

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DA PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

*WILCINETE DIAS SOARES*¹

Resumo: Este artigo aborda o instituto da antecipação de tutela, consagrado no artigo 273 do Código de Processo Civil. Através de nossas considerações respaldadas em doutrina de altíssima notoriedade pelos inegáveis conhecimentos relativos ao tema, discorre-se sobre as generalidades desse instituto, mediante sua conceituação, análise dos requisitos legais autorizadores para sua concessão, sua diferenciação entre a tutela cautelar, a possibilidade da fungibilidade entre tais medidas e por fim, a força executiva das tutelas antecipadas.

Palavras-Chaves: antecipação de tutela, tutela cautelar; noções gerais, traços distintivos

Sumário: 1. Introdução; 2. Da insuficiência do procedimento ordinário; 3. Antecipação de tutela-conceituação; 4. Requisitos legais para antecipação de tutela; 4.1. Prova inequívoca e verossimilhanças das alegações; 4.2. Fundado receio de dano irreparável e abuso do direito de defesa com caráter protelatório; 5. Legitimação, Momento ou Oportunidade para a concessão da antecipação de tutela; 6. Diferenças entre tutela cautelar e antecipação de tutela; 7. Fungibilidade das tutelas de urgência; 8. Efetivação da tutela antecipatória; 9. Considerações finais; Referências Bibliográficas.

¹ Procuradora do Município de Diadema-SP. Especialista em Direito Municipal pela UNIDERP. Pós-graduada em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá-FIJ. Advogada militante na área do contencioso judicial no Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

De notório conhecimento, a população brasileira como nunca antes visto, tem se socorrido do Poder Judiciário para dirimir suas demandas que a cada dia se avolumam conforme as mutações da sociedade.

Não obstante haja uma garantia constitucional ao direito de ação, princípio da inafastabilidade da jurisdição, fato é que todos que necessitam de um provimento jurisdicional visando a composição de um conflito respaldado no plano material, padecem com a enorme demora da entrega da prestação jurisdicional.

Hodiernamente pessoas, física e jurídica refletem muito, antes de procurar o Poder Judiciário, preocupadas com esta morosidade que não raro, quando chega tornou-se quase que inócua, ensejando duras críticas dos jurisdicionados e até gerando grande descrença no Poder Judiciário.

Nesse passo, Rogéria Dotti Doria enfatiza:

Não é preciso ser processualista para saber que, no Brasil, a demora na prestação da tutela jurisdicional constitui uma das maiores causas de insatisfação e descrédito da população no Poder Judiciário. O decurso do tempo passou a assumir contornos tão relevantes no dia-a-dia da Justiça que não são poucas às vezes em que as pessoas desistem de procurar os tribunais, preferindo às vezes optar por caminhos mais práticos (ou até violentos) para atender suas pretensões. Para os juízes, a consequência primordial da lentidão do processo produz notório descrédito e desgaste ao Poder Judiciário, cuja imagem, a cada momento, fica mais desprestigiada²

Disso resulta que a preocupação com a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável é situação que atormenta os jurisdicionados necessitados da prestação jurisdicional, e também aqueles que tem o mister de prestar esta honrosa atribuição.

² DORIA, Rogéria Dotti, A Tutela Antecipada em Relação à parte incontroversa da demanda. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.105

2. DA INSUFICIENCIA DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Ao longo de muitos anos, desde a sua criação, o procedimento ordinário foi o único instrumento processual utilizado, para atender as mais diversas necessidades processuais dos interessados em obterem determinado tipo de tutela estatal. Sob esse prisma, este tipo de procedimento adquiriu grande credibilidade, principalmente porque admite o mais amplo contraditório e defesa, e por conseguinte, não havendo outra alternativa, restava toda demanda posta ao Judiciário haver que passar pelo crivo deste procedimento, sempre moroso, mas necessário a exaurir todas as possibilidades de alegações e defesas para a formação da convicção do magistrado.

Com o progresso a sociedade sofreu mutações, surgiram novos direitos, inovações legislativas importantes ocorreram. Tudo isto fez crescer sobremaneira o número de índices de litigiosidade.

Fato é que, o procedimento ordinário, por mais que oferecesse ao julgador maiores possibilidades cognitivas para apreciar uma demanda, e por via de conseqüência, tomar decisões supostamente mais seguras pela possibilidade exauriente de medidas processuais disponíveis, referido procedimento tornou-se ultrapassado não atendendo aos anseios dos cidadãos nas mais diversificadas espécies de demandas.

Diante dessa constatação decorrente das deficiências próprias daquele sistema processual, o Estado-legislador apressou-se em criar no nosso ordenamento jurídico, os procedimentos especiais, embora estes também não tenham sido suficientes para abrandar a morosidade processual, e garantir em prazo adequado uma decisão satisfatória ao direito das partes.

Nesse aspecto insta esclarecer que o postulado constitucional da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Política, deve ser compreendido da forma mais ampla possível, na medida em que a garantia ali prevista, não se limita apenas ao exercício do direito de ação, mas também a um direito

dos jurisdicionados a uma prestação jurisdicional adequada e célere, através de um processo justo, efetivo, e que confira idoneidade à tutela do interesse material buscado, mediante um provimento final adequado e útil.

É o que, Rogéria Dotti Doria nos ensina quando aduz:

Desde o momento em que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, assumiu também o dever de garantir a todos os jurisdicionados a prestação de uma tutela adequada às necessidades da vida de relação. A jurisdição que passou a ser prestada pelo Estado precisou adequar-se às exigências daqueles que não mais podiam utilizar a justiça privada. Tanto é assim que a Constituição Federal de 1988, assegura em seu artigo 5º inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O mesmo ocorre em relação ao disposto no artigo 75 do Código Civil Brasileiro, O texto original prevê que a todo direito corresponde uma ação que o assegure. Na verdade, o que deve ser lido e interpretado é que toda afirmação de direito deve corresponder uma ação. Mas não é só, não basta assegurar ao Poder Judiciário a apreciação de toda e qualquer lesão. É preciso também oferecer condições para que a análise pelo Judiciário se dê de uma maneira adequada, que realmente atenda os interesses dos jurisdicionados, Sim, pois de nada adiantaria a garantia constitucional do princípio da inafastabilidade caso se permitisse que as decisões judiciais fossem proferidas de maneira superficial e ainda muitos anos após a propositura das ações.

Em suma, o Estado através do Poder Judiciário assumiu a obrigação de analisar todas as pretensões deduzidas pelos jurisdicionados. E mais, tal apreciação deve ocorrer de uma forma adequada, atendendo a fatores tais como tempo de prestação, forma e amplitude dessa atuação. Citando Candido Rangel Dinamarco acrescenta a autora: o processo deve ter mecanismos que propiciem o cumprimento de sua função a fim de que não se torne “fonte perene de decepções”³

Evidente que não se pode ignorar os esforços do Estado-Judiciário neste sentido ao longo desses anos. Sabe-se que os problemas dos quais decorrem a demora na entrega da prestação jurisdicional são muitos, desde a falta de recursos humanos à instrumentalização do processo.

Nessa linha, a doutrina pátria e a jurisprudência vêm demonstrando que o Estado precisa criar novos mecanismos, se aparelhar e mais que isto, melhor instrumentalizar o sistema processual para atender uma demanda a cada dia maior e complexa da

³ Ob. Cit. p. 23-24

comunidade, ficando evidente que o Procedimento Ordinário, antes das reformas deixava muito a desejar quanto às demandas a este submetidas, embora não se possa afirmar que hodiernamente estejam totalmente afastadas as dificuldades de outrora, necessitando ainda o velho procedimento passar por profundas mudanças..

Conforme ressaltam Marinoni e Arenhari:

A morosidade da prestação jurisdicional oriunda, como é sabido, das mais diversas causas, também está ligada à ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil.⁴

Nessa esteira de pensamento, oportunas as reformas do Código de Processo Civil introduzidas pelas Leis 8.952 de 13 de dezembro de 1994 e 10.444, de 07 de maio de 2002, que ao dar nova redação ao artigo 273 do CPC, criou entre nós, o instituto da antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda.

3.ANTECIPAÇÃO DE TUTELA- CONCEITUAÇÃO.

A insuficiência do procedimento ordinário e até dos procedimentos especiais, motivaram o Estado-Legislator a otimizar a instrumentalização do processo com a adoção da Antecipação de Tutela que se generalizou no País após as reformas.

A antecipação de tutela não é um instituto processual típico do Estado Brasileiro. Willian Santos Ferreira⁵, em sucinta análise da antecipação de tutela no direito estrangeiro, nos informa a existência desse instituto em países como Alemanha, Suíça. Grécia, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, e até nossos vizinhos, Uruguai e Argentina.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz-Curso de Processo Civil, processo de conhecimento, v.2, 8ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p.199

A Antecipação de tutela, tutela de cognição sumária ou ainda tutela satisfativa, expressão empregada em doutrina, compõe as chamadas tutelas de urgência, constituindo-se em instrumento de proteção jurisdicional criado pelo legislador brasileiro, para assegurar a utilidade da prestação jurisdicional, mediante o adiantamento de seus efeitos antes de um julgamento definitivo.

Segundo Marinoni:

A "antecipação total dos efeitos" da sentença condenatória nada mais é do que a antecipação do efeito executivo (ou melhor, a produção antecipada do efeito executivo) da sentença de condenação, que torna viável a antecipação da realização do direito afirmado pelo autor. A "antecipação total dos efeitos" da sentença condenatória consiste na antecipação da realização do direito que o autor pretende ver realizado.⁶

A antecipação da tutela portanto, consiste em verdadeiro adiantamento dos efeitos do provimento final a ser proferido no processo de conhecimento, com a finalidade de evitar o perecimento do direito subjetivo da parte, em razão do longo transcurso de tempo natural e necessário que medeia a propositura da ação e a prolatação do *decisum final*.

4. REQUISITOS LEGAIS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

Para a concessão da tutela antecipada exige a lei certo rigor, através da cognição sumária para constatação pelo magistrado da existência no pedido do requerente dos pressupostos legais do artigo 273 do Código de Processo Civil.

⁵ FERREIRA Santos Willian- Tutela Antecipada no Âmbito Recursal, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.119-126

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme- Antecipação da Tutela, 11ª ed. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 2009,p.44-45

O artigo 273 do Código de Processo Civil em sua nova redação introduzida pela Lei 8.952/1994, dispõe que :

“ Art. 273. 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 e:

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

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

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

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

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

§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

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

Os requisitos legais para a concessão da tutela antecipada são de duas ordens: **genéricos- necessários** e **cumulativo-alternativos**.

São requisitos genéricos-necessários: **a)-prova inequívoca;** e **b)-verossimilhança das alegações;** (art. 273 caput,)

São requisitos cumulativo-alternativos: **a)-o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;** e **b)- abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório** (art. 273, incs. I e II).

4.1 Prova inequívoca e verossimilhança das alegações.

Prova inequívoca, de acordo com os ensinamentos de Araken de Assis, é: “ qualquer meio de prova, em geral documental, capaz de influir positivamente, no convencimento do juiz, tendo por objeto a verossimilhança da alegação de risco ou o abuso do réu”⁷

Na visão de Frâncico Antonio de Oliveira : “ a prova inequívoca é aquela que não admite erro, que conduz ao que é verdadeiro. Entretanto, muito embora a análise do que seja inequívoca seja buscada através de parâmetros valorativos, terá sempre forte dose de subjetivismo e dependerá sempre do maior ou menor grau de percepção de quem analisa a prova”⁸

O requisito da verossimilhança da alegação, conforme Humberto Theodoro Junior , refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação da tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu”⁹

A verossimilhança do direito do postulante embora não se confunda com o requisito da prova inequívoca, são pressupostos que caminham lado a lado, na medida em que, para o perfeito convencimento do julgador, o interessado deverá estar calcado em prova sólida que aponte para a plausibilidade do seu direito alegado em juízo.

Nessa linha de pensamento Cássio Scarpinella observa: [...] “ me parece importante *sempre* entender, compreender, interpretar e aplicar as duas expressões em conjunto; é a prova inequívoca que conduz o magistrado à verossimilhança da alegação”¹⁰

⁷ Antecipação de tutela, *in* Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, 2005 p. 24

⁸ Alterações do CPC; aspectos processuais trabalhistas e civis. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 296.

⁹ JUNIOR, Theodoro Humberto- Curso de Direito Processual Civil, 20ªed, v.2,Ed. Revista dos Tribunais, 1997

¹⁰ Bueno, Cássio Scarpinella. Tutela Antecipada. 2ª ed. São Paulo, Saraiva. 2007 p. 39

4.2 Fundado receio de dano irreparável e abuso do direito de defesa com caráter protelatório.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, é requisito alternativo criado pelo legislador ordinário, visando resguardar a situação do postulante, que diante da iminência da ocorrência de dano irreparável, não pode aguardar até o julgamento do processo, sem o risco de suportar sérios prejuízos, dada a longa marcha processual e a demora na prestação do provimento final. Tem como objetivo evitar o perigo de dano pelo perigo da demora da própria tutela jurisdicional.

Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis, dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte¹¹

O abuso de direito de defesa, configura-se quando o réu oferece resistência processual imotivada, mediante manobras dentro do processo, visando retardar a entrega da prestação jurisdicional em favor da parte que tem razão.

Estando presentes os pressupostos supra, a parte prejudicada, está legitimada conforme o artigo 273 do CPC, a pleitear a antecipação de tutela.

5. LEGITIMAÇÃO; MOMENTO OU OPORTUNIDADE PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

O artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece que : “ o juiz poderá, a *requerimento da parte*, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida *no pedido inicial,.....*” (destaque nosso)

¹¹ JUNIOR, Theodoro Humberto, Ob. Cit. p.610

Conquanto o legislador tenha se valido das expressões ‘ requerimento da parte’ e ‘ pedido inicial’ dando a entender que os efeitos da tutela antecipada somente pode ser deferida em favor do autor de uma ação, entendemos que esse dispositivo deve ser interpretado de forma ampla.

Em que pese o fato do instituto da tutela antecipada estar intimamente ligado à figura do autor, já que este é o que mais sofre com os efeitos da morosidade processual, tal fato, não retira do réu a legitimação para requerer e a si ser deferido os efeitos da tutela antecipada, se presentes os pressupostos legais para tanto. É o que sucede na reconvenção, nas ações dúplices, nos casos em que a controvérsia desaparece, por vezes parte de um pedido formulado na inicial, e, neste caso, justo que sobre esta parte incontroversa do pedido a parte interessada requeira e lhe seja deferido antecipação dos efeitos da tutela. Pode o réu requerê-la ainda para se livrar de parte do encargo

Quanto ao momento ou oportunidade processual para a concessão da medida , não traçou o legislador uma oportunidade única com força preclusiva. A tutela antecipada pode ser requerida tanto na inicial em primeira instância, quanto na fase recursal em segundo grau de jurisdição.

Robora esse entendimento recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferida em sede de agravo de instrumento, nos termos da ementa que se transcreve:

EMENTA: CONTRATO BANCÁRIO LIMINAR CONCEDIDA NO SENTIDO DE OBSTAR A NEGATIVAÇÃO-Ação revisional de contrato bancário. Antecipação de tutela para exclusão do nome do devedor dos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito. Admissibilidade. Apesar de o MM.Juízo “a quo” já ter proferido sentença de improcedência da ação revisional movida pelos ora recorrentes, é imperioso que a liminar, obstando a negativação do nome , continue a produzir efeitos- Hipótese em que estão presentes os requisitos do artigo 273 do CPC, aliada ao fato de não existir prejuízo para o credor. No caso em tela, ficam mantidos os efeitos da liminar, uma vez presente o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação aos recorrente- RECURSO PROVIDO. (AI 0156181-15/2012/SP-Comarca de Mogi das Cruzes. Órgão Julgador- 23ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 17/10/2012).

Ressalte-se que o autor requerente da medida pode conseguir o deferimento de antecipação de tutela provisória inicial, que poderá ser cassada por ocasião da tutela definitiva, que pode ser inclusive negativa em face do autor e positiva em relação ao réu. Afinal, o magistrado tem o dever da prestação jurisdicional, todavia esta poderá ser positiva ou negativa em relação ao autor da ação, decidindo o juiz de acordo com a sua convicção de que lado está o direito, podendo perfeitamente reformar entendimento pretérito em relação a antecipação provisória de tutela anteriormente deferida.

6. DIFERENÇA ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA.

Importante esclarecer que tutela cautelar e tutela antecipada são institutos distintos, em que pesem serem espécies de um mesmo gênero-tutelas de urgências.

Interessante a lição de Willian Santos Ferreira sobre o tema:

A priori, devemos ponderar que é muito comum na confusão de que toda liminar é cautelar, o que não é verdade. Esta confusão é gerada pelo fato de que as medidas cautelares têm presente a preocupação com urgência, daí, normalmente verificar-se a concessão de uma liminar que nada é do que uma antecipação da cautela que, pelo tramite normal, só seria obtida com a sentença no processo cautelar.

Ocorre que a tutela cautelar, como já frisamos anteriormente, destina-se a assegurar a eficácia (prática) do processo de conhecimento ou de execução, não se concedendo, portanto, o próprio bem da vida almejado, mas apenas assegurando que, uma vez reconhecido judicialmente o cabimento de tal pretensão, aí sim o bem da vida seja entregue, sendo isto possível porque a eficácia prática da sentença foi protegida, acautelada, Como já dizia Piero Calamandrei, destina-se a dat tiempo a La justicia de cumplir eficazmente su obra. (Instituciones...p.79)¹²

¹² Ob. Cit, p.131-132

No ponto, lúcidos os ensinamentos de Candido Rangel Dinamarco ao lecionar que:

“ são cautelares- as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro de resultados úteis e justos; são antecipações de tutela- aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio as segundas, às pessoas.¹³

Portanto, clara a diferenciação entre os dois institutos, um de natureza conservativa, instrumentalista e apoio ao processo no sentido de proteção futura de um direito, as antecipações de tutelas cautelares; outro, tutela antecipada com natureza claramente satisfativa de um direito, no presente, satisfazendo a parte requerente entregando no momento do requerimento um bem ao postulante que pode ser inclusive o próprio objeto da ação em sua totalidade ou parcialmente.

Ainda neste entendimento, Luiz Guilherme Marinoni nos traz lição de Edoardo Ricci, no seguinte sentido:

[...]

Em outros termos, para se compreender a tutela antecipatória é necessário atentar para o fato de que ela não é marcada pelo sinal da instrumentalidade, ao contrário da cautelar. Confundir as duas tutelas pode implicar na desastrosa conclusão de que a tutela fundada em cognição sumária sempre deve se limitar a mero instrumento da tutela final, Esse é o verdadeiro problema da distinção entre as tutelas.

[...]

Isso que dizer que atribuir natureza “cautelar” à tutela do artigo 273 pode permitir a conclusão de que a execução da tutela antecipada do direito de crédito deve parar na penhora. Ora, quem admite que a tutela antecipatória deve ficar limitada à penhora não só equipara essa tutela ao arresto, como despreza a própria teleologia da tutela antecipatória, que não se destina, a toda evidencia, apenas a assegurar a viabilidade da realização do direito de crédito.

[...]

É claro que pode existir dificuldade de distinção, em certas situações, entre as tutelas cautelar e antecipatória. Como é óbvio, não é isso que

¹³DINAMARCO, Rangel Candido- Nova era do processo civil, São Paulo, Malheiros, p, 49,2003

se quer negar. O que se deseja é que, em razão dessa dificuldade, corre-se o risco de “voltar atrás, e assim novamente incidir no grosso equívoco de que tutela de cognição sumária não pode ser admitida quando despida da característica da “instrumentalidade”.

Portanto negar a diferença entre tutela cautelar e tutela antecipatória não constitui apenas uma opção teórica, mas também uma tomada de posição que pode inviabilizar a tutela de cognição sumária não instrumental e assim, a efetividade da proteção de uma série de direitos que não podem ficar sem tutela adequada¹⁴

Não poderíamos ainda deixar de mencionar , ensinamento de Teori Albino Zavascki, acerca da diferenciação entre as duas espécies de tutelas de urgência:

Em síntese, são espécies de tutela provisória as medidas cautelares e as antecipatórias, as quais:

a) sujeitam-se a regimes processual e procedimental diferentes; a cautelar, ressalvada a situação prevista no 7º do art, 273, é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar, a antecipatória é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do regime geral previsto no art. 273 (CPC).

b) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, revelar-se, todavia, urgente garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado;

c) na cautelar há medida de segurança para a certificação ou segurança para futura execução do direito; na antecipação há adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução para segurança);

d) na antecipação há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva;

e) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites dos efeitos antecipados, semelhantes aos que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; na cautelar, o resultado prático não guarda relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com sua garantia.

¹⁴ MARINONI, Guilherme Luiz- Técnica Processual e Tutela dos Direitos, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 109-113.

f) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (isto é, por outra medida de garantia) razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação¹⁵

É salutar pois, se diferenciar a natureza conservativa de um direito da medida cautelar e a satisfativa da medida antecipatória, neste aspecto se diferenciando.

7. FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Apesar das nítidas diferenças apontadas entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, não é raro que os operadores do direito confundam os dois institutos no dia-a-dia da advocacia forense no momento do requerimento. Assim há quem requeira antecipação cautelar quando na verdade o que pretendia mesmo era antecipação de tutela, ao contrário também ocorrendo. Essa confusão ocorre pelo fato do postulante da medida não distinguir um instituto do outro, não identificar a natureza conservativa do direito cautelar e satisfativa na antecipação de tutela.

O legislador ordinário ao editar a lei 10.444/2002, admitiu a fungibilidade entre tais medidas, conforme permissivo do § 7º do artigo 273 do CPC, do seguinte teor: *“se o autor a título de antecipação de tutela requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”*

Candido Rangel Dinamarco acerca da fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar assim se pronuncia : *“cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só, elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo inimigo”*¹⁶.

¹⁵ ZAVASCKI. Teori Albino- Antecipação da Tutela- Editora Saraiva, 2ª ed. 2005, p. 58-59

¹⁶ DINAMARCO, Rangel Candido- Nova era do processo civil, São Paulo, Malheiros, p, 49,2003

Entretanto, é relevante ressaltar em que pese a existência da possibilidade de fungibilidade expressa no § 7º do artigo 273 do CPC, para as tutelas de urgência, contudo, no caso das tutelas cautelares, uma vez proposta a medida e deferida a liminar, a parte beneficiada se obriga no prazo de 30 dias ajuizar a ação principal, sob pena de ser cassada a medida concedida, não podendo neste caso, se valer da fungibilidade para corrigir uma omissão sua, no descumprimento do quanto estabelece o artigo 808 do Código de Processo Civil.

Nesse ponto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, já se defrontou várias vezes com o tema ora em debate, que, se por um lado demonstra a dificuldade que ainda se encontra em diferenciar um instituto do outro, por outro esclarece bem o fato da impossibilidade de receber uma medida por outra, justamente em decorrência das características próprias de ambos os institutos, ou seja, medida cautelar com característica de apoio ao processo-instrumental, portanto, conservativa de um direito; medida antecipatória-característica tipicamente satisfativa de interesse da parte.

Vale transcrever a ementa abaixo:

EMENTA: Medida Cautelar- Plano de saúde-Medida que, em verdade, tem a natureza de antecipação de tutela- Não ajuizamento da ação principal no prazo de 30 dias- Perda de eficácia da medida- Impossibilidade de concessão de caráter satisfativo à cautelar, sob pena de afronta ao princípio do devido processo legal, em evidente prejuízo à defesa- Extinção do processo cautelar mantida. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo-Apelação Cível nº 915.711.871./09-São José do Rio Preto).

Importante aqui o excerto do voto condutor do julgamento do recurso em apreço, in verbis:

“ Em verdade, o pedido formulado possuía a natureza jurídica de antecipação de tutela, e não de cautelar, devendo, em tese, ser formulado no próprio âmbito da ação principal. Entretanto, considerada a “ via de mão dupla” das tutelas de urgência, hoje pacífica na doutrina e na jurisprudência, não vejo nenhuma irregularidade em sua apreciação em sede cautelar ajuizada. Nesse ponto e tão somente nesse ponto, reside a chamada fungibilidade das medidas de urgências. Entretanto, uma vez concedida a antecipação da

tutela na ação cautelar proposta, obviamente fica a parte obrigada à propositura da ação principal, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de extinção do processo cautelar e perda da eficácia da medida, exatamente como bem asseverado na r. sentença apelada.

É de se ressaltar que atribuição de caráter satisfativo à medida cautelar fere o devido processo legal, já que prejudicada fica a própria defesa, em face da exigüidade do prazo para resposta na ação cautelar (apenas cinco dias), sendo a ré surpreendida por tal transformação do processo cautelar em verdadeiro processo principal. Com a devida permissão de entendimento razoável em sentido contrario, não comungo da interpretação do princípio da instrumentalidade das formas em tal extensão, sob pena de criação de grave precedente.

[...]

Á vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso de apelação. Cristine Santini. Rel, Designada. (Julgamento: 22/11/2010)

Caso típico de antecipação de tutela, de natureza satisfativa de um direito da parte requerente, que a vista do princípio da fungibilidade, tanto poderia, como o foi, requerida por medida cautelar, como também poderia ser requerida como medida antecipatória em ação principal.

Sempre, portanto, de suma importância atentar bem para a natureza de cada um dos institutos, a fim de evitar prejuízo para as partes.

8. EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

Por óbvio quem se socorre do Poder Judiciário requerendo uma antecipação de tutela, não busca apenas isto, certamente almeja que esta tutela antecipada seja efetivada.

Não teria sentido uma concessão de tutela antecipada, se o Estado-Judiciário não dispusesse de meios para dar efetividade ao cumprimento da decisão do magistrado. Muitos casos de requerimento de concessão de tutela antecipada, ocorrem em momento de extrema necessidade do requerente. Por vezes a própria vida do requerente depende da concessão da medida antecipatória. Todavia, não se quer aqui afirmar que apenas este fato seja o suficiente para a concessão. Evidentemente o

magistrado conforme visto anteriormente, deverá observar e considerar a existência em cada caso dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Há se de indagar, como é possível executar uma decisão de caráter provisório, de cognição sumária, interlocutória, principalmente se a ela compararmos as decisões finais de cognição exauriente que percorreram o longo e tormentoso caminho do procedimento ordinário? Estas como cedo, para serem executadas imprescindem da apurada convicção do juiz ou do órgão colegiado, e dependem do trânsito em julgado.

A doutrina diverge se a decisão que antecipa a tutela é dotada de força executiva.

Teori Albino Zavascki, afirma que :

Uma decisão interlocutória pode ser considerada um título executivo. Prossegue o autor: Há casos em que o título para execução forçada é decisão interlocutória, não sentença ou acórdão. É o que ocorre: a) na execução de alimentos provisionais estipulados *initio litis*, segundo prevê explicitamente o artigo 733 do CPC; b) nos casos de antecipação de tutela, quanto aos atos de execução em ação autônoma; c) quando o juiz no curso do processo, impõe ao executado multa por ato atentatório à dignidade da Justiça (CPC, art. 601); d) impõe multa por atraso no cumprimento de obrigação de fazer (CPC, art. 461, § 4º e 645). Também é título executivo a decisão quem sem extinguir o processo, condena uma das partes no pagamento de custas e honorários advocatícios, como, por exemplo, quando exclui litisconsorte da relação processual fazendo incidir ali ônus sucumbências.¹⁷

Por outro vértice, Eduardo Costa entende que; “liminar antecipatória não é título executivo judicial, porquanto o artigo 273, § 3º, do CPC, impõe que somente se observe quando cabível (no que couber), o disposto no artigo 588, (atualmente art. 475-O do CPC)” , o qual regula a execução provisória e as regras restritivas incidentes sobre essa fase procedimental.¹⁸

¹⁷ Zavascki Teori Albino- Processo de Execução, parte geral, 3ª ed. São Paulo, RT 2004. p.317.

¹⁸ Costa Eduardo- A efetivação das liminares antecipatórias nas ações condenatórias monetárias. Revista Tributária, São Paulo, RT, n.54, p. 191, jan/fev/2004.

Vê-se pois, que pairam divergências entre os doutrinadores quanto à natureza da efetividade da tutela antecipada concedida.

A razão está com Eduardo Costa. Entendemos ser a antecipação de tutela decisão revestida de força executiva, mas que não se pode a ela atribuir a qualificação de título executivo judicial.

Ainda sobre o aspecto da efetivação da medida, estando presentes os requisitos para a concessão da tutela, ao magistrado não restará outra alternativa, senão concedê-la, porquanto inexistente discricionariedade nesse sentido.

Se o magistrado a concede, é exatamente porque enxerga nos autos a verossimilhança das alegações do requerente, porque realmente se convenceu de que o direito está do lado do postulante, e de tal modo antecipa os efeitos da futura sentença final.

De todo modo, existe uma consonância de entendimento tanto da doutrina, quanto da jurisprudência no sentido de que constatado pelo juiz no requerimento, a presença dos requisitos legais e deferida a medida, esta deve ser efetivada notadamente quando deferida na sentença. O próprio legislador, já anteriormente às reformas preocupou-se com este fato quanto às cautelares e posteriormente com a tutela jurídica de urgência, respectivamente pela edição das Leis 5.925/73 e 10.352/01.

Não olvidando o fato de que a tutela antecipada pode ser requerida e conseguida tanto em primeira instância quanto em fase recursal, fato é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que nos recursos que atacam decisões de primeira instância concessivas da antecipação de tutela, não deverá ser reapreciado se no caso estão presentes ou não os requisitos que motivaram a antecipação dos efeitos da sentença de mérito pelo julgador. A instância superior se limita a analisar se na decisão do Juízo de primeiro grau houve ilegalidade ou abuso de autoridade.

Tecemos estes breves comentários para demonstrar quão eficaz é a decisão que concede a antecipação de tutela ensejadora de execução.

O próprio Código de Processo Civil ampara a manutenção da medida antecipatória, senão vejamos:

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

.....

IV- decidir o processo cautelar;

.....

VII- confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

Vê-se pois, que a própria legislação adjetiva, protege a efetividade da tutela antecipada, contudo, não se podendo olvidar que, erros podem ocorrer na concessão da medida e neste caso, nos termos do § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil, essa regra pode ser modificada., na medida em que referido dispositivo possibilita ao magistrado a revogação ou modificação da tutela antecipada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Na hipótese ventilada, importante seja observado pelo magistrado, a possibilidade de reversibilidade do estado anterior das coisas.

Pode ocorrer de que os danos causados contra quem a medida foi deferida seja de tal ordem que impossível será restabelecer o estado anterior das coisas e mesmo uma eventual reparação de danos, observando-se que o próprio Código de Processo Civil, artigo 273, § 2º prevê a hipótese de não ser concedida a medida nesta situação.

Em recente decisão neste sentido proferida em sede de agravo de instrumento assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ementa-PROCESSO CIVIL. EFEITOS DO RECEBIMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO.TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA.ARTIGO 520, INCISO VII DO CPC.REGRA QUE PODE SER EXCEPCIONADA, AVALIAÇÃO POR ESTA CORTE, DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC. CARATER IRREVERSIVEL DO PROVIMENTO JURISDICIONAL,AVALIAÇÃO DOS REFLEXOS NEGATIVOS DA EXECUÇÃO DA TUTELA A TITULO PRECÁRIO. JUIZO DO MAL MENOR. CONCEDIDO O EFEITO SUSPENSIVO.

[...]

Pretendem os agravantes, em síntese, a atribuição cautelar de efeito suspensivo ao recurso de apelação alegando a precariedade da sentença, diante da possibilidade de sua anulação ou reforma, Aduzem que as medidas determinadas pelo Juízo a quo têm caráter irreversível, as quais podem causar danos à sociedade de advogados. Ademais, o cumprimento da sentença no tocante à distribuição de dividendos pode levar à incongruente circunstância de o escritório ser obrigado a pagar à agravada mais do que o faturado pela sociedade inteira, Por tais razões pleiteiam a suspensão das determinações exaradas na r. sentença a título de antecipação de tutela (fls.02/15)

Foi concedido o efeito suspensivo (fls.300)

É o relatório

[...]

No mérito, deve-se dizer que a regra geral determina que os recursos de apelação sejam recebidos com efeito devolutivo e suspensivo. Todavia, o artigo 520 do CPC, prevê hipóteses em que o recurso de apelação será recebido apenas no efeito devolutivo.

Conforme se depreende da leitura do inciso VII, do referido dispositivo legal, a apelação será recebida somente no efeito devolutivo quando interposta contra sentença que: confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”

Importante consignar que referido artigo é extensivo aos casos em que antecipação é deferida na própria sentença, a fim de garantir a eficácia da decisão.

A propósito ensina Araken de Assis: “A apelação vertida contra sentença que ratificar, mediante juízo de procedência, no tos ou em parte, antecipação de tutela (arts. 273 e 461) anteriormente concedida não exhibe efeito suspensivo, relativamente a tal capítulo (Manual dos Recursos, Ed. RT.207, p.410)

Nesse sentido a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça : “Ainda que antecipação de tutela seja deferida na própria sentença, a apelação contra esta interposta deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo quanto à parte em que foi concedida a tutela(STJ, 2ª Seção, Resp nº 648.886. Min. Nancy Andrighi, deram provimento parcial,v.v. j.25.08.04).

Nesse passo, cumpre analisar a tutela de urgência concedida pelo juízo a quo.

A concessão de tutela antecipada depende da presença dos três requisitos exigidos pela lei processual: prova inequívoca da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e irreversibilidade da medida, consoante exige o art. 273 do Código de

Processo Civil. Todavia, no caso em exame, não se mostra adequada a imediata execução da tutela de urgência.

...os elementos dos autos não permitem concluir situação de premente necessidade da agravada, muito embora os rendimentos advindos do escritório possam ter caráter alimentar.

[...] recomendável aguardar-se o julgamento da apelação por este Eg. Tribunal, e a confirmação da r. sentença resguardando-se o duplo grau de jurisdição.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para conceder efeito suspensivo à apelação interposta pelos agravantes. (Agravado de Instrumento nº 0021446-45.2012. Rel. Paulo Alcides Amaral Salles j. em 04/02/2012).

Como se vê, a questão da reversibilidade do *status quo ante*, por ocasião da concessão da medida, deve ser analisada com rigorosa atenção pelo magistrado.

De todo modo, caso como o descrito acima não é regra geral, O que se tem no dia-a-dia da prática forense, é na verdade o recebimento dos recursos de apelação das decisões concessivas de medidas antecipatórias de tutela apenas no efeito devolutivo, o que pode ser considerado prestígio à cognição sumária do magistrado na análise da verossimilhança das alegações do requerente, Afinal a decisão concessiva de antecipação se equipara a uma sentença, ainda que seja provisória, ficando evidente que somente nos casos de contrariedade ao disposto no parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, é que será a apelação de decisão concessiva de antecipação de tutela recebida nos dois regulares efeitos suspensivo e devolutivo, o que se constata inclusive pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça transcrita na decisão acima mencionada.

Tenha-se, enfim presente que, o mesmo dispositivo que normatiza a execução provisória, também adverte o exequente de que responderá pelos danos que eventualmente vier a causar ao executado. Assim, caso algum dano venha a ocorrer em prejuízo da parte contra quem foi deferida a medida, deve o beneficiário requerente indenizar e reparar os danos.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há quem entenda ser a demora da entrega da tutela jurisdicional problema interno do próprio Poder Judiciário, de cuja opinião discordamos.

Entendemos que não se pode negar que o Poder Judiciário tem problemas de ordem interna, contudo, não se pode atribuir mazela desta natureza tão somente a este Poder. O grande número de recursos processuais, muitos deles explicitamente protelatórios, isto sim, contribui e muito na demora da entrega da prestação jurisdicional. Não se pode, entretanto, culpar os operadores do direito por esta morosidade, os quais não cometem nenhuma ilegalidade, porque se assim agem, o fazem por permissão legal.

A criação do instituto da antecipação de tutela da parte incontroversa da demanda, atendeu a forte reclamo da sociedade, diante de um sentimento de impotência perante a parte mais forte na relação, a quem mais beneficia a demora na entrega da prestação jurisdicional, notadamente nas situações de circunstâncias urgentes, nas quais percorrer o longo e exauriente caminho do rito ordinário, permissivo de toda espécie de recursos legais significaria não raro a perda do direito pleiteado e até mesmo, bem maior, porque não se dizer, a própria vida.

Dentro desse contexto, a antecipação de tutela da parte incontroversa da demanda, representa um avanço no nosso sistema processual.

Contudo, embora amenizada, ainda persiste a demora da entrega da prestação jurisdicional em níveis poucos aceitáveis. Situação que para ser solucionada clama ainda pela necessidade de uma reforma mais abrangente no tecido processual brasileiro, de maneira a atingir os pontos cruciais não alcançados pelas reformas já editadas e que obstam a concessão plena de uma prestação jurisdicional mais célere, e tão almejada pela nossa sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, De Araken. Antecipação de Tutela, in aspectos polêmicos da antecipação da tutela, São Paulo; Revista dos Tribunais, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada, Saraiva, 2007.

COSTA, Eduardo. A efetivação das liminares antecipatórias nas ações condenatórias monetárias. In Revista Tributária, São Paulo, RT nº 54 p.191 jan/fev.2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo, Malheiros, 2003.

DORIA, Rogéria Dotti. Tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, Willian Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal. São Paulo Revista dos Tribunais, 2000.

JUNIOR, Theodoro Humberto- Curso de direito processual civil, v.2. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme e **ARENHART**, Sergio. Curso de processo civil-processo de conhecimento, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo, Revista dos Tribunais., 2004.

OLIVEIRA, de Francisco Antonio. Alteração do código de processo civil. Aspectos processuais e civis. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo, Saraiva, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução parte geral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.