

**ESTEFANIA GUIDALLI PILATI**

**A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

**Monografia apresentada à disciplina de  
Direito Processual Civil como requisito  
parcial à conclusão do Curso de Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Alcides A. Munhoz da  
Cunha.**

**Co-orientador: Prof. Elton Venturi**

**CURITIBA**

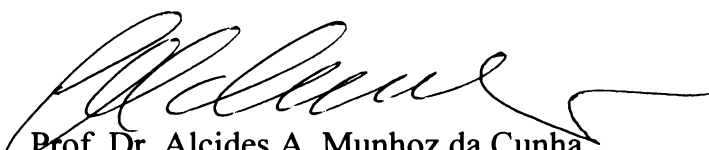
**2003**

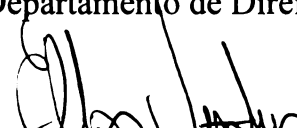
## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**ESTEFANIA GUIDALLI PILATI**

### **A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

  
Orientador: Prof. Dr. Alcides A. Munhoz da Cunha  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

  
Co-orientador: Prof. Dr. Elton Venturi  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

  
Prof. Dr. Edson R. Malachini  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 23 de outubro de 2003

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iv
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 EXECUÇÃO NO PENSAMENTO DA DOGMÁTICA</b> .....	3
2.1 ISOLAMENTO COGNIÇÃO – EXECUÇÃO.....	3
2.2 ISOLAMENTO COGNIÇÃO – CAUTELARIDADE.....	6
2.3 ISOLAMENTO EXECUÇÃO – CAUTELARIDADE.....	12
<b>3 EXECUÇÃO NO MOMENTO DA INSTRUMENTALIDADE</b> .....	16
3.1 EXECUÇÃO E EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO.....	16
3.2 REDESCOBERTA DAS TUTELAS MANDAMENTAL E EXECUTIVA <i>LATO SENSU</i> .....	21
3.3 EXECUÇÃO.....	28
<b>4 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA</b> .....	33
4.1 INTRODUÇÃO.....	33
4.2 CONCEITO.....	35
4.3 FUNDADO RECEIO DE DANO.....	37
4.4 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO.....	41
4.5 PRECARIEDADE DA DECISÃO.....	42
4.6 IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO.....	44
<b>5 EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA</b> .....	46
5.1 INTRODUÇÃO.....	46
5.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA.....	46
5.3 EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGA DE COISA.....	49
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	55
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	63

## **RESUMO**

Análise dos mecanismos da efetivação da tutela antecipada, realizada através da evolução do direito processual civil brasileiro a partir da perspectiva da concretização dos direitos materiais tutelados em juízo. Inicia-se com os ensinamentos dogmáticos adotados para a formulação do Código de Processo Civil. Passa-se pelo desenvolvimento da doutrina brasileira de novos métodos e de novos objetivos a alcançar. Examina-se a tutela antecipatória e suas particularidades no direito brasileiro. Chegando, ao fim, à atual fase de aprofundado estudo a respeito das tutelas de urgência e das modalidades para sua efetivação.

Palavras-chave: Processo; Efetividade; Tutela Antecipada; Execução; Efetivação.

# 1 INTRODUÇÃO

Este estudo monográfico foi desenvolvido com o intuito de responder à seguinte indagação: desenvolvido o instituto emergencial da antecipação de tutela é possível se aferir realização prática, efetiva e tempestiva dos direitos materiais reclamados em juízo?

Inicialmente, foi abordado o pensamento dogmático, segundo o qual foi desenvolvido o Estatuto Processual Civil. Neste capítulo, analisou-se o isolamento entre as categorias de cognição, execução e cautelaridade, conforme as lecionaram os processualistas italianos.

No terceiro capítulo, foram apreciadas as construções doutrinárias brasileiras. A insuficiência dos estudos estrangeiros, que importamos ao modelo nacional de codificação, foi superada por estudos desenvolvidos por CÂNDIDO DINAMARCO, que buscou ressaltar no estudo do processo a preocupação com os direitos materiais, e por PONTES DE MIRANDA, que desenvolveu nova classificação de ações, definindo especificamente suas funções e objetos de tutela. Por fim, expôs-se o processo de execução, conforme a doutrina mais atualizada sobre o tema.

No capítulo seguinte, examinou-se o instituto da tutela antecipatória, considerada a grande evolução do direito processual brasileiro na última década. A antecipação de tutela é o instrumento pelo qual, presentes os requisitos legais, é entregue ao autor o exercício de um direito que, no trâmite comum da Jurisdição, teria apenas no fim do processo, após anos de espera.

Finalmente, no quinto capítulo, foram expostas as espécies de procedimentos para efetivação da tutela antecipatória, conforme previsão na lei de regência. Em princípio, o mecanismo da execução provisória, na sua recente modelação, e, posteriormente, a realização dos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, com as devidas atualizações.

Cotejadas as informações angariadas durante toda a pesquisa realizada para a elaboração da monografia, operou-se a conclusão, em que se procurou analisar a eficiência dos mecanismos legais previstos para a efetivação da tutela antecipada.

## 2 EXECUÇÃO NO PENSAMENTO DA DOGMÁTICA

### 2.1 ISOLAMENTO COGNIÇÃO - EXECUÇÃO

Os processos de cognição e de execução, conforme delineados pelo Código de Processo Civil brasileiro, baseado nos ensinamentos de ENRICO TULLIO LIEBMAN, são autônomos.

LIEBMAN leciona que a jurisdição é composta por duas atividades “muito diferentes entre si”.<sup>1</sup> A primeira atividade está relacionada ao conhecimento de uma controvérsia. Esta função é exercida através do processo de cognição, cujo objetivo é formular uma regra jurídica concreta, para pautar o caso em discussão. A outra atividade refere-se à concretização da decisão do primeiro procedimento, de forma a transformar aquela regra, determinada para o caso, em realidade.

A atividade jurisdicional por excelência é aquela em que uma parte leva ao conhecimento do magistrado sua pretensão, buscando respaldo estatal para exercer seu direito sobre o demandado. No desenvolvimento deste mister, o juiz deve estudar, investigar, interpretar e aplicar as normas legais correspondentes ao caso. Observa LIEBMAN que o julgador exerce um trabalho intelectual, com resultado ideal, e com a especial qualidade de tornar-se imutável, através da coisa julgada.

Na atividade executiva, são outros os atributos do julgador. Neste caso, busca-se tão somente a efetivação da regra, contida na sentença anteriormente proferida. As providências tomadas pelo magistrado terão como fim não o conhecimento, mas a realização, no mundo fático, da regra fixada na sentença.

GIUSEPPE CHIOVENDA chama de execução processual “a atuação prática, da parte de órgãos jurisdicionais, de uma vontade concreta da lei que garante a

---

<sup>1</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 43.

alguém um bem da vida e que resulta de uma verificação”, e conhece por execução “o complexo de atos coordenados a esse objetivo”.<sup>2</sup>

FRANCESCO CARNELUTTI traz elucidativa comparação para definir as atividades cognitiva e executiva. Afirmo o doutrinador que a antítese entre estas duas atividades pode ser caracterizada pela contraposição de *razão e força*. A razão é o móvel do processo jurisdicional e a força é o instrumento do processo executivo.<sup>3</sup>

Doutrina LIEBMAN que as partes estão em situação jurídica diferente, em cada um destes processos. No processo de conhecimento, as partes estão em “posição de igualdade e de equilíbrio”. Nesta fase, ainda não se determinou a qual delas pertence a razão e, portanto, a ambas é facultado manifestar-se e provar o que alegam, de forma a possibilitar a determinação, pelo juízo, da correta aplicação do direito em discussão.<sup>4</sup>

De outro lado, no processo de execução não há que se falar em equilíbrio entre as partes, uma vez que já está determinado qual dos litigantes está com a razão, de forma que se deve executar esta decisão, para realizar efetivamente o direito antes controvertido. O mesmo autor chega a afirmar que não há contraditório entre exequente e executado, defendendo que houve uma condenação, e “sobre este ponto não pode mais, em regra, haver discussão.”<sup>5</sup>

CARNELUTTI, sobre este ponto, ressalta que no processo de execução “Não nos encontramos mais perante duas partes que reciprocamente disputam entre si a

---

<sup>2</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1. p. 346.

<sup>3</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1. p. 289.

<sup>4</sup> LIEBMAN, op. cit., p. 44.

<sup>5</sup> Id. *ibid.* Ressalte-se aqui a cautela com que agiu o atualizador da obra, prof. JOAQUIM MUNHOZ DE MELLO, ao fazer nota da correta interpretação do texto identificando a possibilidade de discussão e nova cognição de pontos controvertidos em sede de embargos do executado, ressaltando seus direitos e garantias.

razão e um juiz que busca qual das duas a tenha na verdade, e sim perante uma parte que quer ter uma coisa e outra que não a quer dar, enquanto que o órgão do processo retira a esta para ser dada àquela.”<sup>6</sup>

O processo de cognição demonstra-se autônomo em relação ao processo de execução pois, em alguns casos, este é desnecessário. A toda evidência, as sentenças declaratória e constitutiva independem de execução para que adentrem ao mundo fático. O trânsito em julgado destas decisões é fator suficiente para concretizá-las. A sentença com eficácia condenatória, apesar de conter a mesma força imperativa das decisões declaratória e constitutiva, não tem o condão de efetivar o direito tutelado, a não ser pela voluntariedade do vencido. Caso o vencido não realize a condenação determinada na decisão trânsita em julgado, necessário se faz o processo de execução.

De outra ponta, a admissibilidade de processo de execução com base em títulos extrajudiciais determina sua autonomia em relação ao processo cognitivo.

ARRUDA ALVIM corrobora deste entendimento ao declarar que as atividades cognitiva e executiva são “inconfundíveis”. A execução, de forma geral, se segue à cognição, que tenha sido finalizada por uma sentença condenatória. “O atual processo de execução, no entanto, é mais amplo do que a mera idéia de realização de sentença condenatória. Bastante clara fica tal assertiva com a mera leitura dos arts. 584 e 585, do Código.”<sup>7</sup> Concluindo, conseqüentemente, que a atividade executiva tornou-se mais independente, no Código de Processo Civil de 1973.

Outro ponto que exhibe a autonomia entre os processos de cognição e de execução é a delimitação de início e de fim para ambos. A citação válida e a sentença extintiva são exigidas nos dois procedimentos, sendo que a extinção do processo de execução é irrelevante e não possui qualquer efeito sobre o processo de conhecimento.

---

<sup>6</sup> CARNELUTTI, *Sistema...*, v. 1, p. 294.

<sup>7</sup> ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 1, n. 1, jan./mar. 1976. p. 91.

Necessário referir-se, por fim, que apesar da autonomia existente entre cognição e execução, estas estão ligadas por um estreito liame, pois se relacionam a um mesmo direito subjetivo a ser realizado. LIEBMAN ressalta que:

Esta unidade de escopo era em outros tempos argumento de peso para reunir cognição e execução em único processo, de vez que os institutos processuais eram considerados apenas como formalidades necessárias para fazer valer os direitos subjetivos materiais. Não é mais assim, evidentemente, desde que o processo se tornou objeto de estudo sistemático por si próprio, feito do ponto de vista da função pública que nele se desenvolve.<sup>8</sup>

ARRUDA ALVIM também manifestou-se neste sentido:

Esta realizabilidade da sentença condenatória na execução, levou juristas antigos a entenderem a execução *mesmo como* ‘fase lógica e complementar da ação’ (...). A idéia inaceitável, demonstra expressivamente, todavia, o nexó existente entre o mero conhecimento, declaração *lato sensu* do direito e sua realização no mundo empírico, pela execução (desde que o devedor não cumpra voluntariamente a sentença).<sup>9</sup>

## 2.2 ISOLAMENTO COGNIÇÃO – CAUTELARIDADE

A escola Dogmática superou a idéia precedente de que a atividade cautelar era caracterizada pela “*assessoriedade* do processo *preparatório preventivo* ou *incidente*”<sup>10</sup>.

As ações cautelares foram recepcionadas como ações autônomas, sendo sua principal atividade a preventiva ou a acautelatória do direito em litígio no processo de cognição ou de execução.

Na esteira do que se expôs na seção anterior, o processo cognitivo é utilizado para definição de uma norma a ser aplicada em concreto, em cada caso. Tal aplicação

---

<sup>8</sup> LIEBMAN, op. cit., p. 50.

<sup>9</sup> ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 91, nota 10-C (grifos do original).

<sup>10</sup> BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 7, n. 27, jul./set. 1982. p. 19 (grifos no original).

dependerá de um processo de execução, que será deflagrado, geralmente, após o trânsito em julgado da decisão final do provimento cognitivo.

No entanto, em alguns casos, a demora da atividade jurisdicional, o risco a que se expõe o objeto do litígio ou a possibilidade de perecimento do direito exigem atitudes emergenciais da Jurisdição, de forma que se faculta ao interessado o reclamo de providências preventivas ou acautelatórias, com o fim de se por em segurança o direito controvertido. O poder de se obter uma medida de proteção é uma forma de ação, a ação cautelar, conforme explicita BUZAID<sup>11</sup>, citando CHIOVENDA.

Este ilustre estudioso italiano completa sua lição explicando que se trata de “mera” ação, pois traduz-se na “necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico”. Não há possibilidade de se considerar tal ação como acessória do direito acautelado, “porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe; e uma vez que o réu não tem nenhuma obrigação de cautela antes do despacho do juiz.”<sup>12</sup>

Segue CHIOVENDA explicitando que estas providências chamam-se *provisórias acautelatórias* ou *conservadoras*. Isto porque são expedidas antes que se declare o direito ou que se o atue, de forma a assegurar a sua execução prática, quando a Jurisdição assim estiver pronta a efetivá-la.

Importa lembrar que aquele que se sinta prejudicado ao ser forçado a acautelar um direito ainda investigado, pode requerer a contracautela, que se revela, geralmente, na prestação de caução pelo autor/requerente da medida liminar.<sup>13</sup>

Nesta linha, conclui-se que a atividade de cognição e a atividade acautelatória foram apartadas. De um lado está a atividade que busca a declaração de um direito, como consequência de um processo de investigação, interpretação e

---

<sup>11</sup> BUZAID, op.cit., p. 19.

<sup>12</sup> CHIOVENDA, op. cit., p. 332/333.

<sup>13</sup> CHIOVENDA, op. cit., p. 334.

concretização de uma norma abstrata a um fato. De outro, a função de assegurar e proteger o direito, que ainda não se sabe a quem pertence.

O isolamento entre a cognição e a cautelaridade bem se demonstra pela contraposição das expressões satisfatividade e segurança. A função jurisdicional de cognição busca a satisfação de um direito, e a medida cautelar busca a segurança e preservação do direito.

O processo de cognição não tem elementos de mérito previamente estabelecidos, ao contrário do que ocorre com o processo cautelar, que tem como requisitos a possibilidade do dano e a possibilidade do direito, conforme delineou-os CHIOVENDA.<sup>14</sup>

A possibilidade do dano revela-se no exame das circunstâncias de fato, que expressem sério perigo ao direito tutelado. Examina-se, então, a urgência da medida asseguratória e qual das medidas será efetivamente útil para a proteção do direito.

A análise da possibilidade do direito é superficial (*summaria cognitio*), uma vez que não há tempo para exame profundo do direito, pois está sob a ameaça de perigo.

CALAMANDREI estabelece a noção de instrumentalidade, para caracterizar a tutela cautelar, diferenciando-a das demais modalidades de processo. Leciona este autor que a função do processo cautelar é publicística, pois é instrumento para garantir a eficácia e a seriedade da função jurisdicional<sup>15</sup>, atuante nos processos de cognição e execução.

Segue o mestre italiano, acrescentando que as medidas cautelares, antes de atenderem interesses privados, atendem ao interesse público de administração e distribuição de justiça:

---

<sup>14</sup> CHIOVENDA, op. cit., p. 334.

<sup>15</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad: Carla Roberta Andreassi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 209.

Se a expressão 'polícia judiciária' não tivesse já no nosso ordenamento um exato significado, ela poderia parecer singularmente adequada para designar a tutela cautelar: nesta encontram-se de fato, colocados ao serviço da função jurisdicional, aqueles poderes de prevenção, exercitados com urgência e com base em um juízo provisório no qual têm parte extensa as considerações de oportunidade, que são sem dúvida características da verdadeira e própria função de polícia. Poderia se dizer, aliás, que *mesmo a matéria dos procedimentos cautelares constitui a área-limite entre a função jurisdicional e aquela, administrativa, de polícia.*<sup>16</sup>

Observa-se que a doutrina dogmática não evidencia a diferença entre a tutela acautelatória e a antecipação da tutela a final pretendida, pois mesmo reconhecendo a existência desta última, considera-a provimento cautelar, pois ambas as medidas são consideradas tutela de urgência.

Tal assertiva evidencia-se com a definição que CARNELUTTI elaborou para o provimento cautelar: "o ato por meio do qual o órgão judicial dispõe a composição provisória do litígio."<sup>17</sup> O mesmo autor cita como exemplo de tutela cautelar a designação, durante o juízo de separação, de um filho para a mãe.<sup>18</sup>

Este conceito choca-se com a perspectiva de tutela cautelar como tutela de segurança, pois é evidente que colocar um direito em segurança não é sinônimo de composição provisória do litígio.

CALAMANDREI ao estudar a tutela cautelar, classifica suas manifestações em quatro grupos de acordo com a relação de instrumentalidade entre a medida cautelar e o processo principal: procedimentos instrutórios antecipados, procedimentos dirigidos a assegurar a execução forçada, antecipação dos procedimentos decisórios e cauções processuais.

Nota-se que esta classificação inclui a antecipação de tutela, como um procedimento de cautelaridade. A instrumentalidade, elemento identificador da tutela cautelar, neste caso, verifica-se, segundo os ensinamentos do doutrinador italiano, por

---

<sup>16</sup> CALAMANDREI, op. cit., p. 210.

<sup>17</sup> CARNELUTTI, *Sistema...*, v.1, p. 488.

<sup>18</sup> Id. *ibid.*, p. 490.

dar uma solução provisória, que se aproxima daquela que será a decisão definitiva, de forma a ter eficácia prática, como se a Jurisdição atuasse sem atraso.

Observa-se portanto a clara ligação que fazem os dogmáticos, entre a urgência e a cautelaridade, de forma a se poder afirmar que os termos são considerados sinônimos. Toda e qualquer providência urgente, tomada em procedimento judicial, é denominada cautelar, não importando se tem cunho asseguratório ou antecipatório do direito tutelado.

CHIOVENDA em suas *Instituições* abordou o tema, reconhecendo divergências entre o que denominou provimentos de cognição sumária e os provimentos cautelares, conforme apontou ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA.<sup>19</sup>

Caracterizam o provimento de cognição sumária: cognição incompleta (sumária) sobre os fatos da mesma lide que pode ou poderia ser objeto da cognição exauriente; excepcionalidade ou tipicidade; existência de pressupostos regrados, relacionados à lide cognitiva; antecipação dos efeitos executivos da decisão; provisoriedade do provimento e estabilidade dos efeitos, com vistas à consolidação da decisão antecipatória. Tais caracteres hoje compõem o que denominamos tutela antecipatória.

A atividade cautelar, por outro lado, apresenta as seguintes características: autonomia funcional da tutela cautelar, para atuar sobre uma lide própria; natureza residual da tutela ou atipicidade; liberdade para o juiz avaliar pressupostos para a decretação da medida; concessão da medida cautelar para afastar o temor de dano jurídico; temporariedade das medidas; fungibilidade e instabilidade dos provimentos e dos efeitos da medida, que podem ser revistos a qualquer tempo.

CALAMANDREI aponta ainda, que, diferentemente dos provimentos sumários, as medidas cautelares definem-se por uma instabilidade de conteúdo e de

---

<sup>19</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11. p. 33 et seq.

efeitos, sempre sujeitos a modificações, conforme alteram-se as circunstâncias fáticas e enquanto se aguarda o resultado definitivo da demanda.<sup>20</sup>

Outro ponto a ser observado é o paralelo feito em relação à definitividade do processo de conhecimento e a provisoriedade do processo cautelar.

A noção de definitividade do processo de conhecimento está intimamente ligada à declaração e à imutabilidade da decisão final, que transmitem a idéia de certeza e perenidade.

CHIOVENDA, conforme acima se transcreveu, denomina as medidas cautelares como provisórias acautelatórias, o que já demonstra sua inclinação, no sentido de entender que o processo cautelar é provisório.<sup>21</sup>

CALAMANDREI, em sua *Introdução ao estudo sistemático* aponta diferenças entre os conceitos de provisoriedade e de temporaneidade.

Temporâneo é aquilo que tem duração limitada, independentemente da superveniência de outro evento. Provisório indica o que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha o evento final, estável e durável.

O autor conclui, alfim, que os provimentos cautelares são provisórios pois “seus efeitos jurídicos não só têm duração temporânea (...), mas têm duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre o emanar do procedimento cautelar e a promulgação de um outro procedimento jurisdicional (...) com a denominação definitivo.”<sup>22</sup>

CARNELUTTI traz a lume outra perspectiva desta questão, apontando o tempo de duração da medida cautelar. Expõe que a principal diferença entre o provimento jurisdicional e o provimento cautelar é a temporariedade deste último. “Dada a finalidade do processo cautelar, o provimento decisório cautelar é um

---

<sup>20</sup> CUNHA, op. cit., p. 105.

<sup>21</sup> CHIOVENDA, op.cit., p. 331.

<sup>22</sup> CALAMANDREI, op.cit., p. 25 et seq.

provimento decisório temporário ou passageiro. Diferentemente da decisão jurisdicional, a decisão cautelar tem sempre um *dies ad quem*, quando o vencimento sobrevier, a eficácia se extinguirá.”<sup>23</sup>

Posteriormente este doutrinador acrescenta que o provimento cautelar pode adquirir estabilidade, quando a estrutura da medida deferida assim o permitir.

Desta forma, afasta-se a idéia de provisoriedade, que necessitaria de uma substituição, por um provimento definitivo; destacando-se o fator temporariedade, que determina a subsistência de uma medida cautelar, apenas pelo tempo em que for necessária, para proteger o direito em litígio.

### 2.3 ISOLAMENTO EXECUÇÃO – CAUTELARIDADE

Da mesma forma que cognição e cautelaridade não se confundem, execução e cautelaridade também são atividades distintas.

Seguindo as definições acima expostas, tem-se que o processo de execução é aquele que busca tornar concreta a norma determinada no processo de conhecimento, “adequação do que é ao que deve ser”.<sup>24</sup>

O processo cautelar não se relaciona com a execução de um direito, mas com sua proteção e segurança, no curso de um processo.

A estrutura do procedimento cautelar, no entanto, contém atos de cognição e atos de execução. Conforme referido na seção anterior, há cognição sumária, quando o julgador avalia a possibilidade do direito e a possibilidade de dano. Após esta análise, segue-se uma ordem judicial que terá por fim a proteção do direito tutelado. Esta proteção, obviamente, dependerá de atos executivos, que coloquem em prática a determinação judicial.

---

<sup>23</sup> CARNELUTTI, *Sistema...*, v. 1, p. 490-491.

<sup>24</sup> CARNELUTTI, *Instituições...*, v. 1, p. 124.

CARNELUTTI separa estes atos e denomina-os de provimento cautelar decisório e provimento cauletar executório<sup>25</sup>.

Em sua explanação, o autor expõe que o provimento jurisdicional não se confunde com o provimento decisório. O primeiro está relacionado ao processo cognitivo e, por consequência, à solução final e definitiva do litígio. O provimento decisório é aquele em que, após examinar os fatos e os requisitos, o magistrado profere decisão determinando a existência ou não do direito. Desta forma, admite-se a existência de provimento decisório jurisdicional e provimento decisório cautelar. Este último representado pela decisão judicial que reconhece a existência da possibilidade do direito e da possibilidade do dano.

O provimento satisfativo é a execução, a satisfação do direito reclamado em juízo. O provimento executivo se traduz nos atos de execução de determinada ordem judicial. De maneira que se diferenciam o provimento executório satisfativo e o provimento executório cautelar. Este revelado pela ordem de realização de atos que efetivamente protejam o direito tutelado.

CARNELUTTI acrescenta que “a diferença entre provimento cautelar e provimento judicial ou satisfativo refere-se em essência, ao limite, assim precisado de sua eficácia material e não, pelo contrário, à sua eficácia processual.”<sup>26</sup> Desta forma, estabeleceu o doutrinador italiano, que, em termos processuais, as medidas cautelares exercem atividades cognitivas e executivas, no entanto, a finalidade de seus atos permite seu isolamento em relação às demais atividades da Jurisdição.

A autonomia estrutural do processo cautelar foi exposta por LIEBMAN, que reconheceu a existência de atos de cognição e atos de execução dentro de um procedimento, “diante da impossibilidade jurídica e prática de se fracionar o pedido de

---

<sup>25</sup> CARNELUTTI, *Sistema...*, v.1, p. 488.

<sup>26</sup> Id. *ibid.*, p. 492.

tutela cautelar”<sup>27</sup>.

Ressaltando a singularidade da finalidade de cada atividade jurisdicional, CARNELUTTI aponta o provimento cautelar como *tertium genus*, ao lado do provimento jurisdicional (cognitivo) e do provimento satisfativo (executivo).<sup>28</sup> Esta perspectiva foi adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, que separou em livros distintos o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar.<sup>29</sup>

A autonomia conferida ao processo cautelar é resultado da proclamação da autonomia estrutural, lançada por LIEBMAN e ligada à unidade de procedimento; e da autonomia funcional, representada pelo fim específico da medida cautelar: “o fim de tutelar o processo principal ou definitivo, ao qual o processo cautelar estaria inevitavelmente ligado por um nexo de dependência ou acessoriedade que lhe assegura a jurisdicionalidade pela atuação, ainda que mediata, sobre o direito material que anima a lide ou o objeto do processo principal.”<sup>30</sup>

Em nota ao texto de CHIOVENDA, LIEBMAN comenta que “o processo acautelatório tem, de fato, como organismo processual, uma individualidade própria: uma demanda, uma relação processual, um provimento final, um objeto próprio, que é a ação acautelatória.”<sup>31</sup> Afirmando, ao fim, que o Direito Processual Civil brasileiro vislumbra na atividade acautelatória, uma ação, que corresponde à função jurisdicional acautelatória.

Tal função, segundo CARNELUTTI, acessória e provisória, destina-se à

---

<sup>27</sup> CUNHA, op. cit., p. 109.

<sup>28</sup> CARNELUTTI, *Sistema...*, v.1, p. 488.

<sup>29</sup> CINTRA, Antônio C. de A., *et alii. Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 322.

<sup>30</sup> CUNHA, op. cit., p. 130.

<sup>31</sup> CHIOVENDA, op.cit., p. 333, nota 148.

tutela do processo definitivo. Para CALAMANDREI, é o instrumento do instrumento, que é o processo jurisdicional.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> CUNHA, op. cit., p. 42.

### 3 EXECUÇÃO NO MOMENTO DA INSTRUMENTALIDADE

#### 3.1 EXECUÇÃO E EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

A percepção de ineficiência dos resultados práticos obtidos pela realização do pensamento dogmático no processo civil, levou a doutrina processual a repensar a função do processo.

Os problemas que apresenta a Jurisdição no Brasil são numerosos, tais como a morosidade, a ineficácia concreta do provimento jurisdicional, o custo da demanda e o difícil acesso à justiça:

Percebeu-se que as garantias formais que o ordenamento conferia aos padrões de tutela jurisdicional dos direitos subjetivos não mais satisfaziam aos consumidores dos serviços jurisdicionais, que necessitavam de tutela mais ágil, diferenciada daqueles padrões e, simultaneamente, com maior segurança jurídica do que aquela que a tutela cautelar, residual, podia conferir, posto que essa não definia direitos e tampouco seus provimentos podiam aspirar a garantia de estabilidade, tanto que surgiam perplexidades nesse particular.<sup>33</sup>

A Instrumentalidade surge como ideal de realização de justiça, baseada na idéia central de que o processo não tem um fim em si mesmo, mas função de realização do direito material.

Desta forma, o rigorismo defendido pela dogmática, para isolamento das diferentes atividades jurisdicionais, passa a ser relativizado, pois de nada adianta um sistema com diferentes procedimentos bem delineados em tese, porém inúteis para a realização do direito substantivo.

No Brasil, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO escreveu majestosa obra, desenvolvendo o tema da *instrumentalidade no processo*.<sup>34</sup> x

---

<sup>33</sup> CUNHA, op. cit., p. 31.

<sup>34</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Leciona o autor que, ao lado da grande evolução do estudo do processo que se viu pelo isolamento entre direito processual e direito material, notou-se que o exacerbado formalismo leva ao esquecimento da “condição instrumental do processo”<sup>35</sup>. Isso porque os processualistas exaltam cada etapa e cada detalhe na formação correta do processo, sem observar se está havendo efetiva realização do direito material que se buscou perante o Estado.

O processo tornou-se, então, mecanismo de retardamento da promoção de justiça, visto como entrave e não como realização do direito material.

A Instrumentalidade busca modificar esta perspectiva, promovendo o ideal de realização concreta do direito material, através de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. “Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional.”<sup>36</sup> ×

Conforme leciona DINAMARCO, a idéia de que o processo é instrumento para a realização de um fim, deve ser acompanhada pela definição de tal fim ou fins. \

Inicialmente, deve-se anotar que a Jurisdição é uma forma de Poder. O Estado, que chamou para si a autoridade para resolução de conflitos entre os particulares, tem o poder de solucionar tais conflitos e impor sua decisão perante os indivíduos.

A solução dos conflitos, por meio do processo judicial, deve observar determinados procedimentos, estabelecidos em lei e em princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Da mesma forma, o processo deve perseguir a realização de certos objetivos, denominados por DINAMARCO de escopos.

O professor estabelece em sua obra os propósitos do processo, dividindo-os em escopos sociais, escopos políticos e escopo jurídico.

---

<sup>35</sup> Id. *ibid.*, p. 327.

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 140.

Não se pode limitar a função do processo a um sentido jurídico, de realização do direito. Isto porque se deve ter em mente que a Jurisdição, enquanto poder estatal, persegue os fins do Estado, que não se resumem em um escopo jurídico.

O Estado brasileiro estabelece em sua Constituição variadas finalidades a perseguir, além daquela inerente à Jurisdição. Estas outras finalidades também devem ser levadas em conta para a determinação dos propósitos da Jurisdição.

Os escopos sociais, delineados por DINAMARCO, são: pacificação com justiça e educação.

É constatação evidente que a convivência dos homens em sociedade é permeada por conflitos de interesses. Muitos destes conflitos são levados ao Estado, para que avalie as posições e então profira sua decisão, que será imposta aos indivíduos. Importa explicitar que a decisão será bem aceita e, portanto, terá legitimidade, se baseada em valores socialmente relevantes, tais como a justiça.

A educação da sociedade é outro escopo da Jurisdição. A solução de conflitos pelo Estado deve visar também a educação dos cidadãos, como forma de promover um melhor convívio social.

A Jurisdição é fonte de conhecimento para os indivíduos, pois suas decisões, públicas, conscientizam os indivíduos dos direitos que podem reclamar e das obrigações a que devem se submeter.

Além disso, as decisões judiciais servem também como parâmetro para limitação das ações humanas, pois manejam exemplos das conseqüências de determinadas condutas, tidas como ilícitas.

Os escopos políticos se traduzem nos propósitos políticos de manutenção da estabilidade das instituições democráticas que têm a Jurisdição e são delineados sob três aspectos: poder, liberdade e participação.

O aspecto Poder está intimamente ligado à noção de Jurisdição, pois tal aspecto afirma “a capacidade estatal de decidir imperativamente (...), sem a qual nem

ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio.”<sup>37</sup>

A proteção do valor liberdade serve como limite para a ingerência estatal na vida privada, demarcando os contornos do poder e de seu exercício.<sup>38</sup>

A participação dos cidadãos é valor democrático inalienável, e corresponde à atividade destes na determinação dos destinos da sociedade política.

Por fim, há que se descrever o escopo jurídico da jurisdição: a atuação da vontade concreta do direito.

A expressão “atuação da vontade concreta do direito” é a que melhor traduz este escopo. Os termos outrora utilizados pela doutrina, como “justa composição da lide”, por CARNELUTTI e “atuação da lei a casos concretos”, por AMARAL SANTOS, além de desviarem a questão para outros ramos do conhecimento, como a sociologia, não têm o condão de demonstrar com eficácia o significado do escopo jurídico.<sup>39</sup>

A atuação da vontade concreta do direito traduz-se na resolução de um conflito existente no mundo fenomênico, levado à Jurisdição, pela atuação do direito concretamente no caso. Esta proposição destaca-se das anteriormente sustentadas pela doutrina, porque é capaz de englobar os diversos conflitos, individuais ou coletivos, e aponta como sustentação não apenas a lei, mas todo o sistema de ordenamento jurídico e de Direito.

A instrumentalidade, conforme a explicitou DINAMARCO, tem duplo sentido.

O sentido negativo da instrumentalidade está relacionado aos limites que

---

<sup>37</sup> DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 204.

<sup>38</sup> Id. *ibid.*, p. 204.

<sup>39</sup> Id. *ibid.*, p. 261, 263.

deve ter o preciosismo das regras de procedimentos e atos processuais. Isto significa que não pode haver “exacerbação do valor da conduta das pessoas como sujeitos do processo e exacerbação do próprio valor do processo em face do direito material e dos seus variados objetivos.”<sup>40</sup>

Recorde-se aqui do princípio processual da Instrumentalidade das Formas, que postula pela validade de atos processuais, mesmo que realizados fora dos padrões previstos na legislação pertinente, desde que não firam de nulidade o procedimento e que realizem o fim a que se destinaram.

Corretamente destaca DINAMARCO que: “Não se trata de ‘desprocessualizar’ a ordem jurídica. É imenso o valor do processo e nas formas dos procedimentos legais que estão depositados em séculos de experiência que seria ingênuo querer desprezar. O que precisa é desmistificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema.”<sup>41</sup>

Isto se traduz na idéia de que o processo está a serviço da justiça, ou seja, deve-se ter em conta que o processo é meio para a atuação de um fim, do direito material. O processo deve ser operacionalizado para atuação do direito, e não para obstaculizá-lo.

A instrumentalidade possui também um sentido positivo. Este diretamente relacionado com o tema da efetividade do processo.

DINAMARCO explicita que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.”<sup>42</sup> ✕

Este pensamento resume o ideal de que o processo deve efetivamente atender aos anseios daquele que dele se utiliza para ver solucionados seus conflitos e

---

<sup>40</sup> Id. *ibid.*, p. 328.

<sup>41</sup> Id. *ibid.*, p. 328.

<sup>42</sup> Id. *ibid.*, p. 330.

expectativas de Direito. O processo não pode ser mecanismo demorado e ineficiente para responder aos demandantes, deve, isto sim, declarar, com justiça, o direito em litígio, assim como realizá-lo tempestivamente no mundo fático. X

### 3.2 REDESCOBERTA DAS TUTELAS MANDAMENTAL E EXECUTIVA *LATO SENSU*

A doutrina tradicional<sup>43</sup>, assim como o Código de Processo Civil brasileiro, adota a divisão tripartida das ações de cognição: ações declaratórias, ações constitutivas e ações condenatórias, de acordo com a natureza da controvérsia de que o respectivo processo se ocupa.<sup>44</sup>

As sentenças declaratórias tem por objetivo extinguir uma incerteza jurídica, pois declaram a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou determinam a autenticidade ou falsidade de determinado documento.

A ação declaratória esgota-se com a prolação da sentença e a formação da respectiva coisa julgada material, eis que a pretensão do autor se resume ao reconhecimento da existência ou inexistência de determinada relação jurídica.

“Na ação declaratória, portanto, o juiz não vai além de um juízo de pura realidade, não ultrapassando o domínio do *ser* ou do *não ser*: não profere qualquer juízo de valor, não reprovava ou condena ninguém, assim como não cria, nem modifica ou extingue qualquer direito ou relação jurídica. Limita-se a declarar o que existe ou o que não existe, no domínio do direito.”<sup>45</sup>

As sentenças constitutivas não apenas declaram, como constituem nova situação jurídica. Tais ações são utilizadas com o intuito de criar, modificar ou

---

<sup>43</sup> Representada por CHIOVENDA e CARNELUTTI, *v. g.*

<sup>44</sup> Definição apresentada por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 159.

<sup>45</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 1, p. 163, citando PONTES DE MIRANDA.

extinguir uma relação jurídica. Assim como as sentenças declaratórias, independem de procedimento executório para que surtam efeitos práticos na vida dos litigantes.

As sentenças condenatórias determinam a existência de um direito a uma prestação, autorizando posterior atividade para realização forçada de tal direito, se não houver espontaneidade do sucumbente.

A efetividade de um processo com sentença condenatória depende de outra ação: a ação de execução da sentença.

Desta forma, conforme explicitou EDUARDO TALAMINI, “não há outra perspectiva para identificar a condenação senão a da sua ‘função processual’”<sup>46</sup>. Constata-se que a ação condenatória tem como fim a investigação dos fatos e decisão cognitiva, que servirá como preparação para a posterior execução.

Este mesmo autor finaliza:

A incompleza da proteção gerada pela sentença condenatória, em sua conformação tradicional, reside na exigência de que aqueles atos materiais ocorram em *outro processo* - e fiquem adstritos à tipicidade dos meios desse outro processo. Vale dizer: o processo condenatório é *insuficiente* porque se encerra sem a produção do resultado prático almejado pela parte – remetendo-a ao posterior processo executivo.<sup>47</sup>

Analisando este tema, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, na mais recente edição do volume 1 de seu *Curso de Processo Civil*, anota que reviu seu posicionamento acerca da classificação de ações que anteriormente adotara, baseada nos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA.

Afirma o processualista que “a contradição entre seu [de PONTES DE MIRANDA] conceito de ação (de direito material) e a pretendida existência de uma ação condenatória parece-nos tão óbvia que surpreende que ele não a tenha

---

<sup>46</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer* e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 189.

<sup>47</sup> Id. *ibid.*, p. 190, grifos do original.

percebido.”<sup>48</sup>

O exercício de ação consiste na prática de uma atividade capaz, por si só, de satisfazer uma pretensão, independentemente da vontade do devedor. O exercício da pretensão é a prática de um ato incapaz, sem a cooperação do devedor, de realizar concretamente a ação.

Nesta esteira, explica o autor gaúcho que a sentença condenatória não tem o condão de realizar o direito. A concretização da sentença depende da voluntariedade do devedor. “A sentença condenatória, ao invés de satisfazer a pretensão, apenas gera outra ação, esta sim a ação executória, realizadora da pretensão de direito material.”<sup>49</sup> A condenação, portanto, constitui apenas uma fase inicial para a realização da pretensão.

Conclui o professor que inexistente ação condenatória. Em verdade, há pretensão condenatória, sendo a ação condenatório-executiva. “A sentença condenatória deve funcionar como sentença incidental, contendo julgamento parcial de mérito, devendo a relação processual prosseguir executivamente.”<sup>50</sup> Defende o referido jurista que a autonomia da ação condenatória deve ser abolida, de forma que a execução de uma sentença condenatória seja apenas a fase final de uma ação que se inicia com a petição inicial e ao fim realiza a pretensão.

A classificação tripartida das ações não é suficiente para descrever todas as categorias de sentenças.

KUTTNER e GOLDSCHMIDT descreveram a primeira concepção de sentenças mandamentais. Caracterizando-as como aquelas decisões, emanadas por um órgão jurisdicional, que contêm ordem a ser cumprida por outro órgão estatal.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 1, p. 171-172.

<sup>49</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 1, p. 172.

<sup>50</sup> Id. *ibid.*, p. 174.

<sup>51</sup> Referência de TALAMINI, *op. cit.*, p. 191.

No Brasil, PONTES DE MIRANDA e OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA delinearão o moderno entendimento adotado para conceituação de sentenças mandamentais.

“A ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*.”<sup>52</sup> X

Desta forma, as sentenças mandamentais contêm ordem, dirigida ao réu, cujo cumprimento é imperativo.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA descreve a ação mandamental através das seguintes características: a) uma vez que na ação mandamental pede-se ao juiz que mande, a ordem é indispensável; b) a atividade jurisdicional se exaure com a prolação de uma ordem, que cabe ao demandado obedecer; c) a ordem, que se dirige ao réu, contém previsão de sanção por seu descumprimento; d) a ordem decorre do *império* de que é titular o juiz, não havendo substitutividade na atividade jurisdicional.<sup>53</sup>

Estas sentenças contêm dispositivos de pressão psicológica sobre o réu, para convencê-lo ao cumprimento da ordem, tais como a multa, com a função de destacar a autoridade estatal. O descumprimento de tal ordem pode caracterizar crime de desobediência.

É de se ressaltar, como o fez TALAMINI, que não é a existência de medidas de pressão sobre o réu a principal característica da sentença mandamental. Este provimento se define com a existência de uma ordem, que deve ser obedecida pelo réu, independentemente de sanção, pois decorre de autoridade estatal<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 6. p. 23.

<sup>53</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. O processo civil e sua recente reforma (Os princípios do Direito Processual Civil e as novas exigências, impostas pela reforma, no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 e 461). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 422.

<sup>54</sup> TALAMINI, op. cit., p. 192.

Observa-se que a decisão mandamental, ao contrário da tradicional atividade executiva, não utiliza formas substitutivas da atuação do réu, mas contém ordem direta para sua atuação.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA denomina tal situação de auto-executividade da sentença mandamental, exemplificando que em uma ação de Mandado de Segurança julgada procedente, a sentença limita-se a determinar a expedição de um mandado, ordenando o cumprimento da sentença pelo órgão correspondente da administração pública. “O juiz, por meio de seus auxiliares, não poderá, em tal caso, realizar (*praticar a ação de direito material correspondente*) o direito reconhecido na sentença. A infungibilidade do ato de dar posse ao servidor público [*v. g.*] torna inviável a realização direta, por parte do juiz, do direito reconhecido na sentença.”<sup>55</sup>

A ação executiva apresenta as seguintes particularidades: a) corresponde a um ato material, diferente do ato declaratório do processo de cognição; b) o ato material corresponde a uma transferência de valor, do patrimônio do executado, ao patrimônio do exequente para satisfação de um direito; c) o cumprimento da sentença se dá através de atividade do Poder Judiciário, independentemente de cooperação do demandado; d) o ato executivo será sempre ato do juiz, que a parte não realizou.<sup>56</sup>

As ações executivas *lato sensu* são aquelas cuja realização prática da ordem independe da atuação do réu, a atividade executiva será realizada por um órgão estatal, independente de cooperação do réu.

TALAMINI ressalta que “nessa atividade executiva em sentido estrito, afirma-se a incidência de meios sub-rogatórios *sobre o patrimônio do executado (e*

---

<sup>55</sup> SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2. p. 354-355.

<sup>56</sup> SILVA, Ovídio, *O processo civil...*, p. 421.

*não sobre sua pessoa)*<sup>57</sup>.

A ação executiva *lato sensu* não pode ser vista como reunião, em uma mesma ação, dos processos de cognição e execução.

Na ação de execução, que segue a condenatória, o juiz está adstrito a normas determinadas na legislação pertinente, e o réu pode manifestar-se e defender-se através da ação de embargos.

Na ação executiva *lato sensu* não existem regras fixas para a efetivação de sua decisão. Há fórmulas genéricas, que determinam a imediata atuação de meios de sujeição, para a concretização da decisão, sem necessidade de novo processo.

As decisões executivas *lato sensu* e mandamentais são efetivadas no mesmo processo em que foram proferidas. Independem, portanto, de posterior procedimento autônomo. Tal constatação gera divergências na doutrina, acerca da inclusão destas ações dentro do processo de conhecimento ou dentro do processo de execução.

Parte da doutrina, seguindo orientação de GOLDSCHMIDT, considera as ações mandamentais como parte integrante do processo de conhecimento, uma vez que um “provimento deste teor contém a declaração do direito e a ordem, proferida pelo juiz, dirigida a alguma autoridade.”<sup>58</sup>

PONTES DE MIRANDA, mentor da classificação quinária das ações, considera as ações mandamentais e as executivas *lato sensu* integrantes do processo de conhecimento,<sup>59</sup> tendo em vista a atividade cognitiva que exerce o juiz para declarar o direito e posteriormente ordenar procedimentos para sua realização.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA manifesta posicionamento diverso, pois enquadra estas duas categorias de ações no processo de execução. Inicialmente porque

---

<sup>57</sup> TALAMINI, op. cit., p. 193.

<sup>58</sup> ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 85.

<sup>59</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 2, p. 21.

o moderno conceito de processo de conhecimento não inclui qualquer medida executória em seu procedimento, proibindo a realização de qualquer ato após a prolação da sentença. Além disso, considera que a evolução dos sistemas processuais tende a manter o processo de conhecimento intocável e a inserir medidas melhores e mais eficientes nos procedimentos de execução, “dando cumprimento efetivo ao enunciado teórico segundo o qual o *processo de execução* haverá de ser o veículo de *unificação dos meios executórios*”.<sup>60</sup>

De forma geral, afirma-se que as sentenças cautelares têm natureza mandamental, pois o magistrado ordena diretamente ao réu determinada providência para acautelar o direito em litígio.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, nesta esteira, leciona que a eficácia preponderante das sentenças cautelares é mandamental. Ressalta, porém, que tal carga não é exclusivamente ordenatória, pois que tal decisão seria meramente administrativa. O caráter jurisdicional é identificado pela eficácia declaratória, mesmo que rarefeita, encontrada na decisão baseada em juízo de verossimilhança.<sup>61</sup>

TALAMINI ressalta como exceções as decisões de arresto e seqüestro, cujo cumprimento independem de atuação do requerido e, portanto, têm natureza de execução *lato sensu*.<sup>62</sup>

Além disso, o professor paranaense lembra também que a maioria das decisões proferidas nas ações de tutela de urgência, cautelares ou não, desde que contenham ordem ao réu, têm natureza mandamental.

---

<sup>60</sup> Id. *ibid.*, p. 22-23.

<sup>61</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3. p. 187.

<sup>62</sup> TALAMINI, *op. cit.*, p. 195.

### 3.3 EXECUÇÃO

A execução conforme delineada pela dogmática é procedimento isolado da cognição e posterior a ela. Estes procedimentos, no entanto, não se demonstraram, ao longo da experiência brasileira, aptos a efetivar o direito em litígio.

Inicialmente, ante a falta de mecanismos úteis a efetivamente obrigar o executado a cumprir a determinação judicial. E também pela morosidade com que caminha o processo, premiando o sucumbente e retardando a concretização da decisão cognitiva.

Atos executivos, segundo definição de ARAKEN DE ASSIS, são aqueles que invadem a esfera jurídica do executado e, de modo coativo, deslocam pessoas e coisas e transferem valores para outro círculo patrimonial. Os meios executórios são os diversos conjuntos de atos que realizam tais medidas.<sup>63</sup>

“Meios executórios constituem a reunião de atos executivos endereçada, dentro do processo, à obtenção do bem pretendido pelo exequente. Eles veiculam a força executiva, presente em todas as ações classificadas de executivas, e não só naquelas que se originam do efeito executivo da sentença condenatória.”<sup>64</sup>

O estudo dos meios executórios inicia-se pela individualização dos bens jurídicos a que almeja o demandante. Tais bens se dividem em: coisa certa ou determinada (*corpus*); soma em dinheiro ou coisas em dinheiro passíveis de converção (*genus*); e uma atividade ou omissão do executado (*facere* ou *non facere*).<sup>65</sup>

A análise desta classificação permite a conclusão de que para cada bem jurídico perseguido, há um diferente procedimento a ser seguido. As diferenças existentes entre os objetos da execução determinam a criação de diferentes meios

---

<sup>63</sup> ASSIS, Araken, *Manual...*; p. 115.

<sup>64</sup> Id. *ibid.*, p. 117.

<sup>65</sup> Esta classificação foi desenvolvida por CHIOVENDA, citada por ARAKEN DE ASSIS, *op. cit.*, p. 116.

executórios para a satisfação do interesse do demandante.

Os meios executórios podem ser agrupados em duas categorias genéricas.

Os meios sub-rogoratórios de execução, também conhecidos como execução direta, prescindem de atividade do demandado; realizam o direito material conforme determinação judicial, através de auxiliares do Judiciário, independentemente de cooperação do executado.

Os meios coercitivos de execução ou execução indireta são aqueles que utilizam-se de artifícios para convencer o executado a agir e realizar o direito material.

Historicamente, a coerção foi o primeiro método utilizado para executar obrigações não cumpridas. Leciona ARAKEN DE ASSIS que o direito romano empregava a força contra o executado; “acorrentado na praça pública, ele era exprobadado a solver a dívida e, finalmente, remanescendo insatisfeito o crédito reclamado pelo credor, padecia o devedor a brutal e irreversível sanção da morte.”<sup>66</sup> Tal método de execução é denominado pessoal, pois o devedor responde pessoalmente por suas dívidas não quitadas.

Vigorava, ainda, no direito romano primitivo e clássico, o princípio da absoluta impossibilidade de execução coativa de uma obrigação de fazer. Assim, o inadimplemento de qualquer espécie de obrigação gerava apenas condenação pecuniária.<sup>67</sup> Não se admitia a ingerência estatal na vida privada, nem mesmo para ordenar a realização de uma obrigação a que havia se vinculado anteriormente.

A ideologia liberalista aboliu a execução pessoal, criando o princípio da intangibilidade corporal em razão de dívidas. Assim, toda dívida era resolvida com a execução do patrimônio do devedor, uma vez que a integridade física da pessoa tornou-se inviolável. Desta forma, as obrigações de fazer infungíveis não adimplidas eram convertidas em equivalente pecuniário e indenização.

---

<sup>66</sup> ASSIS, Araken, *Manual...*, p. 120.

<sup>67</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 2, p. 136.

Tal mecanismo de execução obviamente frustra a realização de diversos direitos materiais, pois a indenização pode compensar o lesado, mas não é suficiente para efetivar seu direito. A partir desta constatação, desenvolveu a doutrina francesa a *astreinte*.

A *astreinte* é multa pecuniária, estipulada pelo juiz, no caso concreto, como sanção pelo atraso na realização de uma obrigação, caracterizada pelo “exagero do algarismo” e pela ausência de limite temporal.<sup>68</sup>

Na Alemanha, vigora o regime misto de coerção, a autoridade jurisdicional estabelece uma multa, com valor limitado, e, ante a impossibilidade de sua cobrança, determina pena de prisão, com tempo determinado.

A *common law* utiliza-se do *contempt of Court*, que considera o descumprimento de uma ordem judicial como desacato e desobediência. Tal instrumento é reconhecido como o mais eficaz para a regular realização, pelo devedor, de obrigações infungíveis.

O direito brasileiro contém previsões de aplicação da técnica coercitiva de *astreinte* no Código de Processo Civil e, também, previsão de pena de prisão para crime de desacato, de maneira a se concluir que o ordenamento jurídico pátrio caminha nos rumos do *comtept of Court*.<sup>69</sup>

A coerção patrimonial está prevista nos artigos 287 e 644 do Estatuto Processual Civil, segundo os quais o juiz, de acordo com o pedido do autor, pode determinar o cumprimento específico de determinada obrigação, pelo réu, sob pena de multa por dia de atraso. Os arts. 461 do CPC e 84 do Estatuto Consumerista contém semelhante previsão, autorizando, inclusive, a cominação de multa independentemente de pedido do autor.

Na prática, esta medida de execução indireta tem se demonstrado eficaz, pois

---

<sup>68</sup> ASSIS, Araken, *Manual...*, p. 121.

<sup>69</sup> Id. *ibid.*, p. 122.

a ameaça de diminuição patrimonial tem convencido os executados a realizarem a prestação antes inadimplida.

A coerção pessoal se dá pela ameaça de restrição de liberdade do executado. Em geral, tal método é proibido pelo direito internacional.

No Brasil, a Constituição da República veda a prisão por dívida, excetuando duas hipóteses: o inadimplemento de pensão alimentícia e o depositário infiel (art. 5º, inc. LIV, CR/88).

A execução direta é a segunda espécie de execução, caracterizada pela satisfação do direito material, através de atividade jurisdicional, sem cooperação do devedor.

Diversos são os meios executórios para penetração na esfera patrimonial do devedor.

O desapossamento consiste em encontrar, tomar e entregar a coisa ao exeqüente, através das medidas de busca e apreensão, para coisas móveis, e de imissão na posse, para bens imóveis. Tais medidas aplicam-se para execução de direitos reais e obrigação de entregar coisa certa.

A transformação é meio através do qual executam-se obrigações de fazer fungíveis ou direitos equiparados. O procedimento é extenso, pois há avaliação e licitação para a realização da obrigação por um terceiro e posterior cobrança do executado.

A execução de obrigações pecuniárias se dá por meio de expropriação, forma de “corte da porção patrimonial correspondente ao valor da dívida”.<sup>70</sup> A expropriação tem diversos procedimentos.

O meio do desconto é a principal forma de tutela executiva de alimentos, pois consiste em ordem judicial destinada à fonte pagadora, para descontar, na folha de pagamento, a quantia devida e remetê-la ao credor.

---

<sup>70</sup> Id. *ibid.*, p. 126.

A alienação caracteriza-se pela venda de determinado bem do devedor e entrega da quantia arrecadada ao credor.

Frustrada a alienação e demonstrado o interesse do credor, este poderá adjudicar o bem, transferindo-o ao seu patrimônio.

A satisfação do crédito pode ocorrer também por meio de usufruto, quando determinado bem, frutífero, tem seus rendimentos adjudicados ao credor, até a total quitação da obrigação.

Outra classificação dos meios executórios está relacionada com a estabilidade do título executivo.

Há execução definitiva, quando o título executivo que a embasa é estável, pois já foi atingido pela imutabilidade da coisa julgada.

De outra ponta, quando o título executivo está formado, mas para sua estabilidade ainda depende de julgamento de recursos sem efeito suspensivo, há execução provisória.

No procedimento para execução definitiva, o processo flui de maneira a entregar ao exeqüente o objeto do título executivo, judicial ou extrajudicial.

O procedimento para execução provisória é composto por algumas particularidades, pois o título em que se embasa poderá ser alterado ou desaparecer.

O credor deve prestar caução, pois assume o risco de executar e depois ter de indenizar os danos sofridos pelo executado.

Caso o título executivo seja desfeito, a execução provisória ficará sem efeito. As coisas deverão retornar ao estado anterior. A responsabilidade pelos danos causados ao executado é objetiva do suposto credor, que deverá arcar com a indenização, independentemente de atuação com culpa ou má-fé.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2. p. 140-141.

## **4 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

### **4.1 INTRODUÇÃO**

Os diversos métodos para se tutelar um direito perante o Estado, conforme descritos no primeiro capítulo deste estudo, garantem a certeza e a segurança jurídica; no entanto, se estendem ao longo do tempo, deixando de atender tempestivamente o jurisdicionado.

A ideologia da efetividade do processo, enquanto instrumento para a realização e proteção de um direito material, exigiu o desenvolvimento de novas técnicas que possibilitassem uma eficiente tutela dos direitos.

Nesta esteira se desenvolve o conceito da tutela antecipatória, como meio para tempestivamente atender aos anseios daquele que utiliza a jurisdição para ver um direito seu realizado.

As tutelas de urgência são aquelas que visam à proteção ou realização de um direito, cujo exame preliminar e decisão deverão ser rápidos, uma vez que há ameaça/risco de perecimento do direito ou imotivado atraso, provocado pelo réu, na prestação jurisdicional.

Conforme analisado no primeiro capítulo deste estudo, o processo cautelar foi vislumbrado como procedimento isolado dos demais processos, com função instrumental de assegurar ou acautelar um direito em litígio. Era o único procedimento que admitia decisão liminar com ordem para execução imediata.

A tutela antecipatória tem diferente objetivo, pois visa deferir antecipadamente ao demandante o exercício de um direito que receberia apenas ao fim da atuação jurisdicional. Constitui, portanto, “verdadeira arma contra os males que

podem ser acarretados pelo tempo do processo”<sup>72</sup>, pois pode ser deferida em duas circunstâncias: quando há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e quando há evidente direito do autor e frágil ou infundada defesa do réu.

No direito processual brasileiro, as codificações processuais de 1.939 e de 1.973 não reconheceram a antecipação de tutela.

O Estatuto de Processo de Civil de 1.939, em seu art. 675, previu a possibilidade de provimentos que visem à “acautelar o interesse das partes”. A maioria da doutrina reconheceu a atribuição aos juízes de um poder geral de cautela, no entanto, os Tribunais limitavam tal poder às medidas previstas no art. 676 daquele *Codex*.

O Código de Processo Civil de 1.973, por seu art. 798, deu maior liberdade ao juiz para determinar providências provisórias, para proteção de direito ameaçado de lesão grave ou de difícil reparação.

Tal dispositivo, para parte da doutrina, referia-se tão somente a medidas cautelares. Não poderia o juiz conceder provimentos satisfativos com base no referido artigo, pois “não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar *uma espécie* de execução provisória”<sup>73</sup>.

De outro lado, a jurisprudência viu-se obrigada a reconhecer provimentos cautelares satisfativos, ante a inefetividade do procedimento ordinário. No entanto, prevaleceu grande preocupação com o fato de tal satisfatividade esvaziar a ação principal.

Neste ponto, salutar observação de LUIZ GUILHERME MARINONI, que afasta tal inquietação ao apartar as idéias de satisfatividade e definitividade.

---

<sup>72</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento* – A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 229.

<sup>73</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 82, citando HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, grifos no original.

De fato, a antecipação de tutela é decisão proferida com base em cognição sumária, fundamentada no perigo da demora, que satisfaz o direito tutelado, antes da sentença final. Todavia, não esgota o exercício jurisdicional. A atuação estatal deve prosseguir, para que seja realizada a colheita de provas e, posteriormente, emanada a decisão final, baseada na cognição exauriente do caso, sobre a qual haverá coisa julgada material.<sup>74</sup>

Em 1.994, uma pequena reforma no vigente Código de Processo Civil trouxe grandes conquistas para o direito processual brasileiro.

O art. 273 recebeu nova redação, que se costumou chamar de universalização da tutela antecipada. Trata-se de dispositivo que concede ao juiz a possibilidade de decidir sumariamente pelo exercício do direito afirmado pelo autor.

A inclusão da antecipação de tutela no ordenamento jurídico brasileiro encontra abrigo em dispositivo constitucional (art. 5º, inc. XXXV), conforme leciona MARINONI.<sup>75</sup>

O direito constitucional de ação deve ser permeado pelo princípio do amplo acesso à justiça. Este, entendido não apenas como ato de propor ação perante o Estado, mas como direito a um provimento jurisdicional, baseado em critérios de justiça, tempestivamente proferido para atender o direito reclamado.

## 4.2 CONCEITO

A antecipação da tutela é instituto do direito processual civil, fundamentado em disposição constitucional, que tem a função de conceder ao autor da demanda a possibilidade de ver o seu direito satisfeito antes da conclusão do processo judicial.

Trata-se de mecanismo para satisfazer a pretensão do autor, através de um

---

<sup>74</sup> MARINONI, *A antecipação...*, p. 83.

<sup>75</sup> Id. *ibid.*, p. 105.

exame sumário, que analisa a presença de verossimilhança do direito alegado e antecipa os efeitos da decisão final.

Diferente da tutela cautelar, que visa proteger ou assegurar um direito, a tutela antecipatória pretende permitir ao autor do pedido o exercício do direito, com base em análise perfunctória de provas, proferindo o magistrado uma decisão provisória, baseada em cognição sumária.

O art. 273 fornece ao juiz o mecanismo para decisão liminar sobre o pedido do autor, como forma de se tutelar tempestivamente o direito reclamado.

O argumento de que o deferimento de tutela antecipatória compromete a neutralidade do magistrado, que irá antecipadamente fazer juízo da demanda e de sua final decisão, não merece prevalecer. É importante ter claro que o instituto da antecipação de tutela contrapõe dois valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro: o acesso à jurisdição eficiente, efetiva e tempestiva e o direito ao contraditório e à ampla defesa do réu que traduzem segurança jurídica no processo de conhecimento.

É o princípio da proporcionalidade, importado pela doutrina brasileira da Corte Constitucional alemã, assim como o princípio da razoabilidade erigido pela doutrina anglo-saxã, que tem a solução para tal conflito. Estes princípios autorizam um exame concreto, de cada caso levado ao judiciário, possibilitando ao juiz avaliar os direitos em questão e sua relevância para cada uma das partes e para o ordenamento jurídico nacional.

A negativa de concessão de antecipação do gozo de um direito por aquele que efetivamente demonstrou sua verossimilhança “significará sempre a concessão ao demandado, cuja vitória é improvável, do benefício recusado ao autor”.<sup>76</sup>

A tutela pretendida ao final do processo é o objeto da antecipação, que pode ser total ou parcial, mas está limitada ao pedido vestibular. Isto significa que o juiz

---

<sup>76</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 1, p. 144.

pode conceder a antecipação do pedido, total ou parcialmente, nos limites de tal pedido.

A natureza jurídica da decisão que concede a antecipação de tutela é, segundo grande parte da doutrina<sup>77</sup>, decisão interlocutória.<sup>78</sup> Isto porque, são decisões acerca do mérito da causa proferidas em meio ao procedimento, sem finalizá-lo; contra as quais cabe recurso de Agravo de Instrumento.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA leciona que a decisão de concessão de tutela antecipatória tem duplo “espectro eficaz”: inicialmente o juiz deve declarar a existência de verossimilhança, e então “proverá ordenando que se tomem medidas executivas e mandamentais, em que haverão de consistir os efeitos antecipados.”<sup>79</sup>

#### 4.3 FUNDADO RECEIO DE DANO

O art. 273 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de antecipação de tutela ante o fundado receio de dano, desde que presentes dois requisitos: alegação verossímil e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Este dispositivo orienta o magistrado a avaliar o conjunto probatório encartado junto com o pedido de antecipação de tutela. Para a concessão do pedido antecipatório, o juiz deve através de “prova inequívoca” convencer-se da “verossimilhança” do direito alegado pelo autor.

Por prova inequívoca entende-se aquilo que demonstre suficientemente o que

---

<sup>77</sup> DINAMARCO, *A reforma...*, p. 150.

<sup>78</sup> Opinião divergente sustenta OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, em seu *Curso de Processo Civil*, v. 3, p. 46. Este eminente processualista classifica as decisões de antecipação de tutela como *sentenças liminares*, pois considera, baseado em seus estudos sobre tais institutos no Direito Romano, que as decisões que examinam o mérito da demanda constituem *sentença*.

<sup>79</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 1, p. 137.

alega o autor, a ponto de conferir, em sede de cognição sumária, verossimilhança ao direito levado a juízo.

Lecionam MARINONI e ARENHART: “A denominada ‘prova inequívoca’, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente pode ser entendida como ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil, *entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.*”<sup>80</sup>

A prova exigida pela lei não foi especificada, de forma que se admite qualquer meio de prova, estabelecido no Estatuto Processual Civil, como prova documental, testemunhal e pericial.

Considerando que o pedido de antecipação, assim como a prova que o acompanha, pode ter sido apresentado em juízo antes mesmo da fase instrutória do processo, a prova deverá estar formalmente perfeita, para que seja admitida e bem avaliada pelo julgador.

Verossimilhança traduz-se por aparência de verdade. Para a concessão de tutela antecipatória importa a demonstração de aparência de verdade dos fatos alegados pelo autor, bem como a plausibilidade do direito afirmado.

A verificação de verossimilhança pelo magistrado deve considerar quatro aspectos: o valor do bem jurídico ameaçado; a dificuldade enfrentada pelo autor para provar suas alegações; a credibilidade destas, de acordo com a experiência do próprio juiz e a urgência descrita.<sup>81</sup>

A concessão de tutela antecipatória com base em receio de dano, pode ocorrer em qualquer fase do processo, independentemente do tipo de procedimento, desde que haja convencimento do juiz. Isto significa que poderá haver concessão da medida antes da oitiva do réu e também no momento de prolação da sentença.

Ressalve-se que, neste caso, exercerá o juiz cognição exauriente, pois terá

---

<sup>80</sup> MARINONI; ARENHART, *Manual...*, p. 243-244, destaques no original.

<sup>81</sup> Id. *ibid.*, p. 245.

examinado todas as provas dos autos e formado sua convicção. Neste caso, é de se admitir que, em face da ampla atribuição de efeito suspensivo aos recursos de apelação e com vistas à efetividade do processo, a decisão que defere a antecipação de tutela é interlocutória e deve ser combatida por Agravo de Instrumento.

A doutrina acolhe também a possibilidade de concessão de tutela antecipatória em segundo grau de jurisdição, caso lá nasça a ameaça de dano.

As ações que objetivam sentenças mandamentais ou executivas *lato sensu* podem ser alvo de antecipação de tutela, por expressa disposição legal, arts. 461 e 461-A do CPC.

Questões surgem acerca da antecipação dos efeitos de tutelas declaratória, constitutiva e condenatória, pois leciona a dogmática que as duas primeiras tutelas efetivam-se com o trânsito em julgado da decisão e a última efetiva-se em um outro processo.

Neste momento, necessário lembrar que a antecipação de tutela objetiva antecipar os *efeitos* de uma sentença de procedência. Assim, torna-se viável a admissibilidade de antecipação de tutela, nos casos dos direitos tutelados pelo clássico processo de conhecimento, de acordo com os efeitos que se pretende obter.

No caso de sentença declaratória, o pedido de confirmação de legitimidade ou ilegitimidade de algo poderá ser alvo de pedido de antecipação, se, no decorrer da atividade jurisdicional, surgir a situação de perigo de dano. Isto porque a declaração, por si só, não pode ser antecipada, pois depende do trânsito em julgado da decisão, mas os efeitos mandamentais ou executivos de tal declaração poderão ser antecipados.

Importa ressaltar que “se existe interesse de agir em sentença mandamental ou em sentença executiva desde o momento da distribuição da petição inicial, é necessário formular pedido de sentença mandamental ou de sentença executiva (e não de sentença declaratória).”<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Id. *ibid.*, p. 258.

As ações constitutivas admitem antecipação de tutela, nos casos em que se vislumbra a utilidade do provimento.

Por óbvio, as ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas não admitem a constituição provisória, de maneira que se afasta a possibilidade de antecipação nestes casos.

A ação revisional de aluguel, por exemplo, tem como fim a modificação do valor do aluguel. Tal fim pode ser concedido antecipadamente, inclusive para que o locador possa propor ação de despejo em face do locatário, pelo inadimplemento do novo valor fixado.

No caso de ação constitutiva positiva, pode o autor requerer que o juiz ordene a abstenção do réu de práticas que venham a prejudicar o gozo de um direito constituído por antecipação. Nesta situação, a mera constituição não é suficiente para proteger o direito, será necessário um provimento mandamental.

A tutela antecipatória pode ser concedida, ainda, em ações condenatórias. Desde logo, é necessário que se esclareça que a antecipação dos efeitos deve ser concedida e realizada desde logo, pois que a mera antecipação de uma futura declaração de condenação em nada realiza o direito reclamado.

Exemplo corriqueiro é a antecipação da condenação de soma em dinheiro, como é o caso dos alimentos provisionais. Pretende o autor não apenas a declaração e condenação do réu no pagamento das prestações alimentícias como o efetivo pagamento, ainda no curso do processo de conhecimento. Aguardar o longo trâmite do processo de cognição e do processo de execução poderá fazer perecer o direito do autor. Neste caso, poderá o autor socorrer-se do procedimento previsto nos arts. 732 e seguintes do CPC, que será mais célere e eficaz para a realização do provimento antecipatório.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA ensina que “O juiz não poderá antecipar declaração, constituição ou condenação sob forma de tutela provisória, e, se o fizer,

seu provimento será inteiramente inócuo, sem qualquer relevância processual.”<sup>83</sup>

O professor gaúcho leciona que não podem ser antecipados os “efeitos normativos” da sentença, pois uma simples declaração, *v. g.*, não produziria efeitos práticos. Mas, se o juiz puder extrair efeito prático destes efeitos normativos, poderá deles utilizar-se para através de provimento mandamental ou executivo antecipar a tutela.

Na concepção deste autor, a antecipação de tutela é forma *lato sensu* de execução urgente, “provimentos através dos quais o juiz, considerando verossímil o direito do autor, concede-lhe, desde logo, algum efeito executivo ou mandamental da futura sentença de procedência.”<sup>84</sup>

#### 4.4 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO

O inciso II e o parágrafo 6º do art. 273 do CPC têm por fim distribuir o ônus do tempo no processo, ou seja, beneficiar aquele que demonstra maior aparência de veracidade de seu direito.

Ao autor incumbe alegação e prova do fato constitutivo de seu direito. Ao réu, alegação e prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor. Observa-se que, segundo o art. 333 do CPC, ao autor resta aguardar a realização das provas que requereu o réu, tendo que suportar o ônus do tempo da cognição da existência de tais fatos.

Se o autor demonstra na petição inicial a existência incontroversa do fato constitutivo do seu direito, e o réu utiliza-se de infundada defesa substancial indireta, deve o juiz conceder a antecipação de tutela, pois inadmissível que arque o autor com o ônus temporal da realização de instrução que visa tão-somente o retardo da

---

<sup>83</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 1, p. 137-138.

<sup>84</sup> Id. *ibid.*, p. 141.

efetivação de um direito.

Ressalta OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que a previsão do inc. II, do art. 273, do CPC, não tem caráter punitivo contra a “litigância temerária”. Em verdade, a conduta protelatória do réu eleva o grau de verossimilhança do direito alegado pelo autor. Assim, legitima-se a antecipação de tutela ante o convencimento do juiz de que o réu não dispõe de “contestação séria” para opor ao direito do autor.<sup>85</sup>

Nos casos em que o réu deixa de contestar precisamente o pleito vestibular (art. 302 do CPC) ou reconhece parte do pedido do autor, parcela do pedido inicial torna-se incontroversa. Desta maneira, observado o direito constitucional à tutela jurisdicional tempestiva, poderá o magistrado conceder a realização do direito incontroverso antecipadamente.

Semelhante raciocínio deve ter o magistrado, quando dentre os pedidos cumulados do autor, um se demonstra incontroverso, apto a julgamento, antes dos demais. Neste caso, cabe antecipação de tutela para esta parcela do pedido já pronta para julgamento.

O parágrafo 6º do art. 273 busca efetivar direitos que foram evidenciados antes de outros direitos, objetos de litígio em um mesmo processo. Obviamente, a proposta de uma jurisdição efetiva e tempestiva deve abarcar a possibilidade de proporcionar ao autor o gozo de seu direito, no momento em que resta evidenciado e incontroverso. Observam MARINONI e ARENHART que neste caso há cognição exauriente, pois o direito é examinado a fundo e sua existência é certa.<sup>86</sup>

#### 4.5 PRECARIEDADE DA DECISÃO

Prevê o parágrafo 4º, do art. 273, do CPC, a possibilidade de revogação ou

---

<sup>85</sup> Id. *ibid.*, p. 143.

<sup>86</sup> MARINONI; ARENHART, *Manual...*, p. 272.

modificação, a qualquer tempo, do provimento antecipatório, em decisão fundamentada.

O propósito de tal dispositivo é possibilitar ao juiz o reexame das provas apresentadas com a peça inicial, bem como as evidências trazidas posteriormente ao provimento que concedeu a tutela antecipatória.

Este dispositivo não autoriza a atuação do juiz de ofício. A revogação ou alteração da tutela antecipatória deferida depende de requerimento da parte e a revisão da decisão do juiz depende de novas circunstâncias.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA considera que tal dispositivo reduz a estabilidade da decisão que antecipa os efeitos da tutela requerida na petição inicial. Sugere o condicionamento de tal modificação ou revogação a novas situações fáticas que surgirem no decorrer do processo.<sup>87</sup>

MARINONI sustenta que, assim como o recurso de Agravo de Instrumento, este mecanismo de possibilidade de revisão pelo próprio magistrado da decisão de concessão de tutela antecipatória é eficaz método de controle das decisões interlocutórias. Expõe o professor paranaense que a alteração de uma decisão que concede a tutela antecipatória deve estar baseada em uma “alteração da situação de fato objeto da lide” ou no “surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de uma outra evidência sobre a situação de fato”, quando uma prova produzida altere a convicção do juiz.<sup>88</sup>

Este parágrafo 4º não poderá ser utilizado para revogar tutela antecipatória concedida com base em cognição exauriente. O julgamento antecipado de parte do pedido, *v. g.*, não possibilita ao juiz revogar ou modificar o provimento antecipatório, pois o magistrado julgou-os baseando-se no completo exame das provas acostadas aos autos, elaborando um juízo de certeza, que segundo MARINONI, produz coisa julgada

---

<sup>87</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 1, p. 145.

<sup>88</sup> MARINONI, *A antecipação...*, p. 160.

material.<sup>89</sup>

#### 4.6 IRREVESIBILIDADE DO PROVIMENTO

No parágrafo 2º, do art. 273, do CPC, dispôs o legislador que está vedada a concessão de tutela antecipada, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento.

Tal dispositivo, se interpretado restritivamente vai de encontro ao espírito do instituto da antecipação de tutela, pois tem o objetivo de impedir que seja deferida medida que interfira na esfera jurídica do réu e que não possa ser desfeita, limitando drasticamente as possibilidades de concessão de tutela antecipatória.

Felizmente, este entendimento não prevaleceu. MARINONI elucida a questão, explicitando que não se pode confundir a irreversibilidade do provimento e irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento antecipatório.<sup>90</sup>

Este dispositivo proíbe a antecipação de determinadas declarações e constituições, que não podem ser tomadas como provisórias, como é o caso da relação de filiação e desconstituição de um casamento. Assim, esta regra veda a antecipação de tutela nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas.

É obviamente facultado ao juiz a concessão de antecipação de tutela que produza efeitos fáticos irreversíveis, principalmente quando observa-se que há uma bilateralidade<sup>91</sup> do risco de dano irreversível, ambos, autor e réu, terão danos irremediáveis caso não seja ou seja, respectivamente, deferida a medida pleiteada.

Neste caso, está autorizado o juiz a utilizar o princípio da proporcionalidade para, sopesando os valores em jogo na demanda, deferir a proteção ao direito que

---

<sup>89</sup> Id. *ibid.*, p. 160.

<sup>90</sup> Id. *ibid.*, p. 166.

<sup>91</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 1, p. 145.

entender mais relevante. Mesmo nos casos em que o grau de verossimilhança seja similar para o direito alegado pelo autor e para o direito alegado pelo réu, poderá o juiz decidir qual é o menos relevante e sacrificá-lo.

O legislador previu também a responsabilidade pelos efeitos que a antecipação de tutela causar no patrimônio do réu, se posteriormente a demanda for julgada improcedente e a decisão de antecipação vier a ser cassada. O autor, conforme dispôs a nova lei processual 10.444, tem responsabilidade objetiva pelos danos causados na esfera jurídica do réu.

## 5 EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

### 5.1 INTRODUÇÃO

Concedida a tutela antecipatória, necessário se faz concretizá-la no mundo fático, para que o autor possa efetivamente usufruir de seu direito.

O tema da execução da tutela antecipada trouxe diversas controvérsias, como anotou ARAKEN DE ASSIS, em estudo que busca dirimi-las.<sup>92</sup>

O dispositivo da antecipação de tutela, inserido no Código de Processo Civil, em 1994, estabelecia que a tutela antecipada seria atuada através do art. 588, no que coubesse.

Em 2002, nova lei processual, atualizando e corrigindo as anteriores disposições, incluiu os arts. 461 e 461-A, para a efetivação da tutela antecipatória.

### 5.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA

A decisão que concede a antecipação de tutela, conforme já mencionado, é classificada pela doutrina majoritária como decisão interlocutória. Assim, tal decisão não detém a estabilidade de uma sentença, que, trântita em julgado, daria origem a um título executivo, passível de execução definitiva.

Prevê o ordenamento jurídico que as decisões ainda não definitivas serão efetivadas através da execução provisória.

Convém lembrar que o Código de Processo Civil adotou os ensinamentos da escola dogmática e, portanto, o dispositivo referente à execução provisória foi delineado a partir das noções de decisão condenatória com caráter precário.

---

<sup>92</sup> ASSIS, Araken de. Execução da tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sérgio. (Coord.) *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 41-79.

A execução provisória caracteriza-se por proporcionar à parte que detém título executivo provisório, obtido em processo de conhecimento, o acesso ao processo de execução para concretizar o direito em litígio.

Convém ressaltar, como o faz MARINONI, que esta execução é equivocadamente nominada provisória porque baseada em título executivo provisório. Em verdade, os atos executórios são definitivos, todavia a execução não chega ao fim, e por isso é incompleta.<sup>93</sup>

A relação processual executiva será paralela à relação processual cognitiva.

A execução provisória fundamenta-se em sentença não trânsita em julgado ou com recurso, sem efeito suspensivo, pendente de julgamento e, também, em decisão de concessão de antecipação de tutela, ainda não confirmada por decisão definitiva.

Tal procedimento tem por objetivo:

conciliar interesses contrapostos: de um lado, os do credor, que já dispõe de um provimento jurisdicional favorável, embora ainda sujeito a confirmação e que busca vê-lo cumprido imediatamente; de outro, os do devedor, que, diante da real possibilidade de ver revertida a situação jurídica, tem interesse em que se protele, até o julgamento do seu recurso, o desencadeamento dos atos de agressão ao seu patrimônio.<sup>94</sup>

No conflito entre o tempestivo acesso à justiça do autor e a segurança jurídica, a execução provisória é solução conciliadora, pois permite o início de atividade executiva e resguarda o patrimônio do devedor.

A execução provisória segue o mesmo procedimento e regime jurídico da execução definitiva, porém tem condições próprias. ZAVASKI leciona que os princípios que norteiam a execução provisória podem ser classificados em princípios de direito material e princípios de direito processual.

São princípios de direito material: a responsabilidade objetiva do exeqüente

---

<sup>93</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 86-87.

<sup>94</sup> ZAVASKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 8. p. 251.

com relação aos danos causados ao executado pelos atos executivos; e o direito de restituição das partes ao estado anterior, caso haja alteração do título em execução.

São princípios de direito processual: a prestação de caução idônea, para a realização de atos de alienação de domínio ou levantamento de dinheiro; e a execução torna-se sem efeito caso haja anulação do título executivo.<sup>95</sup>

A responsabilidade do exeqüente é objetiva, e decorre automaticamente da decisão que anula o título executivo provisório, conforme descreve o inc. I, do art. 588.

Em decorrência deste princípio, a execução provisória é realizada mediante caução idônea. Assim, conforme prevê o novo inciso II, do art. 588, atos de alienação de domínio, de levantamento de dinheiro ou que possam causar grave dano ao executado são garantidos por caução prestada pelo exeqüente.

Por caução idônea entende-se “a garantia que permita ao devedor, se a situação for alterada pelo tribunal, reaver o valor efetivo e real do bem que lhe tenha sido expropriado.”<sup>96</sup>

Em caso de alteração ou anulação do título executivo, garante a legislação que fica sem efeito a execução provisória e há restituição das partes ao estado anterior. Isto significa que os atos realizados durante o procedimento da execução tornar-se-ão sem efeitos, ressalvadas as situações já consolidadas perante terceiros.

Os direitos de terceiros são resguardados, inicialmente por uma questão de segurança jurídica daquele que adquiriu, *v. g.*, um imóvel penhorado, e também para conceder credibilidade ao sistema. Nestes casos, não haverá devolução do imóvel, o

---

<sup>95</sup> Id. *ibid.*, p. 252. A classificação acima referida foi delineada pelo autor antes da lei processual 10.444/02, motivo pelo qual foram realizados pequenos ajustes para adequá-la ao novo regime da execução provisória.

<sup>96</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa C. Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 217.

executado poderá resgatar a caução prestada para a execução do ato.

Este é o ponto mais relevante do novo sistema de execução provisória. Agora, os atos de execução podem atingir definitivamente o patrimônio do executado, mesmo sendo o título executivo ainda provisório. Disso resulta maior celeridade para a realização do direito reclamado.

Concluem os professores TERESA e LUIZ WAMBIER: “fica afastada a necessidade da segurança conferida pela coisa julgada, em favor da efetividade do direito reconhecido pelo juízo de primeiro grau de jurisdição.”<sup>97</sup>

A reforma do CPC trouxe também nova disposição que dispensa a caução, quando se tratar de crédito de natureza alimentar, inferior a 60 salários mínimos, e demonstrado o estado de necessidade do exeqüente.

Conclui-se que, hoje, a execução provisória difere da execução definitiva apenas porque baseada em título executivo provisório e, de regra, exige caução para atos que possam causar gravame ao executado.

### 5.3 EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGA DE COISA

O art. 273 prevê, além da execução provisória, os procedimentos descritos nos arts. 461 e 461-A, para a efetivação da medida antecipatória.

Estes dispositivos têm como fundamento a idéia de que a jurisdição deve oferecer àquele que a procura o que *especificamente* está buscando. Há previsão de mecanismos para a concretização específica dos deveres exigidos pelo autor e ao fim prescritos na decisão jurisdicional.

A análise da tutela específica depende do exame de cada caso concreto. “Em se tratando de obrigação contratual, a tutela específica, em princípio, é aquela que

---

<sup>97</sup> Id. *ibid.*, p. 219.

confere ao autor o cumprimento da obrigação inadimplida, seja a obrigação de entregar coisa, pagar soma em dinheiro, fazer ou não-fazer.”<sup>98</sup>

Na doutrina, a tutela específica é definida como “a que visa o exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que esse resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária.”<sup>99</sup>

A lei processual delimita diferenças entre tutela específica e resultado prático equivalente da seguinte forma: a tutela específica se traduz no cumprimento, pelo próprio demandado, do dever estipulado na decisão jurisdicional; o resultado prático equivalente, de outra ponta, é obtido por realização de terceiros. Assim, TALAMINI leciona que a lei reporta a tutela mandamental à realização da tutela específica e a tutela executiva ao resultado prático equivalente.<sup>100</sup>

A inclusão destes artigos como métodos de execução da tutela antecipatória demonstra a preocupação do legislador em deixar claro que não apenas os efeitos da sentença condenatória, mas também os decorrentes de sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, podem ser antecipados e efetivados.

Os arts. 461 e 461-A prevêm a tutela específica das obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa certa. Atribuem ao juiz meios de determinar o cumprimento de tais obrigações, independentemente da vontade do réu, e também meios para convencer o demandado a realizar a obrigação.

O conceito mais moderno de obrigação revela-a como:

constitutiva de uma das quatro tradicionais categorias de relações jurídicas de direito privado, ao lado dos direitos reais, dos direitos de família e dos direitos de sucessão. Seu ‘ponto nuclear’ caracteriza-se ‘pela instauração de prestações consistentes em condutas

---

<sup>98</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica* (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 67.

<sup>99</sup> TALAMINI, op. cit., p. 230.

<sup>100</sup> Id. *ibid.*, p. 232.

humanas devidas', originadas de negócios jurídicos, do regime da responsabilidade civil ou da rejeição ao enriquecimento sem causa.<sup>101</sup>

Todavia, esta definição não deve limitar a atuação dos referidos dispositivos. TALAMINI ensina que os arts. 461 e 461-A abrangem também os deveres jurídicos, delineados como imposições jurídicas da observância de determinado comportamento ativo ou omissivo, passível de ser resguardada por sanções.<sup>102</sup>

Assim, não apenas as obrigações, mas também os deveres decorrentes, por exemplo, de direitos da personalidade e direitos difusos, poderão ser realizados através destes mecanismos de coerção.

O dever de fazer define-se como a atuação de um sujeito, para prestar um fato, ou seja, realizar um serviço, um trabalho, sem que haja transferência de posse ou titularidade de coisa.

O dever de não fazer traduz-se como um não agir e é delineado sob dois aspectos: o dever de tolerar, em que o indivíduo deve suportar os atos alheios, que invadem sua esfera jurídica, sem poder reagir; e o dever de abster-se, em que ao indivíduo é proibido praticar atos que afetem a esfera jurídica de outrem.

Dever de dar ou de entrega de coisa, por óbvio, é aquele em que um sujeito deve dar ou entregar um bem a outro.

O mecanismo da coerção indireta ou a técnica mandamental, nas palavras de MARINONI, é o meio mais eficaz para a tutela específica.<sup>103</sup>

Este mecanismo utiliza-se de meios para convencer o demandado a cumprir a decisão jurisdicional. A ordem é acompanhada, por exemplo, pela imposição de multa diária. Assim, pretende-se levar o réu a adimplir a ordem jurisdicional, caso contrário irá arcar com o pagamento de multa. O estabelecimento de multa independe

---

<sup>101</sup> Id. *ibid.*, p. 126/127.

<sup>102</sup> Id. *ibid.*, p. 126.

<sup>103</sup> MARINONI, *Tutela específica*, p. 75.

de pedido da parte autora e deve se ater às peculiaridades do caso em litígio.

A técnica mandamental é o método ideal para determinação do adimplemento de dever infungível, eis que sua realização depende exclusivamente do agir do réu.

Isso não impede, contudo, que seja utilizada também para o adimplemento de obrigação fungível, inclusive de entrega de coisa. Cabe anotar que se o melhor mecanismo para a efetivação de um direito é a coerção indireta, nada impede que se a utilize para a realização de outra espécie de obrigação. É evidente que a execução por sub-rogação é muito mais demorada e complicada. Sendo possível a adoção da técnica mandamental, esta deve ser utilizada.

MARINONI ensina que “Se todos têm direito à efetividade da tutela jurisdicional – efetividade que poderia ser comprometida se a execução tivesse que ser feita necessariamente através da execução por sub-rogação –, e se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, não há como não admitir que a tutela que implica um fazer fungível possa ser executada através de multa.”<sup>104</sup>

Além do referido mecanismo, existe ainda a técnica executiva ou o uso da coerção direta e da sub-rogação.

A efetivação de alguns direitos poderá ser realizada sem a participação do réu. Neste caso, o juiz utiliza-se de meios de coerção direta para determinar que um serventuário do juízo realize determinado ato, que irá concretizar o direito da parte que o reclama.

MARINONI explicita: “Tais meios não se confundem com a coerção indireta, pois não se destinam a atuar sobre a vontade do demandado para convencê-lo a adimplir. Na verdade, há coerção direta quando o direito é realizado em virtude da atuação de um auxiliar do juízo, ou de alguém que do juiz recebe esta qualificação.”<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Id. *ibid.*, p. 75.

<sup>105</sup> Id. *ibid.*, p. 77.

O mesmo autor refere que esta técnica é denominada executiva porque permite a adoção de medidas para a execução do pronunciamento jurisdicional, independentemente da instauração de processo de execução.

A sub-rogação é utilizada quando há inadimplemento de obrigação fungível, violação de norma e dano, a ser reparado na forma específica. Nestas situações, o juiz ordena que terceiro realize a obrigação específica, às expensas do devedor.

As obrigações de dar contam agora com mecanismo para coerção direta. TERESA e LUIZ WAMBIER lecionam: “O que fez o art. 461-A, na verdade, foi transformar a ação para a entrega de coisa em ação executiva *lato sensu* (art. 461-A, § 2º). Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á, diz a lei, mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse.”<sup>106</sup>

Assim, extinguiu-se o binômio cognição-execução. No processo de conhecimento, serão determinadas as medidas suficientes para realizar faticamente o direito do autor.

Segundo a doutrina de EDUARDO TALAMINI, para a aplicação dos arts. 461 e 461-A, necessário se faz identificar os mecanismos de atuação da tutela jurisdicional, ou seja, as sanções.

Em um conceito amplo, a sanção revela-se como toda e qualquer medida, estabelecida pelo ordenamento jurídico, com a função de determinar a observância de uma regra ou remediar sua inobservância. Dessume-se, daí, que sanção não é apenas medida retributiva de uma conduta ilícita.

A sanção, em sentido lato, é composta por dois aspectos: material (o comando sancionatório, *v. g.*, imposição de pena de prisão) e instrumental (o mecanismo sancionatório; no exemplo, as medidas de força destinadas a suprimir a liberdade).

Os mecanismos sancionatórios, na lição de TALAMINI, subdividem-se em

---

<sup>106</sup> WAMBIER, Luiz; WAMBIER, Teresa, *Breves comentários...*, p. 116.

mecanismos para sujeição e para indução.<sup>107</sup>

Os mecanismos de sujeição, também conhecidos por sub-rogorios, são providências aptas a atingir o fim determinado no comando sancionatório, independentemente da participação do sancionado.

Mecanismos de indução são aqueles com função de influenciar psicologicamente o sancionado, para que ele mesmo realize a conduta pretendida pelo ordenamento jurídico. Tais mecanismos podem ser positivos, quando atribuem um prêmio, ou negativos, também chamados medidas coercitivas, por atribuírem conseqüências desvantajosas à realização da conduta.

Os comandos sancionatórios classificam-se de acordo com seu momento e função, em: preventivos, simultâneos e sucessivos.

Sanções preventivas são aquelas cuja realização é anterior ao comportamento do indivíduo. Têm a função de evitar uma atuação ilícita (preventivas negativas) ou incentivar a adoção da conduta eleita pela ordem jurídica (preventivas positivas).

Simultâneas são as sanções que efetivam-se por medidas sub-rogorias *stricto sensu* (realização, por terceiro, do ato que deveria ser praticado pelo sancionado, no exato momento em que o ato deveria ocorrer) ou através de medidas repressivas diretas (impedimento físico daquele que pretender realizar ato que não pode).

As sanções sucessivas são realizadas posteriormente à conduta conforme ou desconforme à norma jurídica. Dividem-se em dois grupos: as reparatorias da transgressão e as retributivas, através de prêmios ou castigos.

---

<sup>107</sup> TALAMINI, op. cit., p. 170.

## 6 CONCLUSÃO

1. A codificação brasileira, seguindo os ensinamentos da escola dogmática, adotou um sistema processual tripartido.

Em busca de certeza e segurança jurídica foram delineadas três espécies de processos.

No processo de conhecimento, a parte autora leva ao conhecimento do juiz sua pretensão, citando os fatos e os fundamentos jurídicos que crê embasarem seu direito. O magistrado desenvolve atividades de investigação e interpretação para, ao fim, aplicar o direito ao caso concreto, definindo uma regra jurídica para pautar a solução do conflito. A decisão final do processo tornar-se-á imutável, pois sujeita aos efeitos da coisa julgada, delimitada por opção do legislador processual.

Determinado, após longo trajeto de busca da melhor aplicação do direito, a norma a ser aplicada ao caso concreto, passa-se à fase de efetivação da sentença.

O processo de execução tem por fim atuar concretamente o direito reconhecido em uma sentença. Neste processo, o juiz determina a realização de atos que visam à transformação do mundo fático. O direito previsto na sentença é concretizado.

A proteção emergencial de direitos em litígios é reservada ao processo cautelar. Neste procedimento, verificados o perigo da demora na prestação jurisdicional e a relevância dos fundamentos apresentados, defere-se em caráter de urgência uma providência para acautelar e assegurar o direito tutelado no processo de cognição ou no de execução. Isso importa em uma função instrumental do referido processo para com os demais processos.

A doutrina dogmática, portanto, preocupou-se em delimitar cada um destes procedimentos tornando-os estanques e apartados. Fundamentando-se na perspectiva da autonomia do processo em relação ao direito material, a doutrina acabou por isolar

o estudo do direito processual, imputando-lhe formas rigorosas, como maneira de garantir segurança e certeza jurídica.

Todavia, estes ensinamentos, bem delineados teoricamente, não foram suficientes para responder aos anseios daqueles que procuram a Jurisdição para resolver os conflitos de interesses.

Observou-se que a demasiada preocupação com as formas processuais estava desviando a atenção dos operadores do direito da questão realmente importante: a análise e a realização do direito material.

2. A doutrina, em resposta a estas conseqüências, desenvolveu estudos para demonstrar a importância do processo enquanto instrumento para a realização dos direitos materiais.

A efetiva tutela jurisdicional abarca tanto a flexibilidade dos processos acima referidos, como o tempestivo e eficiente resultado.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO escreveu importante obra, intitulada *A instrumentalidade do processo*, em que desenvolve a importância do processo como instrumento para a realização de direitos materiais, além dos escopos da Jurisdição.

A atividade jurisdicional, conforme as lições deste professor, tem três escopos fundamentais: sociais, políticos e jurídico.

Os escopos sociais referem-se às repercussões que têm as decisões jurisdicionais na vida em sociedade e traduzem-se na pacificação com justiça e na educação dos indivíduos.

Os escopos políticos têm a função de manter as estruturas do Estado Democrático de Direito, delineados a partir de três aspectos: o poder para imposição das decisões jurisdicionais, a liberdade como limite para a intervenção estatal na vida privada e a participação dos cidadãos com função de nortear as atividades estatais.

Por fim, o escopo jurídico é definido como a atuação da vontade concreta do

direito. Este escopo delimita o propósito de a Jurisdição solucionar um conflito, atuando o direito concretamente no caso examinado.

O termo instrumentalidade tem duplo sentido. Negativo, quando se dirige a limitar o exacerbado formalismo das regras procesuais; positivo, referindo-se diretamente à efetividade e ao atingimento dos escopos da Jurisdição.

Na esteira desta busca por efetividade da atividade jurisdicional, podemos examinar a classificação das ações.

A tradicional doutrina insere no processo de conhecimento três tipos de tutelas: declaratória, constitutiva e condenatória.

A ação declaratória tem por fim declarar a existência ou inexistência de um direito ou determinar a autenticidade ou falsidade de um documento. Os efeitos de tal declaração decorrem do trânsito em julgado da decisão final.

A ação constitutiva declara e constitui nova situação jurídica, criando, modificando ou extinguindo uma relação jurídica. Os efeitos diretos da constituição decorrem também do trânsito em julgado da decisão.

A ação condenatória visa a declaração de existência de um direito a uma prestação. Caso tal prestação não seja adimplida voluntariamente, a sentença constitui fundamento para o início de um novo processo, de execução, que irá realizar na prática o direito declarado.

Relevante é a anotação de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, que considera o exercício da ação condenatória como exercício de uma pretensão, porque não há concretização do direito, a não ser que voluntariamente aja o sucumbente.<sup>108</sup>

Analisando esta classificação, PONTES DE MIRANDA notou sua incompletude e delineou as ações mandamental e executiva *lato sensu*.<sup>109</sup>

Estas ações comportam atividades cognitivas e executivas em um mesmo

---

<sup>108</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 1, p. 171-172.

<sup>109</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, v. 6 e 7.

processo.

Após o devido processamento de cognição, a sentença irá ordenar uma conduta ao réu, sob pena de sanção, no caso de ação mandamental, ou irá determinar a realização de determinados atos, pelos auxiliares da justiça, no caso de ação executiva *lato sensu*, para enfim realizar o direito material tutelado.

OVIDIO BAPTISTA DA SILVA inclui estas ações no processo de execução, pois não admite que no processo cognitivo existam atos executivos.<sup>110</sup>

O processo de execução conta com mecanismos para a atuação prática do que determinado em sentença. Em razão da existência de diferentes objetos a serem tutelados, existem diferentes procedimentos e meios executórios.

Meios executórios, na lição de ARAKEN DE ASSIS, constituem o conjunto de atos executivos que objetivam entregar ao exequente o bem definido na sentença.

Os meios executórios se dividem em dois grandes grupos.

Meios sub-rogoratórios, de sujeitação ou de execução direta são meios que detém o magistrado para determinar a atuação de auxiliares da justiça ou terceiros e então realizar o direito material. Estes meios prescindem da cooperação do executado.

Os meios coercitivos, de indução ou de execução indireta são aqueles com função de influenciar psicologicamente o demandado e convencê-lo agir e realizar a conduta determinada.

A execução pode ser definitiva ou provisória. Definitiva é, quando baseada em título executivo definitivo – sentença trânsita em julgado ou título executivo extrajudicial – está apta a realizar definitivamente o direito material. A execução dita provisória baseia-se em título executivo provisório e desenvolve-se como a definitiva, porém com particularidades.

A execução provisória exige, para atos de alienação de domínio, caução idônea. A responsabilidade do exequente é objetiva. Caso haja modificação ou

---

<sup>110</sup> SILVA, Ovídio, *Curso...*, v. 2, p. 22-23.

anulação do título executivo, a execução tornar-se-á sem efeitos e as partes serão restituídas ao estado anterior.

3. A morosidade do sistema processual é um dos grandes entraves à realização de justiça. Isto porque, em muitas vezes, a demora de solução de um litígio pode fazer perecer o direito.

O processo cautelar, que pretende assegurar o direito em litígio, muitas vezes não se mostra eficaz pois a situação é tão emergencial que exige a satisfatividade imediata do direito.

Nesta linha, de fundamental importância a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da tutela antecipatória. Este instituto é o mecanismo pelo qual o magistrado, após avaliar, em cognição sumária, as situações fáticas do caso em concreto, atribui ao demandante o exercício de seu direito, antecipando os efeitos da sentença de procedência.

Para o deferimento da tutela antecipada, o juiz irá examinar os fundamentos apresentados pelo autor e ponderar a necessidade de antecipação do direito do autor e o risco oferecido ao direito do réu. Tal avaliação orienta-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em caso de fundado receio de dano, deverão estar presentes prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado pelo autor, ou seja, as provas carreadas aos autos devem convencer o julgador de que existe o direito do autor e que está em perigo.

A antecipação de tutela também é mecanismo para a distribuição do ônus do tempo no processo. Nos casos em que há evidente propósito protelatório do réu, há reconhecimento ou restam incontroversos um ou alguns dos pedidos, pode o magistrado atribuir ao autor o exercício do direito.

É importante ressaltar que o instituto da antecipação visa adiantar os efeitos

da sentença. Assim, sua utilização é possível em qualquer das espécies de ação acima expostas (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*), desde que da sentença se extraia efeito que possa ser adiantado.

A decisão de deferir a antecipação de tutela é interlocutória e precária. Pode ser modificada a qualquer tempo, sobrevindo alteração dos fatos ou novas provas. Assim, se considerada título executivo, o será em caráter provisório e sua execução deverá respeitar as limitações da execução provisória.

4. A efetivação da tutela antecipada é regida por dispositivos do Código de Processo Civil. De acordo com o art. 273, atua-se a antecipação da tutela por meio da execução provisória e por medidas mandamentais e executivas *lato sensu*, no que tais meios couberem.

O dispositivo legal procurou dar flexibilidade ao sistema de efetivação, para que sejam determinadas as medidas necessárias e suficientes para a atuação do direito antecipado.

Inicialmente, prevê a utilização da execução provisória. Com o deferimento de antecipação, o autor dará início a uma nova relação processual, executiva. Este procedimento correrá como a execução definitiva, porém com garantias ao executado de restabelecimento das partes à situação anterior.

A Lei 10.444/02 trouxe inovações para o instituto da execução provisória. As mais relevantes delas é a possibilidade, mediante caução idônea, de realização de atos que importem alienação de domínio. Tal novidade vem ao encontro das expectativas de celeridade e efetividade da Jurisdição.

Isto significa que a execução provisória de tutela antecipada poderá efetivamente antecipar os efeitos da sentença condenatória, possibilitando ao autor o exercício imediato do direito reclamado.

Os outros mecanismos previstos para a efetivação da tutela antecipada estão

dispostos nos arts. 461 e 461-A, do CPC, e referem-se às medidas mandamentais e executivas *lato sensu*.

Estes dispositivos têm como principal objeto a tutela específica, ou seja, atribuir ao autor o que especificamente é o seu direito e que naturalmente decorreria se houvesse adimplemento voluntário do demandado.

A interpretação destes artigos não deve ser restritiva. Além de obrigações em sentido estrito, tutelam também os demais deveres (de fazer, de não fazer e de entregar coisa) decorrentes de imposições legais.

A execução de medidas executivas *lato sensu* é realizada por meios de sujeitação ou pela chamada execução direta. Há determinação do magistrado para que auxiliares da justiça realizem faticamente o provimento antecipatório, independentemente de cooperação do demandado.

A efetivação de medidas mandamentais se dá através de meios de indução ou pela execução indireta. O juiz irá determinar o cumprimento da decisão antecipatória pelo próprio demandado, atribuindo-lhe sanção pelo inadimplemento, como meio para convencê-lo de que a realização do dever será a menos prejudicial de suas atitudes.

5. Dentre os mecanismos acima expostos para a efetivação da tutela antecipatória, o que se demonstra mais eficiente é a utilização de mecanismos de indução.

Por óbvio, a ordem do julgador, diretamente dirigida ao demandado, para que realize determinada conduta ou então deixe de realizá-la, com previsão de sanções que efetivamente atinjam seu patrimônio, é o meio mais célere para a obtenção de um direito. Esta também é a opinião de abalizada doutrina.<sup>111</sup>

Contudo, pode não ser suficiente para realizar o provimento antecipatório. Em tal circunstância necessário será adotar as medidas de sub-rogação, em que haverá

---

<sup>111</sup> MARINONI, *Tutela específica*, passim.

efetivação do direito, independentemente de atuação do demandado.

Será necessária, portanto, a análise de cada caso especificamente, para que se verifique quais as medidas que serão mais eficientes para que se cumpra a determinação judicial.

A execução provisória é o meio mais lento e menos eficiente que se revela para efetivar um provimento de urgência. A necessidade de citação e de constituição de nova relação jurídica são exemplos de requisitos desnecessários para a concretização de um direito.

Em importante estudo, o processualista ARAKEN DE ASSIS<sup>112</sup>, discrimina as diversas formas de execução possíveis aos diversos provimentos jurisdicionais antecipatórios, ressaltando a relevância da adoção dos vários mecanismos previstos no Livro II, do Código de Processo Civil, para a execução das decisões judiciais, principalmente nos casos de decisão que antecipe efeitos de sentença condenatória.

No entanto, tudo indica que mesmo para os casos de efeitos de sentença condenatória, a forma mais célere para realizá-los é a prevista nos arts. 461 e 461-A.

Inicialmente porque a prática dos efeitos será determinada no processo de conhecimento, evitando a demora causada pela regular instauração de outro processo. Além disso, a defesa do réu poderá ser manifestada também no mesmo processo, sem a necessidade da oposição de embargos do devedor, facultando ao julgador a revogação da medida antecipatória.

As garantias de que necessita o demandado para possibilitar a restituição das partes ao estado anterior, podem-lhe ser deferidas no caso de decisões mandamentais e executivas *lato sensu*. Além disso, a responsabilidade objetiva do favorecido pela antecipação de tutela é a melhor garantia de que o autor irá pedir apenas o que de direito.

---

<sup>112</sup> ASSIS, Araken, Execução da tutela antecipada.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 85-133, jan./mar. 1976.

ASSIS, Araken de. Execução da tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sérgio. (Coord.) *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 41-79.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUZUID, Alfredo. A Influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 12-26, jul./set. 1982.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad: Carla Roberta Andreassi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2002. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Sistema de direito processual civil*. Trad: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CINTRA, Antônio C. de A., et alii. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 11: Do processo cautelar - arts. 796 a 812.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

\_\_\_\_\_. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tutela específica* (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento - A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 6: Ações mandamentais.

\_\_\_\_\_. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 7: Ações executivas.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1: Processo de conhecimento.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2: Execução obrigacional, execução real, ações mandamentais.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3: Processo cautelar (tutela de urgência).

\_\_\_\_\_. O processo civil e sua recente reforma (Os princípios do direito processual civil e as novas exigências, impostas pela reforma, no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 e 461). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 413-430.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2: Processo de execução.

\_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa C. Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 8: Do processo de execução – arts. 566 a 645.