

**LUCIANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO**

**A EFICÁCIA DA TUTELA ANTECIPATÓRIA**

**Monografia apresentada ao Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart.**

**CURITIBA**

**2001**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**LUCIANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO**

**A EFICÁCIA DA TUTELA ANTECIPATÓRIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: .....  
Prof. Sérgio Cruz Arenhart

.....  
Prof.

.....  
Prof.

Curitiba, 21 de agosto de 2001.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 DO INSTITUTO JURÍDICO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA</b> .....	2
2.1 DA SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA ATÉ O SEU SURGIMENTO EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	2
2.2 O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NA CONCESSÃO.....	6
2.3 LEGITIMIDADE PARA POSTULAR A ANTECIPAÇÃO.....	7
2.4 PRINCÍPIO DISPOSITIVO E CONCESSÃO <i>EX OFFICIO</i> .....	8
2.5 DOS SEUS PRESSUPOSTOS .....	9
2.5.1 Da Prova Inequívoca .....	9
2.5.2 Da Verossimilhança da Alegação .....	10
2.5.3 Do Pressuposto do Dano .....	11
2.5.4 Do Abuso de Direito por parte do Réu .....	11
2.6 DA NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPADA.....	12
2.7 DIFERENÇAS ENTRE A TUTELA ANTECIPATÓRIA, A TUTELA CAUTELAR E OUTROS TIPOS DE TUTELA.....	13
<b>3 EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL</b> .....	18
3.1 NECESSIDADE DE EFETIVIDADE DO PROCESSO .....	18
3.2 A TÉCNICA DA ANTECIPAÇÃO NO ART. 273 .....	20
3.2.1 Antecipação e Tutela Condenatória.....	20
3.2.2 Antecipação e Tutela Declaratória.....	21
3.2.3 Antecipação e Tutela Constitutiva .....	21
3.2.4 Antccipação c Tutelas Exccutiva c Mandamental .....	22
<b>4 A EFICÁCIA DA TUTELA ANTECIPADA</b> .....	24
4.1 A EFICÁCIA NO TEMPO DA TUTELA ANTECIPADA.....	24
4.1.1 Momento ou Oportunidade da Concessão da Tutela.....	24
4.1.2 Provisoriedade .....	24

4.2 A NECESSIDADE DA REVERSIBILIDADE.....	25
4.3 UNICIDADE DE EFEITO.....	26
4.4 DA SUA EXECUÇÃO .....	27
4.5 ASPECTOS FINAIS SOBRE A EFICÁCIA DA TUTELA ANTECIPADA.....	27
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>30</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>31</b>

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar a qualidade do instituto da Tutela Antecipada – na forma em que foi concebida pela chamada “Reforma do Código de Processo Civil” – para a produção de efeitos, no sentido de realizar os escopos de celeridade, instrumentalidade e conseqüente efetividade do processo. Além de ser instrumento de acesso à justiça. Para isso serão analisados desde o seu surgimento em nosso ordenamento, suas características, natureza jurídica, pressupostos, passando pela importante questão da efetividade do processo até, por fim, abordar a eficácia da Antecipação da Tutela, em todos os seus aspectos, tantos os positivos, quantos os negativos.

## 1 INTRODUÇÃO

A Tutela Antecipatória é um instituto que nasce como uma proteção estatal a um direito lesado. O procedimento ordinário não constitui resposta adequada a várias situações concretas, cabendo ao Estado criar tutelas jurisdicionais diferenciadas, procedimentos adequados às diversas necessidades do direito substancial. O artigo 75 do Código Civil invoca o princípio da inafastabilidade ao dispor que para toda pretensão de direito material deve existir uma ação processual correspondente.

Dessa forma, o instituto em comento surge como meio de solucionar a questão da morosidade do processo, viabilizando a realização da justiça e eficácia dos provimentos judiciais.

O objetivo do legislador, ao dar nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, com a Lei 8.952/94, foi proporcionar maior efetividade ao processo, uma vez que este não estava correspondendo aos anseios de justiça da sociedade.

Trata-se de uma tendência moderna, adotada em vários países de tradição romano-jurídica, que reflete um aprimoramento institucional do Estado de direito, possibilitando uma resposta mais rápida e eficaz dos órgãos jurisdicionais aos que buscam a tutela de seus direitos.

A intenção desta pesquisa monográfica é analisar a “eficácia” da medida de antecipação de tutela, ou seja, a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos.

O que se pretende, portanto, é delinear o instituto da Antecipação de Tutela, nos moldes em que foi disposta pela lei, de modo a verificar a sua “eficácia”, no sentido de realização dos objetivos pelos quais foi concebida, quais sejam os de assegurar e garantir o curso eficaz e o resultado útil das atividades jurisdicionais de cognição e execução.

Ao estudar a Tutela Antecipada, serão analisados pontos como o momento adequado da sua utilização durante o processo e, também, como a sua provisoriedade. Será discutido se realmente a sua efetivação poderá se dar a qualquer momento do processo, dentre outros pontos importantes que geram polêmica entre os doutrinadores.

## 2 DO INSTITUTO JURÍDICO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

### 2.1 DA SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA ATÉ O SEU SURGIMENTO EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em alguns países da Europa, a tutela antecipada já existia como hoje existe no Brasil. Na França, é denominada de *ordonnance de référé*, prevista no art. 484 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, permitindo ao juiz, não encarregado do feito principal, ordenar, em caráter de urgência, as medidas que se fizerem necessárias à composição provisória do litígio.

Na Itália, o art. 700 do *Codice de Procedura Civile* dá fundamento legal aos provimentos de natureza semelhante à tutela antecipatória. A partir da nova redação desse artigo, o processo italiano passou a contar com o “poder geral de cautela”, cuja evolução levou à adoção de medidas destinadas à regulamentação provisória de relações *sub judice*, em provimentos que podem ser classificados como autêntica “antecipação da tutela”.<sup>1</sup>

No Código de Processo Civil Alemão, há previsão sobre medida destinada a regular a relação controvertida, temporariamente, em típica antecipação da tutela.

A questão referente à tutela oferecida, no processo, a quem tenha razão sempre mereceu destaque. Os *interdicta*<sup>2</sup> do direito romano, por exemplo, já eram meios de oferecer proteção ao provável titular de um direito lesado de maneira rápida e simplificada – sem seguir o procedimento regular.

Com a evolução social, o Estado proíbe a autotutela privada. Ao fazer isso, o Estado assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos: o resultado do processo deve ser igual ao que se obteria se a ação privada não estivesse vedada.

---

<sup>1</sup> Cabe salientar, aqui, que a norma do art. 700 do Código de Processo Civil Italiano representou verdadeiro marco na construção jurisprudencial italiana e, assim, tal experiência teve papel preponderante na introdução da tutela antecipada no direito brasileiro.

<sup>2</sup> Medidas provisórias cuja concessão se apoiava no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia.

Uma vez que o Estado está obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional (tutela apta a tornar efetivo o direito material), todo cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional. Para tanto, é necessária a estruturação de procedimentos capazes de fornecer esta tutela jurisdicional adequada no plano do direito material: procedimentos que permitam o mesmo resultado que seria obtido se os preceitos legais fossem espontaneamente observados.

O procedimento ordinário, cuja característica é a neutralidade em relação ao direito material, não constitui resposta adequada a várias situações concretas. O Estado, então, para cumprir com a sua tarefa de prestar a adequada tutela, deve criar tutelas jurisdicionais diferenciadas: procedimentos adequados às diversas necessidades do direito substancial.

A exigência do estudo das tutelas jurisdicionais diferenciadas torna-se clara através da interpretação do art. 75 do Código Civil, para o qual a toda pretensão de direito material deve existir uma ação processual correspondente. Além disso, o art. 75 do CC é a explicitação do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF). Este princípio, por sua vez, é a garantia constitucional do direito à adequada tutela jurisdicional.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, garante o direito de acesso à justiça, cujo corolário é justamente o direito à adequada tutela jurisdicional<sup>3</sup>.

Por ser este direito garantido constitucionalmente, o legislador infraconstitucional fica obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela dos direitos. Portanto, a busca da efetividade do processo é necessidade decorrente do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional. Dessa forma, a tutela antecipatória nada mais é do que um dos instrumentos necessários para a realização de um direito constitucional.

Outro ponto importante equivale à percepção, por parte do processualista, da

---

<sup>3</sup> A tutela jurisdicional é adequada quando os procedimentos - medidas e instrumentos - postos à disposição do cidadão que afirma ser titular de um direito mostram-se eficientes na realização de seu eventual direito.



Justiça Civil como sendo elitista e inefetiva<sup>4</sup>. Novamente a discussão desemboca na questão da efetividade do processo.

Assim, o principal problema da Justiça Civil era (e ainda é) o da morosidade dos processos. Também colabora para a lentidão dos processos o procedimento-base dos direitos: o procedimento ordinário. Isso porque, através de sua aplicação, o reconhecimento de um direito é algo bastante complexo. E, mais do que isso, o procedimento ordinário, em várias situações, apenas reconhece, mas não dá ao autor o seu direito<sup>5</sup>.

Por tudo isso, o procedimento ordinário é injusto para com as partes mais fracas (pobres), que não podem esperar, sem dano grave, pela realização dos seus direitos. Por outro lado, os mais fortes, mesmo com o procedimento ordinário, conseguem procedimentos diferenciados para a tutela dos seus interesses.

Diante deste quadro, observou-se que o sistema de tutela dos direitos “...não só preservava a desigualdade no procedimento, como deixava à vista a desigualdade de procedimentos. A reforma do Código de Processo Civil, liderada pelos ilustres Professores Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, foi sensível à problemática da inefetividade do procedimento ordinário.”<sup>6</sup>

A morosidade da prestação jurisdicional deriva, ainda, da ineficiência do procedimento ordinário. Este sofreu um processo de universalização<sup>7</sup>, onde confundiu-se instrumentalidade com neutralidade do processo em relação ao direito material.

Entretanto, a inefetividade do procedimento ordinário transformou o art. 798 do Código de Processo - que trata da tutela cautelar - em “válvula de escape” para a busca da tutela jurisdicional adequada. Com isso, houve certa confusão entre tutela cautelar e as demais formas de manifestação da tutela sumária - inclusive tutela

---

<sup>4</sup> Elitista porque estava afastada da grande maioria da população, que, por vários motivos, evitava o Poder Judiciário, e inefetiva por não cumprir com aquilo que prometia, principalmente em virtude da sua lentidão.

<sup>5</sup> A sentença condenatória somente tem efetividade em caso de cumprimento espontâneo. Caso contrário, é preciso iniciar um processo de execução.

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21.

<sup>7</sup> Seria necessária - e suficiente - apenas uma espécie de procedimento, e este teria aptidão para propiciar tutela adequada às diversas situações de direito material.

antecipatória.

Após a reforma do Código de Processo Civil, o novo art. 273 instituiu, de modo explícito, a tutela antecipatória. Esta corresponde a “instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.”<sup>8</sup>

A tutela antecipatória deve ser interpretada de acordo com o espírito que presidiu a reforma do Código: a principal preocupação foi a de tornar o nosso processo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade. Só procedimentos céleres preenchem a finalidade do processo, dando-lhe efetividade. O ideal de efetividade (entendido como o ideal de uma tutela que dê, o mais rápido possível, àquele que tem um direito exatamente aquilo que ele tem o direito de obter) é que deve iluminar as novas definições dos doutrinadores do processo.

A tutela antecipada não é um fenômeno novo em nosso direito. O que é novidade é o que vem disposto no art. 273, após a nova redação dada pela Lei 8.952/94 - lei está que trouxe inovações para o Código de Processo Civil, o que se convencionou chamar de a “Reforma do CPC” -, pois que estendeu a possibilidade de aplicação do instituto em todos os tipos de processos ou procedimentos.

Antes já havia, em nosso sistema de direito positivo, outras medidas que se assemelhavam à tutela antecipada, mas que eram permitidas apenas em ações e casos específicos. Eis alguns exemplos: liminares possessórias (art. 927, CPC); alimentos provisórios; aluguel provisório; despejo liminar; busca e apreensão (Dec.-lei 911); § 3º do art. 84 do CDC; liminares em mandado de segurança; liminares em ação declaratória de inconstitucionalidade; liminares em ação civil pública.

Vejamos a atual redação do art. 273 do CPC, que prevê, de modo genérico, a tutela antecipatória:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos

---

<sup>8</sup> MARINONI, p. 27

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.

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

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

§ 3.º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 558.

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

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

Para o caso de ações relativas ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, o § 3º do art. 461 do CPC admite a antecipação da tutela, sob a forma de liminar, desde que presentes os seguintes pressupostos: seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*).

Isso porque qualquer modalidade de pedido pode ser objeto de tutela antecipada, ou seja, tanto as relativas às obrigações de dar, como as de fazer e não fazer. E com relação às duas últimas, caberá tanto a imposição de prestações principais, positivas ou negativas, como a aplicação de meios subrogatórios, a exemplo das multas.

## 2.2 O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NA CONCESSÃO

A regra, como se vê, ao afirmar “poderá”, é discricionária, dispondo o juiz de um poder avaliatório quanto à caracterização das situações de evidência e de segurança<sup>9</sup>, embora se afirme nas decisões e acórdãos ter a parte “direito” à tutela antecipada, quando do reconhecimento da configuração dos elementos necessários e suficientes a sua concessão.

---

<sup>9</sup> Sobre esse tema, recomenda-se a obra: FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

## 2.3 LEGITIMIDADE PARA POSTULAR A ANTECIPAÇÃO

Em princípio, tem legitimidade para postular a antecipação da tutela o autor do processo.

Considera-se autor, no processo, aquele que formula a pretensão, que traça os limites e determina os contornos da lide. É o autor propriamente dito, o oponente, o denunciante, o reconvinte, o que apresenta declaratória incidental etc.

No caso das ações dúplices<sup>10</sup>, em que é permitido ao réu formular pretensão na própria contestação, o réu atua como autor (em relação ao seu pedido), por isso terá legitimidade para requerer a tutela antecipada. Nas demandas em que se admitem pedidos contrapostos, não há óbice para que se aceite a antecipação em favor do réu.

Surge controvérsia quanto ao réu que apresenta contestação, sem pedido, inclinando-se a doutrina no sentido de que não pode pedir antecipação. Entende MARINONI, ao contrário, que pode, uma vez que, não obstante não realize “pedido inicial” (exceto nas ações dúplices), ao solicitar a rejeição do pedido do autor, requer tutela jurisdicional de conteúdo declaratório, podendo necessitar o réu então, em certos casos, da tutela antecipada. E esta, então, deveria ser-lhe conferida, em face da isonomia<sup>11</sup>.

No caso de denunciação da lide, caso tenha sido deferida tutela antecipada

---

<sup>10</sup> Exemplos de ações dúplices, por determinação legal, são a possessória, a consignatória, todas as demandas para as quais é previsto o procedimento sumário.

<sup>11</sup> “Questão mais difícil é a de saber se o réu, quando se limita a apresentar contestação, sem realizar pedido, pode requerer a tutela antecipatória. A doutrina não vem admitindo tal possibilidade. (...)”

A princípio, de fato, seria possível argumentar que o réu não faz ‘pedido inicial’ e que, portanto, não pode requerer a tutela. Tal argumento, porém, filiado a uma interpretação literal da norma, não é suficiente, já que o legislador infraconstitucional deve estar atento ao princípio da isonomia e o réu pode necessitar, em determinados casos, da tutela antecipatória.

O réu na contestação, de lado as hipóteses excepcionais de ações dúplices, não formula pedido. Entretanto, o réu, ao solicitar a rejeição do pedido formulado pelo autor, requer tutela jurisdicional. O réu, na contestação, requer tutela jurisdicional de conteúdo declaratório.

Se o autor pode requerer a tutela antecipatória na pendência da ação declaratória que objetiva declarar a legitimidade de um ato, o réu também poderá, em tese, solicitar a tutela antecipatória na ação declaratória de ilegitimidade de ato se, em face do caso concreto, estiverem presentes circunstâncias que façam crer que o autor praticará atos que impedirão o réu de praticar o ato que supõe legítimo. A tutela inibirá o autor de praticar os atos que poderiam impedir o réu de praticar o ato que, em caso de improcedência, será declarado legítimo.” (Marinoni, p. 121-122).

contra o réu denunciante, este poderá pedi-la, presentes os pressupostos, contra o denunciado. Na oposição, presentes os requisitos, pode o oponente requisitá-la. No chamamento ao processo, o autor pode requerê-la contra o réu originário ou contra os chamados. Se é concedida, a parte que satisfaz deve ser autorizada a executar, também antecipadamente, o devedor principal ou os outros devedores.

Também é possível que o assistente e o Ministério Público, por meio de seu representante, formule pedido de tutela antecipatória, mas a antecipação dos efeitos da sentença beneficiará ou atingirá autor e réu, não a eles (assistente e MP), que são terceiros.

Para que haja antecipação dos efeitos da sentença é necessário que tenha havido pedido, que haja provocação da parte.

## 2.4 PRINCÍPIO DISPOSITIVO E CONCESSÃO *EX OFFICIO*

O legislador condicionou, ainda, conforme redação do artigo, a concessão da tutela antecipada ao requerimento da parte, inviabilizando a concessão *ex officio*.

FUX faz uma crítica a essa posição tomada pelo legislador, dizendo que este perdeu oportunidade de enfrentar com ousadia e coragem a questão da inércia judicial, lavrando fundo voto de desconfiança no Judiciário. Há situações em que o interesse público recomenda que, em estados de periclitção, o Judiciário atue de ofício, já que há casos de defesa da própria jurisdição na tutela de segurança.<sup>12</sup>

De acordo com a idéia de que o juiz pode julgar total ou parcialmente o pedido, a antecipação da tutela pode ser parcial ou total, mas sempre nos limites do pedido, para não ocorrer *error in procedendo* por concessão *ultra petitia*. Há um exagerado apego ao princípio dispositivo. Não cabe ao juiz a escolha da providência adequada, de modo que, caso o juiz verifique haver providência adequada cabível, se não estiver contida no pedido, só restará decidir pela improcedência do pedido.

Contudo, nos casos de tutela de segurança, de perigo de demora, entende o

---

<sup>12</sup> FUX, p. 150-152 e 337-339.

autor supracitado que é amplíssima a margem de arbítrio do juiz na escolha do provimento “sob medida”, considerando-se o provimento adequado como implícito no pedido de tutela antecipatória. Isso porque, no âmbito da tutela de segurança, subjaz a “defesa da jurisdição”, ou seja, a necessidade de não permitir que se frustrate um direito submetido a juízo. Se confere ao juiz um poder de adaptação da medida às necessidades da parte.

## 2.5 DOS SEUS PRESSUPOSTOS

THEODORO JR. arrola os seguintes requisitos para a antecipação da tutela: requerimento da parte; produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial; convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.<sup>13</sup>

O legislador foi prudente na adoção da antecipação da tutela, condicionando-a à existência de alguns pressupostos. Assim, é necessário que exista prova inequívoca e verossimilhança, além de ser imprescindível que haja fundado receio de que a demora no andamento do processo cause ao demandante dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, que fique caracterizado o abuso do direito de defesa, com caráter protelatório.

### 2.5.1 Da Prova Inequívoca

O art. 273 do CPC afirma que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

A denominada “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da

---

<sup>13</sup> THEODORO JR., Humberto. **As Inovações no Código de Processo Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 12.

“verossimilhança da alegação”, somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil – termo a que se cuidará de explicitar no item subsequente.

Prova inequívoca certamente não é aquela absolutamente incontestável, mesmo porque, qualquer documento pode ser impugnado em ação própria, até mesmo documentos públicos. Entretanto, o que pretende a lei é que a prova seja dotada de um alto grau de convencimento, exigindo-se não uma certeza, mas uma grande probabilidade de sua veracidade. No dizer de PASSOS, “prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado.”<sup>14</sup>

Por provas aceitas para a apreciação da tutela antecipada pode-se ter não apenas as preconstituídas, produzidas *initio litis*, mas também todas as provas produzidas no curso do processo – art. 332 CPC –, inclusive em nível recursal. Assim sendo, poderão ser consideradas pelo julgador quaisquer provas que permitam, por si só ou em conexão com outras já existentes, definir o fato.

Cabe lembrar, ainda, que mesmo que a pretensão do autor seja puramente de direito, e esteja de plano provada, podendo, portanto, ser proferido julgamento antecipado da lide, independentemente de instrução em audiência, não se afasta o possível interesse do autor em obter a antecipação da tutela, pois entre o ajuizamento da demanda e o julgamento antecipado, pode decorrer um considerável lapso de tempo, que venha a prejudicar o autor ou tornar ineficaz a prestação jurisdicional.

### 2.5.2 Da Verossimilhança da Alegação

Como foi dito no item anterior, a “prova inequívoca” terá que convencer o juiz da “verossimilhança da alegação”, isto é, terá que ser suficiente para o surgimento do verossímil, que deve ser entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.

As alegações do autor, bem como as provas por ele produzidas, devem ser tais

---

<sup>14</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da Antecipação da Tutela. **Reforma do CPC**, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 195.

que indiquem no sentido de uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras. Entretanto, deve ser destacado, que por “quebrar a seqüência natural do contraditório”, a adoção da tutela antecipada deve se cercar de cuidados redobrados para evitar que seja violado o princípio do tratamento isonômico das partes.

A respeito da questão da verossimilhança, CARNEIRO leciona:

Vale aditar que o ‘juízo de verossimilhança’ supõe não apenas a constatação pelo juiz relativamente à matéria de fato exposta pelo demandante, como igualmente supõe a plausibilidade na subsunção dos fatos à norma de lei invocada – *ex facto oritur ius* –, conducente, pois, às conseqüências jurídicas postuladas pelo autor.

Em suma: o juízo de verossimilhança repousa na forte convicção de que tanto as *quaestiones facti* como as *quaestiones iuris* induzem a que o autor, requerente da AT (antecipação de tutela), merecerá prestação jurisdicional em seu favor.<sup>15</sup>

### 2.5.3 Do Pressuposto do Dano

A lei exige, para a concessão da tutela antecipada, que a demora processual possa acarretar ao requerente um dano, com características de irreparabilidade ou de difícil reparação.

Haverá dano quando a permanência do *status quo*, enquanto se sucedem os atos processuais, seja de molde a acarretar ao autor prejuízos de média ou grande intensidade a direito seu, quer direito personalíssimo, quer direitos patrimoniais.

O requisito do dano, do *periculum in mora*, é, como vemos, pressuposto comum às medidas cautelares *strictu sensu* e às antecipações de tutela de que cuida o art. 273, inc. I.

### 2.5.4 Do Abuso de Direito por parte do Réu

É a segunda via para a obtenção de tutela antecipada, isto é, demonstrar que o réu, pela sua conduta processual, abusa de direito de defesa; ou que o réu busca,

---

<sup>15</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.26



mediante expedientes subalternos e escusos, protelar o desfecho da demanda, com o objetivo de continuar a beneficiar-se pela manutenção do *status quo*.

Aqui, a antecipação da tutela aparece desvinculada dos pressupostos da “urgência” e do “dano”, aparecendo tão-somente ligada à idéia central de que a firme aparência do bom direito, exurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada, a fim de que o (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico.

## 2.6 DA NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipatória tem caráter provisório, haja vista a possibilidade de ser revogada ou modificada a qualquer tempo durante o iter processual. Ademais, após proferida a sentença será esta que surtirá efeitos e não mais o provimento antecipado.

A antecipação da tutela, antecedendo cronologicamente a sentença, tem natureza jurídica de decisão interlocutória, passível de agravo.

O instituto jurídico em comento tem natureza jurídica satisfativa, no sentido de que o que se concede ao autor liminarmente coincide, em termos práticos e no plano dos fatos (embora reversível e provisoriamente), com o que está sendo pleiteado como pedido principal.

Conforme o ensinamento de BERMUDES, a tutela antecipada seria:

(...)cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos de lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos<sup>16</sup>.

Alguns doutrinadores, como WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI<sup>17</sup>,

---

<sup>16</sup> BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 28.

<sup>17</sup> ALMEIDA, Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. vol. 1, p. 348.

entendem que apenas a hipótese prevista no inc. I do art. 273 tem natureza de tutela antecipatória pura, pois que protege o direito evidente. Há o *fumus boni iuris*, mas não precisa existir necessariamente o *periculum in mora*. Já a hipótese prevista no inc. I daquele mesmo artigo do CPC, caracteriza-se como medida de natureza mista, já que tem como pressuposto, além do *fumus*, o *periculum* (risco de ineficácia do provimento final), que é característica tipicamente cautelar, mas que, por outro lado, consubstancia-se no adiantamento dos efeitos da própria tutela pretendida.

## 2.7 DIFERENÇAS ENTRE A TUTELA ANTECIPATÓRIA, A TUTELA CAUTELAR E OUTROS TIPOS DE TUTELA

Quando o Código de Processo Civil de 1939 dispunha, no seu artigo 65, a possibilidade do juiz determinar providências para acautelar o interesse das partes, em dadas situações que não aquelas expressamente previstas em lei, poucos eram os magistrados que entendiam que tal disposição funcionava como um poder geral de cautela.

Já, nesta época, se fazia grandes confusões entre a já existente tutela cautelar e a novata cautelar satisfativa. A doutrina e a jurisprudência confundiam satisfatividade com definitividade. Consideravam que só podia haver uma tutela satisfativa quando houvesse cognição exauriente, fosse através do procedimento ordinário, fosse através do procedimento sumário, neste, havendo sempre a necessidade da propositura de uma ação principal.

A confusão entre os diversos institutos era maior ainda quando se aceitava, na prática, a substituição do mandado de segurança pela ação cautelar, quando o prazo decadencial daquele já estivesse escoado. O “direito líquido e certo”, característico do mandado de segurança, era “transformado” em *fumus boni iuris*, característico da ação cautelar. Tal falsificação era aceita, pois não havia método de obtenção de medida liminar no procedimento ordinário. Mas o que ocorria na verdade é que esta ação cautelar não passava de uma ação de cognição exauriente com liminar. Então, como acontece no mandado de segurança, o juiz, depois de analisar a contestação desta falsa

cautelar, estava apto a proferir sentença, fazendo coisa julgada material. Só que a mentira era tão grande que, acreditando-se tratar de cautelar, a parte era obrigada a propor ação principal. Outrossim, a ação principal e a cautelar eram julgadas conjuntamente. Percebe-se aí o absurdo de toda esta confusão.

Com o passar dos anos, novos processualistas foram desenvolvendo diversos estudos com o objetivo de tentar esclarecer estes pontos obscuros que ainda restavam no Direito Processual Civil Brasileiro. Foi, então, com a última reforma do Código de Processo Civil, que se trouxe a antecipação da tutela no processo de conhecimento, que confere ao cidadão um instrumento processual semelhante ao mandado de segurança. A diferença é que no pedido de tutela antecipada o autor pode se valer de outras provas que não a documental.

Para alguns autores, o artigo 273 do Código de Processo Civil fez triunfar a tese de que a tutela sumária satisfativa em nada tem a ver com a tutela cautelar. No entanto, há ainda doutrinadores que não tratam esses dois tipos de tutela de forma tão distinta assim. Neste ponto, tanto a tutela cautelar como a antecipada serão tomadas de forma absolutamente diversas.<sup>18</sup>

Enquanto a tutela cautelar tem por finalidade assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, bem como a viabilidade do direito afirmado pelo autor, a tutela antecipada objetiva adiantar os efeitos da tutela de mérito, mediante pedido do autor, do seu assistente ou do Ministério Público. Pode ser fundada na urgência ou no abuso de direito de defesa do réu. Ainda que baseada na urgência, não tem natureza cautelar. São providências que têm natureza jurídica, conteúdo e finalidade distintas, de modo que não podem ser confundidas.

A tutela cautelar tem como finalidade garantir a viabilidade da realização de um direito, sem, contudo, realizá-lo. Só quem satisfaz um direito, ainda que fundado em aparência, é a tutela antecipatória. Outra diferença é que na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado, ou seja, o direito que é protegido cautelarmente. BAPTISTA esclarece essa característica da tutela cautelar e explica o

---

<sup>18</sup> Sobre esse assunto, consultar a obra, já citada, de MARINONI, p. 85.

porquê da sua diferença com a tutela antecipada:

A idéia de referibilidade advém da ligação, da transitividade, entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, na medida em que a tutela cautelar se destina, apenas, a assegurar uma pretensão, pretensão esta que jamais poderá ser satisfeita através da tutela de simples segurança. (...) Já na tutela satisfativa inexistente referibilidade a um direito acautelado. É o caso da ação de alimentos provisionais. Aí não há referibilidade, porque nada é assegurado. A pretensão é satisfeita.<sup>19</sup>

Para que uma tutela seja considerada cautelar é imprescindível que ela não satisfaça o direito material, não basta que haja provisoriedade, pois esta também ocorre na tutela satisfativa sumária. As tutelas que antecipam o provimento final estão, na verdade, realizando o direito posto em causa, mesmo que de forma provisória, enquanto as tutelas, simplesmente cautelares, estão apenas assegurando a possibilidade de realização do direito, no caso do provimento final vir a ser reconhecido. Não se pode dizer em nenhum momento que a tutela cautelar realiza direitos, pois, se assim se afirmar, nada mais se terá a assegurar e nenhuma função cautelar será cumprida.

Quando aqui se faz referência à tutela antecipatória como uma forma de tutela satisfativa de uma série de direitos, em nada se relaciona com a coisa julgada material. Satisfatividade em nada se confunde com definitividade.

Essa satisfatividade da tutela antecipatória decorre da sua própria natureza jurídica, que é de execução *latu sensu*, pois ela entrega ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. Já a natureza jurídica da tutela cautelar se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado.

O processo cautelar e a tutela antecipatória possuem cada qual o seu mundo próprio, requisitos específicos, finalidades distintas. Não se pode confundir o objetivo de um e de outro instituto.

Como já se disse no parágrafo anterior, a tutela cautelar e a antecipatória possuem requisitos distintos. Para a primeira faz-se necessário o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, já para a tutela antecipatória são requisitos a prova inequívoca, a verossimilhança e o perigo do dano, ou, alternativamente, o abuso do direito de defesa

---

<sup>19</sup> SILVA, Ovídio A Baptista da. **A Ação Cautelar Inonimada no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 67.

com caráter protelatório.

Essas expressões, que a princípio parecem contraditórias, podem ser conciliadas, basta que se ache um meio termo entre as duas, que é o conceito de probabilidade. Este é mais forte do que verossimilhança e não é tão incisivo quanto a prova inequívoca. A diferença entre os requisitos da cautelar e da tutela antecipatória é que este juízo de probabilidade é mais forte do que o *fumus*. Tendo em vista esta força da probabilidade e que a tutela antecipatória só pode ser pedida por aqueles que deduzem pretensão em juízo, o juiz deverá agir com muita cautela antes de conceder a liminar satisfativa, sob pena de estar prejudicando, de forma irreversível, a parte contrária.

Em tese, pode ser concedida a antecipação da tutela, na ação rescisória, em contrapartida, a medida cautelar, em ação rescisória só caberá em casos muito específicos.

Outra diferença entre os dois tipos de tutela já mencionados, é que não se pode pensar em uma tutela cautelar no caso do inciso II do artigo 273, ou seja, no caso do réu estar abusando do direito de defesa ou estar agindo com intuito de protelar o processo.

Há, ainda, que fazer algumas considerações no que diz respeito à diferença entre a tutela antecipatória e o julgamento antecipado da lide e a tutela antecipatória e a tutela inibitória.

Começemos pela primeira diferenciação. No julgamento antecipado da lide, o juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide. Esta sentença é impugnável por meio de apelação e sujeita à coisa julgada material. No entanto, nos casos de tutela antecipada, o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória provisória, prosseguindo o processo. Esta decisão é impugnável por agravo e não está sujeita à coisa julgada material.

Parte-se para a segunda diferenciação, ou seja, entre tutela antecipatória,

---

inibitória e a ação cautelar. Esta última tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, já a ação inibitória não procura assegurar um direito controvertido e muito menos o resultado útil de um outro processo.

A ação inibitória, ao contrário da cautelar, é uma ação autônoma, de cognição exauriente, diferentemente daquela que é fundada, necessariamente, em cognição sumária e marcada pela instrumentalidade. Uma das diferenças entre a tutela antecipatória e a inibitória é que, por esta ser uma ação de conhecimento, exige um tempo maior para que possa ter uma tutela final.

Fazendo-se uma análise das características da tutela inibitória, percebe-se facilmente a necessidade da tutela antecipatória na tutela inibitória. A diferença entre esta tutela e a cautelar é que na tutela inibitória o direito está sendo exercido, ainda não foi lesado, mais precisa ser prevenido. Já na tutela cautelar, o direito não pode ser exercido desde logo, e, portanto, precisa ser assegurado, para que possa, futuramente, ser efetivamente realizado.

Há, ainda, que lembrar que a tutela antecipatória não é um processo autônomo como o da tutela inibitória e nem uma ação em separado como a ação cautelar. A tutela antecipatória nada mais é que um dos pedidos formulados por aquele que em juízo postula.

Tendo em vista todas as explanações acima, as especificidades e a relevância de cada uma das espécies de tutela, não há que se temer o desprestígio do processo cautelar, pois este ainda é único para atingir a finalidade a que se propõe.

### 3 EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL

#### 3.1 NECESSIDADE DE EFETIVIDADE DO PROCESSO

O processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para a jurisdição atuar e atingir seus escopos político, jurídico e sociais, tendo por escopo magno a pacificação social. Esta deve ser exercida de modo justo, com justiça. O processo é um instrumento para propiciar às partes o acesso à justiça. O acesso à justiça condiciona-se a uma busca do estabelecimento da universalidade de jurisdição (ampla admissão de pessoas e causas ao processo), do devido processo legal, do exercício do contraditório, de uma participação em diálogo. Nesse sentido, se desenvolvem todos os princípios processuais.<sup>20</sup>

Contudo, para a consecução do processo nesses moldes, é necessário, ainda, que se superem alguns óbices que a experiência revela ameaçarem o produto final. Isto é, a efetividade do processo depende ainda, além desses pressupostos de acesso à justiça, da supressão de óbices que se mostram, na prática, obstáculos freqüentes. Tais barreiras, poderia se dizer, que se situam em pontos sensíveis: admissão ao processo, ou ingresso em juízo (devem-se eliminar as dificuldades econômicas que afastem as pessoas do judiciário, dificultando o ingresso ou a defesa, bem como se deve facilitar a defesa do judiciário, dificultando o ingresso ou a defesa, bem como se deve facilitar a defesa de interesses supra-individuais); modo de ser do processo (o juiz não deve ser mero espectador do processo, mas protagonista ativo, participando, garantindo o contraditório, e o devido processo legal); justiça das decisões (o juiz deve pautar-se na justiça, sobretudo ao apreciar as provas, enquadrar fatos às normas, interpretar textos); utilidade das decisões: todo o processo, como elucidou Chiovenda<sup>21</sup>, deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, máxima que tem sido *slogan* da efetividade do processo, que alerta contra modos de conduzir o

---

<sup>20</sup> Sobre esse assunto, consultar a obra: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>21</sup> Com relação a este tema recomenda-se a obra: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965.

processo que tornem insatisfatórios ou inúteis os provimentos judiciais.<sup>22</sup>

A classificação quinária das ações, o uso adequado de medidas cautelares, bem como a antecipação da tutela vêm se enquadrar na gama de soluções apontadas para o óbice da inutilidade de decisões. A tutela antecipatória da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, contextualiza-se, portanto, na qualidade de um meio fixado pelo legislador no anseio de driblar óbices que se têm apresentado ao Poder Judiciário na efetivação do processo de modo justo.

Em determinado momento, a Justiça Civil se apercebeu que o seu principal problema era o da morosidade dos processos. A demora do processo gera a inefetividade deste. Todo cidadão tem direito a uma adequada tutela jurisdicional, o que a Constituição traz com o princípio da inafastabilidade, do art. 5º, XXXV, e com o art. 75 do Código Civil. À medida que o Estado proíbe a autotutela privada, deve fornecer tutela adequada ao plano do direito material, por procedimentos que assegurem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais. O processo deve estar adequado ao direito material.

Consoante MARINONI, a tutela antecipatória “... é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo. A tutela antecipatória constitui um instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo...”<sup>23</sup>.

Ainda segundo MARINONI, além da demora do processo gerar sua inefetividade, ela lesa o princípio da igualdade: “o procedimento ordinário é injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização de seus direitos”<sup>24</sup>. Deste modo, a antecipação da tutela é um meio de restauração da igualdade no procedimento.

Portanto, por trás da efetividade, há um valor muito mais relevante, que é a

---

<sup>22</sup> Obra que muito bem aborda esse tema é: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>23</sup> Marinoni, p. 26

<sup>24</sup> *ibid.*, p. 20



igualdade real.

FUX afirma haver dois tipos de situações que merecem peculiar consideração. Uma em que a demora da prestação é injusta, haja vista a evidência do direito (e não a “mera aparência” do processo cautelar), exista ou não situação de perigo. O procedimento ordinário aí se revela, desde logo, inadequado, tendo sido feito para servir de longa averiguação dos direitos dos contendores, desnecessária aqui pela evidência. Outra em que, demonstrada a existência ou grande probabilidade de existência do direito (mesmo que não evidente), a demora da prestação provavelmente restaria inútil ou prejudicada a satisfação que o provimento deveria engendrar, havendo uma “situação de perigo”. Deve-se, então, se utilizar aí de um processo célere e expedito, capaz de conjurar toda lesão ou ameaça de lesão, em brevíssimo espaço de tempo, afastando o perigo de demora na prestação da justiça.<sup>25</sup>

Nesses dois casos tornam-se necessárias técnicas processuais de tutela especiais, abarcando as tutelas de evidência e de segurança, de que se possa utilizar o Judiciário, para que este, através do veículo processual (de um processo efetivo), execute com presteza sua função. Nesse sentido se desenvolveu, entre outras técnicas processuais, a tutela antecipada.

## 3.2 A TÉCNICA DA ANTECIPAÇÃO NO ART. 273

### 3.2.1 Antecipação e Tutela Condenatória

A antecipação dos efeitos da tutela condenatória consiste na antecipação do efeito executivo da tutela de condenação, isto é, na realização forçada do direito que o autor pretende ver realizado.

Esse efeito executivo a que nos referimos no parágrafo anterior será produzido antecipadamente, já que falta à sentença condenatória executividade imediata, uma vez que supõe uma ação de execução, no caso de seu não cumprimento espontâneo pela

---

<sup>25</sup> FUX, p. 3-7.

parte condenada.

### 3.2.2 Antecipação e Tutela Declaratória

Num primeiro momento, pode-se dizer que não é possível a antecipação de tutela declaratória, uma vez que a declaração pressupõe uma cognição exauriente. O juiz não pode declarar provisoriamente a ilegitimidade de um ato, mas apenas afirmar a probabilidade da ilegitimidade de um ato.

Entretanto, pensando-se na questão da “efetividade do processo”, não se deve limitar a possibilidade de concessão de provimentos sumários apenas a algumas espécies de tutela.

E nessa linha de pensamento, temos que quando há a necessidade de obtenção de uma tutela que supõe a valoração da probabilidade do êxito da demanda declaratória, mas que não é meramente declaratória, então será admissível a antecipação do provimento requerido.

Assim, na pendência de ação declaratória, não parece ser impossível a concessão de um provimento interinal, quando este seja idôneo a realizar um afirmado direito que seja dependente da declaração.

### 3.2.3 Antecipação e Tutela Constitutiva

A tutela constitutiva pressupõe uma declaração relevante, ou seja, fundada em cognição exauriente. Desse modo, conclui-se pela não possibilidade de uma constituição provisória.

Todavia, na pendência de uma ação constitutiva, é viável a imposição de uma ordem para que o autor possa obter tutela capaz de lhe conferir um resultado que seria decorrente da constituição.

Bem como ocorre na antecipação em ação declaratória, a tutela antecipatória na constituição faz surgir efeito jurídico que supõe uma sentença de procedência, dando ao autor uma providência útil que é suficiente para atender à sua necessidade

imediate de prestação jurisdicional.

### 3.2.4 Antecipação e Tutelas Executiva e Mandamental

Na ação mandamental tem-se uma ordem e não uma simples condenação - que é apenas uma exortação ao cumprimento, não tem executividade imediata. Fica condicionada apenas à expedição de mandado pelo juiz.

Já na ação de execução, não existe condenação ou ordem. O juiz age fazendo o que a parte ora executada deveria ter feito.

CASTELO explica de maneira clara a distinção entre as ações executiva e mandamental:

A distinção entre ação executiva e ação mandamental está relacionada com o seu objeto. A ação executiva tutela deveres (absolutos e reais) e obrigações (pessoais) relacionadas com a entrega de uma coisa (ou com a obrigação – tomando o termo em sentido lato – de dar) de natureza real. Portanto, lida-se apenas com dever, ou mesmo obrigação contratual, que somente pode ser adequadamente tutelada pela ação e sentença executiva, para a qual pouco importa a atividade do devedor que somente terá de suportar a execução. Ao passo que a ação mandamental tutela deveres (absolutos) e obrigações de fazer e não fazer infungíveis, ou obrigações, embora material e juridicamente fungíveis, que comportam particular dificuldade ou complexidade, qualitativa ou quantitativa, na sua realização por parte do devedor, especialmente quando atreladas a direitos não patrimoniais ou patrimoniais com função não patrimonial.<sup>26</sup>

Guardadas as devidas diferenças entre esses dois tipos de tutela jurisdicionais, tem-se que a antecipação de tais tutelas ocorre de maneira semelhante.

Através do provimento antecipatório mandamental, bem como do provimento antecipatório executivo, antecipa-se a forte carga de executividade das sentenças mandamental ou executiva, sendo que as suas eficácias não são diferidas, mas imanentes a elas.

Tem-se que os provimentos antecipatórios das sentenças mandamental e

---

<sup>26</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela Antecipada: na Teoria Geral do Processo**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 1999. vol. 1. p. 477.

executiva, tais como elas, apresentarão um sincretismo, não só por força da necessidade de maior efetividade do provimento de urgência ou evidência, mas também pela própria natureza do direito material tutelado, de forma a tornar possível a imediata realização da ordem ou da atividade executiva (respectivamente) no próprio processo de conhecimento.

## 4 A EFICÁCIA DA TUTELA ANTECIPADA

### 4.1 A EFICÁCIA NO TEMPO DA TUTELA ANTECIPADA

#### 4.1.1 Momento ou Oportunidade da Concessão da Tutela

A lei não estabeleceu, rigidamente, o momento adequado para a antecipação de tutela, não havendo, pois, um momento preclusivo para seu deferimento. Assim sendo, poderá ser concedida a qualquer tempo, antes da sentença (ou até mesmo depois dela), ainda que não tenha sido citado o réu, se na opinião do juiz tal for o grau de urgência. O art. 273 do Código de Processo Civil fez estender o deferimento *in limine litis*, de longa data admitido em medidas liminares, a essa espécie de tutela, utilizável em qualquer espécie de processo de conhecimento, desde que presentes os requisitos traçados pelo novo dispositivo de lei.

Mesmo após a sentença e na pendência de recurso será cabível a antecipação de tutela, caso em que a medida será endereçada ao tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os seus pressupostos. Da mesma forma, se o juiz de primeiro grau a indeferir, a parte poderá manejar o agravo de instrumento e, de plano, terá condições de obter liminar junto ao relator, se puder demonstrar a urgência da medida e a configuração de todos os seus pressupostos legais.

#### 4.1.2 Provisoriedade

A lei sujeita a antecipação de tutela, prevista no art. 273 do CPC, ao regime das “execuções provisórias” - quanto aos incisos II e III do art. 588 do CPC -, revestindo-a do caráter de solução não-definitiva e, por isso mesmo, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, mas sempre por meio de decisão fundamentada (art. 273, parágrafo 4º).

Desse regime decorrem as seguintes conseqüências:

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

conhecimento;

b) a lei não condicionou, na maior parte dos casos, a antecipação à prestação de caução, mas ao juiz caberá impô-la se as circunstâncias aconselharem tal medida de contracautela, dentro dos parâmetros do art. 804 do Código de Processo Civil, analogicamente aplicável à tutela antecipada;

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

A tutela antecipada é uma tutela provisória, portanto, sujeita à revogação ou modificação a qualquer tempo. A modificação pode ser para mais ou para menos. Pode ser até ampliada a tutela concedida.

ALVIM entende que a leitura do art. 461 em seu parágrafo 3º, “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”, prescinde de moderação. Entende que a natureza do ato determina a natureza do desato, não podendo o juiz revogar ou modificar uma liminar concedida a pedido da parte a não ser que por pedido da outra parte. A liminar concedida de ofício da mesma maneira poderia ser novamente apreciada pelo julgador.<sup>27</sup>

Contudo, ainda que a concessão da liminar tenha se dado *ex officio* ou a requerimento da parte, sua modificação só se faz possível frente modificação das circunstâncias à luz de novos fatos no processo, o que traz segurança às partes.

## 4.2 A NECESSIDADE DA REVERSIBILIDADE

A questão da necessidade da reversibilidade da tutela concedida antecipadamente (§ 2º do art. 273 do CPC) afeta, por óbvio, a eficácia da tutela antecipada.

Para FUX, o parágrafo segundo do art. 273 foi outro erro do legislador. O legislador quase aniquilou a tutela antecipada, já que na grande maioria dos casos

---

<sup>27</sup> ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**. Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p. 26.

práticos, as situações de urgência que clamam pela tutela antecipada geram situações irreversíveis, como na autorização de uma viagem, cirurgia ou inscrição em concurso. Afirma: "...o atavismo judicial que hoje se apregoa faz da lei nova um diploma receado de vetustez e covardia, sem prejuízo de afastar-se dos mais modernos postulados da efetividade do processo e dos direitos."<sup>28</sup> Dever-se-ia manter a mesma margem de discricionariedade dada quanto à concessão da tutela também com relação aos casos de irreversibilidade, que são a grande parte dos casos de urgência.

Deve-se considerar ainda que há uma situação excepcional, que foge a tal regra: se houver urgência de necessidade de tutela, embora irreversíveis os efeitos, se eles não gerarem prejuízo irreparável para o demandado, o juiz poderá conceder a tutela, com base na regra que não permite ao juízo, para conjurar um perigo, criar outro de maior intensidade.

MARINONI assume, quanto ao tema, uma postura bem mais liberal, que aqui se traz apenas para menção, a título ilustrativo, como revela no parágrafo seguinte:

Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. A tutela sumária funda-se no princípio da probabilidade. Não só a lógica mas tem o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado.<sup>29</sup>

#### 4.3 UNICIDADE DE EFEITO

A tutela antecipada tornou desnecessária a instauração de processo antecedente para obtenção de medida prévia antes da instauração do feito principal. Foi tornada uma fase do processo principal, podendo ocorrer em qualquer processo de conhecimento concessão de liminar antecipatória dos efeitos da providência principal. É um provimento interinal, isto é, decide interinamente uma situação litigiosa sem

---

<sup>28</sup> FUX, p. 339.

<sup>29</sup> MARINONI, p. 170.

prejuízo do comando final.

#### 4.4 DA SUA EXECUÇÃO

Em consonância com a impossibilidade de concessão de tutela antecipada de efeitos irreversíveis, o modo de efetivação da tutela antecipatória que a lei estabeleceu foi baseado na execução provisória, em que a satisfação do direito não alcança o estado irreversível da execução definitiva. Daí as restrições a que remete o parágrafo terceiro do art. 273, indicando os incisos II e III do art. 588. Tal atitude do legislador ante à insistência na reversibilidade dos efeitos esvaziou a tutela antecipada, não podendo atender a grande número de casos que não comportam execução provisória, como os já citados exemplos: uma cirurgia, uma viagem, a divulgação de um documento ou apresentação de espetáculo, a inscrição em um concurso. Para Luiz Fux a solução seria a duplicidade das ações: conceder a tutela, conferindo o juiz perdas e danos à parte lesada pela antecipação, como contrapartida ao seu deferimento, garantido inclusive por caução. Contudo a lei, ao contrário, impediu a concessão do provimento em face da irreversibilidade dos efeitos, mesmo que apresentada prova inequívoca.

A execução se procede sem intervalo, sem processo autônomo, na mesma relação processual, assimilando-se o termo execução por efetivação, implementação do provimento. A execução, seja em tutela de evidência ou segurança, deve ser sempre provisória e reversível. Amplos são os poderes do juiz para a implementação, aplicando-se analogicamente o parágrafo quinto do art. 461, do Código de Processo Civil. É crime de desobediência o descumprimento da ordem da antecipação, porque é de sua essência a mandamentalidade.

#### 4.5 ASPECTOS FINAIS SOBRE A EFICÁCIA DA TUTELA ANTECIPADA

O processo civil moderno enfrenta a dicotomia rapidez e certeza. Por um lado, ciente da sua morosidade e dos sacrifícios econômicos e psicológicos das partes para



suportar essa demora, o processo quer lutar contra o tempo, por outro lado, no intuito de compor os conflitos da maneira mais justa, quer lutar contra a incerteza. O problema é que a busca excessiva pela certeza pode afastar a efetividade, e vice-versa. A solução está em escolher quando primar por uma ou pela outra, e suportar os aspectos negativos da escolha feita.

Ao prever a possibilidade de antecipação da tutela, o legislador posicionou-se a favor da efetividade. Ou seja, quando preenchidos os requisitos ou condições determinados no artigo 273 do Código de Processo Civil, a certeza jurídica é momentaneamente deixada em segundo plano, o que gera certas limitações a serem consideradas.

Uma delas se refere aos riscos inevitáveis de julgar *inaudita altera parte*, ou seja, sem ouvir a outra parte da relação processual. Isso resulta em um julgamento parcial e mais propenso ao erro.

Mas, mesmo ouvindo a outra parte, já que a concessão dos efeitos, antecipadamente, pode ocorrer em qualquer momento do processo, a cognição será sempre sumária, e não exauriente, na terminologia de MARINONI<sup>30</sup>. A cognição exauriente, ensina-nos ele, é aquela cujo objeto não voltará a ser avaliado; a sumária é aquela parcial verticalmente, ou seja, no tocante à afirmação sobre os fatos. Quer dizer: o magistrado, entendendo verossímeis as afirmações feitas e inequívocas as provas trazidas, concede a antecipação dos efeitos da tutela pretendida antes do término da instrução.

Assim, a concessão é feita mediante um juízo de probabilidade, e não de certeza. Este aspecto, em princípio negativo, atenua-se, no entanto, se pensarmos que a certeza trazida pela cognição plena não passa de um juízo de probabilidade em seu grau máximo atingível no nível processual. Ou seja, a verdade processual nem sempre é a verdade substancial.

Apesar da possibilidade de reversão dos efeitos da tutela antecipada estar prevista no artigo 273, parágrafo 2º, como condição *sine qua non* do provimento

---

<sup>30</sup> MARINONI, p. 139-140.

antecipado, nem sempre ela é possível, ao menos plenamente, dado o caráter satisfativo da antecipação (o que, inclusive, a diferencia das cautelares). Atenua-se este ponto negativo pela observação de MARINONI de que “...a ética da jurisdição de urgência consiste no sacrifício do improvável em benefício do provável”<sup>31</sup>. Ou seja, quando o juiz verificar que há *periculum in mora* para uma parte que provavelmente será vencedora, proverá os efeitos desse provável direito em detrimento do improvável direito da outra parte.

Outra crítica, importante, coloca a falta de necessidade de antecipação, já que existe o processo cautelar para situações emergenciais. Diz-se que as cautelares, com o advento da tutela antecipatória, perdem razão de ser e podem cair em desuso. No entanto, como já detalhado nas diferenças entre um e outro tipo de provimento, há restrições ao campo de abrangência do processo cautelar que legitimam e fazem necessária a tutela antecipada. Esta tem natureza satisfativa, diversamente daquela. Esta realiza uma pretensão imediatamente, enquanto aquela apenas assegura uma pretensão<sup>32</sup>.

Diz-se, também, que a antecipação fere certos princípios constitucionais, como o da ampla defesa e o do contraditório, quando é *inaudita altera parte*. No entanto, antecipam-se os efeitos, mas não a tutela; esta será dada depois de findo o processo principal, existente em qualquer caso. Além disso, como assevera MARINONI, o princípio da inafastabilidade da jurisdição vem defender a tutela antecipatória, pois dele decorrem vários direitos, como o do devido processo legal, que leva à necessidade de adequada tutela jurisdicional, diferenciada conforme o caso. Se há urgência, a tutela há que ser efetiva para essa urgência, pois do contrário, não haverá efetividade.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> loc. cit., p. 146.

<sup>32</sup> ibid., p. 141.

<sup>33</sup> ibid., p. 144.

## 5 CONCLUSÃO

É um dever do Estado a manutenção da antecipação da tutela, uma vez que a sua existência contribui para a celeridade e instrumentalidade do processo, o que reflete diretamente para a sua efetividade. Além de auxiliar o processo civil a atingir os seus escopos, ao atravessar as barreiras que dificultam o acesso à justiça.

O procedimento ordinário não colabora com as pessoas mais carentes que não dispõem de tempo para aguardar a realização dos seus direitos sem sofrer alguma consequência, lesando, assim, o princípio de igualdade. A utilização da Tutela Antecipada, nos casos em que a demora da prestação for injusta, ou no caso de uma “situação de perigo”, é uma maneira eficaz de contornar os empecilhos à realização da justiça.

Após a análise do artigo que dispõe sobre o instituto no Código de Processo Civil Brasileiro, foi estudada a maioria dos aspectos presentes na Tutela Antecipada que vão desde a parte disposta sobre o papel do juiz, os procedimentos necessários, até a sua execução. A partir dessa pesquisa, viu-se que a Tutela Antecipada pode ser efetuada a qualquer tempo no processo antes da sentença e, ainda, com um caráter de provisoriedade, podendo ser revista a qualquer momento.

A Antecipação da Tutela é um importante instrumento processual que foi construído com o intuito de dar maior efetividade ao processo.

Ao fim de toda esta análise, conclui-se que a medida de antecipação, da maneira como foi inserida em nosso Código de Processo Civil, pelo nosso legislador, constituiu-se em grande avanço para o nosso direito processual, vindo a sanar muitos problemas, inclusive de ordem institucional, do nosso Poder Judiciário, que agora pode oferecer a quem o aciona novo meio de acesso à justiça.

Entre aspectos negativos e positivos, que foram constatados ao longo do desenvolvimento, da maneira como foi configurada a Tutela Antecipada no direito positivo, tem-se que o saldo é positivo. E que tal instituto tem, realmente, grande eficácia dentro do âmbito em que é utilizado, já que cumpre com os escopos a que se destina.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. vol. 1.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. vol. 2.

ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. **Cautelares e Liminares**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996.

BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRITO, Aglézio de. A Tutela Antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, ano 22, v. 163, p. 9-13, mar./abr., 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela Antecipada: na Teoria Geral do Processo**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 1999. vol. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

DALL'AGNOL JR., Antonio J. *et alli*. **Medidas Cautelares: Estudos em Homenagem ao Professor Ovídio A Baptista da Silva**. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERRAZ, Sérgio. **Da Liminar em Mandado de Segurança**. In: **MANDADO de Segurança**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

FRIEDE, Reis. **Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 381 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 255 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o Problema da “Efetividade” do Processo. **Temas de Direito Processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo Processo Civil Brasileiro**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PALMA, Jorge F.; PEÑA, Oscar E. Serantes. **Medidas Cautelares: Práctica Civil y Comercial**. Buenos Aires: Depalma, 1986.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da Antecipação da Tutela. **Reforma do CPC**, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. **Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SANCHES, Sydney. **Poder Cautelar Geral do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Ovídio A Baptista da. **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA, Ovídio A Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SILVEIRA, José dos Santos. **Processos de Natureza Preventiva e Preparatória**. Coimbra: Atlântida, 1966.

THEODORO JR., Humberto. **As Inovações no Código de Processo Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. 1.

THEODORO JR., Humberto. Tutela Jurisdicional Cautelar. **Revista dos Tribunais**, v. 574, p. 20, agosto, 1983.

THEODORO JR., Humberto. Tutela Antecipada. **Revista Jurídica**, ano XLV, nº 232, p. 5-20, fevereiro, 1997.

TOMMASEO, Ferruccio. **I Provvedimenti D'Urgenza: Estruttura e Limiti Della Tutela Antecipatoria**. Padova: Cedam, 1983.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança Contra Atos Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.