urgência no deferimento da tutela antecipatória, ante a existência de perigo iminente de dano irreparável ou de difícil reparação, está o juiz autorizado a deferir a tutela antecipatória liminarmente, ou seja, no início do processo, e *inaudita altera parte*, sem a oitiva da parte contrária, desde que, por óbvio, preenchidos os demais requisitos legais.

Liminar é o momento de concessão da tutela antecipatória, não podendo ser confundida com o conteúdo do provimento.¹⁶⁸ Ocorre a concessão liminar da medida, quando o juiz defere o pedido do autor no despacho de recebimento da inicial, antes mesmo da citação do réu.

Segundo Teori Zavascki, o perigo de dano pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da demanda, motivo pelo qual faz-se necessário o deferimento liminar da medida antecipatória assecuratória, ou seja, com espeque no inciso I do art. 273, CPC. Ressalta, entretanto, que o momento não pode ser antecipado mais que o necessário.¹⁶⁹

Há quem tenha sustentado que o juiz não estaria autorizado a deferir a antecipação sem a audiência do demandado, pelo que seria indispensável a contestação, se o pedido tivesse sido feito na inicial, ou a manifestação em petição avulsa, no prazo de cinco dias, se

¹⁶⁷ THEODORO JR., Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 116, abr.-jun. 1998.

¹⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 293.

¹⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82.

requerida posteriormente.¹⁷⁰ Tal entendimento, entretanto, já foi superado pela jurisprudência pátria que, respaldando-se na lei, autoriza a concessão de liminares.

Surge, no caso da concessão liminar, o questionamento acerca de eventual ofensa ao princípio do contraditório, quando o juiz defere a antecipação antes da citação do réu, impossibilitando que ele se oponha, de imediato, ao pedido do autor.

A controvérsia já foi objeto de pacificação pela doutrina que afirma, praticamente em uníssono, não se tratar de supressão do contraditório, e sim de postergação do seu exercício para momento posterior. Nelson Nery Jr. anota com propriedade que

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* do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.¹⁷¹ (grifo do autor)

É bem de se ver que o deferimento liminar da antecipação dos efeitos da tutela, com adiamento do contraditório, tem cunho excepcional, já que a regra é que seja ouvida, em primeiro lugar, a parte adversa.

A decisão antecipatória sem a audiência da parte contrária somente se justifica quando fique demonstrada a necessidade da tutela para evitar a periclitacão total ou parcial de um direito. Nesse último caso, sendo o risco parcial, a antecipação deve se restringir à parte ameaçada correspondente. A audiência do réu somente é dispensável “*diante da probabilidade efetiva da perda ou frustração do direito postulado, se o provimento não for desde logo expedido*”. Por essa razão, a tutela antecipatória sem a oitiva da parte contrária somente é autorizada se implicar na ocorrência de lesão, ou se a própria demora na efetivação da citação do réu e o decurso do prazo para a apresentação de sua defesa forem capazes de frustrar o direito pretendido pelo autor.¹⁷²

À vista da sempre rondante ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação, a doutrina processual admite a concessão liminar da tutela antecipatória apenas com fundamento no inciso I do art. 273, CPC. Respaldando-se, para tanto, na aplicação analógica do

¹⁷⁰ BERMUDES, Sergio. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29.

¹⁷¹ NERY JR., Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 75-76. O autor é acompanhado por grande parte da doutrina, como, por exemplo, por MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 198.

¹⁷² FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 53-54.

art. 804, CPC¹⁷³, que trata da concessão de medida cautelar sem a audiência da parte contrária. Desse modo, ausente o perigo na demora do provimento, torna-se ilegítima a concessão liminar da antecipação, devendo-se privilegiar o exercício do contraditório, já que o direito do autor não se encontra imediatamente ameaçado.¹⁷⁴

Não se nega que é possível a concessão liminar da tutela antecipatória para evitar lesão ao direito da parte autora. Com relação à hipótese de antecipação com o fito de punição ao réu pelo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, contudo, não há unanimidade nas opiniões dos processualistas.

Com efeito, compreende-se que o abuso do direito de defesa somente pode ser verificado após, no mínimo, a apresentação da contestação pelo réu. A controvérsia cinge-se, pois, ao manifesto propósito protelatório do demandante.

Alguns autores posicionam-se no sentido da impossibilidade de concessão da tutela antecipatória com fundamento no inciso II do art. 273, CPC, dado que não seria lícito ao juiz supor ou presumir o manifesto propósito protelatório do réu ou imaginar o abuso do direito de defesa. Referido comportamento indevido do réu somente pode e deve ser aferido no caso concreto e tendo por base a defesa apresentada e sua conduta no decorrer do processo.¹⁷⁵

De outro lado, há quem sustente a possibilidade de concessão liminar da antecipação dos efeitos da tutela com lastro no inciso II do art. 273, CPC. Conforme mencionado acima, Athos Gusmão Carneiro, por exemplo, reconhece que o abuso do direito de defesa só vem à tona após a apresentação da contestação, mas defende que o manifesto propósito protelatório do réu pode, excepcionalmente, restar configurado antes mesmo da propositura da ação, pelo seu comportamento extraprocessual inadequado ou por sua conduta pretérita, o que, em tese, autoriza a concessão liminar do provimento. João Batista Lopes, seguindo a mesma linha, entende que a hipótese do inciso II não tem momento único para restar caracterizada, podendo

¹⁷³ “Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torna-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”

¹⁷⁴ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 54. A seu lado, encontramos ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82 e DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela de urgência. **Revista de Jurídica**, Porto Alegre, n. 286, p. 17, ago 2001.

¹⁷⁵ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 54. Compartilhando o mesmo entendimento, temos o Ministro Teori Zavascki que entende demandar a tutela antecipatória punitiva a ocorrência de fatos que emperrem o curso processual, não sendo imaginável a sua prática antes da citação ou da resposta do réu (In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82) e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 366.

inclusive, ser antes da citação, se o réu demonstrar que pretende se esquivar do processo e agir no sentido de frustrá-la.¹⁷⁶

Destarte, apesar da divergência exposta, tem-se a possibilidade de concessão liminar, *inaudita altera parte*, da decisão antecipatória, antes da citação do réu, quando, desde logo, na inicial, fique demonstrado o preenchimento dos requisitos, sobretudo, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. A fim de se evitar o perecimento do direito, permite-se que o juiz, realizando a ponderação dos interesses das partes e tendo como foco o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva¹⁷⁷, adie para momento posterior o exercício do contraditório.

5.2 Concessão após a resposta do réu ou incidentalmente no curso do processo

Não são raras as vezes em que, embora a antecipação da tutela seja requerida na petição inicial, o julgador, ainda não convencido da presença dos requisitos autorizadores, opte por esperar o oferecimento de resposta pelo réu, passando o pedido do autor pelo crivo do contraditório.

Nesse viés, ainda que seja previsível o perigo alegado pela parte, se não estiver apto a se concretizar antes da citação, a antecipação dos efeitos da tutela somente se configurará legítima após a efetivação da citação, com a instauração da relação processual em face do réu, quando lhe é conferida a oportunidade de responder aos termos da demanda.¹⁷⁸

Pode ser que o juízo de verossimilhança capaz a convencer o julgador surja apenas posteriormente, seja logo após a defesa do réu, seja na instrução probatória. Nesse caso, concorrendo os requisitos de urgência e dano, nada impede que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela seja formulado e deferido no curso do processo.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Dentre os autores que admitem a concessão liminar da antecipação com fulcro no art. 273, II, temos CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 35 e 79, LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89 e NERY JR., Nelson. **Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 70.

¹⁷⁷ Nesse aspecto particular, confira-se MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 198.

¹⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82

¹⁷⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 49.

Ernane Fidélis dos Santos faz a ressalva de que, em qualquer momento do processo pode ser concedida a tutela antecipatória, com base nas provas colhidas no seu desenvolvimento, desde que não tenham sido produzidas com o fim específico de viabilizar a antecipação.¹⁸⁰

Por outro lado, Antonio Cláudio da Costa Machado assevera que, desde que o autor consiga demonstrar a prova inequívoca ou o fundado receio dano irreparável ou de difícil reparação supervenientes, o juiz poderá conceder a antecipação pretendida após a prática de inúmeros atos processuais, dentre os quais estão a determinação de providências regularizadoras, a especificação de provas, a apresentação do laudo pelo perito, a designação de audiência de instrução.¹⁸¹

Conforme explicitado em seção anterior, para determinada corrente doutrinária, é nesse momento – após a contestação ou no curso do processo – é que pode ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela, cujo pedido está amparado no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu.

Nota-se, ainda, que a hipótese de antecipação prevista do § 6º do art. 273, por não se tratar de medida de urgência e por demandar que o pedido ou parte dele não seja objeto de controvérsia entre as partes, não admite a sua concessão liminar. Nesse caso, somente se vislumbra o preenchimento dos requisitos para seu deferimento após a resposta do réu, ocasião em que apresentará defesa com relação aos fatos e fundamentos narrados na inicial.

O processualista Luiz Guilherme Marinoni entende ser cabível o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela fundada na não-contestação do pedido mesmo antes da audiência preliminar. Não obstante, menciona que nada impede que o juiz aguarde a realização da referida audiência, já que normalmente ela é breve, para, nessa ocasião, conceder a tutela antecipatória. No seu sentir, este é, inclusive, o melhor momento para que o juiz decida sobre a antecipação, posto que após a tentativa frustrada de conciliação é que ele deverá fixar os pontos controvertidos sobre os quais versará a instrução probatória, lançando mão do diálogo com as partes. Desse modo, o juiz estará em melhores condições de apreciar o que foi ou não objeto de contestação.¹⁸²

¹⁸⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96, p. 56, out-dez. 1999.

¹⁸¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 559.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 102.

5.3 Concessão em segunda instância ou no âmbito recursal

A antecipação de tutela no segundo grau de jurisdição não objetiva acelerar o julgamento do mérito do recurso, mas sim visa a adiantar os efeitos práticos do provimento, se presentes os requisitos do art. 273, CPC. Inegável que, mesmo em sede recursal, permanece inalterado o quadro de morosidade do Judiciário, entretanto, a tutela antecipatória não deve ser utilizada indiscriminadamente, como solução milagrosa para o problema estrutural do sistema. Sua concessão só está autorizada quando houver forte probabilidade da existência do direito e risco de dano ou abuso do direito de defesa.¹⁸³

Consoante Cassio Scarpinella Bueno,

A expressão “tutela antecipada no âmbito recursal” quer abarcar todas as situações em que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional deve ser formulado perante o Tribunal *ad quem*, supondo, por algum motivo, algum descontentamento com as decisões proferidas pelo juízo *a quo*.¹⁸⁴

Nas palavras de Sergio Sahione, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, cujo requerimento foi efetuado diretamente ao Tribunal, pode estar ancorada em quatro situações fáticas distintas: a) deferimento da antecipação na decisão de agravo interposto contra a denegação de primeiro grau; b) remessa dos autos do processo principal para julgamento do recurso interposto pelo órgão hierarquicamente superior; c) na hipótese de interposição de recurso a outro órgão, hierarquicamente superior, do próprio tribunal que já haja proferido julgamento; d) processos de competência originária do tribunal.¹⁸⁵

Uma vez configurada a urgência quando o processo estiver em grau de recurso, é lícito à parte pleitear a antecipação dos efeitos da tutela diretamente ao Tribunal *ad quem*, cujo órgão competente para julgar o recurso, normalmente, através do relator, apreciará o pedido.¹⁸⁶

Pode ocorrer, todavia, que os requisitos estejam desde logo presentes na argumentação da parte, sem que tenham, entretanto, convencido o juiz *a quo* da necessidade do deferimento da medida, razão pela qual houve sua denegação em primeira instância. Em casos tais de

¹⁸³ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 124.

¹⁸⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

¹⁸⁵ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 74.

¹⁸⁶ Athos Gusmão Carneiro, nesse aspecto, ressalta que a urgência por se caracterizar pela demora decorrente do acúmulo de processos ou da necessidade de remessa dos autos ao Ministério Público para atuação como *custos legis* (In: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 85).

indeferimento da tutela antecipatória por decisão interlocutória, a parte prejudicada interpõe recurso de agravo de instrumento – já que não há interesse no manejo do agravo retido, por não poder a parte esperar o julgamento da eventual apelação –, que normalmente não suspende a eficácia da decisão denegatória, formulando o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Esse pedido é conhecido como pedido de concessão de “efeito ativo” ao agravo de instrumento. O referido termo, contudo, é muito criticado pela doutrina.¹⁸⁷ O que se pretende, na verdade, é a antecipação da tutela recursal, ou seja, a antecipação dos efeitos de futura decisão favorável no julgamento do recurso.

Nesse momento, são bastante úteis as elucidativas considerações de William Santos Ferreira acerca da impropriedade da expressão “efeito ativo”, cuja transcrição segue abaixo:

[...] vem sendo utilizada a equivocada terminologia “efeito ativo” – equivocada, porque estar-se-ia dizendo que suspender os efeitos de uma decisão seria um “efeito passivo”, o que evidentemente não guarda qualquer sintonia, pois tanto a interposição do recurso quanto a decisão do relator, inclusive, suspendendo os efeitos da decisão impugnada, são situações processuais ativas; e, quanto ao “efeito em si”, como se verá, a concessão da tutela antecipada (o batizado “efeito ativo”) é decorrência do efeito devolutivo, daí preferirmos a denominação antecipação da tutela recursal.¹⁸⁸

Depreende-se, portanto, que se trata de conferir ao relator do agravo de instrumento a possibilidade de, em juízo monocrático, ou seja, antes de submeter o recurso ao julgamento do colegiado, conceder a medida que fora negada pelo juízo singular de primeiro grau, quando flagrante a seu cabimento e o perigo de sacrifício do direito. Esse poder do relator está expressamente previsto no artigo 527, III, CPC.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰

Não se pode olvidar que, sendo apreciado o pedido pelo relator em decisão monocrática, deve ser assegurada à parte prejudicada a interposição de recurso para o colegiado.¹⁹¹

¹⁸⁷ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 125 e CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 87.

¹⁸⁸ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 261-262.

¹⁸⁹ Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

[...]

III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz a sua decisão.

¹⁹⁰ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 126.

¹⁹¹ Aplica-se extensivamente a disposição do art. 557, § 1º, CPC.

Na hipótese de os requisitos para antecipação restarem preenchidos entre a prolação da sentença e a subida dos autos ao Tribunal para julgamento do recurso, admite-se que seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela, por aplicação analógica do art. 800, CPC, com a formulação do pedido diretamente ao juízo *ad quem*.¹⁹² Discordando desse entendimento, William Santos Ferreira preconiza que, se o pedido for realizado após a prolação da sentença e antes ou na interposição da apelação, este deve ser dirigido ao juízo *a quo* que vai, através de uma decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento, manifestar-se sobre a concessão ou indeferimento do pedido.¹⁹³

5.4 Concessão por ocasião da sentença de mérito: controvérsia

Muito se discutiu – e ainda se discute – sobre as possíveis soluções a serem dadas aos casos em que o perigo de dano ao direito da parte e os demais requisitos da antecipação dos efeitos da tutela somente se aperfeiçoarem quando finda a instrução probatória, estando o processo pronto para receber a sentença, decisão final de mérito. Surge, então, o seguinte questionamento: pode a parte requerer, e o juiz conceder, a antecipação dos efeitos da tutela após a fase de instrução?

São aventadas duas alternativas das quais pode se valer o julgador. Se for não for o caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, profere-se desde logo a sentença, que poderá ser executada provisoriamente, mesmo na pendência de recurso, já que os efeitos da decisão não ficarão suspensos. Se a hipótese enquadra-se na regra geral do efeito suspensivo da apelação ou relaciona-se à condenação da Fazenda Pública, admite-se a antecipação dos efeitos da tutela na própria sentença, que significará a autorização para a sua execução provisória.¹⁹⁴

A concessão da tutela antecipatória na sentença foi uma alternativa criada pelos magistrados para, na prática forense, conferirem maior efetividade ao processo, permitindo que o comando judicial fosse imediatamente executável, sem ser tolhido pela eventual suspensão de sua eficácia.

¹⁹² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 87 e NERY JR., Nelson. **Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 76.

¹⁹³ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 279-280.

¹⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82.

Ademais, conforme reiteradamente vem lecionando Marinoni, a tutela antecipatória é importante técnica na distribuição igualitária do ônus do tempo do processo entre as partes.¹⁹⁵ Nesse aspecto, sendo uma das partes a Fazenda Pública (especialmente quando figura no pólo passivo), esta tutela ganhar maior relevância., já que é sabido que o poder público é quem mais utiliza o processo para fins procrastinatórios, até mesmo porque possui muitas vantagens conferidas pela lei, como prazos mais dilargados para contestação e recurso.

A Fazenda Pública ainda tem em seu favor a remessa necessária do art. 475, CPC. Nos casos previstos nesse artigo, mesmo que o poder público não interponha recurso voluntário, por força de lei, a sentença será submetida ao reexame pelo órgão hierarquicamente superior. Cogitou-se de que a remessa necessária seria óbice à antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que suspenderia a eficácia da decisão. Embora seja grande a discussão em torno da possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, na prática, são deferidas tutelas antecipatórias contra o poder público, sobretudo quando se trata da tutela assecuratória, fundada na situação de urgência.

É certo que a execução contra a Fazenda Pública obedece a certos requisitos legais e constitucionais, concernentes à expedição de precatório. No entanto, em conformidade com o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, deve-se ter em mente que, nos casos de urgência, como o tempo inerente ao processamento não pode ser óbice à antecipação da tutela, “*será uma forma de modificação dos meios de concretização da medida em desfavor da Fazenda*”. Além disso, como há outras pretensões exercitáveis em face do poder público que não o pagamento de quantia em dinheiro, o precatório não seria a única forma de se concretizar comandos judiciais contra a Fazenda.¹⁹⁶

Desse modo, a tutela antecipatória concedida na própria sentença vem sendo utilizada, também, em favor da parte que litiga com o poder público, como meio de evitar a suspensão do comando judicial pela remessa necessária, privilegiando-se o objetivo de efetividade processual, em detrimento dos formalismos exagerados e das situações de vantagem da Fazenda Pública, as quais, em razão da extensão do tempo do processo, acabam por gerar conseqüências danosas ao particular nas situações emergenciais.

A despeito de justificada pelos anseios de efetividade, a legitimidade da concessão da tutela antecipatória por ocasião da sentença de mérito, entretanto, foi e ainda é tema bastante polêmico e controverso na doutrina processual.

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

¹⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 159.

Uma primeira linha de pensamento, mais tradicional e, hoje, defendida por alguns autores minoritários, rejeita veementemente a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela quando o processo está em fase final, pronto para solução definitiva em primeiro grau de jurisdição, tendo a cognição atingido a qualidade de exauriente.

Embora não haja na lei qualquer limitação temporal, para Araken de Assis, um dos encampam essa tese, é incabível a concessão da tutela antecipatória por ocasião da sentença. Se a prova pré-constituída ou colhida no curso do processo tornou-se robusta a ponto de convencer o julgador não apenas da verossimilhança, mas da certeza de que o autor sairá vitorioso, deve o juiz proferir imediatamente a sentença, concedendo ao autor a satisfação de seu direito. *“Após o esgotamento da atividade instrutória, da produção de todas as provas requeridas pelas partes e deferidas pelo juiz, o pronunciamento não se cifrará a juízo de verossimilhança, e, sim, convolar-se-á em juízo de certeza.”* Segundo o autor, a concessão da tutela antecipatória esvaziaria o conteúdo do instituto, já que deixaria de ser antecipada, para ser prolatada no momento normal, no tempo-padrão. Além disso, menciona a diversidade dos recursos para a impugnação de ambas as decisões.¹⁹⁷

Conforme pregava Nelson Nery Jr.,

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 para obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão.¹⁹⁸

Também partidário dessa corrente, Antônio Cláudio da Costa Machado sustenta que o encerramento da audiência de instrução e julgamento, seguida da apresentação de memoriais, obsta o deferimento da tutela antecipatória. Isto porque, nesse caso, o juiz estaria em condições de outorgar a tutela definitiva, e não provisória como a da antecipação.¹⁹⁹

Sergio Sahione Fadel, do mesmo modo, opina pela impossibilidade de concessão da tutela antecipatória por ocasião da sentença de mérito. O autor deixa claro que a tutela antecipatória é fundada em cognição sumária, em juízo de probabilidade e verossimilhança e que a sentença exige, necessariamente, cognição exauriente, plena, acerca dos fatos e fundamentos jurídicos declinados no processo. De acordo com seu raciocínio, a decisão a

¹⁹⁷ ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 29 e Idem. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 414.

¹⁹⁸ NERY JR., Nelson. **Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 76.

¹⁹⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3. ed. rev.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 555.

respeito da tutela antecipatória é totalmente independente da regular marcha processual e da própria sentença. Como o processo prossegue até seu julgamento final, seja com a concessão, seja com o indeferimento da tutela antecipatória, é lícito ao juiz modificar ou revogar a medida deferida ou deferir o pedido antes negado, caso haja alteração nas circunstâncias da causa.; no entanto, somente poderá agir até momento anterior à sentença, já que a tutela concedida na sentença é definitiva, e não mais provisória como é característico da antecipação.

O ilustre autor critica duramente a prática atual e reiterada de deferir a tutela antecipatória na própria sentença:

Se a sentença assegura, em definitivo, a mesma tutela que poderia ter sido antecipada, provisoriamente, e não foi, constitui erro grosseiro outorgá-la duplamente, e com base em cognição exauriente e não em juízo de verossimilhança.

Não é essa em absoluto a inovação criada pelo art. 273 do CPC, sabido que etimologicamente antecipar significa ocorrer antes algo que só ocorreria depois. A tutela antecipada, por sua própria designação, não pode ser outorgada simultaneamente com a mesma tutela definitiva, sob pena de se desdizer e renegar a própria natureza do instituto.²⁰⁰

Há quem se manifeste contrariamente apenas ao deferimento da tutela antecipatória na mesma decisão em que a lide é julgada de forma definitiva. Embora seja admitida a concessão da antecipação simultaneamente à prolação da sentença, o mais apropriado seria que o magistrado antecipasse a tutela sempre em decisão separada. A concessão da tutela antecipatória no corpo da própria sentença, além de gerar problemas recursais, mistura as características de ambas as decisões que, necessariamente, têm naturezas jurídicas diversas. Enquanto a decisão de antecipação baseia-se em juízo de probabilidade, a sentença pressupõe um juízo de certeza, típico da cognição exauriente.²⁰¹

O ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro entrevê essa hipótese de separação das decisões após o fim da instrução. Segundo ele, se o juiz pretende proferir sentença em audiência, deverá lançar em ata primeiro a decisão interlocutória de antecipação e, depois, passará aos debates orais que antecederão a sentença final; se, por outro lado, tencionar lavrar

²⁰⁰ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 55, 61-62.

²⁰¹ VAZ, Paulo Afonso Brum. Antecipação da tutela na sentença e a adequação recursal. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 253, p. 47, nov. 1998.. Em sentido contrário, Araken de Assis repudia essa prática, entendendo configurar reprovável burla à lei a concessão da tutela antecipatória um pouco antes da sentença, em ato formalmente autônomo (In: ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 29).

a sentença por escrito, entregando-a em cartório, proferirá a decisão interlocutória, após a qual determinará o oferecimento de memoriais ou a conclusão dos autos.²⁰²

Destarte, mesmo havendo lógicos e coerentes argumentos em desfavor da concessão da tutela antecipada por ocasião da prolação da sentença de mérito, tal prática já está disseminada entre os julgadores que, agora, encontram amparo na maioria da doutrina (especialmente os autores modernos) e na jurisprudência dos Tribunais pátrios.

Majoritariamente, a doutrina processual, portanto, não vê óbice no deferimento da tutela antecipatória na própria sentença, já que a lei não disciplina um momento específico ou limites à antecipação.²⁰³

A teor do que leciona Ovídio Baptista da Silva, não sendo sempre medidas liminares, nada impede que os provimentos do artigo 273, CPC, sejam concedidos pelo juiz nas fases posteriores do processo, inclusive na sentença final de procedência.²⁰⁴

A par das características essenciais do instituto, concebe-se a tutela antecipada concedida na sentença como um meio de conferir executividade imediata ao comando nela encerrado, retirando da eventual apelação o automático efeito suspensivo e enaltecendo a efetividade do processo.²⁰⁵

Nesse diapasão, se os requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela só restaram preenchidos ao final da instrução, nada obsta que o juiz defira a antecipação da tutela quando da sentença, pois seria injusto submeter a parte à espera do julgamento do recurso recebido no duplo efeito.²⁰⁶

De acordo com Candido Rangel Dinamarco, a necessidade de antecipação pode surgir a qualquer tempo, inclusive, no momento de decidir a causa, razão pela qual o juiz pode deferir a antecipação da tutela na própria sentença de mérito, que é ato único, como um de seus capítulos (nesse capítulo, será imposta a medida antecipatória adequada para evitar o perecimento do direito). Ainda segundo o autor,

²⁰² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 83.

²⁰³ Esse raciocínio é seguido pela jurisprudência e por inúmeros autores, dentre os quais destacamos LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90; ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82; ZENI, Fernando César. Deferimento do pedido de tutela antecipatória na sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 94, p. 75, abr.-jun. 1999.

²⁰⁴ SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 145.

²⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 367 e NERY JR., Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 407.

²⁰⁶ FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**. São Paulo: Destaque, 1995, p. 116.

Sistematicamente, é até mais seguro conceder a tutela antecipada nesse momento, quando, superadas pela instrução completa e exauriente as dúvidas do julgador sobre os fatos e as teses jurídicas pertinentes, ele terá chegado ao convencimento de que o autor tem razão: se houver urgência que a legitime, a antecipação deve ser concedida ainda nesse momento final do procedimento em 1º grau de jurisdição.²⁰⁷

Seguindo o mesmo caminho, Athos Gusmão Carneiro inclina-se favoravelmente à adoção da alternativa de o magistrado, ao cabo da instrução, sentenciar, outorgando a tutela satisfativa com eficácia imediata, como um dos capítulos da decisão. Aceita, pois, que a concessão da tutela antecipada na própria sentença nada mais é do que a autorização para sua execução provisória.²⁰⁸

Insurgem-se os defensores dessa corrente contra o argumento de que a tutela antecipatória é fruto de juízo provisório, incompatível com o juízo definitivo da sentença. Este último pode ter que se submeter à confirmação pelo segundo grau de jurisdição a fim de que produza seus efeitos, ao passo que a tutela antecipada enseja a efetivação desde logo, já que a executividade imediata é inerente.²⁰⁹

Ainda sobre inofensividade ao caráter provisório do instituto, confira-se o magistério de Fernando Zeni:

Ao permitir a antecipação da eficácia de uma sentença definitiva sem limitar o art. 273 o momento para seu deferimento, possibilitou o legislador ao juiz que assim procedesse atribuindo eficácia executiva à decisão de mérito, concedendo a antecipação no bojo da sentença, sem malferir a provisoriedade que é inerente ao instituto [...].²¹⁰

Vale trazer à baila alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que chancelam a concessão da tutela antecipada na própria sentença, praticamente, pacificando as discussões acerca do tema.

No julgamento do Recurso Especial 279.251/SP²¹¹, cuja ementa se transcreve, o Ministro Ruy Aguiar admitiu a concessão da tutela antecipada na sentença, condicionada à

²⁰⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela de urgência: o regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 286, p. 18, ago. 2001.

²⁰⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 83; LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90 e ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 81.

²⁰⁹ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.

²¹⁰ ZENI, Fernando César. Deferimento do pedido de tutela antecipatória na sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 94, p. 76, abr.-jun. 1999.

²¹¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 279.251/SP (2000/0097156-1). Quarta turma. Diário da justiça de 30 de abril de 2001. p. 38.

presença dos demais requisitos, por entender que, se está previsto na lei que a tutela antecipada pode ser concedida a qualquer momento, não haveria motivos para impedir a sua concessão depois da instrução e até mesmo após a sentença, em sede de embargos de declaração. Confira-se:

EMENTA REsp 279.251

TUTELA ANTECIPADA. Sentença. Embargos de declaração. A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC. Recurso conhecido e provido. (grifamos)

(Superior Tribunal de Justiça. REsp 279.251/SP. Órgão julgador: Quarta turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 15/02/2001. Publicação: DJ 30/04/2001)

Outrossim, na ementa do Recurso Especial 648.886/SP²¹² e do Recurso Especial 473069/SP²¹³, a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Carlos Alberto Direito, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, reconhecem os precedentes do Tribunal favoráveis à admissão da antecipação de tutela concedida na sentença, consolidando o posicionamento da Corte a esse respeito. Veja-se:

EMENTA Resp 648.886/SP

Processual civil. Recurso especial. Antecipação de tutela. Deferimento na sentença. Possibilidade. Apelação. Efeitos.

- A antecipação da tutela pode ser deferida quando da prolação da sentença. Precedentes.

- Ainda que a antecipação da tutela seja deferida na própria sentença, a apelação contra esta interposta deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo quanto à parte em que foi concedida a tutela.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (grifamos)

(Superior Tribunal de Justiça. REsp 648.886/SP. Órgão julgador: Segunda seção. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 25/08/2004. Publicação: DJ 06/09/2004)

EMENTA REsp 473.069/SP

Antecipação de tutela. Deferimento por ocasião da sentença. Precedentes da Corte.

1. A Corte admite o deferimento da tutela antecipada por ocasião da sentença, não violando tal decisão o art. 273 do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial não conhecido. (grifamos)

(Superior Tribunal de Justiça. REsp 473.069/SP. Órgão julgador: Terceira turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 21/10/2003. Publicação: DJ 19/12/2003)

²¹² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 648.886 (2004/004395-3). Segunda seção. Diário da justiça de 06 de setembro de 2004. p. 162.

²¹³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 473069 (2002/0132078-0). Terceira Turma. Diário da justiça de 19 de dezembro de 2003.

Em um aspecto particular, merece destaque a opinião esposada pelo doutrinador Luiz Guilherme Marinoni. Embora aceite a concessão da tutela antecipatória no final do processo, ao fim da instrução, na ocasião em que será prolatada a sentença, referido processualista não considera possível a concessão da medida “na” própria sentença. Segundo ele, o problema que exsurge é o de definir o instrumento técnico que vai servir à concessão da medida. Com o fito de ilustrar seu posicionamento, o autor esclarece que se a sentença ainda não pode produzir efeitos na pendência de apelação, a única saída racional seria admitir a concessão da tutela por meio de decisão interlocutória, ou seja, *“na mesma folha de papel, e no mesmo momento, o juiz pode proferir a decisão interlocutória, concedendo a tutela, e a sentença, que então confirmará a tutela concedida [...]”*²¹⁴ Em outros termos, para o autor, é bem nítida a diferenciação do conteúdo de ambas as decisões, razão pela qual elas mantêm suas naturezas jurídicas e os seus meios próprios de impugnação.

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 200.

6 TUTELA ANTECIPATÓRIA CONCEDIDA POR OCASIÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO: RECURSOS CABÍVEIS, EFEITOS E MODO DE EFETIVAÇÃO

Como explicitado em seção anterior, a concessão da tutela antecipada por ocasião da sentença de mérito ainda é objeto de muita divergência, sobretudo doutrinária, não obstante o entendimento jurisprudencial majoritário no sentido de ser legítimo o seu deferimento.

É bem verdade que a concessão da tutela antecipatória quando a cognição já alcançou o *status* de exauriente, parece se contrapor às características principais do instituto da tutela antecipada, dentre as quais se destacam a provisoriedade, a sumariedade da cognição, a revogabilidade da medida antecipatória. No entanto, esta prática já disseminada entre os magistrados brasileiros foi chancelada pela jurisprudência, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça, que firmou posicionamento de que é legítima a antecipação de tutela no bojo da sentença.

Diante disso, sendo a tutela antecipatória concedida por ocasião da sentença uma realidade inafastável, torna-se necessário analisar o adequado meio de impugnação de tal decisão, com especial enfoque para seus efeitos no tocante à efetivação da medida.

Cabe aqui a anotação de que recurso é espécie do gênero meio de impugnação das decisões. Recurso, na definição de José Carlos Barbosa Moreira, “*é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*”.²¹⁵ Depreende-se, portanto, que uma característica peculiar do recurso é o atributo da voluntariedade, o que significa que o exercício do direito da parte de insurgir-se contra as decisões judiciais que lhe são desfavoráveis e, conseqüentemente, do direito de acesso aos Tribunais, depende de sua iniciativa.

O tema que, por si só, é polêmico traz à tona nova discussão doutrinária acerca do recurso cabível para enfrentar a decisão antecipatória. Portanto, passaremos à análise dos possíveis recursos para a impugnação da decisão antecipatória, bem como dos argumentos da doutrina, das implicações que cada posicionamento gera, seguidas dos meios de efetivação do comando de antecipação.

²¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5 (arts. 476 a 565). 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 233.

6.1 Natureza jurídica da decisão antecipatória e recurso cabível: controvérsia

6.1.1 Sentença como ato único: recurso cabível é a apelação

Quando a antecipação dos efeitos da tutela é deferida na própria sentença de mérito, a maioria da doutrina manifesta-se forte no sentido de que o único recurso cabível para impugnar a medida é a apelação, a teor do art. 513 do CPC.

O entendimento que predomina é o de que a antecipação da tutela na sentença de mérito constitui um dos capítulos desse ato decisório, e não uma decisão interlocutória a ele acoplada.

De acordo com Candido Rangel Dinamarco, processualista que se dedicou ao estudo dos capítulos da sentença²¹⁶, o ato proferido pelo juiz é um só: sentença. Segundo o doutrinador, o conceito de sentença não está associado ao conteúdo substancial desse ato, já que pode ou não conter o julgamento sobre o mérito da causa, razão pela qual está equivocado o desdobramento do ato judicial com que o juiz decide a causa e, ao mesmo tempo, concede uma antecipação de tutela, como se dois atos fossem (decisão interlocutória e sentença). Aliás, pondera que a sentença nem sempre decide sobre uma única pretensão, podendo cindir-se em dois ou mais dispositivos, sem, contudo, desfigurar sua natureza jurídica de sentença. Haveria, nesses casos, a unidade formal do *decisum* com a pluralidade de capítulos que o compõem, cada um trazendo em seu bojo um preceito independente ou conjugado a outro.

Por essa razão, ainda consoante o aludido autor, essas considerações conceituais ressoam na determinação do recurso cabível contra a concessão da tutela antecipatória no mesmo ato que julga a causa. Como partidário da corrente majoritária, defende que o único recurso cabível é a apelação, e não o agravo.²¹⁷

Oportuna é a transcrição abaixo, extraída de sua obra *Capítulos de sentença*, em que o autor, com o brilhantismo que lhe é inerente, leciona sobre a sentença como ato único:

Como ato formalmente único que é, a sentença comporta um recurso só, não-obstante sua possível divisão em capítulos mais ou menos autônomos e

²¹⁶ De acordo com Candido Rangel Dinamarco: “*Definem-se capítulos de sentença, diante do direito positivo brasileiro e dessas considerações, como unidades autônomas do decisório da sentença.*” (In: DINAMARCO, Candido Rangel. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35).

²¹⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela de urgência: o regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 286, p. 18, ago. 2001.

quaisquer que seja o conteúdo de cada um desses capítulos. Por lei, o ato processual que propõe a extinção do processo sem julgamento do mérito ou lhe julga o mérito é sentença (CPC, art. 162, § 1º, red. lei n. 11.232, de 22.12.05) e sentença, também por disposição legal expressa, comporta somente o recurso de apelação (art. 513). Assim será, ainda quando a sentença contenha algum pronunciamento que ordinariamente viria em uma decisão interlocutória, como a concessão de uma tutela antecipada. Esse capítulo, estando integrado ao corpo unitário de uma sentença, não se destaca dos demais em razão de seu conteúdo, para receber um tratamento diferente, no tocante ao recurso cabível; caberá sempre e somente o recurso de apelação, porque o conteúdo de cada capítulo não exerce influência alguma na determinação do recurso adequado ao caso.²¹⁸

Aliando-se a essa tese, Athos Gusmão Carneiro, também, percebe a cindibilidade da sentença em capítulos, permanecendo o ato com natureza de sentença, ainda que a antecipação tenha sido deferida no seu corpo.²¹⁹

William Santos Ferreira prefere a denominação *ato objetivamente complexo* para designar o ato judicial que contém inúmeros pronunciamentos. Segundo o autor, citando Nelson Nery Jr., quando o juiz deixa para apreciar e conceder a tutela antecipada na sentença, ele soluciona dois temas – a questão incidente e o mérito da causa – no mesmo momento processual, “*do que se corporifica, pelo conteúdo mais abrangente (critério de classificação da decisão quando proferidos os pronunciamentos na mesma ocasião processual), uma decisão objetivamente complexa, sentença, sendo a apelação o único recurso adequado.*”²²⁰

Cassio Scarpinella Bueno, aproximando-se de Dinamarco, salienta que o conteúdo específico de uma decisão não se mostra suficiente para caracterizar sua natureza jurídica e, tampouco, o recurso dela cabível. Suas lições convergem para a afirmação de que é a função desempenhada pelos atos jurisdicionais, seja encerrando a fase cognitiva do processo, seja decidindo questões a ele incidentes, a responsável por identificar sua natureza jurídica. Assim sendo, para o autor, mesmo que a decisão geralmente manifeste-se como interlocutória, se a tutela antecipada for analisada na sentença, o único recurso interponível dessa parte é a apelação.²²¹

Outro argumento favorável ao cabimento do recurso de apelação para impugnação da tutela antecipatória concedida na sentença é a aplicação do princípio da unirrecorribilidade das decisões ou singularidade dos recursos.

Referido postulado norteador do sistema recursal brasileiro preceitua que cada decisão só é impugnável por um recurso apenas. Em outras palavras, contra cada decisão só há um

²¹⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 115.

²¹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 85.

²²⁰ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 299.

²²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

único e adequado recurso, sendo impossível a interposição simultânea de dois ou mais recursos contra uma mesma decisão.

Vale lembrar, por oportuno, que tal princípio, como qualquer outro, não é absoluto, sofrendo exceções. Desse modo, encontramos na legislação processual a possibilidade de interposição de dois ou mais recursos – simultâneos ou sucessivos – contra a mesma decisão. Dentre esses casos, citamos o exemplo dos embargos de declaração que podem ser opostos para sanar obscuridade, contradição ou omissão da sentença ou acórdão (art 535, CPC), no prazo de cinco dias, recurso este que sempre interrompe o prazo para a interposição de outro recurso. A sentença ou acórdão embargados serão, também, conforme o caso, sindicáveis por apelação e embargos infringentes, respectivamente. Ademais, não se pode olvidar da possibilidade de interposição simultânea de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quando a mesma decisão recorrida violar, negar vigência ou conferir diversa interpretação à lei federal e à Constituição da República.

Feita esta ressalva, não é raro o apego ao princípio da unirrecorribilidade para justificar o cabimento tão-somente do recurso de apelação para impugnação da concessão da tutela antecipatória na própria sentença. Essa, inclusive, é a base argumentativa da jurisprudência para decidir nesse sentido.

Na doutrina, entre os que defendem a adequação somente da apelação para que a parte se oponha à decisão que antecipou os efeitos da tutela na própria sentença, amparados na unirrecorribilidade, temos Dierle José Coelho Nunes e Eduardo Arruda Alvim.

Consoante o primeiro autor, não é possível a cisão da sentença para permitir a interposição de apelação acerca do mérito da lide e de agravo de instrumento no tocante à decisão de antecipação. Relaciona tal impossibilidade ao princípio da unirrecorribilidade, amparado na jurisprudência acima mencionada.²²²

Outrossim, Eduardo Arruda Alvim, sustentando o cabimento apenas da apelação, não poupa críticas à posição da parte da doutrina que visualiza a impugnação da sentença em que é concedida a antecipação de tutela por dois recursos:

A sentença no bojo da qual se antecipe a tutela desafia recurso de apelação e apenas esse recurso.

²²² NUNES, Dierle José Nunes. Da possibilidade de deferimento da antecipação de tutela na sentença: do recurso cabível e dos efeitos a serem atribuídos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11. p. 49.

Deveras, diante do princípio da unirecorribilidade (também chamado de princípio da singularidade recursal), segundo o qual cada tipo de decisão judicial comporta um, e apenas um, tipo de recurso, seria verdadeiramente absurdo supor que a sentença no bojo da qual se antecipe a tutela pudesse ser impugnada, simultaneamente, por dois tipos de recursos diferentes.

Assim, a sentença, ainda que nela se antecipe a tutela, será impugnável, sempre (e apenas), por meio do recurso de apelação. [...].²²³

Com espeque nesse princípio, o Superior Tribunal de Justiça manifesta-se, recorrentemente, a favor do entendimento de que o único remédio cabível, no caso de concessão de tutela antecipatória na sentença, é a apelação, não sendo possível dividir a sentença para permitir a interposição de apelação acerca do mérito de lide e de agravo de instrumento contra a antecipação.

O Ministro Helio Quaglia Barbosa, no julgamento do Agravo Regimental no agravo de instrumento 517.887/SP²²⁴, consignou em seu voto que, pelo princípio da unirecorribilidade, embora a matéria da antecipação não seja típica do ato judicial que é a sentença, não seria possível cindi-la a fim de que comporte impugnação por dois recursos: apelação, relativamente ao mérito; e agravo, concernente à decisão de antecipação. Assim, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o voto do relator, por unanimidade, decidiu pelo cabimento, nesse caso, apenas da apelação, em julgado cuja ementa se transcreve:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVIÁVEL. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PROVIMENTO NEGADO.

1. É inviável a interposição de agravo de instrumento contra a sentença de primeiro grau que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional. Mirando-se no princípio da unirecorribilidade ou singularidade recursal o único remédio cabível, no caso, é a apelação.

2. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 517887/SP. Órgão julgador: Sexta turma. Relator: Min. Helio Quaglia Barbosa. Julgado em: 27/10/2005. Publicação: DJ 21/11/2005. p. 315).

Do mesmo modo, em casos semelhantes, reiterados foram os pronunciamentos dessa Colenda Corte no sentido de que a interposição de outro recurso, além da apelação, importaria em violação ao princípio da unirecorribilidade. Confira-se, a título de ilustração:

²²³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da tutela**. 1. ed. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2008. p. 241.

²²⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 517.887/SP (2003/0079411-9). Sexta turma. Diário da justiça de 21 de novembro de 2005. p. 315.

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA. APELAÇÃO. RECURSO CABÍVEL. De acordo com o princípio da singularidade recursal, tem-se que a sentença é apelável, a decisão interlocutória agravável e os despachos de mero expediente são irrecorríveis. Logo, o recurso cabível contra sentença em que foi concedida a antecipação de tutela é a apelação.

Recurso especial não conhecido.

(Superior Tribunal de Justiça. REsp 524017/MG. Órgão julgador: Sexta turma. Relator: Min. Paulo Medina. Julgado em: 16/09/2003. Publicação: DJ 06/10/2003, p. 347)²²⁵

PROCESSO CIVIL. SENTENÇA QUE JULGA O MÉRITO E CONCEDE A TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO DE APELAÇÃO. UNIRRECORRIBILIDADE. Não cabe agravo de instrumento contra a sentença que julga pedido de antecipação de tutela. O único recurso oportuno é a apelação.

(Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 723547/DF. Órgão julgador: Terceira turma. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em: 29/11/2007. Publicação: DJ 06/12/2007, p. 312)²²⁶

6.1.1.1 *Breves linhas sobre os efeitos do recurso de apelação*

Os recursos, em geral, produzem certos efeitos quando de sua interposição. Um deles, é impedir o trânsito em julgado da decisão, em conformidade com o que dispõe o art. 467, CPC. Os outros dois mais conhecidos são o efeito devolutivo e o efeito suspensivo.

O efeito devolutivo é aquele segundo o qual o conhecimento da matéria impugnada é transferido, devolvido ao órgão competente para julgar o recurso, a fim de que este proceda ao reexame da decisão.²²⁷

A extensão do efeito devolutivo, ou seja, a extensão do reexame da matéria pelo juízo *ad quem* dependerá da espécie e da finalidade do recurso. A apelação é o recurso que possui o mais amplo efeito devolutivo, que autoriza o reexame pelo Tribunal de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, nos limites das razões recursais da parte.²²⁸

O efeito suspensivo, por seu turno, é o efeito por meio do qual fica prolongada a ineficácia da decisão judicial impugnada. Nas precisas lições de José Carlos Barbosa Moreira, “*mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-se sujeita, é ato*

²²⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 524017/MG (2003/0038368-5). Sexta turma. Diário da justiça de 06 de outubro de 2003. p. 347.

²²⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 723547/DF (2005/0195218-1). Terceira Turma. Diário da justiça de 06 de dezembro de 2007. p. 312.

²²⁷ NERY JR., Nelson. **Princípios fundamentais** – teoria geral dos recursos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 361.

²²⁸ Nesse aspecto particular, imprescindível a consulta à obra de Rodrigo Barioni, dedicada exclusivamente ao tema. (BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso.”²²⁹

Ao contrário do efeito devolutivo, nem sempre é atribuído efeito suspensivo a todos os recursos. A apelação, em regra, possui efeito suspensivo automático, decorrente de expressa previsão legal (art. 520, *caput*, CPC). Ou seja, uma vez interposto o recurso de apelação contra a sentença de primeiro grau, esta tem a produção de efeitos imediatamente suspensa, por força de lei, sem a necessidade de qualquer fundamentação específica do juízo para sua concessão.

Excepcionalmente – e a legislação processual traz um sem-número de exceções – a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo. Em outros termos, significa dizer que, não havendo efeito suspensivo a obstar a eficácia da decisão, a sentença produzirá efeitos desde logo, independentemente de estar pendente o julgamento do recurso.

As exceções ao efeito suspensivo automático da apelação vêm listadas no rol de incisos do mesmo art. 520, além de haver outras inúmeras previsões em dispositivos esparsos do CPC e em leis extravagantes.

De acordo com o art. 520, CPC, a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, quando pretender atacar sentença que:

- I – homologar a divisão ou a demarcação;
- II – condenar à prestação de alimentos;
- III – Revogado
- IV – decidir o processo cautelar;
- V – rejeitar liminarmente os embargos à execução ou julga-los improcedente;
- VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem;
- VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

Nos casos previstos nesse rol, sem prejuízos dos demais estabelecidos em lei, cessa a ineficácia da decisão proferida, razão pela qual ela poderá ser provisoriamente executada.

O inciso VII, acrescentado pela lei 10.352/2001, que faz menção à antecipação dos efeitos da tutela, é o que mais interessa ao presente estudo, por servir de base legal aos efeitos em que será recebida a apelação contra a sentença que conceder a aludida antecipação, como será demonstrado a partir de então.

²²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. v. 5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

6.1.1.2 *Efeitos do recurso de apelação contra a concessão da antecipação da tutela na própria sentença*

A introdução do instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, de modo generalizado a todos os procedimentos, visou a evitar a frustração da garantia constitucional da efetividade do processo.

Por essa razão é que a tutela antecipatória é dotada de executividade imediata, sob pena de fracasso do objetivo do instituto. Isto significa que qualquer recurso contra a decisão deferitória da antecipação dos efeitos da tutela deverá ser desprovido de efeito suspensivo, posto que esse impede a produção imediata dos efeitos do comando judicial, o que não se compatibiliza com as demoras inevitáveis dos julgamentos dos processos no segundo grau de jurisdição.

A apelação, como recurso extremamente amplo, ou seja, com aptidão de repropor ao juízo *ad quem* todas as questões suscitadas e pertinentes ao julgamento do processo, *‘é o meio mais adequado a investir o órgão destinatário do poder de decidir sobre tudo quanto haja sido decidido na sentença, inclusive a questão da antecipação de tutela.’*²³⁰

A despeito de ser dotada do mais amplo efeito devolutivo, à apelação, em regra, sempre é atribuído efeito suspensivo, conforme acima explicitado. Prima-se, nesse caso, por garantir a segurança jurídica ao esperar um pronunciamento do órgão jurisdicional hierarquicamente superior sobre o conteúdo da decisão do juízo monocrático, como forma de corrigir eventuais erros ou injustiças em que pode ter incorrido o magistrado. Ressalte-se que o duplo grau de jurisdição, ou seja, a previsão de recorribilidade das decisões judiciais, visa a efetuar um duplo controle das decisões judiciais (realizado pela sociedade e pelos órgãos hierarquicamente superiores).²³¹

Seguindo o pensamento proposto, a concessão da tutela antecipatória por ocasião da sentença, portanto, objetiva destituir a apelação do efeito suspensivo automático que lhe é conferido pela lei (art. 520, *caput*, CPC), a fim de que seja atendido o propósito antecipatório.

Defronte a esse quadro, são imprescindíveis algumas considerações acerca dos efeitos em que o recurso de apelação contra a sentença que traz em seu bojo a concessão da tutela antecipatória.

²³⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela de urgência: o regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 286, p. 19, ago 2001.

²³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 140.

A lei n. 10.352/2001 acrescentou o inciso VII ao artigo 520, CPC, prevendo mais uma exceção ao efeito suspensivo automático da apelação. Com a referida inclusão, o artigo passou a dispor assim:

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 dos efeitos da tutela.

Embora a lei tenha preconizado, expressamente, que será isenta de efeito suspensivo a apelação interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, há entendimento doutrinário, respaldado pela jurisprudência, no sentido de estender a exceção aos casos em que a tutela antecipatória não é confirmada, mas sim concedida na própria sentença de mérito.²³²

Antes mesmo do advento do referido diploma legal, José Roberto Bedaque já defendia o afastamento do efeito suspensivo da apelação no tocante ao capítulo da sentença que dispunha sobre a tutela antecipatória. Segundo o autor, é intrínseca ao instituto a inexistência de efeito suspensivo ao recurso interposto contra a decisão que veicule a tutela antecipatória, pois, caso contrário, corre-se o risco de frustração dos objetivos a que ele se propõe. A antecipação total ou parcial da eficácia prática da sentença constitui medida incompatível com o efeito suspensivo dos recursos, o que seria bastante para a não-concessão.

No que se refere aos efeitos antecipados, portanto, consoante o referido processualista, o julgamento é imediatamente eficaz, ainda que suscetível de apelação. O legislador, ao permitir a antecipação dos efeitos que serão produzidos de imediato, priorizou o valor constitucional da efetividade do processo. Desse modo, “*sempre que houver risco efetivo para o resultado da atividade jurisdicional, que pode tornar-se completamente inútil em razão do tempo, sacrificam-se postulados ligados a segurança jurídica para garantir a efetividade da tutela.*”²³³

Não há que se cogitar de paradoxo entre a situação gerada pela tutela antecipada e a ineficácia da sentença sujeita a recurso. A sentença representa a conclusão do devido processo legal, com o respeito a todas as garantias que lhe são essenciais e, quando inexistente risco à efetividade do processo, preza-se pela segurança jurídica, mantendo-se sua ineficácia até o

²³² Confira-se, nesse sentido, a opinião de NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 476.

²³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 367-368.

juízo do(s) recurso(s) que impedem a produção dos seus efeitos, ainda que de forma provisória. No que tange à antecipação da tutela, em que pese a precedência de cognição superficial e, muitas vezes, a supressão da ampla defesa, o legislador optou por mitigar a segurança jurídica, permitindo a eficácia prática do provimento antecipatório, de modo a viabilizar a realização dos efeitos substanciais da futura eventual sentença de mérito. Assim, se presentes os requisitos da antecipação no momento do julgamento, o juiz não só deve deferi-la, como também retirar da apelação o efeito suspensivo, cujo ideal seria o de concessão pelo relator se fosse o caso, e não de automática ocorrência.²³⁴

Pelo exposto, fazendo-se o uso de uma interpretação sistemática dos dispositivos legais, se a antecipação quando implica na possibilidade de a parte obter a satisfação imediata de seu direito, não pode a apelação eventualmente interposta ter força para suspender a eficácia produzida.²³⁵

Perfilhando o mesmo entendimento, Cassio Scarpinella Bueno defende que, sistematicamente, não deve ser atribuído efeito suspensivo à apelação nos casos aqui estudados, e não pela aplicação da exceção trazida pelo inciso VII do art. 273, CPC. Na visão do autor,

se, pelo menos em tese, o sistema admite que uma decisão interlocutória baseada em cognição sumária surta efeitos imediatos, com muito mais razão, se deverá admitir que a sentença, baseada em cognição exauriente, produza efeitos de imediato quando presentes as circunstâncias do art. 273.²³⁶

O Superior Tribunal de Justiça, embora havendo decisões em sentido diverso²³⁷, vem caminhando rumo à aplicação analógica do artigo 520, VII, CPC às hipóteses em que a antecipação de tutela é concedida, e não confirmada, na sentença. Veja-se o aresto abaixo²³⁸:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA **VIOLAÇÃO DO ART. 520, VII, DO CPC, INOCORRÊNCIA**. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE.

1. A violação do art. 535 do CPC ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Incorre a violação posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela

²³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 369-370.

²³⁵ *Ibid.*, p. 370.

²³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 85.

²³⁷ Confirma-se o voto do Ministro Castro Filho, no julgamento do Recurso Especial 345518/RS. Julgado em: 08/05/2003, publicado no DJ de 23/06/2003, p. 352. Em tal decisão, o ministro manifesta sua opinião não apenas no sentido de ser a apelação recebida no duplo efeito, como também de ser equivocada a própria concessão da tutela antecipatória na sentença.

²³⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 706252/SP (2004/0167479-7). Primeira Turma. Diário da justiça de 26 de setembro de 2005. p. 234.

parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

2. A apelação, quer se trate de provimento urgente cautelar quer de tutela satisfativa antecipatória deferida em sentença ou nesta confirmada, deve ser recebida, apenas, no seu efeito devolutivo. É que não se concilia com a idéia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais, a sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumirem situação de urgência a reclamar satisfatividade imediata.

3. A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afastando-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com relação a essa parte do decisum. Arruda Alvim doutrinando acerca das recentes reformas introduzidas no sistema processual civil, ressalta o seguinte:

“Esta lei é permeada pela intenção de realizar, no plano prático, a efetividade do processo. Colima proporcionar que, entre a decisão e a real produção dos seus efeitos, benéficos ao autor, a quem se outorgou proteção, decorra o menor tempo possível. Tende a que, entre a decisão e a sua eficácia, não haja indesejável intervalo.

Não há nela referências ao termo execução, senão que a expressão usada é efetivação (art. 273, § 3.º), como, também, há referência a descumprimento de sentença ou decisão antecipatória (art. 287), ao que devem suceder-se conseqüência (s) coercitiva (s) por causa dessa resistência ilícita, mercê da aplicação do art. 461, § 4.º e 461-A, com vistas a dobrar a conduta do réu, que se antagoniza com o direito do autor e, especialmente, com a determinação judicial. Isto significa que se acentua o perfil do caráter mandamental da disciplina destinada a realizar, no plano prático, o mais rapidamente possível, os efeitos determinados pela decisão” (in *Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*”; Coordenadores: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Forense, Rio, 2003, p. 3/4).

4. Precedentes do STJ: (Resp 648.886/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 06/09/2004; REsp nº 473.069/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 19/12/2003; REsp nº 279.251/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 30/4/2001).

5. Recurso Especial desprovido. (grifo nosso)

(Superior Tribunal de Justiça. REsp 706252/SP. Órgão julgador: Primeira turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 13/09/2005. Publicação: DJ 26/09/2005. p. 234).

Indiscutível a não incidência de efeito suspensivo à apelação contra a sentença em que concedida a tutela antecipatória. No entanto, outros questionamentos são erigidos no que diz respeito à extensão dessa executividade imediata.

Consoante lição de Athos Gusmão Carneiro, permanecerá o efeito suspensivo da apelação quanto à matéria que não foi objeto de antecipação, ou seja, somente o capítulo relativo à antecipação merecerá cumprimento incontinente. A executividade estará circunscrita à parte em que foi concedida a tutela.²³⁹

Dois são os regimes do efeito suspensivo na apelação, quando interposta contra sentença que, em capítulos distintos, julga procedente a demanda inicial e concede a

²³⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 85 e NUNES, Dierle José Nunes. Da possibilidade de deferimento da antecipação de tutela na sentença: do recurso cabível e dos efeitos a serem atribuídos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11. p. 50.

antecipação: o capítulo principal terá ou não efeito suspensivo, conforme o caso; o capítulo que decide sobre a tutela antecipatória, o efeito será sempre e somente devolutivo.²⁴⁰

José Henrique Mouta bem percebe que o recebimento da apelação total, ou seja, impugnando todos os capítulos da sentença, no efeito suspensivo esvazia a concessão da tutela de urgência na própria sentença. Por essa razão, vislumbra a ocorrência das seguintes hipóteses no caso de acolhimento de outros pedidos, além daquele objeto da antecipação:

a) recebimento do apelo totalmente no duplo efeito, desafiando agravo de instrumento pelo autor, com vistas à obtenção da antecipação da tutela recursal;

b) recebimento apenas do efeito devolutivo no capítulo objeto da tutela antecipada e também no suspensivo em relação aos demais (nesse caso, seria cabível agravo de instrumento pela parte prejudicada, pretendendo a obtenção de efeito suspensivo também naquele capítulo);

c) recebimento do apelo apenas no efeito devolutivo, estendendo-se a eficácia imediata aos capítulos alheios à tutela antecipatória, o que se contraporia à regra do art. 520, *caput*, CPC.²⁴¹

Há de ser mencionada, ainda, a possibilidade de a parte prejudicada obstar o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo no tocante ao capítulo da antecipação.

É viável o requerimento, pelo réu, de atribuição de efeito suspensivo à sentença, junto ao juízo *a quo* ou mesmo através da interposição de agravo de instrumento contra a decisão que declara os efeitos em que a apelação é recebida.

De acordo com Dierle José Coelho, essa possibilidade decorre da previsão do art. 558, parágrafo único do CPC. O aludido dispositivo legal autoriza o deferimento de efeito suspensivo pelo juízo *a quo*, na hipótese do inciso VII do art. 273, CPC, no caso de restar demonstrada a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação. No entanto, por razões óbvias, ressalvadas as situações excepcionais, dificilmente o juiz prolator da sentença atenderá aos reclamos do réu, pois, caso não entendesse que a decisão merecia executividade imediata, o magistrado abster-se-ia de conceder a tutela antecipatória na própria sentença. A justificativa para o fato de o requerimento ser dirigido ao juízo *a quo* seria a prolação de uma decisão desafiadora de agravo de instrumento para o Tribunal, onde poderia ser requerida antecipação da tutela recursal. Outro caminho possível seria a propositura de medida cautelar inominada diretamente ao órgão *ad quem*, tal como admitido nos recursos especial e

²⁴⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela de urgência: o regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 286, p. 19, ago. 2001.

²⁴¹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. Tutela antecipada, seus momentos e o meio recursal cabível diante das novas reformas processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 138, p. 136, agosto 2006.

extraordinário. Sua utilização como sucedâneo recursal, contudo, vem sendo repudiada pela jurisprudência, já que haveria meio processual idôneo para a obtenção do efeito suspensivo.²⁴²

Essa medida alternativa de requerer efeito suspensivo com fundamento no parágrafo único do art. 558, CPC, já vem sendo admitida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Verifica-se, no julgamento do já referido AgRg 517.887/SP (ver nota 217), que o Ministro Helio Quaglia Barbosa, sugere que a parte eventualmente prejudicada tente conter a eficácia imediata da antecipação de tutela, nos casos dos quais possa resultar perigo de lesão grave ou de difícil reparação, através do requerimento de atribuição de efeito suspensivo.

6.1.2 Atos judiciais de naturezas distintas: recursos cabíveis são apelação e agravo de instrumento

Outra parte da doutrina, embora minoritária, enxerga a sentença em cujo bojo é concedida a tutela antecipatória sendo formada por dois atos decisórios de naturezas jurídicas distintas. Em outros termos, a posição defendida é a de que, nesse caso, a sentença – ato formalmente único – seria composta por uma decisão interlocutória (a de antecipação dos efeitos da tutela) e por sentença (decisão que julga definitivamente o mérito da causa).

Feita essa divisão, portanto, cada ato decisório é desafiável pelo recurso que lhe é próprio. Ou seja, no caso da decisão de antecipação, o recurso cabível é o agravo de instrumento; com relação à sentença, a impugnação dá-se por meio de apelação.

Admitindo a concessão da tutela antecipatória por ocasião do julgamento final da lide, Luiz Guilherme Marinoni faz a seguinte ponderação acerca do “*instrumento técnico que deve servir para a concessão da tutela*”. Consoante o autor paranaense, já que a regra é a de que a sentença é sempre dotada de efeito suspensivo, ou seja, não produz efeitos na pendência da apelação, não pode o juiz deferir a tutela antecipada na própria sentença. A solução que se formula é a da concessão da tutela por meio de decisão interlocutória, apenas no mesmo momento, uma vez que o recurso contra ela cabível é o agravo, recebido somente no efeito devolutivo. Marinoni vai além, afirmando que, mesmo veiculadas pelo mesmo instrumento, ou seja, na mesma folha de papel, se a antecipação de tutela for concedida por decisão

²⁴² NUNES, Dierle José Nunes. Da possibilidade de deferimento da antecipação de tutela na sentença: do recurso cabível e dos efeitos a serem atribuídos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11. p. 50-51.

interlocutória, a sentença, por conseguinte, confirmará a tutela anteriormente concedida, pelo que fica autorizada a incidência do art. 520, VII, CPC, segundo o qual a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo.²⁴³

Esclarecendo a diferença entre os aspectos formal e material da sentença, Marinoni assevera que há, no mesmo instrumento (sentença no aspecto formal), materialmente, uma decisão interlocutória, atacável por agravo, e sentença, por apelação, recebida apenas no efeito devolutivo por ter confirmado a tutela antecipatória.²⁴⁴

O autor bem salienta que não é possível a concessão da tutela antecipada na sentença (aspecto material), uma vez que o recurso de apelação é sempre recebido no efeito suspensivo e o recurso cabível para a impugnação da decisão é o agravo de instrumento. Ademais, retirar-se-ia do réu o direito ao recurso adequado. Desse modo, reitera que a antecipação deve ser concedida através de decisão interlocutória, no momento em que é proferida a sentença, e não na sentença em si.²⁴⁵

Fica evidente, pois, a distinção entre as naturezas jurídicas dos atos judiciais. A decisão de antecipação de tutela conserva o atributo da interlocutoriedade.

Nesse particular, Paulo Afonso Brum Vaz, magistrado federal, ensina que a nota que diferencia a sentença e a decisão interlocutória é o da natureza de seus conteúdos específicos. Para ele, embora o juiz adentre o mérito ao conceder a antecipação, isso não elimina a característica essencial da decisão antecipatória – que é o fato de ser interlocutória – e mantém como recurso apto a sua impugnação o agravo de instrumento. Citando Nelson Nery Jr., o autor advoga em favor do conteúdo como afirmativa da natureza jurídica do provimento, pouco importando o nome que o julgador lhe atribui ou seu modo de exteriorização.²⁴⁶

Para os seguidores dessa linha de pensamento em que é admitida a interposição simultânea de agravo de instrumento e de apelação para impugnação da decisão que traz em seu seio uma antecipação dos efeitos da tutela, não sendo hipótese legal de exceção, a parte não pode ficar submissa ao recurso de apelação dotado de suspensividade, o que impede o

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 200.

²⁴⁴ Idem. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 61.

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 201.

²⁴⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. Antecipação da tutela na sentença e a adequação recursal. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 253, p. 48, nov. 1998. Com relação a esse aspecto de que é o conteúdo do ato que identifica sua natureza jurídica, temos a lição de Edgard Lippmann que sobreleva o princípio da correlação entre o ato judicial e o recurso dele cabível, ou seja, segundo ele, a regra é a de que o ato qualifica-se pela sua consequência ou pelo seu conteúdo. (In: LIPPMANN JR., Edgard Antônio. Aspectos do agravo de instrumento contra antecipação de tutela concedida em sentença definitiva. **Revista de processo**, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 34, dez. 1998)

cumprimento da decisão antecipatória; e o réu não pode ver seu recurso de agravo eventualmente interposto ser rejeitado liminarmente.

A apelação do réu, na percepção de João Batista Lopes, não terá o condão de suspender a eficácia da antecipação. Por outro lado, o réu somente poderia pleitear a modificação do capítulo da sentença que deferiu a tutela antecipada através de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ao tribunal, sem prejuízo da interposição da apelação para reforma do mérito.²⁴⁷

A solução adotada de destacar do corpo da sentença duas espécies de decisão judicial – a interlocutória e a sentença – não ofende qualquer princípio processual.²⁴⁸ A primeira, a qual antecipou os efeitos da decisão de mérito, é sindicável por agravo de instrumento, enquanto a segunda, que julga a lide definitivamente, o é por apelação. Não se fala aqui em divisão do ato judicial, e sim, na manutenção da natureza jurídica dos dois provimentos, proferidos simultaneamente.²⁴⁹

Edgard Antônio Lippmann Júnior, além de estabelecer a diferenciação entre a natureza dos atos simultaneamente proferidos, aduz que a decisão antecipatória mantém sua característica de ser calcada em um juízo de probabilidade, à vista da verossimilhança das alegações, e de ter caráter provisório, ao passo que a sentença, fundada em cognição exauriente e no juízo de certeza, possui natureza definitiva. Acompanhando-o, Sergio Sahione Fadel sublinha que “*sentença como ato final do magistrado exige e pressupõe necessariamente cognição exauriente, que inexistente em sede de antecipação de tutela.*”²⁵⁰

Com relação à questão do princípio da unirrecorribilidade, de acordo com o festejado jurista Luiz Guilherme Marinoni, não há que se falar em ofensa ao referido princípio, já que, para ele, o *periculum in mora*, indispensável à antecipação com base no inciso I do art. 273, não guarda qualquer relação com os fundamentos da procedência do pedido.²⁵¹

²⁴⁷ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 91.

²⁴⁸ A possibilidade de cindirem-se tais provimentos judiciais, para Edgard Antônio Lippmann, decorre da análise endoprocessual, o que é corroborado pela doutrina de Liebman, que preconiza que a sentença formalmente se compõe de capítulos, os quais podem ser destacados particularmente, sem que implicar em ofensa ao princípio da adequação processual (LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da coisa julgada e outros escritos sobre a coisa julgada. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981 *apud* LIPPMANN JR., Edgard Antônio. Aspectos do agravo de instrumento contra antecipação de tutela concedida em sentença definitiva. **Revista de processo**, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 34-35, dez. 1998)

²⁴⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. Antecipação da tutela na sentença e a adequação recursal. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 253, p. 48, nov. 1998. Acompanhando a tese defendida por essa corrente, temos ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Concessão do pedido da tutela antecipatória na própria sentença. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 774, p. 98, abr. 2000.

²⁵⁰ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 55.

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 201.

Conforme já exposto anteriormente, o princípio da unirrecorribilidade não tem caráter absoluto, devendo ceder o lugar quando patente a necessidade de proteção adequada ao direito, caso contrário, o réu teria de suportar a eficácia imediata da tutela antecipada sem a possibilidade de submeter seu inconformismo imediatamente ao Tribunal competente.²⁵²

Enquanto uns defendem uma exceção ao princípio da unirrecorribilidade, outros mencionam que a hibridez desse provimento (atos com naturezas distintas proferidos no mesmo momento) coexiste pacificamente com o princípio da unirrecorribilidade, amparando-se no princípio da correlação entre o ato judicial e o recurso dele cabível, posto que cada provimento será impugnado pelo recurso específico.²⁵³

O posicionamento doutrinário em comento, tal como aquele em sentido oposto, é corroborado pela jurisprudência de alguns Tribunais estaduais.

No julgamento do Agravo de Instrumento 874197²⁵⁴, cuja ementa transcreve-se abaixo, a terceira turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, acompanhando o voto do desembargador relator Mario Machado, entendeu pela possibilidade de concessão da tutela antecipada por ocasião da sentença, mantendo-se, entretanto, a independência entre as duas ordens de decisão.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO NO BOJO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. EFEITOS. RECURSOS. EXECUÇÃO. ARTIGO 273, PARÁGRAFOS TERCEIRO E QUINTO, DO CPC.

Nenhum óbice legal há a que, em uma mesma peça, profira o juiz a sentença e defira a tutela antecipada, que poderia ter concedido antes, mas que não o fizera por qualquer razão, inclusive eventual produção de prova apenas em audiência, ou melhor e mais acurada análise da prova somente quando da oportunidade do julgamento antecipado. Não seria evidentemente jurídico e justo negar-se a tutela antecipada, quando presentes seus pressupostos. Em uma mesma peça, proferida a sentença e deferida a tutela antecipada, há independência entre as duas ordens de decisão: a interlocutória, de antecipação da tutela, e a sentença, resolvendo o mérito. O fato de os provimentos constarem de uma mesma peça não iguala suas respectivas naturezas nem os sujeita aos mesmos efeitos. Cada qual desafia instrumento específico de impugnação, com efeitos próprios. Assim, da interlocutória de antecipação de tutela, cabe agravo de instrumento, sem efeito suspensivo, que, se o caso, pode ser concedido pelo relator; da sentença cabe apelação, com duplo efeito, se o caso. Interposto recurso de apelação, corretamente recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, mas não interposto recurso de agravo da decisão interlocutória, o efeito suspensivo daquele não empolga esta. A decisão de

²⁵² LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 91.

²⁵³ Defendendo a exceção ao princípio da singularidade recursal, cita-se ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Concessão do pedido da tutela antecipatória na própria sentença. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 774, p. 107, abr. 2000. Pela compatibilização entre a interposição dos dois recursos e o aludido princípio, manifesta-se LIPPMANN JR., Edgard Antônio. Aspectos do agravo de instrumento contra antecipação de tutela concedida em sentença definitiva. **Revista de processo**, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 34, dez. 1998.

²⁵⁴ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Agravo de instrumento nº 874197. Terceira turma cível. Diário da justiça de 04 de fevereiro de 1998. p. 57.

antecipação de tutela, como lhe é inerente, reclama imediata execução, nos termos do artigo 273, parágrafos terceiro e quinto, do CPC. Como os efeitos da apelação não podem abranger a decisão de antecipação de tutela, que desafiava, por sua específica natureza, agravo, não cabia aos ora agravantes agravar da decisão que recebeu, no duplo efeito, a apelação. O duplo efeito só envolve a sentença, não, repita-se, a decisão de antecipação de tutela. Agravo conhecido e provido para que tenha a decisão de antecipação de tutela imediato cumprimento, de acordo com os parágrafos terceiro e quinto do artigo 273, do CPC. (grifo nosso)
(Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de instrumento 874197. Órgão julgador: Terceira turma cível. Relator: Des. Mario Machado. Julgado em: 24/11/1997. Publicação: DJU 04/02/1988, p. 57)

Segundo o ilustre relator do recurso,

O fato de os provimentos constarem de uma mesma peça não iguala suas respectivas naturezas nem os sujeita aos mesmos efeitos. Cada qual, conservando sua natureza, gera seus próprios efeitos e desafia instrumento específico de impugnação, com efeitos próprios.

Outro não foi o entendimento do Des. José Roberto Bedran, da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao proferir o voto condutor do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 184.190-4/4²⁵⁵, a teor do aresto então reproduzido:

Antecipação de tutela. Ação de obrigação de fazer. Entrega da posse de imóvel comprometido à venda. Sentença de procedência, mas que nega a antecipação pleiteada pela parte vencedora. Decisão interlocutória embutida na de mérito, a desafiar agravo de instrumento, corretamente interposto. Presença dos requisitos legais, muito bem confirmados pelo próprio fato do acolhimento da pretensão formulada pela autora. Concessão. Agravo provido. *"Possível a tutela antecipatória ao ensejo da sentença, pronunciamento interlocutório que desafia o recurso de agravo de instrumento, deve ser concedida quando presentes os requisitos exigidos, no caso bem confirmados com o próprio julgamento de procedência da ação."*(grifo nosso)
(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento 1841904400. Órgão julgador: 2ª câmara de direito privado. Relator: Des. José Roberto Bedran. Data de registro: 15/02/2001)

6.1.2.1 Algumas considerações sobre o recurso de agravo de instrumento

Por questão de economia processual, tem-se que o recurso cabível contra a decisão que concede a tutela antecipatória na sentença é, desde logo, o agravo de instrumento, uma vez, em última análise, é este o recurso que terá lugar, especialmente, se a parte prejudicada

²⁵⁵ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de instrumento n.º 1841904400. Segunda câmara de direito privado. Registro em 15 de fevereiro de 2001.

pretender obter a suspensão dos efeitos executivos da decisão, caso esta somente fosse impugnável por apelação (nesse caso, seria interposto agravo contra a decisão em que o juiz declara em que efeitos recebe a apelação).²⁵⁶

Desse modo, cabe aqui mencionar, em breves linhas, algumas características desse recurso, diferenciando-o da apelação.

Além de ser o recurso adequado para impugnar decisões interlocutórias, enquanto a apelação deve ser interposta contra sentença, são aspectos que distinguem o agravo da apelação, entre outros: o prazo, a regra dos efeitos em que são recebidos ambos os recursos, as regras de admissibilidade recursal.

A apelação pode ser interposta no prazo de quinze dias contados a partir da publicação da sentença da qual se pretende recorrer (art. 508, CPC). Ademais, como foi mencionado anteriormente, a regra é que seja recebida no duplo efeito, sendo recebida apenas no efeito devolutivo em circunstâncias excepcionais, expressamente previstas em lei.

O agravo de instrumento, por outro lado, tem prazo de dez dias para interposição. Em regra, é recebido apenas no efeito devolutivo (art. 522, CPC), sendo possível a atribuição de efeito suspensivo pelo relator. Acrescente-se, ainda, que, enquanto na apelação o juízo de admissibilidade é feito pelo órgão jurisdicional *a quo*, o agravo de instrumento é interposto diretamente ao tribunal *ad quem*, devendo ser instruído com as peças obrigatórias a que alude o art. 525, I, CPC e devendo ser dada a notícia de sua interposição ao juízo *a quo* no prazo de três dias (art. 526, CPC). A ausência de alguma das cópias obrigatórias e a arguição de descumprimento pelo agravo levam à inadmissibilidade do recurso.

6.2 Efetivação da tutela antecipatória

O § 3º do art. 273, CPC, dispõe que “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas no art. 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A.”

Desse modo, não estando a tutela antecipatória sujeita a recurso com efeito suspensivo, fica facultada à parte a execução imediata desse comando, observando o que preceitua o citado dispositivo legal.

²⁵⁶ LIPPMANN JR., Edgard Antônio. Aspectos do agravo de instrumento contra antecipação de tutela concedida em sentença definitiva. **Revista de processo**, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 36, dez. 1998.

O legislador operou, com grade acerto, a substituição do vocábulo “execução”, que remete à idéia de execução forçada das obrigações por quantia certa, pelo termo “efetivação” da tutela antecipatória, que é mais abrangente, englobando também as formas de execução indireta e imprópria, “*mediante excecutoriedade imediata ou expedição de mandamento.*”²⁵⁷

Embora o artigo 588 tenha sido revogado pela lei n. 11.232/2005, a execução provisória da sentença continuou a ser regulada pelo Código de Processo Civil, só que passou a ser tratada no capítulo do cumprimento de sentença, mais especificamente, no art. 475-O.²⁵⁸

Quanto à execução provisória, é importante destacar que, após as reformas tanto da lei n. 11.232/05 como da lei n. 10.444/02, esta passou a ser mais efetiva. Houve uma mudança de paradigma, uma vez que o legislador da reforma passou a considerar, além do juízo de certeza, também o juízo de probabilidade. Isto fica claro na dispensa de caução prevista pela lei quando pendente de julgamento o agravo de instrumento interposto contra a decisão de inadmissão de recurso especial e extraordinário no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, respectivamente (art. 475-O, II).

Admitida a antecipação, o cumprimento da medida se dá nos próprios autos, independentemente de processo de execução autônomo. Desnecessária, portanto, a citação da parte contrária que fica impedida de interpor embargos. Para José Roberto Bedaque, a referência ao artigo que tratava da execução provisória é mera indicação de parâmetros para o cumprimento da medida, já que os limites dessa espécie de execução são incompatíveis com a finalidade do instituto.²⁵⁹

Ainda consoante o precitado autor, “*cabará ao juiz, dependendo do conteúdo da tutela antecipada, determinar qual a melhor forma a ser adotada para dotá-la de efetividade.*”²⁶⁰

De acordo com Teori Zavascki, considerando a natureza da providência a ser atendida, se consistir em prestação de fazer ou não fazer, seu cumprimento deve obedecer às regras dos §§ 4º e 5º do art. 461, CPC, aplicáveis também à prestação de entrega de coisa, por força do art. 461-A, § 3º, CPC. Embora, em princípio, as regras da execução provisória sejam destinadas às prestações de pagar quantia, vislumbra-se a sua aplicação quase integral à qualquer caso de cumprimento de medida antecipatória, independentemente da natureza do

²⁵⁷ Nesse sentido, ensina Athos Gusmão Carneiro (In: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 65).

²⁵⁸ Segundo Cassio Scarpinella Bueno, a efetivação da tutela antecipatória deverá ser feita por “carta de sentença” (*sic*), já que os autos subirão ao tribunal para o julgamento do recurso. (In: BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 95). Vale ressaltar que tal expressão foi abolida por muitos doutrinadores com a reforma da execução pela lei 11.232/2005.

²⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 370.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 386.

provimento. Em sentido contrário, manifesta-se Candido Rangel Dinamarco, para quem só há que se falar em execução provisória quando se tratar de antecipação de uma condenação, visto que nos demais casos a efetivação ocorre por outros meios.²⁶¹

Ainda segundo o posicionamento de Teori, em sendo a execução provisória, passível de modificação ou de ser tornada ineficaz a qualquer tempo, cabe ao juiz preservar meios eficientes ao retorno do *status quo ante*, inclusive, se for caso, exigindo caução idônea com tal finalidade. Assim, a prestação de caução a que se refere o art. 475-O, III, CPC, acaba sendo de aplicação imperiosa, por força do próprio sistema, independentemente da natureza da medida antecipatória.²⁶²

Consoante o magistério de Bedaque, a exigência de caução constitui mecanismo de evitar dano à parte que, após suportar os efeitos da tutela antecipatória, obtém provimento definitivo favorável. Configura-se o instituto da caução verdadeira contracautela, “*pois tem a finalidade de abrandar a violência representada pela invasão da esfera jurídica do requerido, sem a adequada cognição da situação descrita pelo requerente.*” Completa o autor, afirmando que a caução é a alternativa conferida ao julgador para contornar o problema dos danos gerados pela tutela antecipatória quando não reste confirmada a verossimilhança das alegações do autor.²⁶³

Vale lembrar que a exigência de caução não pode se tornar um entrave à efetivação da tutela antecipatória por quem não tem condições de prestá-la. Não deve a caução servir de obstáculo econômico à satisfação do direito da parte. “*Caso a parte não possua condições econômicas de prestá-la, a imposição desse ônus acaba por constituir óbice intransponível à efetividade do processo.*” A exigência inviabiliza a medida antecipatória para o hipossuficiente.²⁶⁴ Tanto é verdade que a lei exime a parte da prestação de caução, mesmo quando suscetível de causar à outra parte grave dano, em se tratando de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, no limite de até sessenta salários mínimos e desde que a parte demonstre seu estado de necessidade, a teor do que dispõe o art. 475-O, III c/c § 2º, I,

²⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 89. Seguindo seu entendimento, Marinoni assevera que “*as regras do art. 475-O que não se referem expressamente à ‘forma de execução’ também são aplicáveis nas hipóteses em que se pretende um fazer, um não-fazer ou a entrega de coisa.*” (In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 267). Em via oposta, DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela de urgência: o regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 286, p. 21, ago. 2001.

²⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 91.

²⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 391.

²⁶⁴ *Ibid.*, 393.

CPC. Nesse ponto, Athos Gusmão Carneiro defende a aplicação das regras de concessão do benefício de assistência judiciária gratuita, em homenagem ao princípio da isonomia.²⁶⁵

Referindo-se à execução conforma a natureza da tutela, Sergio Sahione examina que, quando a tutela é antecipada em ação meramente declaratória ou constitutiva, a efetivação dá-se através da simples decisão, sendo cabível, quando muito, apenas um mandado ou comunicação a quem tem direito ou para providências cabíveis, se for o caso. Tratando-se, entretanto, de ação condenatória, o cumprimento da tutela corporifica-se mediante a expedição de ofício ou mandado ao obrigado, com a ordem específica correspondente, podendo ser cominada penalidade em caso de não-cumprimento.²⁶⁶

Quanto à efetivação da tutela antecipada que impõe uma prestação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, Luiz Guilherme Marinoni aceita a aplicação das regras dos artigos 461 e 461-A, quando se tratar de ação declaratória ou constitutiva. No que diz respeito à tutela antecipatória que determina o pagamento de quantia em dinheiro, segundo o autor, três são as formas de execução: a) execução por expropriação; b) execução por penhora online; c) execução sob pena de multa, partindo-se do pressuposto de que se a antecipação da soma é necessária, não pode se sujeitar à adoção dos meios de expropriação, pois estes não configuram uma execução célere e, portanto, adequada aos fins da antecipação. A aplicação da multa para forçar o devedor ao cumprimento da prestação de pagar soma em dinheiro, a despeito de não haver expressa previsão legal nesse sentido, coaduna-se com o *“princípio da tutela jurisdicional efetiva, que determina que as regras processuais sejam interpretadas de modo a atender as necessidades do direito material.”*²⁶⁷

Importante ressaltar, ainda, que caso sobrevenha decisão em sentido contrário à da decisão antecipatória, o beneficiário desta tutela será responsabilizado, já que a execução provisória corre por sua conta e risco. Nesse ponto, sustenta-se a aplicação analógica do art. 811, CPC, razão pela qual fica estabelecida a responsabilidade objetiva da parte, dado que o autor, ao promover a execução da tutela, assume o risco das conseqüências. Fica, pois, dispensada a perquirição da culpa, sendo suficientes a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre ele e a medida.²⁶⁸

²⁶⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63.

²⁶⁶ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 69. No mesmo sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 92.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 265-266.

²⁶⁸ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 69. No mesmo sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva,

7 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou realizar um exame um pouco mais aprofundado do instituto da tutela antecipatória, sobretudo, no que se refere à sua concessão ao cabo da instrução, quando a causa encontra-se madura, pronta para receber sentença, a decisão final da lide em primeiro grau de jurisdição. Nesse aspecto particular, em decorrência dessa prática judiciária, bem comum especialmente nas causas em que a Fazenda Pública é ré, surgem outras questões carecedoras de disciplina legal: o recurso adequado a ser manejado pela parte vencida contra essa decisão para levar seu inconformismo à apreciação do órgão jurisdicional hierarquicamente superior e, obter dele uma segunda decisão confirmatória ou reformatória daquela recorrida.

Observa-se, portanto, que o tema está longe de ser pacificado. A primeira controvérsia passa pela legitimidade da conduta do juiz que defere a medida na sentença de mérito. Embora sejam coerentes os argumentos daqueles que se posicionam contrariamente a essa possibilidade, tal prática é largamente aceita, principalmente, como alternativa de conferir maior efetividade às decisões judiciais, contornando o problema da morosidade, de modo que a parte que logrou comprovar seu direito possa desfrutar desde logo do bem da vida, sem precisar aguardar o esgotamento dos eventuais recursos da decisão.

Embora essa conduta dos magistrados possa ser considerada burla à lei para os mais conservadores, de qualquer modo, foi uma maneira por eles encontrada de solucionar com mais justiça a lide posta à exame.

Com efeito, tendo em vista o surgimento de novos interesses sociais que precisam ser tutelados de forma eficaz e a dificuldade operacional por que passa o Judiciário, na ausência de medidas que resolvam o problema desde a sua origem, a concessão da tutela antecipatória na sentença, embora com atuação nas conseqüências, é justificada em prol da efetividade de que deve se revestir a prestação jurisdicional, que só é finda com a entrega do bem da vida e a satisfação do titular do direito material.

Maiores são as dificuldades em encontrar uma solução para a problemática recursal. É certo que a jurisprudência vem sedimentando seu posicionamento no sentido de admitir apenas a apelação para impugnação da sentença que traz em seu bojo a concessão da tutela

antecipatória. Parece, entretanto, que o argumento de ofensa ao princípio da unirecorribilidade não é forte o suficiente para justificar esse entendimento. Os princípios norteadores do sistema processual, como quaisquer outros princípios, não são absolutos, devendo ceder lugar àqueles cuja prevalência, no caso concreto, é mais útil à satisfação das partes litigantes.

É mais compreensível que não se queira esvaziar o objetivo do instituto, que é o de impedir que a parte que demonstra razoavelmente a existência de seu direito e defronta-se com uma situação de urgência tenha que esperar o pronunciamento final do juiz ou o processamento do recurso no tribunal para, então, dele usufruir.

Por outro lado, não se pode perder de vista as características da referida tutela, previstas, inclusive, no texto legal, como a de ter sido concebida, em princípio, para ser deferida mediante cognição sumária e de ser revogável. Ademais, a própria lei preconiza a natureza jurídica de decisão interlocutória da tutela antecipatória, ao estabelecer que o processo prosseguirá até o final, mesmo quando deferida a medida.

Por essa razão, fortes são os argumentos da corrente que defende o cabimento de dois recursos distintos, a serem interpostos simultaneamente, cada qual em seu prazo, permanecendo fiel à essência da tutela antecipatória.

Com efeito, há vantagens na admissão de apenas um recurso – a apelação – para a impugnação da decisão. Além de atender a uma questão de economia processual, evitando a formação de novos autos para instrução do agravo, diminui-se o tumulto no processo e impede-se a chegada de mais um recurso para julgamento pelo órgão *ad quem*, o que contribui para o desafogamento do Judiciário.

Entretanto, aplicar analogicamente o art. 520, VII, CPC, embora seja a saída mais razoável, não parece ser a mais técnica. Isto porque a lei prevê, tanto no Código de Processo Civil quanto na legislação extravagante, as hipóteses excepcionais em que o recurso de apelação será destituído de seu efeito suspensivo automático. Em caso de exceção, normalmente, a interpretação que se adota é a restritiva, justamente para retrair o campo da discricionariedade do julgador e conferir maior segurança às partes do processo que já conhecerão as circunstâncias em que a regra não incide.

Ademais, há de se destacar que, se fosse a intenção do legislador excluir o efeito suspensivo da apelação quando a sentença conceder a tutela antecipatória, ele o teria feito nas inúmeras reformas por que vem passando o processo civil. Optou, portanto, por prover a sentença de imediata eficácia apenas na hipótese em que esta confirma a tutela antecipatória anteriormente concedida. Há, ainda, os casos de pedidos cumulados, nos quais, concedida a

tutela antecipatória, ou se permite a execução imediata de toda a sentença ou atribui-se efeito suspensivo parcial ao recurso, o que não encontra respaldo legal.

Em outra via, o recurso de agravo, por ser interposto diretamente ao tribunal *ad quem*, em tese, deve ser apreciado pelo relator antes da apelação, uma vez que esta ainda passa pelo juízo de admissibilidade do órgão *a quo*, após a abertura de oportunidade para manifestação da parte contrária. Desse modo, observa-se que a interposição do agravo, embora recebido apenas no efeito devolutivo – o que atende aos reclamos de executividade imediata da medida – tende a acelerar a análise do pedido de reforma da parte insatisfeita, possibilitando a obtenção de efeito suspensivo caso fique demonstrado o perigo de lesão.

Da mesma forma, são encontradas dificuldades de compatibilização do recurso de agravo de instrumento a par do posicionamento isolado de Marinoni que vislumbra uma hipótese de aplicação do art. 520, VII, CPC, nos limites da legalidade, ainda são superficiais as considerações acerca da compatibilização do processamento dos dois recursos, agravo e apelação. Mesmo assim, o entendimento de que a sentença que em seu corpo traz uma tutela antecipatória, que mantém sua natureza jurídica, não viola qualquer norma jurídica e permite a coexistência de ambos os recursos.

A solução para a questão, portanto, não pode é tão facilmente encontrada. O ideal seria que o legislador dispusesse claramente a respeito da sentença concessória da tutela antecipada, já que é uma realidade constante no sistema processual. Enquanto isso não ocorre, resta às partes apoiarem-se no entendimento dos julgadores e na doutrina que se dedica ao tema para agir no processo, e aos juízes e processualistas buscar a melhor saída para que sejam alcançados os objetivos do instituto, em observância ao princípio da efetividade do processo. Uma delas pode residir na aplicação adequada do princípio da fungibilidade dos recursos, com o afastamento dos excessos formais e dos requisitos extraordinários exigidos pela jurisprudência. A parte, ao menos, não corre o risco de ver a sua pretensão recursal esvaziada pela falta de acerto na interposição do recurso. Com a compreensão de que o tema gera dúvidas nas partes, causando insegurança jurídica, a flexibilização das regras de processamento dos recursos, voltada à fungibilidade e com a observância da instrumentalidade das formas, mantém aceso o ideal de efetividade da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Concessão do pedido da tutela antecipatória na própria sentença. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 774, p. 94-107, abril 2000.

ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 105-114, out.-dez. 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da tutela**. 1. ed. reimp. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim)

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. Noções sobre a classificação das ações: algumas modalidades de procedimentos e o cabimento da antecipação de tutela. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 391, p. 25-44, mai.-jun. 2007.

ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 80, p. 103-109, out.-dez. 1995.

ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 276-291.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Tutela antecipada, seus momentos e o meio recursal cabível diante das novas reformas processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 138, p. 130-138, agosto 2006.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 65, p. 45-55, jan.-mar. 1992.

ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5 (arts. 476 a 565). 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 329, p. 97-103, 1995.

BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. As formas diferenciadas de tutela no processo civil brasileiro. In: CALMON FILHO, Petrônio e BELTRAME, Adriana (Org.). **Temas atuais de direito processual ibero-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERMUDES, Sergio. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do código de processo civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808, p. 72-81, fevereiro 2003.

BORGES, Marcos Afonso. Novos tipos de tutelas no moderno direito processual. **Revista Jurídica**, n. 275, p. 20-24, setembro 2000.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992. p. 15562. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 21/09/2008

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Agravo de instrumento nº 874197. Terceira turma cível. Diário da justiça de 04 de fevereiro de 1998. p. 57. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=61316,82430,8904&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>> Acesso em: 15/11/2008.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de instrumento nº 1841904400. Segunda câmara de direito privado. Registro em 15 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao=1669208>> Acesso em: 15/11/2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 279.251/SP (2000/0097156-1). Quarta turma. Diário da justiça de 30 de abril de 2001. p. 38. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=200000971561&data=30/04/2001>>. Acesso em 07/11/2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 648.886 (2004/004395-3). Segunda seção. Diário da justiça de 06 de setembro de 2004. p. 162. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400439563&dt_publicacao=06/09/2004>. Acesso em 07/11/2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 473069 (2002/0132078-0). Terceira Turma. Diário da justiça de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+%28279251%29&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 07/11/2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 706252/SP (2004/0167479-7). Primeira Turma. Diário da justiça de 26 de setembro de 2005. p. 234. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=706252> Acesso em: 16/11/2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 517.887/SP (2003/0079411-9). Sexta turma. Diário da justiça de 21 de novembro de 2005. p. 315. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300794119&dt_publicacao=21/11/2005>. Acesso em 15/11/2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 524017/MG (2003/0038368-5). Sexta turma. Diário da justiça de 06 de outubro de 2003. p. 347. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)+e+@num='524017'\)+ou+\('RESP'+adj+'524017'.suce.\)>](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.)+e+@num='524017')+ou+('RESP'+adj+'524017'.suce.)>)> Acesso em: 15/11/2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 723547/DF (2005/0195218-1). Terceira Turma. Diário da justiça de 06 de dezembro de 2007. p. 312. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=tutela+antecipada+e+apela%E7%E3+e+unirrecorribilidade&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>> Acesso em: 15/11/2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a EC n. 45/2004 e com as leis n. 11.187 e 11.282/2005, 11.276, 11.277, 11.280 e 11.382/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. atual em conformidade com as leis nº 10.352, de 26.12.2001, nº 10.358, de 27.12.2001 e nº 10.444, de 07.05.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. v. I.

_____. _____. 3 ed. São Paulo: Bookseller, 2002. v. II.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho. O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional – o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 138, p. 79-91, agosto 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 233-246.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 1.

_____. 3. ed. rev., atual e ampl. de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas STF, STJ e TST e as Leis Federais nºs 11.232/2005, 11.276/2006, 11.280/2006, 11.341/2006, 11.382/2006, 11.417/2006, 11,418/2006, 11.419/2006. Salvador: Jus Podivm, 2007. v.3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Tutela de urgência: o regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 49, n. 286, p. 5-28, agosto 2001.

FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Recursos no processo civil. v. 8)

FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**. São Paulo: Destaque, 1995.

_____. **Tutela de segurança e tutela de evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada. In: SANTOS, Ernani Fidelis *et al* (Org.). **Execução civil**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286. (Coleção José do Patrocínio)

_____. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.

_____. O acesso ao direito e à justiça. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 197-223. (Coleção José do Patrocínio)

_____. Tutela jurisdicional específica. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 513-539. (Coleção José do Patrocínio)

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

LIPPMANN JR., Edgard Antônio. Aspectos do agravo de instrumento contra antecipação de tutela concedida em sentença definitiva. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 92, p. 33-36, out.-dez. 1998.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman – vol. 52).

NERY JR., Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e 1995. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman – v. 21)

_____. **Princípios fundamentais** – teoria geral dos recursos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. Da possibilidade de deferimento da antecipação de tutela na sentença – do recurso cabível e dos efeitos a serem atribuídos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11. p. 47-50.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da razoável duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Antecipação de tutela na sentença e efeitos do recurso de apelação. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11. p. 283-305.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96, p. 45-58, out.-dez. 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SLAIBI FILHO, NAGIB. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. In: Jusnavigandi. Junho de 2006. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=33488p=1>>. Acesso em 29 de setembro de 2008.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no artigo 461 CPC**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman – v. 49).

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 41. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. II.

_____. **Processo cautelar**. 20. ed. rev. e atual. (com análise das leis n.ºs 8.952/94 – tutela antecipada e 9.492/97 – protesto de títulos). São Paulo: Leud, 2002.

_____. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 342, p. 107-120, abr.-jun. 1998.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Antecipação da tutela na sentença e a adequação recursal. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 253, p. 46-49, novembro 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) e leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZENI, Fernando César. Deferimento do pedido de tutela antecipatória na sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 94, p. 75-80, abr.-jun. 1999.