

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA - SP

SUZANA MARIA PALETTA GUEDES MORAES

**TUTELA ANTECIPADA:
efeitos passíveis de antecipação**

JUIZ DE FORA
2011

SUZANA MARIA PALETTA GUEDES MORAES

**TUTELA ANTECIPADA:
efeitos passíveis de antecipação**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica - SP como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Luís Eduardo Simardi Fernandes

JUIZ DE FORA
2011

SUZANA MARIA PALETTA GUEDES MORAES

TUTELA ANTECIPADA:
efeitos passíveis de antecipação

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica - SP como um dos pré-
requisitos para a obtenção do grau de
Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovada em ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof. Luís Eduardo Simardi Fernandes
Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP / Orientador

Membro
Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP

Membro
Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP

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:

(...)

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.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

RESUMO

É cediço que a maior preocupação do operador do direito é com a tão indesejada morosidade processual, já que a própria Constituição Federal garantiu aos litigantes a eficácia jurisdicional elevada, inclusive, a direito fundamental. O instituto da antecipação dos efeitos da tutela, instituído entre nós por intermédio da Lei 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, constitui instrumento comprometido com a repartição do ônus do tempo no processo. Em razão da necessidade de evitar o perigo da demora do processo comum e transformá-lo em solução inútil para cumprimento de sua função constitucional, a antecipação de tutela veio como um sistema jurídico-processual moderno: no qual se diferencia a tutela antecipada de mérito da tutela cautelar, se reflete sobre a compatibilização da efetividade do processo com a segurança jurídica, e se conclui no sentido de que, para se manter a segurança, será necessária aplicação da técnica por uma magistratura preparada, ponderada e apta a atender aos clamores da sociedade. No campo da técnica processual e, objeto deste estudo, discute-se, em especial, quais os efeitos da tutela jurisdicional podem, de fato, ser antecipados. Harmoniosamente coadunada com as necessidades dos jurisdicionados, a antecipação dos efeitos da tutela representa profunda reforma ao procedimento ordinário. O novo instituto traduz a idéia de tutela jurisdicional compromissada com a realidade social, significando, pois, importante avanço na busca da efetividade do processo e acesso à justiça. O presente trabalho tem a finalidade, desta forma, de tentar esboçar um estudo sobre este instituto, analisar algumas de suas características, suas funções e seu emprego.

Palavras-chave: Eficácia Jurídica; Antecipação de Tutela; Efeitos Antecipados.

ABSTRACT

It's musty that the biggest concern is the operator of the right to procedural delays as unwanted, as the Federal Constitution guaranteed the high court disputing the effectiveness, including the fundamental right. The Institute of anticipating the effects of protection, set between us through the Law 8.952/94, which rewrote the Article 273 of the Code of Civil Procedure, the instrument is committed to sharing the burden of time in the process. Because of the need to avoid the danger of delay of the common process and turn it into useless solution to fulfill its constitutional function, the legal protection came as a modern legal system, procedural, in which differentiates the preliminary injunction on the merits of prudential supervision, is reflected on the compatibility of the effectiveness of the process with legal certainty, and ends in the sense that, to maintain security, will require application of the technique by a judiciary prepared, thoughtful and able to meet the claims of society . In the field of technical and procedural, object of this study, we discuss in particular the effects of which judicial review may in fact be anticipated. Harmoniously matches the needs of the court, anticipating the effects of protection represents a deep reform the ordinary procedure. The new institute expresses the idea of judicial commitment to the social reality, meaning, therefore, important progress in the search process and the effectiveness of access to justice. This work is intended, therefore, to try to draft a study on this institute, look at some of its characteristics, functions and jobs.

Keywords: Effective Legal; Legal Protection; Anticipated Effect.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AO ESTUDO DO TEMA	9
1.1 O CONCEITO DE JURISDIÇÃO	9
1.2 O CONCEITO DE TUTELA JURÍDICA	13
1.3 A TUTELA JURISDICIONAL E OS FINS A QUE SE PROPÕE CUMPRIR	14
1.3.1 O propósito jurídico da tutela jurisdicional	15
1.3.2 O propósito político da tutela jurisdicional	15
1.3.3 O propósito social da tutela jurisdicional	16
1.4 A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E O ACESSO À JUSTIÇA	16
.....	16
2 UMA VISÃO TEÓRICA DA TUTELA DE URGÊNCIA FRENTE AO DIREITO POSITIVO	20
2.1 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A JURISDIÇÃO SOBRE QUESTÕES DIFERENCIADAS	20
2.2 FUNDAMENTOS DAS TÉCNICAS DIFERENCIADAS DE TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO	23
2.3 TUTELA ANTECIPATORIA NÃO E TUTELA CAUTELAR	25
2.3.1 A questão da cognição	25
2.3.2 A Satisfatividade	28
2.3.3 A referibilidade ao direito acautelado	29
2.3.4 A Provisoriedade	30
2.3.5 A Instrumentalidade	31
2.3.6 Outras considerações sobre a tutela antecipatória e tutela cautelar	31
2.4 JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE	32
2.5 ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA	32
3 ALCANCE DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS	37
3.1 A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA SEGUNDO O JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA	37
3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PODERES DO JUIZ FRENTE AO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA	39
3.3 FINALIDADES DAS PROVIDÊNCIAS ANTECIPATÓRIAS DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	41
4 EFEITOS DOS PROVIMENTOS SENTENCIAIS	42
4.1 AS SENTENÇAS PURAMENTE DECLARATÓRIAS	44
4.2 AS SENTENÇAS CONSTITUTIVAS	45
4.3 AS SENTENÇAS MANDAMENTAIS	45
4.4 AS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS	47
4.5 AS SENTENÇAS EXECUTIVAS <i>LATO SENSU</i>	48
4.5.1 A necessidade de caução na execução provisória	51
4.6 EFEITOS DA SENTENÇA PASSÍVEIS DE ANTECIPAÇÃO	52
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O tema da antecipação de tutela, por ser ainda recente no direito brasileiro, carece de esclarecimentos. A questão que toca à possibilidade ou não da antecipação dos efeitos da tutela, necessita de uma análise bastante cuidadosa para que equívocos não sejam cometidos na aplicação do novo instituto.

Seguindo a tendência contemporânea do Direito Processual Civil que ergue a bandeira da efetividade do processo, a introdução da tutela antecipatória no direito pátrio através da Lei 8.952, de 13.12.94, corresponde a uma tentativa de conferir operacionalidade ao rito ordinário. Já que a adoção, como regra, deste procedimento por demais ritualizado e dogmático tem se revelado incapaz, em grande número de casos, de atender aos intentos da sociedade atual.

A idéia de que o processo deve ser capaz de produzir a efetiva tutela ao interesse da parte, traz a lume a problemática da utilidade da decisão jurisdicional, centrada principalmente no binômio que envolve rapidez e certeza na prestação da tutela. Atualmente, a questão que envolve a morosidade da entrega da tutela jurisdicional, talvez seja a que mais aflige aos cidadãos quando da decisão de recorrer ao judiciário.

A demora dos procedimentos, redundando em sacrifícios ao direito do autor que demonstra *prima facie* o seu direito, em razoável índice de probabilidade, não reflete o real sentido da jurisdição e dos princípios que informam o direito processual. Durante algum tempo o artigo 798 do Código de Processo Civil foi o meio utilizado para combater às deficiências do procedimento ordinário. A antecipação da tutela surge no ordenamento exatamente para corrigir as impropriedades da jurisprudência que desnaturalizavam, não obstante as boas intenções, o instituto das cautelares inominadas.

Assim, ao lado da verificação dos requisitos indispensáveis à concessão da antecipação de tutela, nos moldes do novo artigo 273 do Código de Processo Civil, mister se faz o exame dos efeitos que se pretende sejam antecipados. Partindo-se do pressuposto de que as sentenças produzem cinco tipos de efeitos (declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo *lato sensu*), este trabalho tem por objetivo verificar, quais desses efeitos são passíveis de antecipação.

Para que determinadas considerações a respeito desse tema sejam atingidas, necessário se faz, primeiramente, que alguns institutos sejam revistos. Nesse sentido, por constituírem premissas indispensáveis à perfeita compreensão da proposta, neste trabalho são

estudados previamente os temas da jurisdição, seus caracteres e propostos; a problemática que envolve a tutela jurisdicional, o acesso à justiça e a efetividade do processo; a realidade vivida pela sociedade contemporânea e a necessidade de prestação sumarizada da tutela jurisdicional; a caracterização do novo instituto da antecipação frente às técnicas diferenciadas de tutela e a sua distinção das medidas cautelares, liminares e julgamento antecipado da lide; a utilização do juízo de verossimilhança da alegação como técnica de antecipação da tutela; os poderes dos juízes frente à possibilidade de emissão de provimentos antecipatórios; as finalidades das decisões proferidas com base no artigo 273 do Código de Processo Civil; e, por fim, a análise dos efeitos que compõem os provimentos sentençiais e verificação daqueles que estão sujeitos à antecipação.

O método adotado foi o indutivo lógico de abordagem, e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. O texto foi dividido em três capítulos, sendo estes subdivididos em itens e subitens.

O objeto da pesquisa restringe-se ao direito processual civil brasileiro. Não serão realizadas comparações com o direito processual vigente em outros países.

O texto da pesquisa está distribuído em quatro capítulos, subdivididos em itens e subitens, para melhor compreensão do tema proposto.

Ressalte-se, por oportuno, que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas somente despertar a atenção para a importância do tema, bem como suscitar reflexão e debates.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AO ESTUDO DO TEMA

1.1 O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Etimologicamente, o vocábulo jurisdição deriva de *jurisdictio*, formado por *jus*, *juris* (*direito*) e por *dictio*, *dicere* (*ação de dizer, pronúncia*), traduzindo assim, a idéia de ação de dizer o direito.¹

Antes de apresentarmos algumas idéias sobre o conceito de jurisdição, por opção metodológica, indicamos abaixo o pensamento de determinados tratadistas que se preocupam com a sua definição.

Na doutrina de Chiovenda² a jurisdição constitui a função do Estado, consistente na atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de outros, tanto no sentido de afirmar a existência da lei, quanto no de determinar que a mesma produza seus efeitos.

Para Couture,³ a jurisdição é a função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, por intermédio de decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução.

No entendimento de Carnelutti,⁴ a jurisdição consiste na justa composição da lide, mediante sentença declarativa, através da qual o juiz diz o direito.

No ensinamento de Liebman,⁵ a jurisdição é conceituada como o poder que toca ao Estado, entre suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.

Segundo Dinamarco,⁶ a jurisdição é definida como a função do Estado, através da qual, este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para imparcialmente, solucionar a desavença que os envolve.

Em José de Albuquerque Rocha,⁷ a jurisdição vem enunciada como a função estatal que tem a finalidade precípua de garantir a hegemonia do direito na sociedade.

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 27.

² FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**. Rio de Janeiro: Destaque, 2005, p. 05.

³ THEODORO Jr. Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 153.

⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001, p. 24.

⁵ HEODORO Jr. Humberto, *op. cit.*, p. 34.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 125.

⁷ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral de processo**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 52.

Na obra de Pontes de Miranda⁸, a jurisdição é conceituada de forma mais simplificada, significando a atividade do Estado de aplicar as leis, sendo esta atividade desempenhada sob a forma de função específica.

A partir de um breve exame das definições descritas pelos tratadistas mencionados, percebemos a existência de elementos comuns como: a presença do Estado na figura de agente responsável pelo exercício da jurisdição e a idéia de que esta deve tutelar o direito em última instância.

Neste momento, antes de passarmos ao exame dos aspectos delineadores da jurisdição, vale ressaltar que a sua manifestação, em relação aos jurisdicionados, dá-se sob três acepções:

a) no sentido de PODER, quando representa a capacidade do Estado decidir imperativamente e impor seus julgamentos;

b) no significado de FUNÇÃO, em que expressa o encargo que o Estado assumiu quando proibiu a justiça de mão própria e trouxe para si a função de tutelar, adequada e efetivamente, os diversos conflitos levados ao seu conhecimento. O poder legislativo, o poder executivo e os próprios particulares, aplicam a lei, mas a todos falta a especificidade de função, exclusiva do poder jurisdicional;

c) no sentido de ATIVIDADE, exprimindo o conjunto de atos que o juiz realiza no processo.

Desse modo, seguindo o ensinamento de Dinamarco,⁹ podemos afirmar que a jurisdição representa ao mesmo tempo poder, função e atividade do Estado. No desenvolvimento deste trabalho, procuraremos operacionalizar com os três conceitos, dependendo do elemento abordado, uma vez que cada uma dessas definições representa uma concepção da jurisdição.

A idéia de direito, a partir do Estado moderno,¹⁰ suscita desde logo, a idéia de jurisdição. Nas sociedades mais remotas, antes de o direito tornar-se monopólio do Estado, sua observância era garantida pelos próprios indivíduos cujos direitos eram violados, ou ainda, pela igreja nos tempos em que esta detinha o poder. Foi apenas com o

⁸ MIRANDA, Pontes, *op. cit.*, p. 81.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰ O Estado Moderno surgiu no século XVIII a partir da tensão estabelecida entre o sistema feudal e a classe burguesa. Originou-se em face da tendência provocada pelas condições históricas e materiais da época que impunham a formação de um Estado unitário e concentrado. As características essenciais do Estado Moderno estão na separação ocorrida entre política e religião e na centralização do poder. No Estado Moderno a política deixou de ser dirigida pela religião e o poder passou a ser progressivamente centralizado segundo uma instância cada vez mais ampla. Com o advento da era moderna o poder estatal tomou para si a função jurisdicional como a conhecemos hoje, ou seja, a resolução dos conflitos passou a ser de competência exclusiva do Estado segundo as suas próprias leis, sem a interferência dos particulares ou da igreja.

desenvolvimento das sociedades e, quando o Estado tomou para si, com exclusividade, a função de dirimir os conflitos e assegurar a aplicação do direito, é que surgiu a verdadeira jurisdição.

Importante ainda notar que, nos moldes em que é concebida pelos doutrinadores citados, a jurisdição revela-se como um fenômeno típico do Estado de Direito, somente sob essa forma, o poder estatal subordina-se aos preceitos contidos no ordenamento jurídico.

O Estado de Direito constitui-se, basicamente, a partir da observância dos princípios da constitucionalidade e da juridicidade. Segundo estes preceitos, o poder estatal deve respeito às normas constitucionais e tem o dever de estruturar suas formas e procedimentos de acordo com as normas contidas no ordenamento.

Tratando do assunto, Hans Kelsen¹¹ ensina que todo Estado é uma ordem jurídica e, como tal, a expressão “Estado de Direito”, designaria um pleonasma, pois todo Estado é um Estado de Direito. No entanto, o próprio Hans Kelsen sustenta em seguida que a expressão “Estado de Direito”, é freqüentemente utilizada para indicar um tipo especial de Estado, qual seja, aquele que preenche os requisitos da democracia e da segurança jurídica. Na conclusão de seu pensamento, este autor define o Estado de Direito como uma ordem jurídica, relativamente centralizada através da qual, a jurisdição e a administração estão ligadas às normas estabelecidas pelo parlamento; os membros do governo responsabilizam-se por seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos são garantidas (p. ex., liberdade de crença e expressão do pensamento).

Ainda sobre o tema, Norberto Bobbio,¹² entende que o Estado de Direito é sinônimo de Estado Constitucional. De acordo com Norberto Bobbio o Estado de Direito pode ser sistematizado da seguinte maneira: Estrutura Formal do Sistema Jurídico (garantia das liberdades fundamentais com aplicação da lei geral e abstrata por parte de juízes independentes), Estrutura Material (liberdade de concorrência no mercado), Estrutura Social (questões políticas e sociais reformistas buscando a integração da classe trabalhadora) e, Estrutura Política (separação e distribuição de poderes).

¹¹ Para Kelsen, ordem jurídica significa ordem de conduta humana - que deve instituir os órgãos estatais de modo a fazê-los funcionar segundo o princípio da divisão do trabalho, para criação e aplicação das normas que a formam, devendo apresentar certo grau de centralização. Hans Kelsen ainda observa que a idéia de Estado não submetido ao direito é impensável “Não há, nem pode haver, lugar a um processo no qual um Estado que, na sua existência, seja anterior ao direito e, depois, se submeta a ele. Não é o Estado que se subordina ao direito por ele criado, mas é o direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente a sua conduta dirigida à criação do direito, submete a si estes indivíduos” (*In* KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 327).

¹² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 401.

Considerando essas observações, interessante é salientarmos que no Estado de Direito, em razão da centralização do poder, para que as finalidades estatais sejam atendidas, opera-se a distribuição de funções. As funções do Estado classificam-se em três categorias: administrativa, legislativa e jurisdicional.¹³

Por serem formas de manifestação de um mesmo poder, ontologicamente, as funções administrativa, legislativa e jurisdicional não diferem. A distinção se dá pelas atividades que o Estado executa. Através da função legislativa, o Estado cria normas abstratas e gerais que disciplinam as condutas dos indivíduos entre si ou entre estes e o poder público. Por intermédio da função administrativa, o Estado compromete-se com a realização do bem comum, conferindo o devido cumprimento às leis elaboradas pela atividade legislativa. Pela função jurisdicional, com a qual nos preocupamos mais atentamente neste trabalho, o Estado, em caráter substitutivo aos particulares, exerce a função de solucionar em caráter definitivo as controvérsias levadas ao seu conhecimento, ou seja, busca fazer justiça aos casos concretos mediante a aplicação das normas gerais e abstratas.

Desse modo, ao considerarmos que cada uma das funções estatais constitui um conjunto de serviços preordenados em face da consecução dos objetivos perseguidos, verificamos que, em essência, jurisdição é exercício do poder estatal, assim como a administração e a legislação; diferenciando-se tão somente, pela função exercida. Cuidando do assunto, Dinamarco¹⁴ afirma que, é estéril a busca por distinções mais significativas entre jurisdição e administração ou entre ela e legislação.

Pelo exposto, verificamos que a jurisdição, enquanto expressão do poder estatal desempenha o papel de avalizadora da realização do direito elaborado pelo próprio Estado. E, nesta linha de raciocínio, o primeiro ponto a ser destacado para a elaboração do conceito de jurisdição é de que ela constitui uma função própria do Estado de Direito, posto que, somente sob esta forma o Estado demonstra real preocupação com a supremacia do direito na sociedade.

Para o desempenho da função jurisdicional o Estado de Direito conta, essencialmente, com a organização do poder judiciário admitindo-se, em algumas situações

¹³ A Constituição da República Federativa do Brasil, nos artigos 1º e 2º prevê, para o Estado Brasileiro, a garantia do Estado de Direito e a distribuição dos poderes da União. *Verbis*: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo Único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição. Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (*In* BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 / organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2004).

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.* p. 118.

previstas em lei, que a jurisdição seja exercida pelo poder legislativo (artigo 52, incisos I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil). Não obstante, o judiciário é o poder que dispõe do adequado conjunto de órgãos (pessoas, atribuições e meios materiais) destinados a fazer a jurisdição funcionar.

Um segundo elemento a ser observado na construção do conceito de jurisdição, diz respeito às suas finalidades. De acordo com os conceitos mencionados verificamos que o fim precípua deste poder do Estado está na aplicação do direito e na garantia de sua eficácia em última instância. Sob este aspecto percebemos a explicitação da finalidade estritamente jurídica da jurisdição, pois a mesma, enquanto realização do direito material implica na aplicação das normas gerais aos casos concretos e na garantia de preservação do direito em última instância.

Todavia, sabemos que como expressão do poder estatal, a jurisdição além de estar comprometida com seu objetivo jurídico, volta-se à realização dos fins próprios do Estado. Assim, além da aplicação do direito material aos casos conflituosos, cabe à função jurisdicional a preservação da paz social e a garantia de que o ordenamento jurídico seja assegurado em sua autoridade.

Tendo por base os fundamentos expostos, tencionamos propor algumas idéias sobre o conceito de jurisdição. Traduzimos jurisdição como expressão de poder estatal que se manifesta sob a forma de poder, função e atividade; regra geral exercida pelo poder judiciário, com a finalidade de aplicação do direito e garantia de sua eficácia em última instância e, sobretudo, comprometida com o valor justiça e com o bem comum da sociedade.

1.2 O CONCEITO DE TUTELA JURÍDICA

O vocábulo tutela tem origem no latim *tutela, tueri*, e significa proteger.

No âmbito do direito material, o termo tutela revela um instituto de caráter assistencial, que atua em substituição ao pátrio poder. A professora civilista Maria Helena Diniz,¹⁵ anota que o instituto da tutela “protege o menor não emancipado e seus bens, se seus pais faleceram ou foram destituídos do poder paternal”.

No Direito Processual Civil, no entanto, tutela jurídica significa a prestação que o Estado entrega aos indivíduos, pelo exercício da função jurisdicional.

O surgimento do direito à tutela jurídica deu-se com o advento da função jurisdicional. Teve origem quando o Estado, em substituição à atividade das partes, passou a

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004 p. 341.

impor aos indivíduos a solução das controvérsias levadas ao seu conhecimento. A partir da época moderna,¹⁶ o papel que o Estado desempenha, tendo a seu lado a tutela jurídica, revela-se como de essencial importância ao controle da paz social.

Pontes de Miranda¹⁷ preceitua, e nós o acompanhamos neste raciocínio, que a pretensão à tutela jurídica constitui um direito pré processual, posto que seu aparecimento se dá, desde logo, com a criação do direito. O ordenamento indica os fatos que são merecedores do recebimento da tutela jurídica e qual a forma de sua obtenção. Os elementos de direito material são imprescindíveis ao pedido e à defesa; enquanto que ao direito processual cabe traçar os caminhos para que se chegue às soluções.

No direito brasileiro, o direito à tutela jurídica estatal está previsto na Magna Carta, artigo 5º, inciso XXXV, de acordo com o qual, a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito. Valendo ressaltar que o compromisso assumido pelo poder estatal de prestar a tutela jurídica aos jurisdicionados não se restringe à atividade meramente técnica, mas abrange também os fins sociais e políticos do Estado.

1.3 A TUTELA JURISDICIONAL E OS FINS A QUE SE PROPÕE CUMPRIR

O tema estudado sob este título encontra inspiração na doutrina da Instrumentalidade do Processo, estudada no direito brasileiro pelo professor Cândido Rangel Dinamarco.¹⁸ Justificamos a adoção dessa teoria por entendermos que o conceito de jurisdição, numa visão mais atualizada do direito processual, passa necessariamente pela observância dos objetivos jurídico, social e político apontados por este autor.

Iniciamos esta fase da pesquisa afirmando que, para atender às exigências da vida contemporânea, o sistema processual necessita abandonar a visão interna do processo que o vê como um sistema auto-suficiente. Somente uma análise externa é capaz de permitir uma visão direcionada à preservação dos valores políticos e sociais.

A indicação das finalidades para as quais o processo se propõe importa na revelação do grau de sua utilidade ao sistema jurisdicional. Através da visão teleológica o processo é conduzido à realização dos resultados desejados pela sociedade, pois o mesmo possui a missão de direcionar o sistema à realização dos objetivos da nação. Sob o ângulo da teoria da instrumentalidade, os novos processualistas precisam conhecer o modo de ser do

¹⁶ Ver nota 10.

¹⁷ MIRANDA, Pontes, *op. cit.* p. 89.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.* 1996.

processo, sobretudo a sua potencialidade de produzir resultados. Por esse motivo devemos estar atentos à visão interativa que engloba, além do aspecto jurídico, o político e o social.

1.3.1 O propósito jurídico da tutela jurisdicional

O propósito jurídico da tutela jurisdicional reconhecido como a realização do direito material, importa na aplicação das normas gerais aos casos concretos e na garantia de eficácia do direito em última instância. Sua observância revela-se de essencial relevância para a supremacia do ordenamento jurídico positivo na sociedade posto que, somente com a preservação do direito como técnica de controle social é que o Estado tem condições de conferir aos jurisdicionados a segurança jurídica necessária para a prática das relações sociais.

Mas, a simples atividade de aplicação do direito material, reconhecida como a vocação jurídica da jurisdição, mostra-se insuficiente para atender as necessidades dos indivíduos e da sociedade. Contemporaneamente, com o reconhecimento da autonomia do direito de ação¹⁹ e com a independência científica do direito processual, percebe-se que equivocado é o sistema que possui como único objetivo, a preservação dos direitos subjetivos materiais.²⁰ Na perspectiva instrumental do direito processual, para que os anseios da sociedade sejam atendidos, o sistema jurisdicional deve abranger, além do propósito jurídico, o político e o social.

1.3.2 O propósito político da tutela jurisdicional

A jurisdição, enquanto manifestação do poder estatal, é exercida com vistas a atingir os fins a que o próprio Estado se propõe. Assim, a partir desta perspectiva, também a jurisdição volta-se à afirmação do poder estatal e à garantia dos direitos de liberdade e de participação dos indivíduos. A visão do processo como instrumento através do qual o Estado realiza seus objetivos políticos é imprescindível, podendo-se destarte, dizer que a manifestação política através da jurisdição dá-se nas seguintes acepções:

¹⁹ Constitui conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da autonomia do direito de ação, a qual se depreende completamente do direito material. A ação é hoje um direito ao exercício da atividade jurisdicional (diferentemente do tempo em que não se distinguia ação do direito subjetivo material, quando ação era uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação). DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 245-246.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 151.

- na afirmação da capacidade do Estado decidir e imperativamente impor suas decisões (PODER);
- ao concretizar o culto ao valor liberdade (LIBERDADE);
- ao assegurar a participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e da política (PARTICIPAÇÃO).

1.3.3 O propósito social da tutela jurisdicional

A vocação social da jurisdição implica no dever concernente ao Estado de assegurar a ordem social através da solução dos conflitos mediante critérios justos. No momento em que assumiu o monopólio do poder jurisdicional, o Estado trouxe para si o dever de tutelar de forma justa e adequada os conflitos e as insatisfações levados ao seu conhecimento.

Com inspiração no ensinamento do professor Cândido R. Dinamarco,²¹ temos que as intenções sociais da jurisdição são a pacificação dos conflitos individuais com justiça e a educação para o exercício do direito.

Solucionar de forma justa e pacífica os conflitos significa que a missão do Estado não deve estar restrita à técnica do ato decisório, mas deve levar em conta o conteúdo da decisão de modo a solucionar os conflitos mediante critérios justos.

A educação para o exercício do direito apresenta-se como decorrência da justa prestação jurisdicional. O justo e adequado exercício da jurisdição pelo Estado, faz com que os indivíduos tornem-se mais zelosos dos seus direitos e preocupem-se com a observância dos direitos alheios.

Para a moderna processualística, o propósito social apresenta-se como o elemento essencial ao exercício do poder jurisdicional. O movimento em prol da efetividade do processo e a luta pelo acesso à Justiça são manifestações bastante claras dessa nova realidade.

1.4 A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E O ACESSO À JUSTIÇA

A efetividade do processo consiste na sua aptidão de alcançar os fins para os quais foi instituído. A idéia de efetividade portanto, nos traduz a conotação de que o processo deve ser instrumento capaz de assegurar a plenitude de seus objetivos institucionais.

²¹ *Idem*, p. 159-167.

A respeito dos fins para os quais o processo foi instituído, Chiovenda²² nos ensina que “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”. Logo, percebemos que a idéia de efetividade, contemporaneamente, passa pelos propósitos jurisdicionais apontados pela teoria da instrumentalidade.

Ilustrando este pensamento, temos que os principais problemas que se opõem à efetividade do processo, reconhecidos como pontos de estrangulamento do sistema processual, guardam íntima referência com os propósitos jurisdicionais, posto que estão relacionados com a admissão em juízo, ao modo de ser do processo e à justiça e efetividade das decisões.

Examinando a questão da admissão em juízo, verificamos a limitação do acesso à justiça. Hoje, questões jurídicas e econômicas, além das relacionadas à desinformação, constituem evidentes obstáculos de acesso ao judiciário.

Da observação do modo de ser do processo, percebemos a vital importância desempenhada pelas garantias processuais previstas na constituição, mormente as relacionadas ao direito de ação e ao direito de defesa, estreitamente relacionadas com o princípio do contraditório e procedimentos adotados pelo código de processo. Todavia, o modo de ser do processo, calcado basicamente no princípio da *nulla executio sine titulo*, do contraditório e da ampla defesa, acaba por provocar um prolongamento desnecessário da duração do mesmo, favorecendo o réu que não tem razão, em detrimento do direito do autor que demonstra logo no início do procedimento que vencerá a ação.

No que toca à justiça das decisões claro está que a mesma representa um dos próprios fins da jurisdição. Ao moderno processualista, impõe-se o pensamento de que o processo é instrumento ético-político, não restrito ao campo da técnica.

Como último elemento a ser verificado, porém não menos importante, apresenta-se, a partir da visão teleológica do discurso em prol da efetividade do processo, a busca pela efetividade das decisões. Ao sistema processual cabe produzir decisões que protejam os direitos individuais e sociais da forma mais ampla possível.

Para atingir o ideal de efetividade, a estrutura do direito processual além de combater inúmeros problemas, precisa atacar um velho inimigo que ameaça a sua eficácia: o tempo. A ação do tempo no processo constitui um dos maiores empecilhos para a sua

²² *Apud* DINAMARCO, Cândido Rangel **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 270.

efetividade, constituindo obstáculo ao pronto cumprimento dos escopos almejados pelos jurisdicionados.

O professor Barbosa Moreira, em cinco itens, fornece um programa básico para a campanha em defesa da efetividade do processo:

- a) o processo deve dispor de instrumentos adequados para, na medida do possível, tutelar todos os direitos previstos no ordenamento;
- b) os instrumentos devem estar ao menos num primeiro momento, aptos a serem utilizados, independentemente de quem sejam os titulares do direito;
- c) o processo deve garantir condições para a perfeita reconstituição dos fatos relevantes, para que o entendimento do juiz corresponda o máximo possível ao que aconteceu na realidade;
- d) o processo, ao final, deve proporcionar à parte vitoriosa, tudo aquilo a que ela tem direito, segundo o ordenamento; e
- e) o procedimento jurisdicional deve oferecer a solução do conflito com o mínimo dispêndio de tempo.

Ao lado da questão da efetividade, a problemática que envolve o acesso à justiça, também é bastante ampla, abrangendo um conjunto maior de garantias e de princípios.

Consoante o pensamento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,²³ num sistema jurídico igualitário, que tenha a pretensão de garantir os direitos dos cidadãos, o acesso à justiça pode ser considerado o mais básico dos direitos humanos.

Nas palavras de Kazuo Watanabe,²⁴ a luta pelo acesso à justiça impõe o acesso a uma ordem jurídica justa: “A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

A questão do acesso à justiça tem ocupado o ponto central das discussões da processualística moderna que, juntamente com a ordem jurídico positiva, vem colocando em destaque uma sucessão de princípios e garantias que auxiliam as partes a alcançar a ordem jurídica justa.

²³ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 22.

²⁴ RODRIGUES, Horácio W. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 2004, p. 22.

Dentre os princípios e garantias constitucionais voltados à realização do acesso à justiça, podemos elencar como exemplos,²⁵ a garantia do ingresso em juízo, que assegura aos cidadãos o amplo acesso ao judiciário; o devido processo legal que legitima os provimentos jurisdicionais; o contraditório; o juiz natural; etc.

Percebemos atualmente que o processo não tem atingido o efeito desejado. Isso porque, para que o sistema processual funcione eficazmente e o acesso à justiça seja assegurado, são necessários novos recursos especialmente voltados a esse objetivo. É de primordial importância, para a prestação eficaz da tutela jurisdicional, a existência de um direito material voltado à realização da justiça social, de uma administração envolvida com a busca de soluções para os conflitos e insatisfações, além de instrumentos processuais que propiciem o cumprimento da atividade jurisdicional e de um poder judiciário estruturado para atender as demandas que lhe são apresentadas.²⁶

A partir da conscientização de que o processo judicial não vem cumprindo os seus escopos institucionais, a hodierna doutrina internacional do processo civil vem impulsionando uma série de mudanças, no sentido de proporcionar um novo dimensionamento ao processo. Contemporaneamente, há a necessidade de novos instrumentos, novas técnicas, para transformar o processo em instrumento capaz de fazer justiça.

A reforma pela qual o Código de Processo Civil Brasileiro vem passando busca exatamente isso, introduzir no processo brasileiro instrumentos capazes de conferir efetividade ao procedimento jurisdicional e credibilidade ao poder judiciário. Com respaldo na concepção que ergue a bandeira da efetividade do processo e do acesso à justiça, os processualistas brasileiros vêm implantando no direito positivo, novas normas que visam dar ao processo, meios para cumprir sua função jurídica, política e social.

Dentre o conjunto de reformas desencadeadas a partir da década de 90, e que vêm produzindo mudanças nos rumos do nosso vetusto processo civil, revela-se como sendo de especial importância, principalmente por ser objeto desta pesquisa, a produzida pela Lei 8.952, de 13.12.94. Esta lei deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzindo no direito brasileiro o instituto da antecipação dos efeitos da tutela.

²⁵ Ver Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *op. cit.*, artigo 5º, incisos XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV.

²⁶ Elementos apontados por RODRIGUES, Horácio W, *op. cit.* p. 12.

2 UMA VISÃO TEÓRICA DA TUTELA DE URGÊNCIA FRENTE AO DIREITO POSITIVO

2.1 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A JURISDIÇÃO SOBRE QUESTÕES DIFERENCIADAS

Com a introdução e desenvolvimento do regime capitalista de produção, por volta dos fins do século XVIII e início do século XIX, a estrutura estatal foi sensivelmente modificada e, como conseqüência lógica, o paradigma vivenciado pela sociedade restou alterado. Enquanto na era moderna a atuação estatal restringia-se à garantia formal de livre negociação e na preservação dos direitos individuais, na época contemporânea esta atuação passou a ser intervencionista de modo que através da política econômica o poder estatal vem interferindo intensamente na vida da sociedade.²⁷

Desse modo, sob o paradigma imposto pelo Estado intervencionista e pelo sistema capitalista é que se situa a sociedade contemporânea, marcada pela livre concorrência mercadológica, pela acumulação de capital e pela relevância dispensada aos direitos sociais erigidos à categoria de fundamentais. Como decorrência dessas transformações, a sociedade atual vem sofrendo uma série de mudanças, tendo mais recentemente se organizado sob a forma de massa.

As sociedades de massa constituem um fenômeno razoavelmente novo, mas que são o resultado de um longo processo de modernização que envolve aspectos culturais, políticos e sociais de grandes massas da população. Isto significa que, na sua maioria, as populações das sociedades atuais, encontram-se envolvidas segundo modelos generalizados de comportamento, produção em larga escala, distribuição e consumo de bens e serviços, participação na atividade política segundo critérios generalizados e na vida cultural através de meios de comunicação de massa.

São características desse modelo social, a concentração de instituições, da população e das atividades sociais nas grandes cidades; o emergir do setor terceirizado de produção; a redução da iniciativa individual; etc. Fato importante a verificar é que o desenvolvimento das sociedades de massa propiciaram o surgimento de constantes e crescentes necessidades sociais.

²⁷ A respeito da ingerência do Estado na sociedade, Dalmo de Abreu Dallari ensina que, enquanto no período moderno o Estado era considerado um mal necessário “mas sempre um mal”, contemporaneamente a participação estatal passou de uma fase de tolerância à de exigência (PASOLD, César Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. Florianópolis: Estudantil, 1998, p. 201).

Dado os seus caracteres, essas sociedades reivindicam do Estado uma série de direitos, que na verdade são essenciais à sua sobrevivência, tais como: o direito à água, saneamento básico, educação, habitação, transporte, igualdade entre homens e mulheres, segurança, acesso à justiça, etc. O que ocorre é que nas sociedades periféricas, a exemplo do que acontece no Brasil, o poder estatal não consegue proporcionar à população as providências mínimas e indispensáveis, tais como as enumeradas acima.

Transferindo a questão dos problemas enfrentados pela sociedade contemporânea para o âmbito jurídico, verificamos que a crise atinge sobretudo a legalidade estatal²⁸ e o acesso à ordem jurídica justa. No plano jurídico, a sociedade contemporânea vive a falência da ordem jurídica advinda do século XVIII, por demais ritualizada e dogmática, incapaz de satisfazer os intentos sociais.

O crescente desenvolvimento do Estado e das sociedades num aspecto geral, fez com que se multiplicassem os conflitos e as insatisfações, o que acabou por debilitar ainda mais a prestação da tutela jurisdicional. Nem a ordem jurídica, nem o aparelho estatal, acompanharam as transformações experimentadas pelas sociedades. O poder judiciário, por ser de difícil acesso, moroso e extremamente caro, dificulta a solução pacífica dos conflitos. O formalismo exacerbado e os procedimentos judiciais protegidos pela retórica da neutralidade não estão em sintonia com as mudanças sociais, revelam-se instrumentos inadequados para atender os anseios e acima de tudo as necessidades da população.

Do exame dos princípios que norteiam o procedimento ordinário percebemos, dada a preponderância dos valores relacionados à segurança jurídica, que a preocupação dos doutrinadores clássicos ao constituir este procedimento, esteve direcionada à construção de um processo neutro, com bases essencialmente científicas. Já neste ponto surgem as primeiras disformidades entre o procedimento comum e as necessidades atuais, verificadas no plano empírico, pois o processo, como se tentou deixar demonstrado, não pode restar adstrito ao plano da técnica.

Sem o necessário comprometimento com a realidade dos fatos, o procedimento comum, nos moldes em que foi concebido classicamente, não se coaduna com as necessidades de direito material, nem com os reclamos da nova sociedade. Nele existe um evidente conflito entre o direito à ampla defesa e à tempestividade da tutela jurisdicional.

A preocupação com a celeridade que o processo deve oferecer, representa hoje um dos mais insistentes reclamos dos operadores do direito e da sociedade de uma forma geral.

²⁸ WOLKMER. Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2004, p. 80.

Adroaldo Furtado Fabrício²⁹ chega a afirmar que a preocupação com a brevidade dos procedimentos é universal e constitui quase uma obsessão.

Cuidando do tema da celeridade processual, o professor Enrico Tullio Liebman,³⁰ advertiu que não basta fazer justiça, mas é essencial que se crie condições para que ela seja prestada. No mesmo sentido é o aforismo de Chiovenda,³¹ segundo o qual, a duração do processo não deve causar danos ao autor que tem razão.

No Brasil, na tentativa de amenizar os prejuízos ocasionados pela morosidade do procedimento ordinário, foi utilizada durante algum tempo, a ação cautelar inominada do artigo 798 do Código de Processo Civil. Inobstante o entendimento de que as cautelares constituem medidas preventivas de cunho não satisfativo, em face da inefetividade do procedimento ordinário, em muitos casos os tribunais passaram a tratar as ações cautelares inominadas como “ações cautelares satisfativas”.³²

Transformada em válvula de escape na busca da tutela jurisdicional adequada, a tutela cautelar atuou como verdadeira técnica de sumarização, em última análise, remédio contra a ineficiência do procedimento comum.

Proto Pisani,³³ elencou as finalidades das técnicas diferenciadas - antecipatórias de tutela:

- a) evitam o custo dos procedimentos de cognição plena por intermédio de técnicas de cognição sumária;
- b) efetivam a tutela jurisdicional para torná-la adequada à relação jurídica de direito material;
- c) evitam o abuso do direito de defesa do demandado, sem suprimir as garantias constitucionais, tentando vencer as resistências que o mesmo costuma alegar para retardar o processo.

²⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** AJURIS, Porto Alegre, n. 66, p. 5-18, mar. 1996.

³⁰ FUX, *op. cit.*, 2006, p. 44.

³¹ **Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

³² Sobre este assunto ver **Efetividade do processo e tutela de urgência.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação monitória.** Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 06, p. 24-28, jun. 1997.

2.2 FUNDAMENTOS DAS TÉCNICAS DIFERENCIADAS DE TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme demonstrado no título anterior, no final deste século criou-se uma nova forma de encarar o processo jurisdicional. O sistema processual, procurando simplificar os procedimentos e conferir efetividade ao procedimento ordinário, vem enfrentando um verdadeiro desafio para fazer com que o processo atue como instrumento apto à realização dos escopos próprios do Estado de Direito.

Procurando romper com o princípio da *nulla executio sine titulo*, no direito brasileiro as tutelas diferenciadas encontram fundamentação no princípio da inafastabilidade do poder judiciário, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O artigo 5º, inciso XXXV deste diploma legal, ao prever que a lei não afastará da apreciação do poder judiciário, não só a lesão, mas também a ameaça de lesão a direito, incumbe o Estado do dever de tutelar adequadamente, não apenas os casos em que há uma lesão mas, também os casos em que há a iminência de lesão a direito.

Sobre o princípio da inafastabilidade, o professor Kazuo Watanabe,³⁴ contrariamente ao entendimento de J. J. Calmon de Passos,³⁵ ensina que o preceito busca assegurar não apenas o acesso formal ao judiciário. Antes, para o professor, a garantia de inafastabilidade do poder judiciário assegura o acesso à ordem jurídica justa, ou seja, garante que a prestação da tutela jurisdicional deva ser realizada de forma efetiva e tempestiva, dotada de poderes para afastar qualquer forma de denegação de justiça.

Ao lado deste princípio existe também, como fundamento das técnicas diferenciadas de tutela, o princípio do devido processo legal. Esses preceitos asseguram aos jurisdicionados, além da observância dos princípios processuais constitucional e legalmente garantidos, a prestação da adequada tutela jurisdicional em relação às necessidades de direito material.

Aliado à análise desses três princípios é necessário, para a construção dos procedimentos jurisdicionais diferenciados, o estudo das técnicas de cognição existentes. Conforme já afirmado por Marinoni,³⁶ somente com a combinação das diversas modalidades

³⁴ WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer.** AJURIS, Porto Alegre, n. 66, p. 161-201, mar. 1996.

³⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. **Inovações no código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 116. (Calmon de Passos entende que a previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 diz respeito apenas à tutela definitiva. Para o autor, questões como a execução provisória e a antecipação de tutela são problemas processuais, que o Estado pode conceder ou negar, sem que incida em inconstitucionalidade).

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela.** São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

de cognição, podem ser constituídos novos procedimentos capazes de tornar eficaz a prestação da tutela jurisdicional.

Para Kazuo Watanabe,³⁷ cognição:

É prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são produzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

Seguindo o pensamento do professor Kazuo Watanabe,³⁸ temos que a cognição pode ser vista sob o plano horizontal e o plano vertical. O plano horizontal relaciona-se à extensão do conhecimento do juiz e o vertical refere-se à sua profundidade.

No plano horizontal, a cognição pode ser dita plena ou parcial. Na cognição parcial, por questões ideológicas, há reserva de algumas matérias que, mesmo pertencendo à situação litigiosa, devem ser analisadas em outra ação.³⁹ A cognição plena, por sua vez, reporta-se à amplitude do conhecimento do juiz, sem as limitações da cognição parcial.

Sob o ângulo vertical, que é o que mais nos interessa neste momento, a cognição pode ser considerada sumária ou exauriente. A cognição exauriente, típica dos processos de conhecimento, garante a realização plena do princípio do contraditório e conduz à solução definitiva do conflito de interesses. Já a cognição sumária, própria das situações de aparência, conduz aos juízos de probabilidade e de verossimilhança. Nas sentenças proferidas com base em cognição sumária, diz-se que não há coisa julgada material porque o julgador nada declara, limitando-se tão somente a afirmar a probabilidade da existência do direito alegado.

No que tange à questão da definição dos juízos de verossimilhança ou da probabilidade do direito alegado, característico da técnica de cognição sumária encontramos, no estudo de Malatesta,⁴⁰ orientação para a fixação de critérios para a sua definição. Segundo este autor, o grau de plausibilidade do direito pode ser mínimo, quando se denomina verossímil; médio, quando qualificado como provável; ou máximo, no sentido de probabilíssimo.

³⁷ *Apud* LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25-26.

³⁸ *Idem*, p. 26

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.* p. 16. (É o que ocorre nos procedimentos das ações possessórias, p. ex., em que se impede que as alegações petitorias sejam conhecidas nos autos da mesma ação. Nesta modalidade de cognição, visualiza-se, segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, mais o aspecto ideológico do que verdadeira preocupação com a celeridade do procedimento).

⁴⁰ *In* LARA, Betina Rizzato, *op. cit.* p. 27-28.

Com relação aos objetivos da técnica sumarizada de cognição, podemos dizer, resumidamente, que são:

- a) a garantia de exequibilidade de um direito ameaçado por perigo de dano;
- b) a realização de um direito antecipadamente, tendo em vista uma situação de perigo;
- c) a realização antecipada de um direito tendo em vista o custo do procedimento ordinário e as peculiaridades do direito material;
- d) a realização antecipada da prestação jurisdicional, quando o direito do autor apresenta-se como provável e a defesa do réu é exercida com fins meramente protelatórios.

Com o fito de conciliar celeridade e efetividade à tutela jurisdicional, a técnica sumarizada de cognição é utilizada pelo legislador para instituir procedimentos em modalidades diferenciadas em relação ao rito ordinário.

Dentro dessa perspectiva e de acordo com o objeto de estudo deste trabalho, passamos a analisar as hipóteses previstas no nosso ordenamento jurídico que permitam a prestação da tutela jurisdicional de forma diferenciada. O próximo passo da exposição reporta-se à possibilidade de admissão de provimentos antecipatórios liminares em ações de procedimento especial fundadas em cognição exauriente ou sumarizada (cautelares); à possibilidade de julgamento antecipado da lide (artigo 330 do Código de Processo Civil); e, à hipótese de antecipação dos efeitos da tutela nos processos de procedimento ordinário (artigo 273 do CPC).

2.3 TUTELA ANTECIPATÓRIA NÃO E TUTELA CAUTELAR

2.3.1 A questão da cognição

A preocupação em se colocar um limite entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória não é novidade entre os nossos doutrinadores, e nem se iniciou com as alterações introduzidas no CPC atualmente.

Luiz Guilherme Marinoni em artigo intitulado “tutela antecipatória não e tutela cautelar”, publicado na Revista de Processo, 74/981, já tratava desta questão.

Grande maioria dos operadores do direito tem feito confusão e encontrado grandes dificuldades práticas na fixação dos limites entre a tutela cautelar e a tutela

antecipatória, havendo quem não distinga entre uma e outra, vendo nesta uma simples modalidade daquela.

Por isso se faz necessário uma investigação, ou até mesmo, descobrir as razões que levam parte da doutrina afirmar que a tutela antecipatória é espécie do gênero tutela cautelar.

Inicia-se a pesquisa de tal diferença, pela cognição. Como tratado anteriormente neste trabalho, no entendimento de Marinoni, a cognição se apresenta em dois planos: o horizontal e o vertical.

A que corresponde ao plano vertical (intensidade de relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível) pode ser exauriente, sumaria e superficial.

O conjunto doutrinário apresenta entre seus elementos alguns autores que não conseguem entender com transparência que a noção de cognição sumária possa efetivamente transcender a questão de tutela cautelar, visto que a mesma (cognição sumária) caracteriza, em grande parte, a tutela antecipatória.

É sabido, que a concessão da tutela cautelar, não é resultado de um processo de sumarização do procedimento e sim pelo precípua objetivo de resguardar a plena efetividade do pronunciamento judicial a ser oportunamente proferido.

É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do processo principal para que possa a mesma adquirir o perfil cautelar. As medidas propriamente cautelares limitam-se a assegurar a possibilidade de realização, para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada.

Em complementação, deve ser colocado que quando há a característica de satisfatividade na pretensão jurisdicional, através de cognição sumária ou não, o objeto da tutela cautelar estará esvaziado, já que nada há a assegurar.

Também há que se reforçar, que a cognição sumária não é privilégio da tutela de segurança cautelar e sim, em tese, a todos os aspectos de pronunciamentos judiciais possíveis e admissíveis pela legislação em vigor.

A questão cognitiva merece algumas considerações mais aprofundadas e que se fazem necessárias para elucidar eventuais dúvidas.

Na tutela cautelar, o juízo que o magistrado procura estabelecer é fundado em um receio que poderá advir da relação processual ou anterior a ela, receio este, que

se caracteriza pela probabilidade de uma parte lesar a outra antes do provimento judicial final esperado e que este futuramente vir a se tornar inadequado, ineficaz e frustrante para a parte que pleiteava a segurança judicial.

O seu convencimento será produto de uma análise das determinantes que poderão tornar ineficaz o processo principal e futuramente se tornar infrutífero o direito que o processo se incumbia de proteger. Haverá uma insatisfação do titular do direito que não poderá exercê-lo com toda a plenitude, por estar o mesmo ferido por alguma artimanha ou dano causado pelo tempo, através da conduta do réu.

A cognição será utilizada, portanto, com o precípua fundamento de preservar a efetividade do direito pleiteado, até porque se fosse para preservar a efetividade do processo, não se trataria de tutela antecipatória e sim de tutela cautelar.

A concessão da tutela cautelar depende de dois requisitos: o “*periculum in mora*” e o “*fumus boni juris*”. Diz-se que tais requisitos são específicos da tutela cautelar em dois sentidos:

a) são exigências cujo atendimento impõem apenas para a obtenção da tutela cautelar;

b) no comum dos casos, a prestação de tutela cautelar se faz através de processo próprio, o qual só pode ser instaurado por iniciativa da parte, através do exercício do direito de ação.

Aqui se pretende fazer uma análise do que seja a questão que envolve o “*fumus boni juris*” e a “*verossimilhança e a probabilidade*”.

Muito se tem definido o “*fumus boni juris*” como sendo a probabilidade de existência de um direito. Continua tal requisito indefinido, uma vez que não é possível saber em que medida ou em que grau um direito deve ser provável para que se possa considerar como existente o “*fumus boni juris*”.

Na verdade, enquanto que na antecipação da tutela, o juízo de verossimilhança é feito com base em prova inequívoca que leva o magistrado a ter um convencimento de que o direito pleiteado seja provavelmente o que será deferido no final julgamento do processo, o “*fumus boni juris*”, requisito da tutela cautelar, trata-se apenas de uma referibilidade de um direito de ação relativa ao processo principal.

É óbvio que o grau de convencimento do magistrado em ambos os casos é diferente, o fator subjetivo do magistrado será preponderante. Esperamos que este, ao se deparar com o requerimento da tutela antecipatória, não se acovarde, e faça com que um instituto tão importante introduzido em nosso diploma processual, seja colocado a margem das decisões e se torne apenas mais um dispositivo legal sem uso. Trata-se de uma arma poderosa nas mãos dos magistrados e daqueles que querem ver solucionados os problemas decorrentes das mazelas ocasionadas pelo tempo sobre o processo.

2.3.2 A Satisfatividade

A tutela cautelar surgiu de uma necessidade de sumarização cognitiva proveniente da busca de uma tutela jurisdicional efetiva em face de situações de perigo e a tutela cautelar foi então destinada à satisfação antecipada da pretensão que só poderia ser alcançada através da ação principal.

A provisoriedade não é característica exclusiva da tutela cautelar, pois esta ocorre também na tutela antecipatória, já que pode ser revogada a qualquer momento. Basta que a tutela não satisfaça a pretensão própria do processo principal para que possa adquirir o perfil de cautelar.

O que ocorre é que a tutela cautelar recebe uma satisfatividade que não pode ter e isto caracteriza uma distorção no objetivo desta tutela.

Enquanto, que a tutela antecipatória, vem antecipar os efeitos do direito posto em causa, ainda que de forma provisória, a tutela cautelar vem tão somente ter uma função de segurança, assegurando a possibilidade da realização, caso a sentença final venha dar procedência ao pedido assegurado por ela.

Se a tutela antecipatória dá aquele que afirma ter o direito que deve ser realizado de modo urgente, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, como podemos aceitar a afirmação de Calamandrei no sentido de que a tutela antecipatória constitui apenas um meio para a atuação do direito, ou ainda a tese de que a tutela antecipatória visa assegurar o resultado útil do processo, se o único resultado útil que se espera do processo - obviamente do ângulo do autor - é realizado no momento em que é efetivada a tutela antecipatória.⁴¹

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, 2007, p. 54.

Como é de conhecimento de todos a tutela cautelar visa a preservação e segurança da possibilidade de o processo satisfazer a pretensão. Assim, por extensão racional, conclui-se logicamente, que se houver uma satisfação da pretensão não há que se falar em tutela cautelar, pois mais nada há de ser assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida.

Se a tutela antecipatória, por sua função de antecipar os efeitos da pretensão, esta satisfazendo-a e, portanto, esta além de assegurar, realiza assim uma prestação jurisdicional satisfativa (não definitiva) sumaria, o que não é compatível com a tutela cautelar.

2.3.3 A referibilidade ao direito acautelado

Em se tratando de tutela cautelar, há sempre referibilidade a um direito a ser acautelado. Então, se surgir uma situação em que inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado e sim satisfatividade.

No caso da tutela cautelar, onde não há efetiva jurisdição e lide meritória, há sempre um aspecto de referibilidade processual a um direito efetivo que se deseja, a seu tempo, ver confirmado no processo principal.

Esta característica de cautelaridade referencial, que se opõe a denominada satisfatividade relativa ou absoluta exauriente pretendida no processo de conhecimento, que deve ser perseguida e encontrada necessariamente na tutela assecuratória para permitir e viabilizar sua plena identificação.

Há uma grande porção da doutrina, que entende haver na tutela cautelar uma certa satisfatividade, chegando-se ao absurdo de afirmar que o processo cautelar, com a introdução do novo instituto em nosso direito processual, poderia ser extinto, já que se o juiz pode antecipar a tutela no processo de conhecimento, não mais se justifica ação cautelar inominada incidental.

Em suma, então temos que a cautelaridade é indicativa de referibilidade, e por conseqüência esta tem como característica a instrumentalidade, não permitindo a dispensa da ação principal. ao contrário, a não referibilidade acena para a satisfatividade, e, desta forma, para a tutela antecipatória.

2.3.4 A Provisoriedade

A tutela cautelar não possui esta característica. E isto se dá por uma razão óbvia. Uma execução provisória fundada em “*periculum in mora*” é provisória, mas nem por isso é cautelar. Mesmo que haja um direito acautelado, a tutela cautelar não poderá satisfazê-lo, mesmo que de maneira provisória. A marca característica da tutela cautelar é a referibilidade. Se alguém pede uma tutela cautelar, faz uma referência a um direito ameaçado, ou seja, ao direito que deve ser acautelado.

A tutela antecipatória veio romper com o princípio da “*nulla executio sine titulo*”

Este princípio dava a falsa idéia, de que um direito somente pode ser realizado após o encontro da certeza jurídica, ou após ter sido declarado.

A provisoriedade é, portanto, uma característica da tutela antecipatória. O que isto significa? Significa que quando foi concedida a tutela antecipatória, esta estará sujeita, a qualquer tempo a ser revogada. Isto ocorre em função de que, se o direito ainda não foi objeto de reconhecimento jurisdicional, não há que se afirmar que se trate realmente de um direito. Uma situação é o direito suposto pela parte e outra é o direito declarado pelo poder jurisdicional. Somente este pode atuar em concreto, ou seja, pode render ensejo a prática de atos executivos.

O art. 273 menciona que a execução da tutela obedecerá a execução provisória, levando-se em conta que a regra é que a execução não levará em sua consecução atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósitos em dinheiro.

A simples remissão feita pelo legislador a este artigo demonstra que a execução não se trata de uma execução definitiva.

É ilógico pensar-se em execução definitiva no caso. Se uma sentença exige todo um processo exauriente para a sua certeza e aí sim, poder ser executada de forma definitiva, como poderia um ato de cognição sumária ser dotado desta capacidade de poder ter uma execução definitiva, faltaria lógica ao sistema.

2.3.5 A Instrumentalidade

A função principal da tutela cautelar é assegurar uma pretensão, e isto é possível através de sua característica de instrumentalidade.

Assim, a tutela cautelar tem a finalidade de permitir que um processo chegue ao seu final sem o perigo de haver dano para o direito pleiteado. A tutela cautelar serve a tutela do processo, preparando maneiras para que o provimento jurisdicional definitivo seja eficaz, útil e operante.

Já a tutela antecipatória, não serve de instrumento para garantir a efetiva função do processo. A tutela antecipatória vem apenas anteceder os efeitos da pretensão desejada. A tutela não possui a característica de instrumentalidade em relação ao processo principal.

2.3.6 Outras considerações sobre a tutela antecipatória e tutela cautelar

É necessário fazer-se uma dissociação conceitual entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela.

Não bastasse, a questão da satisfatividade, onde a tutela cautelar não apresenta esta característica. A tutela antecipatória satisfaz, mesmo que de forma provisória, a pretensão desejada pelo autor na inicial.

Por isso, basta que a tutela não satisfaça a pretensão desejada no processo principal para adquirir o perfil de cautelar. Ao contrário, a tutela antecipatória já é a própria satisfação da pretensão desejada.

A tutela cautelar antecipa somente os efeitos que integrarão, mais tarde, a sentença, enquanto a antecipação da tutela poderia ser vista como sendo a própria, abreviada em seu tempo procedimental.

Outro aspecto que diferencia a tutela cautelar da tutela antecipatória é a instrumentalidade. A tutela cautelar serve de instrumento para garantir ao processo principal a sua efetividade. Na tutela cautelar há necessidade da propositura da ação principal, ao passo que a antecipação não necessita da propositura de ação principal.

O art. 273 coloca a regra de que a concessão da tutela antecipatória esta condicionada ao requerimento da parte. Em outro sentido, o artigo 797, do CPC,

coloca que em casos excepcionais, o juiz poderá determinar medidas cautelares, que se façam necessárias.

2.4 JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

O julgamento antecipado da lide está previsto no direito brasileiro, nas hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 330 do Código de Processo Civil. De acordo com estes dispositivos, o juiz proferirá antecipadamente a sentença nos casos em que o conflito de interesses levado a seu convencimento envolva questão unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não precise de instrução dilatatória; ou ainda, nos casos em que se verifique a revelia.

Nos casos de julgamento antecipado da lide, vislumbra-se a sumarização do procedimento, e não da cognição. Isto se dá porque nestes casos, antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária. A técnica de cognição exauriente que informa esta modalidade de tutela, assegura a realização plena do princípio do contraditório, porém de forma antecipada.

2.5 ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Com o fito de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro um mecanismo capaz de agilizar a prestação da tutela jurisdicional, a Lei 8.952/94, ao modificar a redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, inseriu no direito pátrio, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Segundo este dispositivo, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou ainda, que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A previsão do novo artigo 273 do Código de Processo Civil abre para o autor da ação a possibilidade de obter uma decisão de mérito provisoriamente exequível, mesmo antes do cumprimento dos trâmites normais do procedimento. A possibilidade de concessão antecipada da tutela encontra embasamento no juízo de verossimilhança e sua finalidade está em proporcionar àquele que ingressa em juízo, uma providência imediata que atenda ao

mérito de sua pretensão, desde que reste comprovada a urgência da medida ou abuso do direito de defesa por parte do réu.

O antigo princípio do *ad executione non est inchoandum sede primo debet de causa cognosci, et per definitivam sententiam terminari*, no sentido de que a execução deve ser precedida de um processo de conhecimento, repele as possibilidades de execução provisória, fundadas em juízos de verossimilhança. Este princípio, sem margem de dúvidas, valoriza o respeito às disposições do ordenamento jurídico. Todavia, em face das necessidades advindas da sociedade contemporânea que cada vez mais carece de soluções rápidas em razão do seu elevado nível de conflituosidade, a adoção deste preceito, em termos definitivos, precisa ser repensada. As alternativas utilizadas pelo legislador com o intuito de conferir certa flexibilidade a esse preceito relacionam-se ao emprego de técnicas sumarizadas de cognição.

A prática forense revela casos em que, devido às circunstâncias apresentadas pelas partes resta evidenciado, desde os primeiros atos processuais, que a demora do processo constituirá uma visível injustiça ao direito autor. São questões em que se verifica, desde logo, um alto índice de probabilidade de que o autor seja realmente o vencedor da ação. São justamente essas as hipóteses para as quais (quando em face da demora o procedimento torna-se “generoso” para o réu) os operadores do direito defendem a sumarização dos procedimentos fundados na técnica de cognição exauriente. A tutela antecipatória do artigo 273 do Código de Processo Civil surge como instrumento competente para combater a questão da morosidade processual, que tanto aflige os autores e prejudica os seus direitos.

Fator importante a observar diz respeito à repercussão do novo instituto sobre os poderes do juiz (Código de Processo Civil, artigos 125 a 133). Com o novo dispositivo legal, aos juízes foram conferidos poderes para adequar os procedimentos, de modo a imprimir celeridade e efetividade ao processo sem precisar lançar mão de artifícios ilegítimos, tal como ocorria com as cautelares inominadas.

Em termos gerais, podemos delinear o instituto, apontando como principais, as seguintes características: requerimento da parte; comprovação da prova inequívoca e verossimilhança da alegação; possibilidade de antecipação parcial da tutela; comprovação do fundado receio de dano irreparável; comprovação do abuso de direito de defesa ou intuito protelatório do réu; provisoriedade e revogabilidade do provimento; fundamentação; limitação da antecipação aos limites de sua finalidade.

O *caput* do artigo 273 do Código Processual Civil inicia com a seguinte redação: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela

pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação...”. Visto isto, percebemos inicialmente, que a concessão antecipada do provimento judicial somente poderá acontecer, nos casos em que haja requerimento da parte interessada. Isto se dá porque, em termos de antecipação de tutela, vigora o princípio que proíbe o exercício da função jurisdicional de ofício (Código de Processo Civil, artigos 2º e 128).

As questões acerca da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação abrangem um pouco mais de complexidade. Kazuo Watanabe, membro da comissão de processualistas que encabeçaram a reforma, explica que a expressão “prova inequívoca” foi inserida no texto legal em substituição à “prova documental”, constante no projeto inicial da reforma. A expressão “prova inequívoca”, ensina o professor, indica que a prova apresentada em Juízo não deve conter dubiedade de significação. Sendo que, o objetivo da comissão ao inserir esta expressão, esteve direcionado a repelir a situação de insegurança gerada pela fragilidade do *fumus boni iuris* presente nas ações cautelares inominadas, que vinham sendo utilizadas de forma inadequada.

A apresentação da prova inequívoca da alegação, que para Calmon de Passos⁴² indica a causa de pedir da demanda, pois que oferece fundamentação ao pedido que se quer antecipar, não necessita conduzir à certeza do magistrado, sendo-lhe suficiente a verossimilhança da alegação. Isto significa que, quando se postula a antecipação, não se pode depender de dilação probatória, mas é preciso que exista já numa fase pré-processual provas capazes de confirmar a tese apresentada em juízo. A técnica de cognição utilizada para a antecipação dos efeitos da tutela não é exauriente, mas sumarizada.

Quanto à possibilidade de antecipação parcial da tutela prevista no *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil é importante observar que, na verdade, trata-se de uma espécie de julgamento antecipado do pedido que pode ser feita com base no artigo 273, II. É o caso, por exemplo, de uma ação de rescisão contratual cumulada com pedido de perdas e danos. Nesta demanda, a procedência do primeiro pedido não depende da procedência do segundo, até porque este último depende de prova de culpa.

A antecipação parcial de tutela tem razão de ser pois não é justo que o autor tenha que esperar até o final julgamento de todos os pedidos quando já está comprovado nos autos, parcela de seu direito.

No tocante à comprovação do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, que autorizam a antecipação de tutela na hipótese do Código de Processo Civil,

⁴² PASSOS, J. J. Calmon, *op. cit.*, p. 136.

artigo 273, inciso I, vale verificar que a imprecisão deste conceito, faz com que ainda vigore entre nós, a definição criada à época das Ordenações Afonsinas⁴³. Nas Ordenações, o dano deveria ser considerado irreparável na medida em que, uma vez cumprida a decisão, não fosse mais possível recobrar o dano decorrente da prática do ato determinado ou negado.

A previsão do inciso I, ao exigir a comprovação de existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, implica na análise da situação do autor. Assim, para a concessão da tutela antecipada, basta que reste comprovada a existência de um risco de dano ao direito do autor, cabendo ao prudente arbítrio do juiz o diagnóstico da irreparabilidade da lesão, a fim de evitá-la.

Aliado à prova inequívoca, também a comprovação do abuso do direito de defesa ou do intuito protelatório do réu, previsto no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil autoriza a antecipação dos efeitos da tutela. O abuso do direito de defesa acontece nos casos em que se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem. Ocorre ainda, quando a atuação volta-se para um fim diverso, não associado à tutela pretendida, pois todo desvio de finalidade, por si só, constitui um abuso. O manifesto propósito protelatório por sua vez, deve ser considerado como toda a atividade que retarda, sem razão plausível, o andamento do processo. Sendo que, a verificação do manifesto propósito protelatório por parte do réu pode ainda, além de autorizar a concessão da antecipação, configurar hipótese de litigância de má fé.

No tocante a provisoriedade e conseqüente revogabilidade do provimento, as razões são bastante parecidas com as que acompanham o estudo das liminares, com a diferença apenas de que agora não se fala mais em provimento com natureza cautelar ou satisfativa, mas apenas satisfativa.

A exigência de fundamentar a decisão que concede ou denega a antecipação prevista no parágrafo primeiro do artigo em análise, na verdade, já faz parte do ordenamento jurídico. Podemos constatar nos artigos 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988 e no Código de Processo Civil, artigos 131, 165 e 458, inciso II.

Por fim, o provimento antecipatório deve cingir-se aos limites de sua finalidade, ou seja, deve prevenir a ocorrência de um dano ou de um prejuízo ao direito do autor. Os efeitos antecipados da tutela devem ser bastantes e suficientes para impedir a ocorrência de alguma forma de lesão iminente, mas não devem nunca ultrapassar esse limite.

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil**. Revista de Processo, São Paulo, n. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996.

Tendo visto os requisitos que circundam o instituto da antecipação dos efeitos da tutela e que lhe garantem feições bastante próprias, constitui um importante fator a verificar, as suas diferenças e similitudes em relação às medidas liminares, às cautelares e ao julgamento antecipado da lide.

Com relação aos provimentos liminares, temos que toda liminar configura uma modalidade de antecipação de tutela, mas essa antecipação não é a mesma da hipótese prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil. A previsão do novo artigo 273 admite a antecipação dos efeitos da tutela quando preenchidos os requisitos previstos na lei e, desde que reste presente nos autos, prova inequívoca da alegação do autor. As liminares, no entanto, além de exigirem expressa previsão legal, devem preencher requisitos diversos dos exigidos no artigo 273 e não guardam qualquer relação com o comportamento do réu.

Quanto ao processo cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela, verificamos como elemento diferenciador básico, a satisfatividade do provimento antecipatório. Enquanto a previsão do artigo 273 do Código de Processo Civil, busca conferir uma solução provisória ao conflito, analisando seu mérito, o processo cautelar visa apenas assegurar o resultado prático de um outro pedido. Há pois, que os provimentos antecipatórios apresentam caráter satisfativo, ao passo que as cautelares possuem natureza assecuratória. Diferentemente do que acontece com o processo cautelar, a antecipação dos efeitos da tutela não visa assegurar nada antes, visa antecipar os efeitos finais que a sentença de procedência é capaz de produzir.

No tocante ao julgamento antecipado da lide, a diferenciação se dá em relação à técnica de cognição utilizada. Enquanto a antecipação dos efeitos da tutela se funda na técnica de cognição sumarizada, o julgamento antecipado da lide baseia-se na técnica de cognição exauriente.

Os requisitos e as regras, exigidos para que os interessados possam pleitear e o juiz conceder a antecipação estão elencados na lei. Todavia, mesmo com todo o regramento existente para a obtenção da antecipação da tutela, faz-se necessária a observância e análise dos efeitos contidos na sentença, pois a lei fala em eficácia, fala em efeitos da sentença.

3 ALCANCE DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS

3.1 A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA SEGUNDO O JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA

Iniciamos este capítulo tendo por embasamento teórico o trabalho do jurista Piero Calamandrei, intitulado *Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile*⁴⁴. Fizemos esta opção, por entendermos que as noções introduzidas neste texto são essenciais para o estudo do tema relativo ao juízo de verossimilhança.

Piero Calamandrei inicia seu trabalho através de um ensinamento de Adolf Wach,⁴⁵ segundo o qual, todas as provas, a bem da verdade, não são mais do que provas de verossimilhança. De acordo com este pensamento, em direito processual ou não, quando se diz que um fato é verdadeiro quer se dizer, em substância, que há na consciência daquele que julga um grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limites do seu conhecimento, lhe permite obter a certeza subjetiva de que um fato aconteceu.

O sistema probatório processual é preordenado a impor ao juiz a noção de que a verdade, na realidade, é um juízo de verossimilhança sobre os fatos alegados. Ao juiz não é permitido restar incerto sobre os fatos a decidir, a ele são impostas as soluções das controvérsias jurídicas. Para cumprir esta tarefa o julgador é obrigado a contentar-se com a “verdade formal”, obtida através do artifício das provas legais e do mecanismo da repartição do ônus da prova. Logo, a valoração das provas, enquanto livre,⁴⁶ importa em todo caso num julgamento de probabilidade e de verossimilhança, não de verdade absoluta.

Ilustrando essas afirmações, o autor ressalta que até mesmo em casos muito raros, nos quais ao juiz é permitido, mediante inspeção, conhecer diretamente dos fatos da causa, o grau máximo de certeza subjetiva não é suficiente para excluir que a verdade seja diversa daquela que, talvez por um erro de sentido, lhe tenha parecido. O autor ressalta, que é fácil a percepção de que a margem de verossimilhança nos julgamentos varia de caso a caso, de acordo com os meios de prova disponíveis: se o juiz se funda sobre uma confissão com

⁴⁴ *Apud*, CALAMANDREI, Piero. **Verità e verosimiglianza nel processo civile**. In: Studi sul Processo Civile. Padova: Cedam, 1957. p. 111-139.

⁴⁵ *Idem*, p.111.

⁴⁶ (DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 67-68). (A livre apreciação do conjunto probatório é assegurada pelo princípio da persuasão racional do juiz segundo o qual, o juiz deve formar livremente a sua convicção. De acordo com este princípio o juiz não está desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos, mas sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O julgador decide com base nos elementos constantes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais).

aparência de ser verdadeira, a margem de incerteza é menor do que aquele em que o juiz baseia-se em simples presunção.

Todavia, apesar de interessantes, todas essas observações não têm qualquer relevância jurídica. No momento em que a decisão proferida pelo juiz transita em julgado, qualquer questionamento a respeito da margem de certeza do julgador ao proferir a decisão, perde o significado. O julgamento, uma vez destacado do processo, tem o mesmo valor jurídico, qualquer que tenha sido o grau de certeza psicológica com que foi criado. A coisa julgada não cria presunção ou ficção de verdade. Do trânsito em julgado surge somente a irrevogabilidade jurídica da sentença, sem qualquer discussão sobre se as premissas psicológicas do provimento baseiam-se em juízo de verdade ou verossimilhança.

Mas, é de se verificar que, apesar da habitual irrelevância jurídica da problemática que envolve o aspecto psicológico no resultado final do processo, em alguns momentos a lei processual contrapõe verossimilhança à verdade. São casos em que a lei prevê, antes do juízo definitivo sobre a verdade do fato, a existência de um julgamento fundado apenas em verossimilhança, destinado a produzir, *in itinere*, certos efeitos processuais.

Portanto, Calamandrei deixa evidenciado que o juízo sobre a verdade dos fatos, psicologicamente, não difere de um juízo de verossimilhança. Mas se a lei, em determinado momento distingue juízo de verossimilhança de juízo de verdade, cabe ao operador do direito verificar o significado desta contraposição.

O conceito de fato verossímil é retirado da máxima de experiência, ou seja, das regras de experiência comum. Para verificar se um fato é verossímil ou não, o julgador deve recorrer não a um critério de verificação histórica sobre sua verdade concreta, mas a um senso de ordem geral aprioristicamente adquirido através da experiência comum. Um fato será deduzido verossímil quando apresentar aparência de verdadeiro e, inverossímil quando em contraste com o sugerido pela normalidade. Uma das principais características do juízo de verossimilhança está em que ele não é um juízo sobre fatos, mas sobre alegações provenientes do requerimento da parte. Para a correta compreensão da distinção estabelecida pelo direito processual entre juízo de verdade e juízo de verossimilhança, importante verificar o momento no qual, no curso do processo, deve ser deferida a decisão.

Tradicionalmente, o processo dispositivo é dividido em dois momentos distintos, em relação ao trabalho que a parte deve desempenhar para obter a justa decisão do processo. Num primeiro momento a parte deve alegar os fatos, descrever as circunstâncias dos acontecimentos; numa segunda etapa, a parte deve provar os fatos alegados, demonstrar ao juiz que suas alegações correspondem à verdade. Acompanhando este raciocínio, a decisão

fundada em juízo de verossimilhança resguarda ao momento da alegação, anterior ao procedimento probatório.

Logo, enquanto o juízo de verdade encontra embasamento nas provas produzidas, apresentando caráter finalístico, o juízo de verossimilhança verte seus resultados das alegações expendidas pelas partes, apresentando característica instrumental.

O juízo de verossimilhança, contrariamente ao juízo definitivo de verdade, não atende à representação probatória. Fundamenta-se nas alegações em concreto, sobre princípios de experiência que verificam se são produzidos na realidade fatos do tipo do alegado. É um juízo baseado em um critério de ordem geral, adquirido em antecipação.

Nos procedimentos em que a lei admite julgamentos sumarizados, com o objetivo de simplificar e acelerar providências de caráter urgente e provisório, o juiz é autorizado a satisfazer-se de um juízo de verossimilhança sobre as provas *prima facie* apresentadas. É o que acontece com a antecipação dos efeitos da tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil Brasileiro.

O *caput* do citado artigo 273 admite a antecipação dos efeitos da tutela quando o juiz, com base em prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.⁴⁷

3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PODERES DO JUIZ FRENTE AO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

A técnica antecipatória, através do artigo 273 do Código de Processo Civil, permite um tratamento diferenciado aos direitos que podem ser evidenciados de plano e àqueles que sofrem risco de lesão.

Direitos evidentes exigem tutela imediata e o inciso II, do mencionado artigo 273, abre a possibilidade de antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa vem a ser exercida de modo abusivo. Em se tratando de risco de lesão, o inciso I, do mesmo artigo 273, admite antecipação dos efeitos da tutela com base no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A Lei 8.952, de 13.12.1994, constituiu uma inovação corajosa. Ao introduzir no direito pátrio o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, o legislador conferiu ao juiz, poderes para proferir decisões de mérito com base em cognição não exauriente. Aspecto

⁴⁷ Por óbvio, que além da prova inequívoca da alegação a lei exige a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu.

importante a destacar diz respeito à discricionariedade dos juízes frente aos inúmeros conceitos vagos que acompanham o instituto. Do teor do artigo 273 do Código de Processo Civil, já a partir do *caput*, aparecem conceitos genéricos como: prova inequívoca, verossimilhança da alegação, fundado receio, dano irreparável, abuso do direito de defesa, entre outros.

Sobre o tema da discricionariedade, Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁸ anota que o poder judiciário não exerce discricionariedade ao interpretar conceitos vagos. Para a autora, a idéia de discricionariedade é incompatível com o poder judiciário, tendo em vista que as decisões discricionárias são emitidas numa margem em que o agente está fora do controle dos atingidos pela decisão. Além disso, esse poder somente existe quando a lei e o direito reconhecem como de igual valor, mais de uma decisão.

De acordo com esses argumentos, verdadeiramente, podemos afirmar que não há discricionariedade na decisão através da qual o magistrado concede ou não a tutela antecipatória. Para conceder ou negar o pedido de que sejam antecipados os efeitos da tutela pretendida, o juiz deve verificar se os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, *caput* e incisos, estão presentes na situação.

A atividade do julgador, nos requerimentos de antecipação dos efeitos da tutela não tem natureza discricionária, mas interpretativa. O juiz deve atentar para os requisitos contidos na lei que, uma vez preenchidos não apenas autorizam, mas determinam a antecipação, pois para conferir efetividade ao julgamento não é dado ao magistrado duas ou mais opções igualmente corretas. Neste particular, vale trazer o pensamento de Marinoni⁴⁹ de que não apenas a ação do juiz é capaz de produzir um prejuízo, mas também a sua omissão.

Outro elemento importante a observar diz respeito à fundamentação das decisões. Não obstante a previsão constitucional (artigo 93, inciso IX) e do processo civil (artigos 131 e 458), no sentido de que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, o parágrafo primeiro do mencionado artigo 273 prevê, expressamente, que na decisão que antecipar os efeitos da tutela, o juiz deverá indicar de forma clara as razões do seu convencimento. No mesmo sentido o parágrafo quarto do mesmo artigo, ao tratar da revogação ou modificação da decisão

⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 531.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, 2007, p. 22. E ainda, “O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário - no qual alguns imaginam que ele não erra - para assumir as responsabilidades de um novo juiz que trata dos “novos direitos” e que também tem que entender - para cumprir sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade ética e social - que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás (...)”.

antecipatória. Da análise destes dispositivos percebemos o controle de legitimidade a que estão sujeitos os provimentos antecipatórios.

Ainda em consonância com o instituto da antecipação dos efeitos da tutela estão os deveres do juiz, previstos no artigo 125, incisos I e II, do Código de Processual Civil:

Art. 125 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

(...).

3.3 FINALIDADES DAS PROVIDÊNCIAS ANTECIPATÓRIAS DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No estudo do alcance das providências antecipatórias, elemento importante a destacar diz respeito às suas finalidades. Do teor do artigo 273 do Código de Processo Civil, temos que as finalidades do instituto são: a prevenção da ocorrência de dano e vedação ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu.

Na hipótese prevista no inciso I, a antecipação dos efeitos da tutela tem o fim de prevenir o acontecimento de danos ao direito do autor. Este inciso não demonstra apenas preocupação em imprimir celeridade ao procedimento, mas constitui autêntica e típica prevenção de dano, capaz de comprometer o direito do autor eventualmente reconhecido ao final da ação.

No caso do inciso II, o objetivo da antecipação está em evitar o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Este dispositivo tem razão de ser porque o sistema processual, para proporcionar efetividade ao processo, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo e inibir as defesas abusivas. O direito de defesa deve ser exercido de forma razoável, de modo a que não retarde, indevidamente, a realização do direito do autor.

Estabelecidas, *strito sensu*, as finalidades dos provimentos antecipatórios, verificar-se-á as possibilidades de antecipação dos efeitos da tutela em relação às diversas sentenças.

4 EFEITOS DOS PROVIMENTOS SENTENCIAIS

De acordo com o artigo 273 do Código de Processo Civil, o juiz, a requerimento da parte, poderá antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela inicialmente pretendida. Isto significa que, ao verificar a presença dos requisitos exigidos pela lei, o juiz deverá antecipar os efeitos da tutela que somente seriam concedidos com a sentença, ao final do processo. Para o estudo dos efeitos da tutela que podem ser antecipados, da técnica engendrada no artigo 273 do Código de Processo Civil, mister se faz uma análise prévia sobre aspectos importantes das sentenças.

As sentenças são, conforme disposto no Código de Processo Civil (artigo 162, par. 1º), o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Segundo o ensinamento de Couture,⁵⁰ constituem um ato lógico, resultado da crítica que o juiz faz dos fatos e do direito para chegar a uma conclusão. As sentenças representam um ato de inteligência e vontade do juiz, acolhendo ou rejeitando uma pretensão. Sua finalidade está em compor uma situação conflituosa, declarando o direito aplicável à espécie.

As sentenças podem por um termo ao processo decidindo o mérito da causa, hipótese em que são chamadas definitivas ou, poderão encerrar o processo sem analisar o mérito, quando então são denominadas terminativas. Sentenças definitivas decidem o pedido contido na petição inicial, julgando-o procedente ou improcedente. São consideradas sentenças propriamente ditas, pois põem termo à relação processual e também à ação. As sentenças terminativas encerram a relação processual sem julgamento do mérito, dizem respeito ao processo, mas não decidem sobre o pedido, não guardam relação com a situação posta em juízo.

A doutrina classifica as sentenças, em razão do seu conteúdo, em três espécies⁵¹: simplesmente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Na obra de Pontes de Miranda,⁵² além das três modalidades aceitas pacificamente pela doutrina, encontramos mais dois tipos de sentença: executiva *lato sensu* e mandamental, assim classificadas não em razão do seu conteúdo, mas de sua eficácia.

⁵⁰ *Apud* SANTOS, Moacyr Amaral. SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 421.

⁵¹ ALVIM, Arruda. **Coleção de estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201. (De forma praticamente universal, a doutrina moderna classifica as ações de conhecimento em simplesmente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Em havendo procedência do pedido, a ordenação das sentenças liga-se integralmente à classificação das ações. Por esse motivo, as sentenças são também denominadas, pela maioria da doutrina, como simplesmente declaratórias, constitutivas e condenatórias, de acordo com o tipo de ação em que foram proferidas).

⁵² MIRANDA, Pontes, *op. cit.*, MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974, p. 206.

Antes de fazermos uma breve incursão a respeito das cinco modalidades de sentença apontadas, vale ressaltar a importância da classificação apontada por Pontes de Miranda.

As sentenças, como vimos, destinam-se a produzir efeitos no mundo jurídico, por esse motivo, para designar os efeitos por elas produzidos, além de verificar o seu conteúdo, precisamos observar a sua eficácia. As eficácias das sentenças distinguem-se do seu conteúdo, não que a eficácia não guarde relação com o conteúdo, apenas não é apropriado conceber um vínculo entre o conteúdo e o efeito da sentença, à semelhança de uma relação de causalidade natural.⁵³ A classificação de Pontes de Miranda tem rigor científico e é necessária para o bom entendimento dos diversos tipos de sentenças.

Convém ainda verificar que, numa única sentença podem coexistir elementos declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos, sendo inclusive bastante difundida a idéia de que as sentenças não apresentam um estado “quimicamente puro”. Logo, é preciso ter em mente que a classificação das sentenças se dá tendo por base a sua carga de eficácia preponderante, pois com exceção das puramente declaratórias, todas as demais são híbridas.

Portanto, a eficácia da sentença é a aptidão da decisão de produzir efeitos fáticos e jurídicos, no mundo empírico e na ordem jurídica. A ciência dogmática do Direito conformou estes efeitos em gabaritos conforme suas características, daí surgindo uma classificação das ações a partir da eficácia.

É preciso, no entanto, considerar, a partir dos estudos de Pontes de Miranda, principalmente, que as ações não apresentam eficácias singulares. Por outras palavras, as decisões em regra são híbridas, apresentando-se como feixes de eficácias onde prepondera uma.

De fato, para condenar ou constituir, é preciso, em certa medida declarar, sendo absolutamente correta a ponderação de Ovídio Baptista da Silva quando afirma que “toda e qualquer ação e, pois, todas as sentenças proferidas em processo contencioso, ou em procedimento de jurisdição voluntária, contém eficácia declaratória em grau de intensidade mais ou menos acentuado”.⁵⁴

⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil**. Revista de Processo, São Paulo, n. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996. (Está na lei o fundamento de eficácia da sentença, a lei é livre para modificar os efeitos que existem em cada sentença sem desfigurá-la, necessariamente)

⁵⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista, *op. cit.*, 2001, p. 135. (O Autor ainda complementa que o juiz não poderá, por exemplo, condenar o réu a indenizar sem antes, na própria sentença, reconhecer que o autor tem direito de ser indenizado, tendo em vista a existência de alguma norma legal que faz o réu responsável, perante ele, por

4.1 AS SENTENÇAS PURAMENTE DECLARATÓRIAS

Através da sentença declaratória protege-se o interesse em que uma relação jurídica exista, ou que seja declarado verdadeiro ou falso algum documento. A sentença declaratória é a prestação jurisdicional que se entrega a quem pediu a tutela jurídica sem querer “exigir”. O fim da sentença declaratória está em acabar com quaisquer dúvidas e questionamentos que eventualmente venham a ser produzidos acerca da existência ou inexistência das relações jurídicas, objeto da declaração.

As sentenças declaratórias são as mais simples das sentenças, em seu conteúdo encontramos tão somente o elemento declaratório, nada a mais. Recebem a denominação de sentenças meramente declaratórias para se distinguirem das demais que, como veremos adiante, também possuem conteúdo declaratório.

Essas decisões preenchem sua função pelo simples fato de serem proferidas e estarem revestidas pela coisa julgada, sendo a simples declaração de certeza, suficiente para satisfazer a pretensão do autor. Sua eficácia está somente no plano do verbo, no plano do enunciado que se mantém como enunciado e se basta.⁵⁵

O provimento meramente declaratório visa tão somente reconhecer a existência ou a não existência de relação jurídica. Em alguns casos previstos em lei, pode esse tipo de provimento declarar também a ocorrência de fatos.

Ou seja, as sentenças meramente declaratórias serão negativas ou positivas, conforme neguem ou afirmem a existência do fato ou da relação jurídica. Caso o provimento requerido seja declaratório negativo, v. g., declaração da inexistência de débito, a rejeição jurisdicional terá cunho positivo.

Não obstante existirem provimentos meramente declaratórios, absolutamente todos os outros tipos de provimentos possuem determinada carga declaratória em seu conteúdo. Para se condenar alguém por determinado ato ou fato, tem-se, primeiramente, que declará-lo como ilegal, ainda que esse cunho declaratório seja de somenos importância.

Importante salientar que a sentença meramente declaratória serve somente como preceito, ou seja, como norma declaradora da existência ou não de relação jurídica entre as partes. Se aquele litigante beneficiado desejar fazer valer seu direito declarado, deverá propor ação de cunho condenatório.

indenização. A afirmação de tal direito, de onde o magistrado haverá de extrair a consequência condenatória – geralmente expressa na sentença com a fórmula ‘julgo procedente a ação’- é um juízo sobre a existência de um preceito legal que incidiu na espécie sob julgamento, e que ele aplica como pressuposto para a condenação.

⁵⁵ Esta é a conclusão a que chega Pontes de Miranda, para ele a eficácia da sentença declaratória basta-se no plano do verbo pois também a lei é separada do fato e incide. A lei começa a dominar os fatos antes de aplicar-se a eles (MIRANDA, Pontes, *op. cit.*, p. 50).

4.2 AS SENTENÇAS CONSTITUTIVAS

As sentenças constitutivas formam uma modalidade de sentença mais complexa que as declaratórias. Sentenças constitutivas são decisões que introduzem uma alteração a uma situação existente, criando, modificando ou extinguindo uma relação jurídica. Nesta modalidade de sentença há mais do que simples declaração de certeza, existe um *quid*, consistente na criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica preexistente. Quem constitui faz mais do que declarar. Quem somente declara necessariamente se abstém de constituir.

As sentenças constitutivas que também podem ser desconstitutivas, destinam-se a modificar as relações jurídicas entre as partes e seu efeito é alcançado pela própria decisão, sem necessidade de ato material subsequente. A própria sentença cuida de estabelecer a consequência específica de seus efeitos, sem necessitar de ato executivo.

Constituem exemplos de sentenças com efeito constitutivo as proferidas nas ações de divórcio, cujo efeito é o novo estado civil em que passam a viver os antigos cônjuges; a que anula ato jurídico por incapacidade relativa do agente ou vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude; a sentença que rescinde o contrato por inadimplemento de uma das partes; a de anulação de casamento; a que determina a interdição; etc.

O provimento constitutivo é aquele que visa à constituição, ou à modificação, ou à extinção de situação jurídica anterior, substituindo-a por uma nova. Contudo, para se constituir, modificar ou extinguir uma situação, premente é a ocorrência, na própria sentença constitutiva, de uma declaração da existência das condições legais que autorizam a isso.

Portanto, a sentença constitutiva não cria direitos, apenas os declara e declara que estão presentes os requisitos autorizadores da constituição, da modificação ou da extinção da situação jurídica preexistente.

4.3 AS SENTENÇAS MANDAMENTAIS

Na sentença mandamental o juiz manda, seu ato é imediato. Ao invés de simples condenação que supõe execução em caso de não cumprimento espontâneo, tem-se ordem.

Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz fusione o seu pensamento e o seu ato e que dessa fusão nasça a idéia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o “mandado”. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar por sua estabilidade.

Eis aqui uma espécie de provimento que a doutrina não reconhece como pertencente ao gênero de efeitos da sentença. Não obstante essa negativa, o provimento mandamental está presente no sistema processual vigente, mormente após o advento legislativo dos arts. 273 e 461 do CPC.

O provimento mandamental corresponde ao cumprimento específico da ordem do juiz, sob pena de configuração de crime de desobediência, sem prejuízo de medidas que o magistrado poderá adotar, nos limites da lei e dentro das possibilidades práticas, como os meios sub-rogatórios compatíveis ao caso, diferentes da mera conversão da obrigação em equivalente pecuniário, além de outras medidas, para o efetivo e específico cumprimento da ordem judicial.

Por essa razão é que se falou anteriormente sobre a modificação substancial ocorrida com a inserção no CPC dos arts. 273 e 461, no que diz respeito aos poderes do juiz, ou seja, seu poder geral de cautela aumentou, podendo ele determinar medidas que julgar pertinentes para fazer cumprir as suas ordens. Aliás, denota-se que o cunho delas é eminentemente mandamental, a exemplo do que ocorre com o Mandado de Segurança.

Também em outros exemplos se conclui pela existência anterior de provimentos de cunho mandamental, como são os casos do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, e do art. 11 da Ação Civil Pública.

Apesar da doutrina dominante não admitir a ação mandamental como categoria autônoma em relação ao provimento condenatório, juristas bastante conceituados ponderam que foi Pontes de Miranda quem adotou a classificação de Kuttner, que pôs a ação mandamental em categoria distinta da ação condenatória. A ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz manda.

Portanto, é da natureza do provimento mandamental que a sentença que lhe reconheça procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí decorre a nomenclatura de mandamental.

E para fazer cumprir tal ordem, o juiz poderá lançar mão de multa a ser fixada por ele próprio em caso de descumprimento, ou então poderá configurar a recusa como crime de desobediência. Neste caso, haverá a possibilidade do obrigado ser preso em flagrante, correndo o processo criminal perante o juízo competente.

São exemplos de sentenças mandamentais as proferidas em mandado de segurança e ação de manutenção de posse. Nessas ações o comando jurisdicional vai além de simples declaração, ao conceder a tutela mandamental o juiz ordena alguma coisa, mandando, especificando uma ordem.

4.4 AS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

As sentenças civis que impõem ao réu uma prestação - um fazer, um não fazer, entregar coisa diversa de dinheiro ou pagar quantia certa - podem ser classificadas, todas, no gênero sentenças civis condenatórias.

Característica marcante das sentenças condenatórias é a sanção. Obtida a sentença condenatória, o autor adquire um instrumento jurídico destinado à satisfação do seu direito. Após o trânsito em julgado, a sentença condenatória transforma-se em título executivo judicial que habilitará o credor (vencedor da ação) a solicitar ao juiz o ingresso no patrimônio de devedor para a satisfação do seu direito.

Ao contrário do que ocorre com a sentença meramente declaratória e constitutiva, a sentença condenatória não se consuma em si mesma. Funciona, na verdade, como elo que une o processo de conhecimento e o cumprimento da sentença.

Esse tipo de provimento visa a condenar o réu a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, aplicando-se a sanção correspondente à norma reguladora do conflito. A isso parece conduzir, primeiramente, o novo artigo 475-N, I, CPC, qualificando como título executivo judicial a sentença.

Caso a sentença civil condenatória imponha ao réu uma prestação consistente em fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro, o seu cumprimento se obtém através dos mecanismos previstos nos arts. 461 e 461-A do CPC (multa coercitiva e medidas executivas).

Tratando-se de sentença civil condenatória impondo ao réu uma prestação consistente em pagar dinheiro, o seu cumprimento se força mediante execução, nos termos do art. 475-I e seguintes do CPC.

Em qualquer dos casos, o cumprimento da sentença se constitui como desdobramento final da relação processual de conhecimento, mesmo quando há a imposição de pagar quantia certa. Não há, em regra, processo de execução autônomo. Essa nova concepção processual é a tônica da reforma empreendida pela nova lei, como consta, aliás, da respectiva exposição de motivos (item 5, b): “a ‘efetivação’ forçada da sentença condenatória será feita como etapa final do processo de conhecimento, após um *tempus iudicati*, sem necessidade de um ‘processo autônomo’ de execução.

4.5 AS SENTENÇAS EXECUTIVAS *LATO SENSU*

O provimento executivo é aquele que satisfaz o direito do credor. Para o estudo da tutela antecipada interessa a noção de execução *lato sensu*. Essa categoria não é considerada como autônoma pela maioria dos doutrinadores, sendo aceita apenas por Kazuo Watanabe, Pontes de Miranda e Ovidio Baptista da Silva.

Lato sensu é aquele que se processa nos mesmos autos em que a cognição é estabelecida, sendo exemplo mais característico seu a sentença que decreta despejo. Sua função primordial não consiste em formar o título executivo, como ocorre com a sentença condenatória típica. Pela elevada carga de executividade de que é dotada, é ela executável no próprio processo em que foi proferida.

Não havendo uma ação específica de execução, uma vez que a execução *lato sensu* tramita juntamente com o processo ordinário, também inexistem embargos, devendo toda a defesa ser deduzida durante a fase de conhecimento. A execução se dá através de simples mandado.

As sentenças executivas *lato sensu* são provenientes de demandas onde o juízo, ao reconhecer a procedência da postulação determina, independentemente de qualquer outra providência por parte do autor, a entrega do bem da vida objeto da lide. Por intermédio destas sentenças, o juiz delibera o que deve ser cumprido, reconhecendo que algo está no patrimônio de outrem, quando na verdade não deveria estar.

Na ação executiva quer se mais: quer se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, mas sim o que a parte deveria ter feito. (...). Na execução, há mandados, - no decorrer do processo; mas só a solução final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, forçando.

Neste aspecto encontramos a diferença fundamental entre as sentenças executivas *lato sensu* e as condenatórias. Enquanto nestas o patrimônio do devedor permanece como está, somente podendo vir a ser alterado por intermédio de ação executória, nas decisões com eficácia executiva *lato sensu*, a sentença já determina o que deve ser cumprido.

Primeiramente, deve ser esclarecido se se trata realmente de "efetivação" ou de "execução" da tutela antecipada, ou seja, se está correta a substituição do termo "execução" por "efetivação", feita pela Lei 10.444/02 no § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil.

A antiga redação desse parágrafo empregava o termo "execução" e fazia referência somente aos incisos II e III do art. 588 do CPC, que trata da execução provisória: "A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588".

Com a inovação trazida pela Lei 10.444/02, o parágrafo passou a ter a seguinte redação: "A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A".

Contudo, outra alteração ocorreu em razão da Lei n. 11232/05, que reformou, substancialmente, o processo de execução. Na verdade, o citado diploma normativo realizou inúmeras alterações. Só para se ter uma idéia das modificações, foram alterados vários artigos do CPC e inseridos tantos outros. O próprio conceito de sentença foi modificado e chegou-se a inserir, no CPC, um novo procedimento executivo para a execução por quantia certa pautada em título judicial, consolidando o processo sincrético entre nós.

Dentre as principais alterações ocorridas pela referida lei, merecem destaque as que foram perpetradas em relação à execução provisória. Na verdade, a estrutura normativa da execução provisória foi realocada no CPC, deslocando-se do Livro II para o Livro I. Algumas alterações também foram realizadas em relação à estrutura da execução provisória e ao seu processamento.

Esta espécie de execução (provisória) objetiva conceder celeridade ao processo judicial. Na verdade, quando o Legislador permitiu a execução da decisão mesmo antes do seu trânsito em julgado, pretendeu acelerar o instrumento judicial. Sendo assim, antes do trânsito em julgado da decisão, nas situações previstas em lei, poderá o credor requer a execução.

As regras de processamento da execução provisória estão previstas no art. 475-O do CPC. O citado dispositivo reza o seguinte:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Verifica-se que o legislador dispôs que a execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, todavia, sem ter havido o trânsito em julgado da sentença.

O termo "provisória" indica que houve uma opção por iniciar a antecipação dos atos executórios porque a sentença proferida não teve sua eficácia suspensa por vontade da lei ou do magistrado.

Havendo uma sentença condenatória com seus efeitos nasce para o vencedor o direito de optar por aguardar ou não o trânsito em julgado. Em outras palavras, prolatada a sentença, já não há mais que se falar em esgotamento da função jurisdicional, porém, o Estado-Juiz volta à inércia, uma vez que dependerá da provocação das partes a remessa à revisão pela superior instância ou o início da fase executiva, ou, ambos (remessa à reapreciação e execução antecipada).

Conforme aduz Roberto de Assis Matos:

Permitir antecipação no exercício da jurisdição (fase cognitiva) é um trabalho de preservação da garantia de reversibilidade da situação. Permitti-la (a antecipação) no exercício da juris-efetivação (fase executiva) vai mais além: é uma tarefa de preservação também de garantias para a eventual necessidade de indenizar, preocupação esta que o Estado deixou a cargo do vencedor do primeiro *round* da demanda. Ao possibilitar a execução antecipada, o Estado transfere ao vencedor o ônus da análise do risco de os atos executivos (por si sós de natureza ofensiva) serem entendidos como descabidos e, portanto, tipificados como passíveis de indenização. É o que está bem claro no inciso I, do art. 475-O, do CPC, quando afirma que corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido. É uma séria advertência ao candidato a exequente, porém, que não deve ser vista com excepcionalidade, sob pena de caracterizar como excepcionais as decisões acertadas da justiça de primeiro grau. Não devemos nos esquecer que, para dizer o direito, o magistrado passa por uma longa e exauriente reflexão cognitiva acerca do direito material discutido, com todas as oportunidades para o exercício de ampla defesa e demais consectários do devido processo legal.⁵⁶

Percebe-se que a possibilidade de reforma de uma decisão deve ser analisada pelo eventual exequente, de maneira que, se opta por antecipar seu requerimento de execução, a ele deve ser dado o novo tratamento célere-efetivo.

No que tange à segurança jurídica na antecipação da execução, andou bem o legislador, que preocupou em resguardá-la quando fez constar no inciso II que fica sem efeito, sobrevivendo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento, ou seja, o pressuposto da reversibilidade fica resguardado.

⁵⁶ MATOS, Roberto de Assis. **Execução provisória. Possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2111, 12 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12616>>. Acesso em: 08 jul. 2011.

4.5.1 A necessidade de caução na execução provisória

Em sede de execução provisória, para satisfação do direito de crédito do exequente, o mesmo deverá prestar caução, porquanto, caso o recurso pendente de julgamento venha a ser provido, ainda que parcialmente, posto que a caução servirá como indenização ao executado pelos prejuízos sofridos.

O art. 475-O do CPC assevera:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Acrescentado pela L-011.232-2005)

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No caso do inciso II do deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. (Alterado pela L-012.322-2010).

A previsão da caução é uma forma de garantir ao credor a celeridade do rito e, via de consequência, garantir ao devedor a segurança necessária, para a situação de reversibilidade da sucumbência. Desta forma, o objetivo da caução é assegurar ao devedor executado a possibilidade de obter a reparação dos danos causados por iniciativa do credor.

Contudo, a suficiência e a idoneidade da caução ficaram a cargo do julgador que poderá, inclusive, dispensá-la. Exemplo desta dispensa são os créditos alimentares, onde poderá ser dispensada a caução, desde que demonstrada a necessidade do credor.

Em qualquer situação caberá ao julgador, atento ao princípio da proporcionalidade e prevendo a plausibilidade da vitória final do necessitado, dispensar a caução, e, assim, limitar a incidência do art. 475-O, parágrafo 2º.

Há também o caso de, pendendo Agravo de Instrumento para liberar Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, poder-se-á efetivar meios expropriativos sem necessidade de prestar caução, uma vez que tais recursos são, estatisticamente falando, difíceis de receberem provimento.

Contudo, o legislador manteve a possibilidade de exigir-se a caução sempre que existir manifesto risco de dano grave ou de difícil reparação, o que fica ao arbítrio do julgador.

Vejam-se, sobre o caso, alguns entendimentos jurisprudenciais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. LEVANTAMENTO DE IMPORTÂNCIA. NECESSIDADE DE CAUÇÃO. Não há falar em levantamento de importância - depositada pelo devedor para interposição de embargos - sem prestação de caução, se a execução ainda se reveste de caráter provisório nos precisos termos do artigo 475, inciso I, § 1º, parte final do Código de Processo Civil. Agravo improvido. (Agravo de Instrumento Nº 70019833326, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 24/05/2007)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. LEVANTAMENTO DE QUANTIA DEPOSITADA. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. Tendo restado julgado o agravo de instrumento interposto contra a decisão que desacolheu a impugnação ao cumprimento da sentença e sendo certo que eventual recurso a ser apresentado não terá efeito suspensivo, não há óbice para o levantamento da quantia depositada em garantia ao cumprimento da sentença. Não se olvide, ademais, que, conforme o art. 475-O do CPC, a execução provisória far-se-á do mesmo modo que a definitiva e que o inciso II do § 2º deste mesmo artigo dispensa a necessidade de prestação de caução para levantamento de depósito em dinheiro quando pender agravo de instrumento junto ao STF ou ao STJ. Registre-se, de outro lado, que considerando a capacidade financeira da executada, a execução não poderá causar-lhe potencial dano. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (Agravo de Instrumento Nº 70019158971, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 04/04/2007).

4.6 EFEITOS DA SENTENÇA PASSÍVEIS DE ANTECIPAÇÃO

O estudo deste tema encontra fundamentação, essencialmente, na obra de Ovídio Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni.⁵⁷

Com relação às sentenças puramente declaratórias e constitutivas, temos que parte da doutrina inclina-se no sentido da impossibilidade da antecipação por intermédio da cognição incompleta do artigo 273 do Código de Processo Civil. Essa corrente entende que a certeza jurídica somente pode ser atribuída ao autor por intermédio da decisão final. Por esse

⁵⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

motivo, impossível é a antecipação dos efeitos declaratórios ou constitutivos, pois a antecipação do juízo de verossimilhança constitui verdadeiro julgamento “declarando a vontade da lei”.

Nesse sentido o ensinamento Ovídio Baptista da Silva,⁵⁸ que entende que as liminares concedidas com base no artigo 273 do Código de Processo Civil jamais poderão antecipar declaração ou constituição. Para o professor, ao anteciparem-se efeitos declaratórios ou constitutivos, estar-se-ia antecipando o próprio julgamento de mérito e não seus possíveis efeitos.

Na mesma linha é a lição de Teori Albino Zavascki,⁵⁹ que entende que as tutelas meramente declaratória e a constitutiva, pela própria natureza, não se compatibilizam com o deferimento em caráter provisório.

Contrariamente a essa interpretação, Marinoni⁶⁰ alerta que não há motivos que possam impedir, na perspectiva técnico-processual, uma declaração ou uma constituição fundada em cognição sumária. O grande problema, segundo Marinoni, coloca-se no plano da viabilidade e utilidade da tutela⁶¹. Assim, de acordo com este autor, se é impossível a constituição provisória nas ações de estado, não aparenta ser inviável a constituição provisória de um aluguel em ação revisional, por exemplo. Marinoni nos dá o exemplo da constituição provisória do aluguel e afirma que, se é possível extrair alguma pretensão condenatória, mandamental ou executiva dá-se vida, em caso de inobservância da tutela antecipatória, à provisoriedade que, em outro caso seria transformada sem utilidade.

Não obstante, não podemos deixar de verificar que há casos em que a antecipação revela-se imprescindível para tutelar, com efetividade, um direito que dependa de declaração ou constituição. Nestas hipóteses o autor poderá requerer que o juiz ordene ao réu não fazer o que a demanda declaratória, em sendo procedente, demonstrará ser ilegítimo fazer, ou ainda, poderá requerer, no curso da ação constitutiva, que o réu seja privado de praticar determinados atos capazes de impedir o exercício de faculdades compreendidas no direito a ser constituído ao final da ação.

São exemplos os casos de ações declaratórias de ilegitimidade, em que o autor requer que o juiz ordene não seja praticado um determinado ato pelo réu que, ao final, em

⁵⁸ SILVA, Ovídio Baptista da, *op. cit.* 2007, p. 203.

⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 48.

⁶¹ Sobre o tema, o jurista italiano Tommaso nos dá como exemplo a hipótese de tutela requerida pelo empregador no sentido de declarar, antecipada e sumariamente, a legitimidade da despedida de um empregado. Todavia, como alerta Marinoni, a declaração sumária da legitimidade de um ato parece valer pouco, ou talvez nada, quando se verifica que o juiz pode julgar improcedente o pedido declaratório ainda que já tenha, no juízo antecipatório, declarado sumariamente no sentido inverso. (*In* MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 46-49).

virtude de uma sentença declaratória poderá ser considerado ilegítimo; ações constitutivas de servidão, quando o autor poderá solicitar, através da tutela antecipatória, que o réu se abstenha de praticar certos atos que possam prejudicar o direito a ser tutelado; ações desconstitutivas de anulação de ato jurídico em que se permite seja requerida, antecipadamente, a suspensão da eficácia do ato; ações de sustação de protesto tendo por base a inexistência de relação jurídica, impedindo-se a prática de ato que não poderia ser efetivado se já desconstituído o protesto.

A declaração e a constituição sumária, como é possível perceber, por si só, nada valem. Tendo em vista que a efetividade da decisão fica na dependência da vontade do réu, somente uma ordem imposta sob pena de multa é capaz de produzir alguma efetividade. Nos exemplos acima, é bom que se deixe claro, não entendemos que exista mera sentença de declaração ou constituição sumária, mas há tutela antecipatória mandamental.

Outro fator importante a ser analisado diz respeito à existência de situações em que a cumulação sucessiva de pedidos faz com que requerimentos sucessivos dependam da procedência dos primeiros. Logo, nos casos em que o segundo pedido apresente caráter condenatório, executivo ou mandamental, e o primeiro, natureza declaratória ou constitutiva, o juízo de verossimilhança a respeito da procedência da primeira demanda sempre autorizará a antecipação do efeito próprio do requerimento cumulado.

No que tange às sentenças condenatórias, a exemplo do que ocorre com as sentenças declaratórias e constitutivas, há também seguimento da doutrina que se inclina no sentido da impossibilidade da antecipação.

Ovídio Baptista da Silva,⁶² para quem a sentença condenatória não passa de tutela declaratória de efeitos especiais, entende que também nesta hipótese a antecipação da tutela não é aplicável. A antecipação revela-se medida neutra em relação ao objetivo do legislador de conferir utilidade e celeridade à tutela jurisdicional.

Mas, existe também doutrina⁶³ no sentido de que para a antecipação dos efeitos da sentença condenatória poderá suceder a produção antecipada do efeito executivo que integra o conteúdo dessa decisão.

Por ser uma questão que envolve certa controvérsia jurídica, importante tecer algumas considerações importantes.

Seguindo o que dispõe o artigo 273, parágrafo 3º, do Código Processual, a execução dos provimentos antecipados será sempre provisória. E assim, segundo nos alerta

⁶² SILVA, Ovídio Baptista da, *op. cit.*, p. 119..

⁶³ Zavascki, Teori Albino, *op. cit.* p. 82.

Ovídio Baptista da Silva,⁶⁴ os efeitos executórios da sentença condenatória antecipada nunca passarão de “promessa de efeito executivo”.

Todavia, de acordo com os ideais de efetividade processual e acesso à justiça que nortearam o pensamento do legislador durante a reforma processual, parece que as finalidades do artigo 273 do Código de Processo Civil estão em que o juiz antecipe, efetivamente, os efeitos da tutela pretendida pelo autor. Não guarda relação com o escopo do instituto, a idéia de que o juiz apenas garanta que a tutela será realizada em ulterior momento executivo.

Quando o legislador dispõe que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, devemos entender que está se referindo à antecipação real e efetiva dos efeitos dentro de uma mesma demanda. Se a lei fala em antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, parece lógico que o autor deva receber a antecipação em sua demanda, e não num pleito subsequente ainda dependente da boa vontade do condenado em cumprir a medida.

O art. 273, § 3º, estabelece a necessidade de a execução da tutela antecipada observar o disposto no artigo 475-O do CPC. A regra incide na pretensão de executar créditos, ou seja, ao efeito executivo diferido da condenação, consoante revela a cláusula “no que couber”. O artigo em questão é inaplicável às execuções do efeito executivo imediato, sempre subjugadas, todavia, à trava da irreversibilidade (art. 273, § 2º). Seja como for, tem ela natureza provisória, porque o provimento antecipatório, a par de revogável ou modificável a qualquer tempo (art. 273, § 4º), não se arrima em sentença transitada em julgado.

Portanto, podemos concluir que a antecipação dos efeitos da tutela não encontra compatibilidade com a antecipação do efeito executivo encontrado no pleito condenatório. O legislador, ao introduzir o instituto da tutela antecipada no direito brasileiro, consagrou as duas espécies de tutela processual que grande parte da doutrina ainda teima recusar, as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*.

Nossa leitura do artigo 273 do Código de Processo Civil acompanha o pensamento do professor Ovídio Baptista da Silva,⁶⁵ no sentido de que as sentenças com efeitos mandamentais e executivos *lato sensu* são as únicas capazes de realmente produzir, no curso do procedimento, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

O artigo 273 do Código de Processo Civil inseriu no sistema jurídico pátrio, medidas antecipatórias de cunho executivo e mandamental, aptas a se tornarem efetivas e

⁶⁴ SILVA, Ovídio Baptista da, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁵ *Idem*, p. 122.

realizadas na mesma relação processual que, em princípio fora concebida exclusivamente para ser de conhecimento. O instituto da antecipação de tutela fez com que o processo de conhecimento perdesse características elementares, fazendo-o abrigar ações sincréticas que, segundo Dinamarco,⁶⁶ são assim chamadas por terem mescladas mais de uma função processual, conhecimento e execução.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 146.

CONCLUSÃO

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela, instituído entre nós por intermédio da Lei 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, constitui instrumento comprometido com a repartição do ônus do tempo no processo.

Harmoniosamente coadunada com as necessidades dos jurisdicionados, a antecipação dos efeitos da tutela representa profunda reforma ao procedimento ordinário. O novo instituto traduz a idéia de tutela jurisdicional compromissada com a realidade social, significando, pois, importante avanço na busca da efetividade do processo e acesso à justiça.

De acordo com o texto do novo artigo 273 do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca e convencimento do órgão jurisdicional quanto à verossimilhança da alegação, poderão ser antecipados, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

A antecipação dos efeitos da tutela do artigo 273 tem cabimento em duas hipóteses: quando existir fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) e, quando restar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu (inciso II).

Constituem características essenciais do instituto: a obrigatoriedade de a decisão antecipatória ser fundamentada (parágrafo 1º, artigo 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil e artigos 131 e 458, do Código de Processo Civil); a impossibilidade de concessão da medida quando existir possibilidade de irreversibilidade do provimento (parágrafo 2º); a necessidade de observância, no que couber, do disposto no artigo 461 e 475-O do Código de Processo Civil (parágrafo 3º); o caráter temporário e provisório da providência antecipatória, que poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (parágrafo 4º); o prosseguimento do processo, até a sentença final, após a concessão da antecipação (parágrafo 5º).

Antecipar os efeitos da tutela não significa que serão proferidas medidas que impeçam o perecimento de direito ou que assegurem ao seu titular a possibilidade de exercê-lo futuramente. O novo instituto permite a antecipação dos efeitos da sentença final. Objetiva, pois, assegurar a efetividade da tutela jurisdicional quando este direito estiver em vias de ser desprestigiado.

Nossa leitura do artigo 273 do Código de Processo Civil segue a orientação de Ovídio Baptista, é no sentido de que a antecipação dos efeitos da tutela significa a introdução,

no direito brasileiro, de medidas liminares de efeito executivo e mandamental. Com o novo instituto, o legislador acabou por consagrar as duas modalidades de tutela recusadas por parte considerável da doutrina.

Com relação aos efeitos declaratório e constitutivo, explicitamos no trabalho entendimentos no sentido da possibilidade e impossibilidade de antecipação. No entanto, mesmo na corrente que não vê obstáculos à antecipação, encontramos um alerta quanto a inutilidade da medida.

Nosso entendimento é no sentido da inaplicabilidade do instituto da antecipação dos efeitos da tutela em provimentos meramente declaratórios e constitutivos já que de nada adianta, em termos práticos, a antecipação provisória dessas medidas. Mas, se a antecipação se revelar imprescindível para tutelar com efetividade um direito que dependa de declaração ou constituição, o autor deverá requerer ao juiz providência mandamental que determine ao réu, por exemplo, não fazer aquilo que a demanda declaratória, em sendo procedente, demonstrará ser ilegítimo fazer ou, em se tratando de ação constitutiva, que o réu seja privado de praticar determinado ato capaz de impedir o exercício de faculdade contida em direito a ser constituído ao final da ação.

No que toca à sentença condenatória, mais uma vez somos do entendimento de que não é aplicável o instituto da tutela antecipatória. De acordo com o ideal de efetividade e acesso à justiça que nortearam o pensamento do legislador da reforma, entendemos que apenas o efeito executivo *lato sensu* pode ser antecipado, já que o efeito executivo das sentenças condenatórias carece de ulterior procedimento para ser realizado.

Quando o legislador dispõe que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar os efeitos da tutela pretendida entendemos estar se referindo à antecipação real e efetiva dentro da mesma demanda, ou seja, do efeito executivo *lato sensu*.

Assim, sem maiores complicações, os efeitos que poderão ser antecipados sem problemas são o mandamental e o executivo *lato sensu*.

Verdadeiramente, podemos concluir que não há compatibilidade entre o modelo do artigo 273 e a pura antecipação dos efeitos declaratório, constitutivo e condenatório. A antecipação dos efeitos da tutela somente será meio eficiente para a efetividade do processo quando tratar de efeitos que provoquem mudanças no plano dos fatos.

As sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* são as únicas realmente capazes de produzir antecipação dos efeitos pretendidos no pedido inicial. Somente os efeitos produzidos por essas sentenças tornam-se efetivos e realizados na mesma relação processual que, em princípio, foi concebida para ser exclusivamente de conhecimento.

Diante das conclusões aduzidas, pretendemos ter explicitado que o fato de não se poder antecipar o conteúdo preferencial de uma sentença, não significa que efeitos outros que também compõem sua eficácia não possam ser antecipados.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **Coleção de estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ALVIM, J. E. Carreira. **A antecipação de tutela na reforma processual**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, Brasília, n. 135, p. 9-31, abr. 1995.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.
- BRASIL. **Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei n.º 5869, de 11 de janeiro de 1973**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CALAMANDREI, Piero. **Verità e verossimiglianza nel processo civile**. In: Studi sul Processo Civile. Padova: Cedam, 1957. p. 111-139.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. AJURIS, Porto Alegre, n. 66, p. 5-18, mar. 1996.
- FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**. Rio de Janeiro: Destaque, 2005.
- _____. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação monitória**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 06, p. 24-28, jun. 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. Tradução de Reine Rechtslehre.

- LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: José Bushtsky editor, 1976.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **Antecipação de tutela na reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.
- _____. **Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MATOS, Roberto de Assis. **Execução provisória. Possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2111, 12 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12616>>. Acesso em: 08 jul. 2011.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. v. 5.
- _____. **Comentários ao código de processo civil**. Atualização Legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil**. Revista de Processo, São Paulo, n. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996.
- _____. **Efetividade do processo e técnica processual**. AJURIS, Porto Alegre, n. 64, p. 149-150, jul. 1995.
- _____. **Temas de direito processual civil**. Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PASOLD, César Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. Florianópolis: Estudantil, 1998.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Inovações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Classificação de ações, sentenças e coisa julgada**. Revista de Processo, São Paulo: n. 73, p. 37-46, abr./jun. 1994.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral de processo**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RODRIGUES, Horácio W. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 2004.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

_____. **Antecipação de tutela: duas perspectivas de análise.** AJURIS, Porto Alegre, n. 70, p. 84-101, jul. 1997.

_____. **As reformas do processo de execução e cautelar.** AJURIS, Porto Alegre, n. 68, p. 28-35, nov. 1996.

THEODORO Jr. Humberto. **Curso de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer.** AJURIS, Porto Alegre, n. 66, p. 161-201, mar. 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico.** São Paulo: Editora Alfa Omega, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela.** São Paulo: Saraiva, 2007.