

**NARA DARLIANE DORS**

**MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

**CURITIBA  
2002**

**NARA DARLIANE DORS**

**MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

**Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito, Área de Relações Sociais, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Edson Ribas  
Malachini**

**Co-orientador: Prof. Eduardo  
Talamini**

**Co-orientador: Prof. Miguel Kfour  
Neto**

**CURITIBA  
2002**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**NARA DARLIANE DORS**

**MECANISMOS DE EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

**Orientador:** .....

**Prof. Dr. Edson Ribas Malachini**

.....  
**Prof. Dr. Alcides Munhoz Neto**

.....  
**Prof. Dr. Elton Venturi**

**Curitiba, 21 de novembro de 2002**

**A meus pais, Fioravante e Laura, com todo o respeito e admiração da filha e eterna aprendiz.**

**Às amigas Gabrielle, Eliane e Andréa, que sempre souberam compreender as dificuldades.**

**À Dra. Sonia M. da Cruz, que embora não compreendendo soube ajudar.**

**Aos mestres, Eduardo Talamini e Miguel Kfourri, pela atenção e incentivo.**

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iv
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 TUTELA ANTECIPATÓRIA</b> .....	3
2.1 A questão da irreversibilidade.....	4
2.2 O momento para a antecipação do direito no processo de conhecimento.....	9
2.3 A necessidade de mecanismos hábeis à efetivação da tutela de urgência de direito.....	15
<b>3 A EFICÁCIA DA TUTELA ANTECIPADA NAS DIFERENTES ESPÉCIES DE AÇÃO</b> .....	18
3.1 Eficácias meramente declaratória e constitutiva.....	19
3.2 Eficácia condenatória.....	24
3.3 Eficácias executiva <i>latu sensu</i> e mandamental.....	26
<b>4 TUTELA ANTECIPADA EM OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER</b> .....	30
4.1 A tutela específica em face das prestações fungíveis e infungíveis.....	32
4.2 Mecanismos sub-rogatórios e coercitivos de efetivação.....	35
4.3 Hipóteses de cabimento do art. 461 em outras espécies de obrigações.....	41
<b>5 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA TUTELA ANTECIPADA – ART. 588</b> .....	45
5.1 A execução provisória e seus novos limites legais ante a Lei 10.444.....	49
5.2 Hipóteses de cabimento da execução provisória.....	53
5.3 A Lei 10.444 e a problemática da caução idônea.....	59
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	63
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	67

## RESUMO

Análise dos principais recursos legais disponíveis a conferir efetividade à decisão de antecipação de tutela de direito, com especial enfoque crítico às inovações trazidas pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, a qual implementa importantes modificações no regime de execução do provimento antecipatório. Discorre brevemente acerca da possibilidade de utilização da tutela antecipada em momentos diferentes do processo, como forma de conferir maior eficácia ao direito reconhecido por decisão judicial; abordando, também sob esse aspecto, as medidas coercitivas e sub-rogatórias previstas nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e sua articulação nas diferentes hipóteses de obrigações de fazer, não fazer, dar e pagar. Finda por explicar acerca da aplicação da execução provisória do artigo 588 do diploma processual civil nas prestações de cunho pecuniário e sobre o conflito entre o direito à proteção ao patrimônio em face dos demais direitos fundamentais, consubstanciado na tese da inexigibilidade da contracautela em determinadas hipóteses de execução de tutela antecipatória.

Palavras-chave: Tutela antecipada; Efetividade; Executoriedade; Mecanismos Legais.

## 1. INTRODUÇÃO

Em face do processo, na maioria dos casos, não mais atender à expectativa da sociedade quanto à satisfação de seus direitos, a possibilidade de acelerá-lo tem sido uma busca constante dos operadores do direito, procurando sempre encontrar fórmulas variadas para uma melhor prestação da atividade jurisdicional. As preocupações vão ao encontro de um processo mais efetivo, que possa verdadeiramente realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordene.

Assim, toda a problemática do processo passa por um princípio muito discutido e divulgado que é o da efetividade, para o qual a tutela antecipatória representa sua mais importante via de realização. Verdadeiramente a efetividade é um ideal. Como bem disse Cândido Dinamarco, "É preciso romper preceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de alterar o mundo, ou seja, de conduzir pessoas a uma ordem jurídica justa. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica".

O instituto da tutela antecipada é da mais alta importância para a efetividade do processo, não se podendo olvidar por um minuto sequer, que sua concepção e sua associação a mecanismos de apoio de efetividade, devem sempre ser interpretadas de acordo com o espírito que presidiu as mini-reformas do Código de Processo Civil, qual seja a preocupação de tornar o nosso processo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade.

Contudo, o grande problema que aflige a aplicação das medidas antecipatórias se dá quando o autor consegue comprovar os requisitos básicos, o juiz defere a tutela, mas não se consegue dar-lhe cumprimento, executoriedade; problema a partir do qual levantam-se diversos questionamentos, tais como:

Qual o melhor momento para conceder a antecipação de tutela?

Em que hipóteses e em quais fundamentos deve basear-se o operador do direito para escolher os mecanismos de efetividade do provimento antecipatório?

Em quais espécies de obrigações é cabível a tutela específica?

Buscando dirimir essas dúvidas, sempre sendo dirigido por uma preocupação maior, qual seja o da produção de resultados e real aplicação do direito tutelado, a presente pesquisa tomou por objetivo específico o estudo dos diversos modos e momento de aplicação da tutela antecipada e a articulação dos mecanismos coercitivos e sub-rogatórios preconizados para sua efetividade nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, bem como do instituto da execução provisória de que trata o artigo 588 do mesmo diploma processual, por entender-se tratar dos mecanismos processuais que mais se aproximam dos objetivos acima emoldurados.

A metodologia adotada será a pesquisa teórica, através da análise da legislação e doutrina acerca do tema proposto. O tema a ser pesquisado encontra seu fundamento teórico no Código de Processo Civil brasileiro. O desenvolvimento da monografia nos dará melhor idéia dos institutos a serem apreciados, apresentando as soluções necessárias para as hipóteses formuladas.

## 2. TUTELA ANTECIPATÓRIA

A tutela antecipada descrita no artigo 273 do diploma processual é uma das mais importantes e polêmicas inovações trazidas com a reforma de 1994. A partir da concepção da antecipação dos efeitos da sentença baseada em conhecimento superficial da lide, grande passo foi dado na aproximação entre os dogmas da celeridade, em razão do conhecimento sumário, e da segurança jurídica.

Compelindo ao convívio harmônico os princípios da tempestividade e celeridade na entrega da prestação jurisdicional e da segurança jurídica com respeito ao devido processo legal; o legislador demonstrou-se ousado em sua reação ao paradigma do sistema processual moroso, complexo e oneroso, estabelecendo limites normativos que até hoje representam um desafio aos operadores do direito.

Na realidade, a preocupação do legislador em definir os requisitos específicos a concessão da tutela antecipatória, nada mais fez senão denotar seu real anseio pela construção de um sistema processual efetivo, célere e voltado para o atendimento dos princípios jurídicos indeclináveis.

Inobstante o elenco exaustivo de pressupostos apontado pelos incisos do artigo 273 do Código de Processo Civil, a atividade jurisdicional não se finda com simples apreciação objetiva da adequação da hipótese *sub judice* aos requisitos legais. Exige-se, em muitos casos, um grau de sensibilidade e atenção muito maior, tanto por parte dos advogados das partes na exposição clara dos fundamentos fáticos e jurídicos do pedido, quanto do magistrado da causa na ponderação das razões dos litigantes.

O que se observa na prática forense é que os reflexos do provimento antecipatório, em inúmeras vezes não são corretamente comeditos pelo magistrado, fazendo com que o descuido ou a falta de preparo do julgador cause

danos irremediáveis na esfera de direito das partes. Além disso, não é comum que o excesso formalista na apreciação dos valores circundantes ao pedido do autor, negue ao titular do direito a proteção legal que poderia obter, senão para satisfazê-lo, ao menos para resguardá-lo. Vai daí focarmos este capítulo em duas importantes questões que atingem o operador do direito no momento da pedido, análise e concessão da tutela, quais sejam, o problema da irreversibilidade dos efeitos da medida antecipadora e a questão do correto momento processual de sua concessão.

## 2.1 A questão da irreversibilidade

O art. 273, §2º do Código de Processo Civil estabelece como pressuposto negativo para a concessão da tutela antecipatória, o perigo de irreversibilidade do provimento, nos seguintes termos: *Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

Antes de mais nada, cabe questionar se a irreversibilidade da qual trata o dispositivo legal é a fática ou a jurídica? Em outras palavras, o §2º do art. 273, refere-se ao perigo de irreversibilidade do provimento, ou das modificações prática provocadas externamente e decorrentes dos efeitos da tutela?

A doutrina tem se dividido, basicamente, em três correntes. A grande unanimidade dos autores tem entendido tratar-se de irreversibilidade fática, ou seja, apenas dos efeitos empiricamente ocasionados pelo provimento. Têm por fundamento o fato de que a tutela antecipada pode ser reformada a qualquer tempo, seja através de recurso de agravo, seja por revogação do próprio juízo que a concedeu<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido vide BELLINETI, L. F.. Irreversibilidade do Provimento Antecipado. *In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coor. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997; MEDINA, José Miguel Garcia. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 86, ano 22, p. 24-34, abr./jun. 1997. Em sentido contrário MARINONI, L. G.. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros,

Já a segunda corrente, defendida por Luiz Guilherme Marinoni<sup>2</sup>, entende que em sede de tutela constitutiva e declaratória, a antecipação desses provimentos não seria possível, uma vez que produziria efeitos juridicamente irreversíveis. Para este autor, o perigo da irreversibilidade jurídica somente seria afastável nas tutelas condenatórias.

Por fim, a última corrente, encabeçada por Nelson Nery Jr. e Arruda Alvim<sup>3</sup>, defende, com ressalvas, que sempre que possível a conversão da obrigação no pagamento de perdas e danos, o dano não seria considerado irreversível, mesmo que a reconstituição do estado anterior não fosse possível.

Ao que tudo indica, melhor razão cabe à primeira corrente por diversos motivos. Primeiro, vale lembrar, como será visto a seguir, que inúmeras questões envolvem a possibilidade de antecipação de tutela em sede de ações declaratórias e constitutivas, em especial devido à multiplicidade de efeitos da sentença e à possibilidade de cumulação de pedidos. Assim, muitas serão as situações onde se poderá sim antecipar os efeitos da sentença, em sede de ações declaratória e constitutiva (vide Cap. II).

Além disso, vale também salientar que embora as perdas e danos sejam um mecanismo hábil a evitar o dano pecuniário do autor; não serão todas as situações em que essa conversão será satisfatória, tanto às partes, como ao próprio escopo da atividade jurisdicional.

Na visão de outros juristas, como Flávio Luiz Bellinetti<sup>4</sup>, entende-se ser inerente à concepção da tutela provisória, que dela não possa advir efeitos fáticos irreversíveis, defendendo a utilização de outros mecanismos, tais como a criação de procedimentos sumarizados, sempre com a presença do contraditório, onde o

---

1995. p. 146, que, em posição única, entende tratar-se de irreversibilidade do provimento e não dos efeitos fáticos deste.

<sup>2</sup> MARINONI, op. cit., p. 146

<sup>3</sup> BELLINETI, op. cit. p. 254.

<sup>4</sup> *ibid.*, p.255.

magistrado pudesse conhecer da questão e proferir decisão definitiva e satisfativa acerca da pretensão esposada..

Certa razão cabe a este jurista paranaense, uma vez que é temeroso aceitar que um provimento fundado em cognição parcial possa dar ensejo a uma situação irreversível. Contudo, vale lembrar que em muitos casos de antecipação de tutela, o que se observa é um confronto direto entre o dano irreparável do autor e o dano irreversível do réu; casos esses onde não se poderia defender a não concessão da tutela findando evitar a irreversibilidade, já que inafastavelmente haverá um sacrifício irreparável por alguma das partes<sup>5</sup>. Ademais, a sumarização do procedimento seria um passo atrás nas conquistas processuais até hoje alcançadas.

Na visão do magistrado, o dilema situa-se entre duas posições antagônicas e inconciliáveis: intervir a favor do autor, preservando seu direito em iminência de dano, ou abster-se, poupando o demandado dos danos decorrentes de atos práticos e materiais que podem ulteriormente revelar-se ilegítimos.

No tocante à obrigações de dar, até a chegada da Lei 10.444/2002, a questão não parecia ser tão complicada, uma vez que o legislador havia se preocupado muito em preservar o patrimônio de ambas as partes, limitando a execução provisória da tutela antecipada a atos que não importassem alienação.

Como se observará posteriormente, as modificações trazidas ao cenário jurídico-processual pelo supramencionado dispositivo legal de 2002, permitem uma reordenação dos valores jurídicos priorizados, enfraquecendo os dogmas patrimonialistas de nossa legislação civil e enaltecendo outros direitos fundamentais do indivíduo, tais como o direito a vida, a honra e a saúde.

Não obstante as novas alterações processuais, ainda haverão casos onde, para a proteção ao direito do autor, que deveria ser promovida pela tutela antecipada, não bastará somente a aplicação das disposições do novo art. 588, do

---

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996. p. 79. Nesse sentido: “Não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro mais provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado”.

Código de Processo Civil<sup>6</sup>. Cite-se o exemplo das obrigações alimentícias, onde a urgência do alimentado não permite a espera pelos atos judiciais de penhora, avaliação e arrematação. O mesmo problema se repete em relação a obrigações de fazer e não fazer, como veremos no capítulo 3.

Destarte, existirão situações excepcionais onde tanto a concessão, quanto a denegação da tutela antecipada, ocasionarão danos irreversíveis a qualquer uma das partes. Nesse sentido, leciona Lucon que “A irreversibilidade deve ser analisada por mais de um ângulo pois o processo não tem por finalidade tutelar os interesses de apenas um dos sujeitos parciais.”<sup>7</sup>

Evidentemente não será a complexidade da situação que legitimará ao magistrado esquivar-se de seu dever de decisão, aliás, o que lhe é vedado pelo art. 126, do CPC: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.* Assim, ante a inafastabilidade do dano, outra saída não haveria senão a concessão da antecipação da tutela, conforme bem atenta Paulo Lucon<sup>8</sup>, mesmo que isso venha a produzir efeitos irreversíveis, como é o caso dos alimentos provisionais.

---

<sup>6</sup> Nova redação dada ao artigo, pela Lei 10.444/2002: “Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução; III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. § 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. § 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.”

<sup>7</sup> LUCON, P. H. dos S.. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 267-269.

<sup>8</sup> LUCON, *ibid.*, p. 265.

Vale lembrar que o juízo proferido pelo magistrado, quando da concessão ou denegação da tutela, não advém de um poder discricionário, visto que não o faz por conveniência e oportunidade, mas sim pela observação do enquadramento da hipótese *sub judice* nos requisitos de concessão previstos no ordenamento<sup>9</sup>.

Merece toda a vênua a ressalva feita por Humberto Theodoro Jr, no sentido de que a necessidade de observância do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Nas palavras desse autor, “O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transporta-lo para o réu (...) o autor tem o direito de obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra...”<sup>10</sup>. Vai daí a necessidade de uma decisão fundamentada, onde todos os pontos pertinentes sejam devidamente sopesados pelo magistrado.

A irreversibilidade não pode constituir um limite intransponível à concessão da tutela. Neste sentido atente-se para a lição de Flavio L. Yarshell, que coloca os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como verdadeiros nortes na atividade do juiz de confrontação de valores<sup>11</sup>. Nota-se daí, o dilema do

---

<sup>9</sup> Vide nesse sentido TALAMINI, E.. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; THEODORO JUNIOR, H.. *Tutela Jurisdicional de Urgência*: Medidas cautelares e antecipatórias. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001; COSTA DIAS, C. A. da. *Liminares: Poder Discricionário ou Vinculado?* *Revista de Processo*. São Paulo, n. 79, ano 20, p. 233-240, jul./set. 1995. p. 233.

<sup>10</sup> THEODORO JUNIOR, H.. *Tutela Antecipada*. In *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coor. WAMBIER, T. A. A.. São Paulo: RT, 1997. p.198.

<sup>11</sup> YARSHELL, F. L.. *Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, no sistema do CPC*. In *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coor. WAMBIER, T. A. A. São Paulo: RT, 1997. p. 178. Melhor elucidando, assim expõe o autor: “Isso tudo não quer dizer, cumpre deixar bem frisado, que a irreversibilidade atue como limite intransponível para a antecipação de tutela (...)Em casos de conflito de valores, portanto, será preciso confrontar os benefícios e malefícios da concessão e da denegação, recorrendo ao denominado “princípio da proporcionalidade”; o que, se não resolve inteira e satisfatoriamente essa complexa questão, representa, pelo menos, a busca de um critério atento à preservação da efetividade dos provimentos jurisdicionais”.

magistrado no momento da apreciação do cabimento do provimento antecipatório, impasse este que se vera multiplicado a potência quando tratarmos da necessidade de imposição de mecanismos acessórios a tutela do direito antecipado e que a esta concedam efetividade.

## 2.2 O momento para a antecipação do direito no processo de conhecimento.

A antecipação dos efeitos da tutela pretendida, consiste em mecanismo legal engendrado com o fito de proporcionar de forma inusitadamente rápida, àquele que se encontre em situação de periclitância do seu direito material, a obtenção de a um provimento jurisdicional que acolha o pedido de mérito e que possua eficácia executiva imediata.

É comum a decisão concessiva da tutela proferida *inaudita altera parte*, ou seja, sem a oitiva do réu. Entretanto, não estabelecendo a lei limite temporal para o deferimento da medida, pode o autor pleitea-la a qualquer tempo, seja antes, depois ou durante a instrução probatória, em primeira ou segunda instância e até na ação rescisória, como veremos a seguir.

Como bem expõe Humberto Theodoro Jr., “...embora o momento mais adequado para pedir a liminar seja a petição inicial, nada impede que aparte postule a antecipação de tutela em outros estágios do curso processual.”<sup>12</sup>

Não obstante o posicionamento de alguns autores, como Carreira Alvim<sup>13</sup>, no sentido de que o juiz deve analisar o pedido de tutela antecipada no momento e nos moldes do requerimento do autor, nada obsta, por exemplo, que o magistrado não defira a tutela *in limine litis* e postergue sua apreciação para momento seguinte

---

<sup>12</sup> THEODORO JUNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Vol. 2: Processo de Execução e Processo Cautelar. p. 327.

<sup>13</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 36.

a oitiva do réu ou a própria instrução, podendo concedê-la mais tarde, desde que considere presentes os pressupostos.

Admitir a concessão da tutela antecipada em momento seguinte ao da instrução processual, poderia fazer emergir a indagação se a tal tempo, quando já concluída toda a produção de provas e presentes nos autos todos os elementos necessários a solidificação do convencimento do juiz, este não deveria proferir já sentença. Contudo, valem aqui os ensinamentos de Marinoni, esclarecendo a enorme contradição que existiria em aceitar-se a antecipação de tutela no início do processo, quando a cognição é superficial, e não admitirmos quando o magistrado já possui todas as provas do cabimento do provimento antecipatório<sup>14</sup>.

Ponto importante é o da possibilidade de antecipação de tutela de pedidos cumulados. A antecipação de tutela frente ao pedido não contestado ou reconhecido pela parte contrária, já há muito vinha sendo apregoada pela quase que unanimidade da doutrina<sup>15</sup>, inclusive com forte respaldo jurisprudencial. Efetivamente, toda razão cabia aos defensores desta tese, uma vez que se admissível o provimento antecipatório fundado em juízo de probabilidade, seria um contra senso negar seu cabimento quando o direito já não era mais controvertido entre as partes.

Felizmente o legislador acabou dando forma legal àquilo que já há muito vinha sendo aceito na prática, incluindo através Lei 10.444/2002, o §6º ao art. 273, que nesses termos dispõe: *A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.*

Outra possibilidade aventada pela doutrina e jurisprudência, diz respeito a antecipação de tutela na sentença final. Muito vinha se defendendo, por diversos

---

<sup>14</sup> MARINONI, L. G.. *A antecipação da tutela*. 3ª edição. Malheiros: São Paulo, 1997. p. 134.

<sup>15</sup> A exemplo lecionava Marinoni que “o autor somente pode esperar para ver realizado o seu direito quando este ainda depende de demonstração em juízo. Ou melhor: é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido” (ibid., p. 145).

juristas, a possibilidade de concessão de provimento antecipatório ainda na sentença de mérito, de modo a elidir a incidência do efeito suspensivo promovido pela apelação sobre o direito já reconhecido em grau de cognição exauriente.

Nesse sentido, remete-se às lições de Wambier, que assim argumenta em favor do provimento antecipatório na sentença:

“Desde logo afastamos a objeção, por a considerarmos integralmente descabida, no sentido de que a antecipação da tutela não poderia ser concedida na sentença. Evidentissimamente, se pode ser concedida liminarmente, razão de espécie alguma existe para que não possa ser concedida na sentença, decisão proferida em momento em que o juiz já tem cognição plena e exauriente dos fatos da causa.”<sup>16</sup>

“... carece de sentido permitir-se que o juiz antecipe os efeitos da tutela com base em convicção não exauriente e na verificação no sentido de que há *periculum in mora* (quando da concessão da liminar) e não se permitir que o juiz conceda essa antecipação quando tiver plena convicção de que o autor tem o direito que alega. Ter e mantiver ou criar a convicção de que, além disso, de fato há o perigo de perecimento do direito.”<sup>17</sup>

O principal motivo que abriu caminho a essa tese, refere-se à flagrante contradição sistemática observada na imediata exequibilidade conferida à tutela liminar (art. 588), em contrapartida ao óbice processual de efetividade do provimento final oposto pelo efeito suspensivo do recurso de apelação. Ora, como sustentar que um provimento obtido mediante cognição sumária e não exauriente, tinha mais força executiva que a própria sentença de mérito?

Felizmente o legislador atentou para essa falha processual e, através do inciso VII, inserido no art. 520 do CPC, pela Lei 10.444, pôs fim a importante parcela dessa polêmica de que já há muito os autores vinham se ocupando.

Reza esse novo dispositivo legal, que fica afastado o efeito suspensivo do recurso de apelação interposto contra sentença que *confirmar a antecipação dos efeitos da tutela*. Destarte, se a sentença de mérito corroborar o provimento

---

<sup>16</sup> WAMBIER L. W.; WAMBIER, T. A. A. *Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 145.

<sup>17</sup> *ibid.*, p. 150.

antecipatório concedido no curso do processo, à apelação da decisão final não se concederá efeito suspensivo, pelo que se torna possível a imediata execução provisória da sentença – art. 588.

Contudo, a questão da efetividade da decisão judicial não fica de todo solucionada. O inciso IV do art. 520 fala apenas em sentença que “confirmar” a tutela antecipada. O que dizer, então, do provimento antecipatório concedido na sentença? E mais, como tratar das hipóteses onde não houve o deferimento liminar, mas agora, em sede de decisão final, entender o magistrado presentes os requisitos para a concessão da antecipação do direito?

De uma interpretação literal do texto legal, poderia concluir-se que esse não encerra as hipóteses de tutela antecipada concedida na sentença. Contudo, Wambier sustenta o contrário, afirmando que o inciso VII deve ser interpretado de forma mais ampla, de maneira a abarcar tanto as hipóteses de confirmação, quanto as de concessão na sentença<sup>18</sup>.

Não há como passar por essa questão sem reportar-se às opiniões daqueles que se posicionam contra a concessão da antecipação na decisão final. Efetivamente, uma parcela considerável da doutrina ainda resiste a essa tese<sup>19</sup>, porém especial ênfase merece a argumentação construída por Marinoni.

Trata aquele autor, com brilhantismo peculiar, da ontológica contradição entre a decisão interlocutória e a sentença de mérito, exaltando o óbice procedimental a essa conjugação; o que não poderia passar despercebido, sob pena de ferir aos princípios constitucionais da tutela jurisdicional adequada, do direito de defesa e do duplo grau de jurisdição. Nesse esteio, expõe o professor

---

<sup>18</sup> WAMBIER, *Breves comentários...*, p. 150.

<sup>19</sup> NERY JUNIOR, N.. Atualidades sobre o Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.749, ano 87, p. 58-64, março 1995, p.61. Sustenta essa teoria sob a argumentação da perda do interesse processual, expondo que , uma vez proferida a sentença não haveria mais interesse processual na obtenção da medida, porquanto apreciada definitivamente a pretensão. Nesse sentido, defende Marinoni que se durante todo o transcurso processual o juízo entendeu não haver condições suficientes para antecipar a tutela, não é na sentença que o fará pois aí o provimento é definitivo e não de mera antecipação, tendo a sentença existência e executividade própria, na base da execução provisória. (MARINONI, *A antecipação de...*, p. 136).

paranaense que, sendo o recurso cabível à decisão que concede a tutela antecipada o agravo de instrumento, admitir a antecipação na sentença seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais, cerceando ao réu seu direito ao recurso adequado<sup>20</sup>.

Talvez a saída mais adequada para esse impasse, seja a já sustentada admissão da tutela antecipada momentos antes da prolação da sentença<sup>21</sup>. Embora a doutrina não se mostre unânime quando a subsistência do provimento antecipatório frente a sentença de mérito<sup>22</sup>; o posicionamento adotado por aquele autor paranaense, admitindo a possibilidade do magistrado de manter na sentença final a decisão antecipadora do direito concedida anteriormente, – e neste ponto o acompanham Carreira Alvim e Ovídio Batista da Silva, dentre outros – permitiria evitar o resultado danoso ao autor, sem que com isso se estivesse ferindo o princípio do *due process of law*.

Em verdade, a já sabida dificuldade de ordem procedimental para a identificação do recurso cabível, associaria-se agora à autorização legal de afastamento do efeito suspensivo da sentença que confirmasse a tutela antecipatória (inc. VII, art. 520); permitindo atingir a finalidade que de uma maneira geral é buscada por todos os doutrinadores citados neste capítulo, qual seja, a de promover a efetividade da tutela jurisdicional na proteção do direito juridicamente reconhecido.

Além disso, é fato que mesmo após a chegada da sentença, ainda haverá oportunidade para atos protelatórios a efetividade do direito já reconhecido, uma vez que protegido pelo princípio do duplo grau de jurisdição, pode ainda o réu

---

<sup>20</sup> MARINONI, *A antecipação de...*, p. 134.

<sup>21</sup> MARINONI, L. G.. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª edição, São Paulo: RT, 1999. p. 187. Tomando tal tese em defesa, argumenta o autor paranaense sua viabilidade em casos específicos como o de julgamento antecipado do mérito, ou de comparecimento e não contestação pelo réu, ou ainda, quando a demanda versar unicamente sobre matéria já sumulada pelo tribunal. Vide também nesse sentido, LOPES, J. B.. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 68-69.

<sup>22</sup> Veja-se CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 206-210.

interpor de recurso. Destarte, ponto importante que emerge é a da possibilidade de antecipação de tutela após a sentença, ou seja, em grau de recurso; ganhando ainda maior importância esta questão, quando tratamos do problema do abuso do direito de defesa.

Uma das maneiras pensadas para evitar abuso do direito de recorrer, é a antecipação de tutela em fase recursal. Como assevera Marinoni, segundo quem tanto o recorrido quanto o recorrente podem requerer, não somente o deferimento ou indeferimento imediato do recurso, mas também a tutela antecipatória para que se proceda o início imediato da execução do *decisum*, o que seria cabível, na visão deste autor, quando se tratasse, por exemplo, de recurso manifestamente improcedente<sup>23</sup>.

O mesmo valeria para os casos de recursos com caráter protelatório, onde a tutela antecipada deveria ser admitida a fim de afastar o efeito suspensivo do recurso; também estendendo-se para as hipóteses em que risco de perecimento ou de dano ao direito. Nesse sentido, entende Paulo Lucon que “a satisfação propiciada pela tutela antecipada deve ser o único caminho para afastar o risco ao direito, sendo a decisão, por uma consequência natural, justificada pelo disposto no inc. I do art. 273 do Código de Processo Civil.”<sup>24</sup>

Feitas todas essas considerações, vale lembrar que independentemente do momento processual em que for proferido o provimento antecipatório, sob hipóteses alguma estará o magistrado desobrigado de observar corretamente os requisitos legais a sua concessão, bem como fundamentar corretamente as razões que o levaram a atender ao pedido de antecipação do direito.

---

<sup>23</sup> MARINONI, *A antecipação de...*, p. 153.

<sup>24</sup> LUCON, *op. cit.* p. 204.

### **2.3 A necessidade de mecanismos hábeis à efetivação da tutela de urgência de direitos**

O valor de um ordenamento jurídico revela-se no momento em que é posto à prova, ou seja, no momento em que deveres são descumpridos e direitos não são respeitados. Enquanto as normas substanciais estabelecem situações bem definidas, ao direito processual incumbe fazer com que tais normas atuem do modo mais efetivo possível e no menor espaço de tempo.

Como bem lembra Paulo Lucon, “O compromisso de apreciar as lesões e ameaças a direitos é, antes de mais nada, um dever estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz e no menor espaço de tempo possível, sob pena de consagrar a total falência dos padrões eleitos de convívio social e das instituições que compõem o Estado democrático de Direito.”<sup>25</sup>

Os institutos inseridos na legislação, em especial o da tutela antecipada, demonstraram a opção jurídica pela criação de meios legítimos de efetivação das decisões, no menor espaço de tempo possível e sem prejuízo da certeza jurídica.

Como brilhantemente asseverou Marinoni, a tutela antecipatória surgiu como o principal instrumento do ordenamento brasileiro de celeridade e efetividade, constituindo “instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.”<sup>26</sup>

Contudo, embora o legislador tenha disponibilizado ao aplicador do direito a possibilidade de antecipação da tutela, bem como diversos outros mecanismos acessórios a sua efetivação, muito ainda há que se explorar em termos de aplicação

---

<sup>25</sup> LUCON, op. cit. p. 154.

<sup>26</sup> MARINONI, *A antecipação de...*, p. 205.

de tais meios processuais, que muitas vezes porque incorretamente manuseados por advogados e magistrados acabam tornando inócua a tutela antecipada.

O dever do processo ante o autor que procura o aparelho judiciário em busca de uma efetivação de seus direitos, é proporcionar-lhe, da maneira mais ágil e adequada, a mesma situação que existia antes da violação de seu direito. É nesse ponto que emerge a chamada tutela específica dos direitos, que nada mais é que o conjunto de meios e providências legalmente disponíveis e que permitem proporcionar ao demandante, ou àquele a cujo benefício se estabeleceu, a realização de igual resultado prático que seria atingido se a obrigação tivesse sido cumprida corretamente pelo devedor.

Ora, se é possível propiciar ao titular do direito a obtenção de tudo aquilo, e exatamente daquilo que pretendia, a princípio, não há motivos para se buscar resultado prático equivalente, através de outros mecanismos, tais como indenização ou conversão em perdas e danos.

Evidentemente, haverá casos onde a realização da obrigação originária, ou como melhor denomina Ada Pellegrini Grinover, da obrigação *in natura*<sup>27</sup>, não serão possíveis. Contudo, faz-se mister se tratem de casos excepcionais, analisados com o devido afincamento às condições de fungibilidade, exequibilidade da obrigação e até mesmo vontade do demandante; do contrário, estar-se-ia privando o autor de ter seu direito efetivado nos moldes de sua pretensão, apenas porque não houve a correta aplicação de todos os meios disponíveis no próprio ordenamento, para o atingimento do resultado pleiteado.

Inúmeros são os mecanismos disponibilizados pela norma processual: aplicação de multa diária, busca e apreensão, execução provisória e até mesmo prisão por crime de desobediência. Essas, dentre outras inúmeras possibilidades, poderão ser utilizadas pelos operadores do direito na busca pela tutela efetiva e iminente do direito. Entretanto, inúmeras questões surgem quanto à adaptabilidade de cada um desses mecanismos. Há uma gama enorme de situações fáticas

---

<sup>27</sup> GRINOVER, A. P.. Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e não fazer. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 767, ano 88, p. 17-45, setembro de 1999. p.21.

abrangidas pelo Direito, além de que inúmeras também são as espécies de obrigações que se busca realizar mediante a tutela jurisdicional. Daí a necessidade de uma preocupação cada vez maior com o correto manejo de tais recursos.

Busca-se chamar a atenção ao fato de que a existência de meios hábeis à tutela do direito, não implica a sua correta utilização pelos seus operadores; o que num sem número de vezes provoca danos irreparáveis tanto ao autor, quanto ao réu. Por conseguinte, a fim de que se possa atender ao princípio inafastável do devido processo legal, é dever tanto das partes, quanto dos magistrados, conhecer e aplicar todos os meios juridicamente possíveis à realização dessa tão complicada operação enunciada por Chiovenda, qual seja a de dar o quanto possível, a quem é de direito, tudo aquilo e propriamente aquilo que tem direito de conseguir<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> ad tempora.

### 3. A EFICÁCIA DA TUTELA ANTECIPADA NAS DIFERENTES ESPÉCIES DE AÇÃO

Importante ponto polêmico em relação à tutela antecipada, é a possibilidade de sua concessão em face das diversas modalidades de ações previstas no ordenamento. A questão resume-se, basicamente, em saber quais efeitos podem ser projetados para fora do processo mediante a técnica da antecipação

Deve-se a Pontes de Miranda e, posteriormente, a Ovídio Batista, a moderna classificação dada às ações de conhecimento. Na visão desses autores, tomando-se em conta a eficácia de seu provimento, as ações podem ser divididas em cinco espécies: meramente declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas *latu sensu*.

Embora se trate de classificação controvertida e não aceita por grande parte da doutrina, ressalte-se que não é da competência deste trabalho, adentrar o mérito dos critérios adotados ou mesmo a legitimidade de tal classificação. Esclareça-se que a adoção de tal divisão para a realização deste estudo, deu-se por razões didáticas, uma vez que se trata de separação que observa maior especificidade e preocupação terminológica.

Ainda, antes de adentrarmos a questão dos efeitos da tutela antecipatória, vale salientar que essa divisão não se olvida do fato de que as decisões jurisdicionais dificilmente possuem um único efeito. Assim sendo, para fins classificatórios deve-se ter em vista somente os efeitos preponderantes. E, por fim, que o critério de divisão utilizado não vale somente para sentenças, estendendo-se a todos os provimentos jurisdicionais emitidos no curso do processo e que representem alguma forma de tutela do objeto do processo, seja ela liminar ou não.

Passa-se agora ao estudo das diferentes espécies de ações, com o enfoque voltado para seus efeitos em relação à antecipação de tutela.

### 3.1 Eficácias meramente declaratória e constitutiva

A ação declaratória tem por finalidade a obtenção, mediante um pronunciamento do juiz, de uma declaração acerca de determinada situação jurídica, afirmando ou negando elementos da relação ou do fato controvertido entre as partes litigantes. Vale salientar que a declaração limita-se a afirmar a existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica ou fato, da maneira que seu único efeito é a eliminação da incerteza entre as partes. A sentença de cunho meramente declaratório não requer execução, uma vez que o autor se contenta com o mero acerto do direito litigioso.

Já a ação constitutiva, por sua vez, tem por objetivo a modificação da situação jurídica substancial, mediante o provimento jurisdicional. A decisão constitutiva tem a eficácia preponderante de gerar essa nova situação mediante a criação, modificação ou extinção de uma determinada relação jurídica. Note-se que a efetivação da sentença constitutiva, independe de qualquer providência material, uma vez que seu grau de efetividade é de tal ordem elevado, que apenas a sentença é apta a proporcionar o resultado prático desejado<sup>29</sup>.

Feitas essas considerações preliminares, parece intuitivo que a declaração de certeza e a constituição de uma nova situação jurídica apenas possam ser alcançadas pela sentença definitiva de mérito, ou seja, após cognição completa e exauriente. Como lecionam Humberto Theodoro Jr.<sup>30</sup> e Luiz Guilherme Marinoni<sup>31</sup>, dentre outros, não há como se antecipar provisoriamente o efeito declaratório e constitutivo, haja vista que estes decorrem da certeza jurídica do provimento que, no processo de conhecimento, somente surgirá com o trânsito em julgado da sentença.

---

<sup>29</sup> Nesse sentido, vide lições de LUCON, op. cit., p. 157.

<sup>30</sup> THEODORO JUNIOR, *Tutela Jurisdicional de...*, p.15.

<sup>31</sup> MARINONI, L. G. A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva. *Revista dos Tribunais*, v. 741, ano. 86, p. 77-87, julho de 1997. p. 81.

Contudo, há que se fazer uma distinção entre o efeito declaratório e constitutivo e os efeitos práticos que decorrem da declaração ou da constituição de uma situação jurídica. Conforme bem salienta o mestre Humberto Theodoro, “Se a declaração e a constituição, em si mesmas não correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial...”<sup>32</sup>.

Embora correta a afirmação da impossibilidade de antecipação da tutela declaratória e constitutiva, demonstra-se absolutamente descabido pensar que o provimento antecipatório não seria possível em sede de tais ações. A propósito adverte Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em citação de Humberto Theodoro Junior, que *“nada impede que para evitar o dano, possa o órgão judicial adotar providências de ordem mandamental, se convencido da verossimilhança do direito constitutivo alegado pelo autor”*<sup>33</sup>. Fazemos uso de exemplos, para melhor elucidar a projeção de tal afirmação.

Quando tratamos de tutela constitutiva, podemos nos espelhar na hipótese de ação de revisão de aluguel, onde se requer liminarmente a alteração provisória do aluguel em curso. Neste caso, poderia o magistrado fixar provisoriamente outro valor à prestação pecuniária, sem que com isso se estivesse antecipando a tutela constitutiva. O que ocorreria, efetivamente, seria uma antecipação de um dos efeitos da provável posterior sentença constitutiva.

Já no tocante aos casos de tutela declaratória, poder-se-ia citar a hipótese de protesto de títulos, onde não há como se declarar provisoriamente inexigível a cambial, nem tampouco se cancelar provisoriamente o protesto já tirado, haja vista estar este registrado em cartório. É possível, contudo, obter-se uma liminar mandamental de suspensão dos efeitos de protesto, o que obstaculizaria eventuais danos ao crédito do devedor, que poderiam surgir antes que se obtivesse a sentença declaratória de nulidade do título, ou pagamento da dívida, por exemplo.

---

<sup>32</sup> Vide THEODORO JUNIOR, *Tutela jurisdicional...*, p. 16.

<sup>33</sup> Apud., Id.

Desse modo, apresenta-se perfeitamente possível a antecipação de alguns efeitos práticos e secundários da declaração ou constituição pretendida, mesmo que tais efeitos normalmente só pudessem ser obtidos com a autoridade da coisa julgada. Como bem ressalta Lucon, não haverá nesses casos uma declaração ou constituição provisória, mas sim uma antecipação da valoração do juiz a respeito da situação substancial em litígio, esta sim, passível de provisoriedade<sup>34</sup>.

Como bem assevera Marinoni, esses provimentos, na realidade, teriam muito mais evidente o caráter acautelatório, haja vista que, na impossibilidade da obtenção direta da tutela do direito que se busca reconhecer com a declaração ou constituição, o autor buscaria garantir a possibilidade de posterior exercício do direito<sup>35</sup>. Entretanto, vale salientar que as hipóteses não são apenas de provimento acautelatório, mas também, e em inúmeros casos, de tutela de natureza satisfativa, como é a hipótese da liminar concedida em demanda proposta para obter a constituição de servidão predial de passagem, cumulada a ação condenatória exigindo a remoção do obstáculo que impede a passagem. *In concreto*, seria permitido ao magistrado determinar antecipadamente a remoção do obstáculo, satisfazendo uma das pretensões do autor.

Como observado no exemplo anterior, uma das hipóteses mais comuns de antecipação de tutela em sede de ações eminentemente declaratórias ou constitutivas, diz respeito aos casos de pedidos cumulados onde, numa mesma ação, o autor reivindica, por exemplo, provimento secundário de natureza condenatória e provimento principal de natureza declaratória. É comum ocorrer, em casos de cumulação de pedidos, que o réu só conteste alguns fatos argüidos na inicial (contestação parcial), ou simplesmente deixe de cumprir o ônus da impugnação específica. Nessas hipóteses, os fatos incontroversos conduziram à procedência parcial da demanda em relação aos pedidos formulados com fulcro em

---

<sup>34</sup> Veja-se LUCON, op. cit., p. 287.

<sup>35</sup> Vide MARINONI, *A tutela antecipatória nas ações...*, p. 277.

tais fatos, não havendo aí mera probabilidade da existência do direito, mas sim uma verdadeira certeza.

De tal forma, contestada parcialmente a demanda, existindo ulterior pedido de tutela antecipada, visando adiantar alguns dos efeitos do provimento final, a pretensão deduzida pelo demandante deve ser desde logo atendida, não afastada a ressalva de que a tutela somente incidirá em relação à parte que não foi contestada, visto já se tratar de direito fundado em fatos incontroversos<sup>36</sup>.

Este já vinha sendo o entendimento quase que unânime da doutrina e jurisprudência nacional, de maneira que a reforma do CPC de inserida pela Lei 10.444/2002, nada mais fez que retratar tal entendimento, inserindo no corpo do art. 273, o parágrafo sexto que assim dispõe: *A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.*

A natureza da tutela jurisdicional nessas hipóteses, permanece controvertida entre os doutrinadores. Para Paulo Lucon, concedida a liminar, e não havendo recurso de agravo pela parte sucumbente, a decisão teria caráter definitivo, uma vez que não haveria mais cognição a ser feita. Tratar-se-ia, em relação ao juiz de primeiro grau, de preclusão *pro iudicato*, cuja eficácia, para aquele autor, seria a mesma da coisa julgada, de maneira que o juízo *a quo* não mais poderia conhecer desta matéria<sup>37</sup>.

Outras propostas também surgiram no sentido de reconhecer-lhe o carácter de julgamento de mérito, diante da concessão de tutela antecipada fundada em cognição exauriente parcial ou total. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, sugere como proposta de alteração do art. 273, do Código de Processo Civil, a inserção da

---

<sup>36</sup> Nesse sentido MARINONI, *A antecipação de...*, p. 145.

<sup>37</sup> LUCON, *op. cit.*, p.248. Conforme assevera esse autor, a preclusão “*pro iudicato*” é fenômeno correlato ao trânsito em julgado, produzindo resultados práticos semelhantes à autoridade e eficácia da coisa julgada, mesmo não havendo qualquer sentença de mérito.

possibilidade de estabilização da tutela antecipada em caso de não impugnação desta pela parte contrária<sup>38</sup>.

Embora tal tema influenciaria sobremaneira a forma de apreciação da execução da liminar, não cabe, neste estudo, análise mais aprofundada, ainda porque trata-se apenas de lampejos doutrinários, nada havendo consubstanciado em nossa legislação ou materializado na jurisprudência. A legislação é clara: não dispensa ulterior prolação de sentença e assegura a possibilidade de revogação da tutela antecipada a qualquer tempo pelo magistrado da causa, impondo assim o caráter provisória da liminar.

Do exposto, conclui-se possível se pretender algum tipo de medida satisfativa, que afaste o perigo de supressão total ou parcial do suporte fático que daria eficácia à futura sentença declaratória ou constitutiva. Ademais, conforme bem nos coloca Flávio Luiz Yarshell, “ sempre recorrendo ao raciocínio analógico de que se falou , a simples vedação à execução definitiva não impede que se antecipe efeitos da sentença...”<sup>39</sup>. Nessa proporção, embora decisões de cunho meramente declaratório, por exemplo, não ensejem a prática de atos de execução, nada obsta que seus efeitos finais sejam antecipados e efetivados. Os mecanismos para essa efetivação serão vistos mais adiante.

---

<sup>38</sup> GRINOVER, A. P.. Proposta de Alteração ao Código de Processo Civil – Justificativa. *Revista de Processo*. São Paulo, n.86, ano 22, p. 191-194, abr./jul. 1997. p.191. A autora sugere a inserção do seguinte parágrafo no texto do art. 273: §6º - *Concedida integralmente a antecipação dos efeitos da sentença e independentemente de sua execução, o juiz cientificará o réu, no mandado de citação ou pela imprensa, de que a falta de imputação converterá o provimento em sentença de mérito.*

<sup>39</sup> YARSHELL, op. cit., p. 177.

### 3.2 Eficácia condenatória

A ação condenatória tem por objetivo declarar a existência de um direito a um prestação e autorizar o desenvolvimento de atividades práticas para satisfazê-lo. O provimento condenatório, por si só, apenas declara a existência do direito, criando condições para sua execução. O bem ainda não foi outorgado jurisdicionalmente de forma objetiva, pelo que se exige uma atuação do poder estatal que dê providência satisfativa forçada – o processo de execução.

Uma importante ressalva, já anteriormente introduzida no princípio deste capítulo, diz respeito à eficácia declaratória proveniente de todas as espécies de tutela. Em todo o processo de conhecimento o órgão judicial procede um juízo declarativo, seja sobre a existência, seja sobre a inexistência do direito subjetivo pleiteado. Nas hipóteses de sentenças declaratórias e constitutivas, como visto anteriormente, a atividade judicial se limita ao provimento final, no qual será declarado ou constituído uma relação ou fato. Por seu turno, na sentença condenatória há um plus: primeiro ela declara o direito - assim como as outras espécies de tutela - e somente no momento seguinte impõe a prestação à parte, deixando pendente sua execução<sup>40</sup>.

Como já visto, portanto, diversos podem ser os efeitos de uma sentença, porém a concepção tradicional atem-se ao critério funcional predominante, definindo a decisão condenatória como sendo aquela que constitui um título executivo, autorizando a execução através de medidas sub-rogatórias, a serem obtidas em processo subsequente. Esse enfoque dado à ação condenatória reflete bem a deficiência desta forma de tutela, qual seja, tanto na necessidade de atos materiais posteriores para a concretização do direito, quanto de que tais atos se procedam somente em processo apartado<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Nesse sentido LUCON, op. cit., p. 115.

<sup>41</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos...*, p. 189.

A possibilidade de antecipação da tutela em sede de pedido de natureza condenatória, não enseja discussão. O mecanismo de antecipação do art. 273 do CPC, é de grande valia para a efetivação de direitos em ações condenatórias, uma vez que permite ao titular do direito exercê-lo imediatamente. Atente-se, em especial, para os exemplos de obrigações de dar, nas quais o provimento antecipatório origina um título executivo provisório, que permite ao autor ter seu direito satisfeito de maneira rápida e eficaz.

Nesse sentido, Paulo Lucon fala na chamada *condenação-execução sumária*<sup>42</sup>, exemplificando os casos de ação de alimentos, onde a concessão de liminar de pensão alimentícia provisória, possibilitaria ao magistrado, ainda na ação principal, utilizar-se de todos os mecanismos necessários à obtenção dos recursos, no patrimônio do alimentante, para custear os alimentos. Como pretende Lucon, “sempre que possível com a observância do contraditório, compete ao juiz conceber os meios executivos mais adequados a proporcionar a imediata satisfação, tais como bloqueio e entrega dos valores depositados em conta corrente.”<sup>43</sup>.

Por fim, cabe salientar que nas hipóteses onde for cabível a execução provisória da tutela antecipada (art. 588, do CPC), não será instaurado processo de execução a parte. A execução dar-se-á nos próprios autos da ação principal, o que corrobora para a promoção da satisfação do direito do autor no menor espaço de tempo possível. Ademais, como ressalta Lucon, “a justiça da decisão está sendo discutida no próprio processo de conhecimento em curso ou em recurso de agravo interposto pelo demandado...”<sup>44</sup>, daí a impossibilidade a interposição de embargos em sede de execução provisória.

---

<sup>42</sup> LUCON, op. cit., p. 273-274.

<sup>43</sup> Ibid., p. 274.

<sup>44</sup> MARINONI, *A antecipação de...*, p. 181 e 188.

Todas essas questões serão melhor elucidadas no capítulo IV, onde será tratado especificamente a execução provisória da tutela antecipada e sua aplicabilidade.

### 3.3 Eficácias executiva *latu sensu* e mandamental

Espécies advindas da classificação quintupla de Pontes de Miranda, as sentenças mandamentais e executivas *latu sensu* não encontram aceitação por grande parte da doutrina, que defende tratarem-se apenas de sub-espécies da sentença condenatória<sup>45</sup>.

Para aqueles que aceitam a autonomia dessas categorias, o provimento mandamental é entendido como aquele que contém uma ordem ao réu ou ao órgão ou agente estatal, a fim de que cumpra determinado comando judicial. O que diferencia esta espécie de eficácia das outras, é que no comando emergente constante da sentença mandamental, normalmente vem imposta uma medida coercitiva a ser aplicada no caso de descumprimento pelo demandado. Por conseguinte, esta categoria de provimento não exige a propositura de uma nova demanda de cunho executivo, haja vista que já contém os meios para o cumprimento do comando da decisão<sup>46</sup>.

O traço mais significativo das sentenças mandamentais, conforme salienta Eduardo Talamini é o de que “...contém ordem para o réu, a ser atendida sob pena de ser-lhe imposta alguma medida coercitiva (multa, prisão civil ...) e, mesmo, de

---

<sup>45</sup> É o que pretende MARINONI, L. G.. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2002. p. 106.

<sup>46</sup> vide TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres...*, p. 190-197.

se caracterizar crime de desobediência (grifo nosso).”<sup>47</sup> Melhor explicitando, trata-se de um comando dirigido ao demandado - seja ele órgão ou agente estatal, ou particular – ao qual estão atreladas medidas coercitivas e sancionatórias.

Em excelente estudo realizado acerca da tutela das obrigações de fazer e não fazer, aquele autor paranaense leciona sobre a diferenciação entre eficácia mandamental e eficácia executiva *latu sensu* da seguinte forma.

Tanto em sede de sentença executiva *latu sensu*, quando de sentença condenatória, a determinação jurisdicional enseja uma atuação executiva, que se efetiva sem a participação do sancionado. Vai daí afirmar-se que para a efetivação dessas decisões, faz-se uso de meios sub-rogatórios, – medidas que subsistem à conduta do réu- tais como penhora, expropriação, etc.

Por outro lado, prossegue o autor, quando tratamos de sentença de eficácia mandamental, o que ocorre não é a substituição da conduta do réu, mas sim a formulação de uma ordem ao demandado, a fim de que cumpra com sua obrigação, sob pena da aplicação de determinada sanção. Não há uma substituição da conduta do demandado por meios sub-rogatórios do Estado, mas sim a utilização de meios coercitivos para que o próprio réu cumpra a determinação legal<sup>48</sup>.

Ressalve-se que na hipótese de descumprimento do comando judicial, a busca pela efetividade da tutela não se restringirá à da aplicação das sanções previstas do provimento mandamental. A execução da ordem prosseguirá, agora não mais com a utilização de meios coercitivos, mas sim com meios sub-rogatórios, assumindo o Estado a conduta que deveria ser desempenhada pelo demandado.

A principal consequência desse entendimento, para o nosso estudo, reside justamente na possibilidade da aplicação de diversas modalidades de medidas

---

<sup>47</sup> TALAMINI, E.. Tutelas Mandamental e Executiva *Latu Sensu* e a Antecipação de Tutela *ex vi* do Art. 461, §3º, do CPC. In *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coord. WAMBIER, T. A. A.. São Paulo: RT, 1997. p. 139-140.

<sup>48</sup> Segundo Talamini, a eficácia mandamental está nas sentenças de procedência de mandado de segurança, no interdito probatório, na ação de manutenção de posse, dentre outras.

coercitivas, em sede de provimento antecipado de eficácia mandamental. Muitas delas estão expressas no texto legal, outras emergidas do poder de cautela do juiz; cite-se como exemplos a configuração de crime de desobediência, nos casos de descumprimento de decisão; a imposição de multa (art. 461, §4º do CPC); busca e apreensão; desfazimento de obras (art. 461, §5º), etc.

Já no tocante à eficácia executiva *latu sensu*, o segmento doutrinário que aceita sua autonomia defende tratar-se de categoria de sentença que não exige uma execução dependente da propositura de uma nova demanda, uma vez que o comando emergente da decisão realiza-se na própria relação jurídica processual em que foi proferido o ato decisório, sem a necessidade de instauração de um processo de execução<sup>49</sup>. Assim, ao contrário das sentenças mandamentais, as executivas *latu sensu* não contém ordem para que o réu faça, mas sim uma autorização para o órgão judicial executar (satisfazer) o direito independentemente da vontade do devedor.

Como ressalta Lucon, nos provimento de natureza executiva *latu sensu*, “O juiz, na própria sentença de procedência emite um comando, ordenando a realização de atos práticos e materiais a serem executados de imediato por auxiliares do Poder Judiciário, sem a necessidade de o demandante-exequente propor demanda executiva com a citação pessoal do executado.”<sup>50</sup> Destarte, o que distinguiria essa categoria de provimento da decisão puramente condenatória, prossegue o autor, seria a força a mais que aquela possui, permitindo ao juiz a dispensa da iniciativa da parte para o início da execução da tutela, partindo-se diretamente à determinação judicial da realização prática do comando emergente da sentença<sup>51</sup>.

Os principais exemplos de provimento de eficácia executiva *latu sensu* são as sentenças de procedência de ação de despejo e ações possessórias. Observe-se

---

<sup>49</sup> Assim elucida LUCON, op. cit., p. 160-162.

<sup>50</sup> LUCON, ibid., p. 161.

<sup>51</sup> Ainda LUCON, Id.

que como a execução dá-se diretamente nos autos da ação principal, são inadmissíveis os embargos à execução.

Para bem se compreender a importância deste rápido estudo sobre as categorias de eficácia, reporte-se às palavras de Humberto Theodoro Jr, segundo quem “Sempre, pois, que do possível acolhimento de uma demanda declaratória ou constitutiva for possível extrair uma pretensão executiva ou mandamental, haja ou não, cumulação de pedidos, é irrecusável a possibilidade de usar a antecipação de tutela, se presentes, naturalmente, os seus pressupostos legais.”<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> THEODORO JUNIOR, *Tutelas de urgência...*, p. 18.

#### 4. TUTELA ANTECIPADA EM OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER.

Como já incessantemente se tem estudado nos meios acadêmicos, o processo constitui o instrumento do poder jurisdicional para a realização de direitos. Daí se dizer que quando o demandante procura o Poder Judiciário para requerer a tutela de um direito seu, sua expectativa é a de vê-lo material e integralmente protegido. Nesse raciocínio, como um meio para o alcance de um fim, o processo somente atingiria completamente a finalidade a que se destina, quando propiciasse à parte resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas<sup>53</sup>.

Transpondo essas noções para o âmbito das obrigações, propiciar ao autor resultados idênticos implicaria satisfazer seu direito exatamente nos termos estabelecidos inicialmente à obrigação. No que concerne especificamente as obrigações de fazer e não fazer, sempre que o titular do direito conseguir obter, mediante a tutela jurisdicional, precisamente aquilo que ficou estipulado como obrigação original do devedor, tem-se aquilo que os juristas denominam tutela jurisdicional específica.

Cabe sempre lembrar a máxima apregoada há muito por Giuseppe Chiovenda, - rememorada em citação feita por Paulo Lucon - que em brilhante raciocínio acerca da função do processo, expunha que “na medida em que for praticamente possível o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo

---

<sup>53</sup> ZAVASCKI, T. A.. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. *In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coor. WAMBIER, T. A. A.. São Paulo: RT, 1997. p. 462. Daí dizer-se que o processo legal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou induzir a concretização do Direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação in natura.

aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter”<sup>54</sup>. Destarte, sempre que viável, e se assim o desejar o autor, deve o magistrado buscar realizar a tutela específica do direito.

A grande questão que aflige o operador do direito no campo da tutela específica, diz respeito a sua aplicação no âmbito dos deveres de fazer e não fazer. Diversamente das obrigações de dar, que incidem especificamente sobre coisas, bens, as obrigações de fazer e não fazer implicam diretamente um comportamento omissivo ou comissivo do obrigado. Diante dessa perspectiva, incontáveis serão os casos em que a tutela jurisdicional desejada pelo demandante mostrar-se-á impossível de se obter sem o concurso ou a participação do réu. É aí que surge o dilema do jurista, ou seja, como impor ao devedor que comporte-se de acordo com um dever obrigacional.

É bem verdade que, a princípio, negando-se terminantemente o obrigado a realizar a prestação devida, outra saída não restaria ao autor senão a de desistir da tutela específica e contentar-se com a conversão da obrigação original em perdas e danos. Contudo, se presentes os meios materiais e viável a obtenção da tutela específica, não haveria porque não se intentar primeiramente a sua realização, salvo vontade contrária do autor. Nesse sentido vale a autorizada palavra de Calmon de Passos, segundo quem “A execução específica é a prioritária e deve ser perseguida por todos os meios que a viabilizem, salvo livre opção feita pelo credor, no sentido de troná-la obrigação de responder pelas perdas e danos respectivos.”<sup>55</sup>

Não obstante os extensos estudos e a constante afirmação doutrinária da necessidade de se priorizar a tutela específica, associada à notória sensibilidade do legislador em disponibilizar mecanismos hábeis à realização da tutela objetiva (como veremos no decorrer desse capítulo); inúmeros serão os casos em que os poderes do magistrado para a imposição das diferentes modalidades de recursos

---

<sup>54</sup> Apud., LUCON, op. cit., p. 266.

<sup>55</sup> PASSOS, Calmon. *Inovações do Código de Processo Civil*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense: 1995. p. 52.

legalmente previstos (coercitivos ou sub-rogatórios) para a efetivação da obrigação, ficarão condicionadas à vontade do autor e a sua perspectiva de realização de seu direito, e é isso melhor será analisado nos itens que sucedem.

#### **4.1 A tutela específica em face das prestações fungíveis e infungíveis**

Antes de se passar a uma análise mais apurada dos mecanismos de efetivação da tutela antecipatória de prestação de fazer e não fazer, primeiro faz-se mister compreender em que circunstâncias é ou não viável a execução da tutela específica nessas modalidades de obrigações.

Como visto anteriormente, o cumprimento dos deveres de fazer e não fazer, na grande maioria dos casos, requer a participação do devedor. Entretanto, inúmeras também serão as hipóteses em que ante a negativa do réu, a obrigação poderá ser cumprida por terceiros. É justamente aí que entra a questão da classificação das obrigações em fungíveis e infungíveis. Senão vejamos.

Entendem-se por fungíveis as obrigações que por natureza, ou por disposição convencional, podem ser satisfeitas por terceiros alheios à relação obrigacional originária. Por outro lado, tem-se por infungíveis as prestações que somente possam ser satisfeitas pelo obrigado, seja em razão de suas aptidões ou qualidades pessoais, seja porque assim se convencionou ( art. 638 do CPC).

Nesse sentido veja-se aos ensinamentos de Calmon de Passos, no tocante à diferença entre prestação fungível e infungível:

Nestas o credor levou em consideração a pessoa do devedor, sua especial capacidade, chamadas, por isso mesmo de *intuitu personae*, para execução específica das quais os meios de sub-rogação se tomam inaplicáveis. Naquelas, o que se busca é uma utilidade ou um bem perfeitamente alcançável mediante atividade de terceiro, em perfeitas condições técnicas de atender a quantas especificações foram postas pelo credor no negócio jurídico que concluiu com o devedor inadimplente.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> PASSOS, op. cit., p. 53. Vide também nesse sentido CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 54-55.

Via de regra, conforme salienta Carreira Alvim, somente as prestações fungíveis não comportam execução específica<sup>57</sup>. Isso porque, se descumpridas pelo obrigado, nada impede que sejam executadas por terceiros. Assim sendo, indiferente o credor ao sujeito que realizará a prestação, restará ilidida a imprescindibilidade de tutela específica.

Por outro lado, prossegue aquele mesmo autor, a personalidade pela qual são atingidas as obrigações infungíveis, não permitem outra forma de execução que não a específica. É exemplo o caso de contrato feito com DJ de renome para que faça a remixagem de determinada música. Se tal prestação for atribuída a outrem, o credor não terá a certeza de ter o resultado final igual àquele que teria se fosse o obrigado quem cumprisse a prestação. Diante disso, outra alternativa não restaria ao autor senão a de converter a obrigação original em perdas e danos, o que comumente se faz ante a impossibilidade de tutela específica das obrigações infungíveis.

Importante, porém, as ponderações feitas pela doutrina, em especial Ada Pellegrini Grinover e Carreira Alvim, no que diz respeito à infungibilidade decorrente do próprio ordenamento jurídico, sendo o exemplo mais citado o da obrigação de prestar declaração de vontade. Trata-se verdadeiramente de fazer infungível, no qual é possível a obtenção de tutela específica através da declaração judicial substituindo aquela que deveria ter sido feita pelo devedor, sem o resultado perdas e danos<sup>58</sup>.

Não obstante válido o exemplo, nota-se que não possui corolário nos casos de provimento antecipatório, haja vista não ser cabível antecipação do efeito declaratório puro – como já anteriormente visto no capítulo 2. Em outras palavras, o que se conclui do caso acima apresentado é que embora haja a possibilidade de

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 59-61.

<sup>58</sup> GRINOVER, Tutela Jurisdicional... *Revista de Processo*. p.67; CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 134.

obtenção de tutela específica de obrigação de fazer ou não fazer infungível, nas hipóteses existente atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, isso somente seria possível através de sentença final, o que não interessa para esse estudo, uma vez que se está a tratar exclusivamente da tutela antecipatória.

Por fim, importante ressalva deve ser feita em relação à fungibilidade das prestações. À primeira vista ter-se-ia a impressão de que somente prestações infungíveis acabariam por ser convertidas em perdas e danos em razão de inadimplência do devedor. Contudo, não serão poucas as hipóteses em que mesmo um dever absolutamente fungível, como a construção de um simples muro de tijolos, terá seu objeto convertido no valor pecuniário equivalente, por total inviabilidade material do atingimento do resultado específico, como bem ilustrou Talamini<sup>59</sup>. É exemplo a hipótese em que devido ao descumprimento pelo réu da obrigação de construir barricadas para a retenção de porção de terra de sua propriedade, uma enxurrada arrasta o solo em suspensão que provoca a destruição de considerável parcela da casa de um vizinho. Evidentemente o desastre poderia ter sido evitado, porém agora naufragou a possibilidade de busca da tutela específica, uma vez que não há mais a necessidade de construção do muro de contenção, restando apenas a obrigação de reparação de danos.

Neste esteio, reza o §5º do art. 461 (com nova redação dada pela Lei 10.444/2002) que é lícito ao magistrado utilizar-se das medidas que compreender necessárias para a efetivação da “*tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente*”. Por conseguinte, não obstante a posição quase que unânime da doutrina no sentido de admitir como um dever do magistrado primar pela tutela específica da obrigação; a realização dessa meta dependerá de inúmeros fatores, em especial da fungibilidade da prestação, o que também acabará por determinar os mecanismos judiciais aplicáveis a cada caso.

---

<sup>59</sup> TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p 271.

## 4.2 Mecanismos sub-rogatórios e coercitivos de efetivação.

Para manter o império da ordem jurídica e garantir o cumprimento das determinações judiciais, o Estado na figura do magistrado pode valer-se de duas espécies de mecanismos legais: os meios coercitivos e os meios sub-rogatórios.

Entende-se por mecanismos de coerção aqueles que se apresentam como instrumentos intimidativos, exercendo influência sobre a vontade do obrigado, constringendo-o a cumprir com sua obrigação.

Por outro lado, compreende a doutrina como meios sub-rogatório, aqueles mediante os quais o Estado, seja mediante agentes oficiais, seja mediante terceiros particulares, atua substituindo o devedor, agindo sem a sua colaboração, e até mesmo contra a sua vontade, a fim de satisfazer o direito juridicamente antecipado.

O principal mecanismo de coerção previsto pelo CPC e mais cumumente utilizado na prática forense é a imposição de multa por dia ou ato de descumprimento; ao passo que os exemplos mais freqüentes de meios sub-rogatórios são a busca e apreensão de bens, a designação de terceiros para a realização de prestação, a remoção de pessoas ou coisas, o desfazimento de obras e acompanhamento de força policial; dentre outros elencados no §5º do art. 461 do diploma processual civil, recentemente alterado pela lei ordinária 10.444/2002.

Máxima atenção merece a afirmação doutrinária que assevera o nítido caráter exemplificativo do referido dispositivo legal; característica essa transparecida pela locução “*tais como*” trazida no bojo de seu texto.

Para acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu, os §§ 4º e 5º do art. 461 autorizam tanto o emprego de meios sub-rogatórios, quanto coercitivos. Não existe uma ordem prévia entre esses mecanismos, de maneira que nada obsta sua utilização de modo simultâneo, ou mesmo, ante a ineficácia de uma modalidade, de maneira subsequente. Nesse sentido, as autorizadas lições de Eduardo Talamini ao expor que “...nada obsta que, embora originariamente tendo sido adotado apenas um dos dois caminhos (só mandamento ou só a atuação substitutiva da

conduta do réu), o outro seja depois empregado, na medida em que o primeiro falhe.”<sup>60</sup>

Nesse ponto, porém, depara-se o operador do direito com uma importante questão de natureza procedimental. Como já visto anteriormente, é defeso ao magistrado promover a antecipação do direito, sem que haja expresso pedido prévio da parte interessada (art. 273, CPC). Contudo, a lei nada fala quanto à imposição *ex officio* de mecanismos de efetivação da tutela antecipada, exceto pelo §4º do art. 461 que autoriza o emprego de multa coercitiva com ou sem requerimento do autor. Assim sendo, resta a dúvida no tocante às outras modalidades de mecanismos de efetivação.

Com base no §1º do art. 461 que determina a conversão da obrigação em perdas e danos somente diante de pedido do autor, ou de comprovada impossibilidade de atingir-se tutela específica ou resultado equivalente; Zavascki sustenta a tese de que implícito ao pedido de antecipação de tutela específica de dever de fazer ou não fazer, haveria um requerimento do autor determinando ao juiz que se valesse de tantos quantos forem os meios possíveis e necessários à satisfação de seu direito<sup>61</sup>.

Em dissonância aparece a posição de Eduardo Talamini que, embora atente para a desvinculação do magistrado às medidas requeridas pelo autor, sustenta em contra partida ser conveniente que o juiz da causa mantenha constante diálogo com as partes. Assim, segundo esse autor, ante a omissão do autor na indicação das medidas que entende cabíveis, ou ainda quando as sugeridas na petição inicial pareçam inadequadas ao magistrado; deve este ouvir o requerente, como forma de compatibilizar as providências judiciais com os interesses da parte.

Embora válida a tentativa do professor paranaense em primar por um processo democrático, perceba-se que adiar a execução da tutela com o intuito de

---

<sup>60</sup> TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 281.

<sup>61</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 465. Utiliza-se o autor da expressão “poder executório genérico” do juiz.

viabilizar a manifestação das partes, poderia, neste caso, ocasionar ainda maior risco ao direito que já se encontra deveras ameaçado, já que prorrogaria ainda mais sua exposição às intempéries processuais e materiais.

Válido, portanto, o entendimento de Zavascki, com quem apenas não se pode concordar em um ponto. Não parece que a possibilidade de escolha pelo juiz dos mecanismos a serem utilizados, decorra de pedido implícito do autor, mas sim de verdadeiro poder-dever do magistrado de zelar pelo correto andamento do processo, pelo devido cumprimento das determinações judiciais e pela observância do princípio constitucional de tutela jurisdicional plena e eficaz (art. 5º, inc. XXXV). Nesse sentido Marinoni insurge-se, afirmando a não subordinação da tutela sumária às regras próprias do processo de execução, porquanto ao juiz atribuiria-se um amplo poder destinado à determinação dos meios executórios<sup>62</sup>.

Destarte, entendendo o juiz da causa haverem elementos suficientes para a concessão da tutela antecipatória requerida pelo autor, pode e deve o magistrado valer-se de todos os meios legalmente autorizados para satisfazer o direito antecipado e dar cumprimento ao provimento jurisdicional.

A principal expoente dos poderes executórios do juiz é a multa coercitiva, também denominada *astreintes*. Prevista pelo art. 461, §4º do diploma processual civil, determina o referido dispositivo que a imposição da referida pena pecuniária independe de pedido do autor. Assim, disciplinando com energia a imposição desse mecanismos coercitivo, o supramencionado texto legal preocupou-se em disponibilizar ao magistrado um importante meio de pressão sobre a vontade do obrigado, deixando-lhe a escolha entre cumprir a prestação ou arcar com as sanções pecuniárias pelo seu inadimplemento.

Que não se confunda, como adverte Talamini, multa contratual com multa coercitiva<sup>63</sup>. Tratam-se de mecanismos notoriamente distintos e autônomos,

---

<sup>62</sup> MARINONI, *A antecipação de...*, p. 180.

<sup>63</sup> TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 365. Assevera o autor que enquanto a multa contratual é um mecanismo de direito material, a multa meio jurisdicional coercitivo é um mecanismos de direito processual, destinado a garantir o cumprimento do ditame jurisdicional.

subsistindo um independentemente do outro; independência essa que propiciaria a fixação do *astreintes* existindo ou não multa convencional.

O mesmo se tem a dizer em relação às perdas e danos e à multa. Tratam-se de mecanismos com natureza e finalidades diferentes. Enquanto a primeira possui eminente caráter reparatório<sup>64</sup>, a segunda tem como fim imediato a coação psicológica. Assim, inobstante a multa também seja dirigida ao réu, nada impede que esse dois mecanismos sejam aplicados cumulativamente.

Por fim, uma última ressalva deve ser feita em relação aos poderes do magistrado para a fixação do *astreintes*. A especificação do valor da multa não é um ato arbitrário do juiz, onde esse estabelece como bem entende os limites da coerção patrimonial do devedor. Pelo contrário, ao fixar o *quantum* coercitivo, o magistrado deve ter em conta as condições econômicas do demandante. Como bem assevera Paulo Lucon, “A multa diária é instrumento acessório e legítimo de pressão psicológica para que o devedor cumpra suas obrigações. Isso significa que a multa deve ter um valor elevado para o demandado, porque seu escopo é apenas compeli-lo a cumprir a obrigação específica, e impedido de negar-se a cumprir a prestação.”<sup>65</sup>

Absurdo seria pensar, por exemplo, a aplicação de elevada multa a réu que não possui sequer condições financeiras de cumprir com a obrigação principal. Como bem coloca Talamini, a multa “...não é providência que se destine a penalizar o réu: o sacrifício que se lhe impõe não é castigo nem visa a sua educação; está instrumentalmente vinculado à perspectiva de cumprimento...”<sup>66</sup>.

Tanto é transparente a necessidade de forte fundamento racional e da observância estrita aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no

---

<sup>64</sup> Nesse sentido confira, dentre outros, GRINOVER, A. P.. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, nota 04, ao art. 84, p. 525; DINAMARCO, C. R.. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 159-160.

<sup>65</sup> TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 280.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 266.

momento da estipulação dos limites pecuniários ao *astreintes*, que o seu valor pode ser revisto inclusive em segundo grau de jurisdição; além de ser passível de modificação posterior pelo próprio magistrado da causa, seja para diminuir, seja para majorar, se entender aquele que por eventuais alterações nas circunstâncias do caso concreto, a multa tenha perdido seu caráter coercitivo, para adquirir parâmetros confiscatório, ou mesmo insignificantes.

Ademais, a multa somente deve incidir enquanto possível o cumprimento específico e espontâneo do devedor<sup>67</sup>.

Ocorre, contudo, que inúmeros serão os casos em que a constrição patrimonial não será a melhor alternativa para a satisfação do direito juridicamente antecipado. É, por exemplo, a hipótese de uma grande empresa de produtos químicos vem despejando resíduos tóxicos no leito de um rio vizinho às instalações da fábrica. Alternativa que provavelmente agilizaria a tomada de providências pela empresa ré seria a veiculação de informações em rádio e televisão do descumprimento das normas de preservação ambiental pela demandada; o que certamente teria maior força coercitiva que a multa, ante a comum preocupação comercial de manutenção do prestígio da empresa ante a concorrência e o mercado consumidor.

Faz-se mister, portanto, que antes de determinar os mecanismos de que fará uso, o magistrado faça uma análise esmiuçada, dentro das possibilidades de uma cognição sumária, optando pelo meio mais adequado a cada caso.

Efetivamente, a multa tem mostrado-se mecanismo eficiente na imposição de dever de fazer ou não fazer, seja ele fungível ou infungível<sup>68</sup>. Contudo, como já anteriormente ressaltado, ao juiz não estão disponíveis somente meios coercitivos para garantir a eficácia da tutela antecipatória, extraíndo-se do §5º do art. 461 do CPC um rol de medidas – meramente exemplificativo – que, se aplicadas,

---

<sup>67</sup> Vide TALAMINI, *Ibid.*, p. 259.

<sup>68</sup> Acerca da aplicação do *astreintes* tanto em sede de obrigação fungível, quanto de dever infungível, vide PASSOS, *op. cit.*, p. 60-63.

viabilizariam a produção de resultados práticos, independentemente da vontade ou colaboração do obrigado. Nas palavras de Dinamarco, “São medidas de apoio, a serem prudentemente desencadeadas pelo juiz em casos tão extremos quanto a gravidade de cada uma. Estas não são medidas de antecipação de tutela, mas de resguardo à eficácia das decisões judiciais.”<sup>69</sup>

Não raras serão as hipóteses em que o juiz da causa se valerá de medidas sub-rogatórias para satisfazer o direito do autor. Nas obrigações de fazer e não fazer, em especial, comum é a prática de incumbir terceiro à realização de tarefa para a qual o réu estava obrigado. Evidentemente estar-se-ia a falar de obrigações fungíveis.

A mais importante consideração a ser feita no tocante à utilização de terceiros para efetivação do provimento antecipatório diz respeito a sua contratação. O art. 634 e seguintes do CPC prevê a utilização de procedimento licitatório para a contratação daquele que prestará o serviço. Contudo, segundo o que determina os referidos dispositivos legais seria ir de encontro ao ideal de celeridade apregoado pelo instituto da tutela antecipada. Assim, em consonância com os fundamentos do instituto do art. 273 do CPC, validas são as sugestões dadas por Zavascki no sentido de disponibilizar-se ao magistrado duas alternativas: a) que o próprio juiz promova diretamente a contratação do terceiro, sem a necessidade de concurso público, ou b) que autoriza o credor a promover pessoalmente, ou mandar executar sob sua direção a prestação do fato<sup>70</sup>.

Além das hipóteses de utilização de terceiros como mecanismo de sub-rogação ao comportamento do réu, outra possibilidade é ventilada por Talamini<sup>71</sup> e diz respeito à viabilidade de nomeação de pessoa alheia para desempenhar funções de fiscalização, administração, prestação de informações ao juízo, dentre outros. Tratar-se-iam tão somente de hipóteses de sub-rogação, como também de

---

<sup>69</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 159.

<sup>70</sup> ZAVASCKI, op. cit., p. 477.

<sup>71</sup> TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 271.

utilização da atuação de terceiro como mecanismo de coerção para o cumprimento do dever originário pelo obrigado (ex. função fiscalizadora).

Por último, há ainda uma última medida que poderia ser aplicada na busca da efetivação da tutela antecipatória. Conforme bem salienta Kazuo Watanabe, em citação feita em artigo de Zavascki, "...o legislador, ao elaborar o art. 461, valeu-se da conjugação de diversas espécies de eficácias atribuíveis a decisões judiciais, especialmente a mandamental e a executiva *latu sensu*, visando com isso conferir maior efetividade à tutela jurisdicional..."<sup>72</sup>; de maneira que a execução específica ou obtenção do resultado prático equivalente poderia ser alcançado tanto através do provimento mandamental, quanto do provimento executivo *latu sensu*.

Admitida tal assertiva, não se poderia deixar de aventar a possibilidade de imposição de pena de prisão a quem descumprisse ordem judicial, com fulcro no art. 330 do Código Penal. Isso porquanto, como visto no capítulo 2, a eficácia mandamental pressupõe a imposição de ordem judicial cujo descumprimento ensejaria a configuração de crime de desobediência.

Efetivamente se estaria saindo da esfera civil de proteção ao provimento antecipatório, para recorrer a meios penais. Contudo, não se pode ilidir a possibilidade de utilização desses mecanismos, o que quer queira, quer não, não passaria de uma verdadeira medida coercitiva indireta, nas palavras de Zavascki<sup>73</sup>.

### **4.3 Hipóteses de cabimento do art. 461 em outras espécies de obrigações**

Já há muito vinha se falando na possibilidade de extensão dos vários mecanismos da tutela prevista no art. 461, do CPC, a outras espécies de deveres, onde o objeto não seja fazer ou não fazer, mas sim entrega de coisa ou pagamento de soma.

---

<sup>72</sup> Apud. ZAVASCKI, *ibid.*, p.478.

<sup>73</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 470.

Vale salientar que, em obediência ao princípio constitucional da devida tutela jurisdicional, não se pode afastar o direito do autor de obter aquilo e exatamente aquilo a que tem direito; daí a necessidade do primado da tutela específica também em sede prestações de dar. Veja-se o exemplo do autor que, por razões pessoais, não deseje ter a obrigação *in natura* convertida em perdas e danos, exigindo o cumprimento da prestação nos moldes originários. Estaria ele absolutamente desamparado ante a recusa do réu em entregar a coisa?

Veja-se, portanto, que os óbices de intangibilidade da vontade humana enfrentados em relação às obrigações de fazer e não fazer, não se restringem a essa esfera de prestações, pelo que a necessidade de preocupação com mecanismos de efetivação da tutela específica também no âmbito das prestações de dar.

Essas questões foram levadas a discussão, chegando inclusive a ser defendido por alguns autores a possibilidade de extensão das medidas de apoio previstas no art. 461, § 5º, também para outras espécies de obrigação.

Combativo a essa tese, Eduardo Talamini argüía em seu desfavor que a possibilidade de aplicação das medidas previstas no art. 461 a outras modalidades de prestação que não as de fazer e não fazer, estaria vedada por dois fatores. Primeiro pela inexistência de dispositivo legal que previsse tal aplicação e segundo pela distinção sistemática feita pela própria lei entre os regimes de tutela para os deveres de cada espécie, ao dispô-los em capítulos diversos, sendo defeso ao intérprete passar por cima de tal diferenciação<sup>74</sup>.

O legislador, porém, teve a sensibilidade de cuidar daquelas situações fáticas sem resposta jurídica plausível, criando um prolongamento ao art. 461, do CPC, qual seja o art. 461-A<sup>75</sup>, instituído pela Lei 10.444, no qual regulamenta-se a

---

<sup>74</sup> TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 472-474.

<sup>75</sup> Dispõe o art. 461-A, criado pela Lei 10.444: *Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. §1º. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha: cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. §2º não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou imissão de*

aplicação dos mecanismos de busca e apreensão e imissão de posse às obrigações de entrega de coisa, assim dispondo em seu §3º: *Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.*

Mas o legislador foi além, propiciando também ao operador do direito, através do §3º, do art. 461-A, a aplicação dos dispositivos dos §§1º a 6º do art. 461 às hipóteses de ação cujo objeto seja entrega de coisa; em especial o §5º, que confere ao magistrado vastos poderes de escolha e aplicação dos mecanismos que entender necessários para a efetivação do provimento antecipatório.

Como bem conformou Wambier, “Em boa hora, estendeu-se o regime das ações de conhecimento, que têm em vista obter a prestação *in natura* relativamente às obrigações de fazer e não fazer, às obrigações de entrega de coisa (art. 461-A, §3º).”<sup>76</sup> Verdadeiramente, tais alterações destruíram uma boa parcela do muro legal que existia inviabilizando a tutela específica; não restando dúvidas de que o legislador aproveitou-se dos dispositivos e meios legais já existentes para expandir as possibilidades de tutela específica, assegurando a observância do princípio constitucional da tutela jurisdicional ampla e eficaz.

Valem, contudo, as ressalvas feitas em relação à adequação entre os mecanismos de execução do direito que se busca tutelar. Não obstante tenha havido uma verdadeira integração entre os artigos 273 e 461 do CPC, de muito ainda dependerá a efetividade da tutela da correta aplicação das medidas legais.

A multa judicial prevista no §4º, do art. 461, por exemplo, que vinha sendo defendida por alguns autores, dentre os quais Marinoni, como possível de imposição como meio de coerção ao cumprimento da prestação pecuniária<sup>77</sup>, ainda

---

*posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. §3º. Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.*

<sup>76</sup> WAMBIER, L.R.; WAMBIER, T. A. A., op. cit., p. 115.

<sup>77</sup> MARINONI, *A antecipação de...*, p. 187-189. Com fundamento no pensamento de Taruffo, segundo quem a melhor e mais ágil via de execução, quando se deseja o adimplemento voluntário, é a indireta.

merece as mesmas ressalvas feitas anteriormente à Lei 10.444. Ora, como coerentemente emerge-se Talamini, a extensão de multa para essas hipóteses enfrenta a dificuldade da perda da eficácia prática, uma vez que, nas palavras daquele autor, “...recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria exeqüível através daquele mesmo modelo inefetivo.”<sup>78</sup>

Contudo, esse desafortunado caso de utilização de meio coercitivo para efetivação de obrigação de entregar quantia, não ilide a possibilidade de aplicação dos diferentes meios exemplificativamente elencados no art. 461, §§4º e 5º do CPC, para se dar cumprimento a provimentos antecipatórios de outras naturezas que não as de fazer e não fazer. Exemplifique-se o caso de recusa do réu de entrega do bem, que em virtude do novo art. 461-A, §2º, poderia ser objeto busca e apreensão ou imissão de posse, mas que também pode agora, pela aplicação extensiva conferida pelo §3º desse mesmo dispositivo, dar causa à aplicação do *astreintes* como meio de coerção à entrega do bem<sup>79</sup>.

Efetivamente, a Lei 10.444 ampliou imensamente o âmbito de aplicação dos mecanismos de efetividade da tutela antecipatória previstos no Código de Processo Civil, porquanto requer-se uma atenção redobrada do operador do direito no instante de sua aplicação, a fim de que efetivamente possam cumprir seu papel de instrumentos para a realização do direito.

---

<sup>78</sup> TALAMINI, *Tutela relativa aos...* p. 470.

<sup>79</sup> Essa hipóteses já era admitida por Talamini anteriormente à nova lei, porém com a ressalva da imprescindível alteração legislativa para a sua viabilização formal (TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 472).

## 5. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA TUTELA ANTECIPADA – ART. 588.

Abre-se este último capítulo fazendo importante ressalva no tocante à expressão “execução da tutela antecipada”, de que trata o artigo 273 do CPC e que não é propriamente execução no sentido técnico do processo. Na realidade, seu significado está associado à realização prática da tutela, alcançável por ordens ou mandados emanados do órgão judicial e de modo compatível com a instante necessidade de prevenção do dano. Nessa ordem de idéias, conforme salienta Humberto Theodoro Jr., a execução de que se cogita para justificar a antecipação de tutela, é a que se entende no sentido mais amplo do termo, não se confundindo, por isso, com aquela com restrito significado de atuação judicial da força do título executivo *strictu sensu*<sup>80</sup>.

Assim sendo, ao falarmos em execução da tutela antecipada, estamos nos referindo, mais precisamente, a seus mecanismos de efetivação, ou seja, aos atos materiais praticados a fim de se evitar o dano, sejam eles executórios (insertos no procedimento de execução) ou não. Nesse sentido, o próprio artigo 273, com nova redação dada pela Lei 10.444/2002, ao tratar da “execução” da tutela antecipada, utilizou-se da expressão “*no que couber e conforme sua natureza*”, consagrando assim a preocupação do legislador em adequar os mecanismos de efetivação do direito – sejam eles atos executórios ou não – às necessidades específicas de cada modalidade de antecipação de tutela, proporcionando ao autor aquilo e exatamente aquilo a que tem direito.

O art. 588 do diploma processual civil estabelece diversas diretrizes à execução da tutela antecipada. Contudo, mesmo uma análise superficial de seus

---

<sup>80</sup> THEODORO JUNIOR, *Tutela jurisdicional de...*, p. 50.

incisos permite-nos extrair o cunho eminentemente patrimonial desse dispositivo. Passando por aspectos da responsabilidade objetiva do autor e processo de liquidação dos eventuais prejuízos, chegando a tratar da problemática do caucionamento da execução e da alienação de bens, dentre outros aspectos; o referido artigo versa quase que exclusivamente sobre questões pecuniárias. Conclui-se de tal que embora sua aplicação possa se estender à totalidade das antecipações de tutela, ainda assim seu foco situa-se nos deveres de dar quantia, sejam eles decorrentes da obrigação principal, ou advindas de medidas alternativas de coerção ou sub-rogação aplicadas judicialmente para a efetivação da tutela. Tanto assim o é que a Lei 10.444 acrescentou o art. 461-A ao diploma processual civil, dispondo expressamente acerca das obrigações de entrega de coisa.

Assim sendo, sempre que for utilizada a expressão “execução provisória”, estar-se-á tratando precipuamente dos casos de antecipação de tutela que ensejem execução por quantia, ao passo que “execução de tutela antecipada” se remeterá a qualquer mecanismo de efetivação do direito antecipado não previsto no art. 588 do CPC.

Feitas as devidas ponderações, há que se voltar agora para as hipóteses de incidência do art. 588, do Código de Processo Civil.

A execução provisória prevista pelos art. 273, §3º e 588 do CPC, consiste, em síntese, na aplicação, com ressalvas, dos mecanismos inerentes ao processo de execução, como meios a efetivação da tutela antecipada. Não é denominada provisória por que no futuro será substituída pela execução definitiva, mas sim porque está fundada em título provisório, ou seja, suscetível de modificação - seja por eventual recurso, seja por posterior revogação na própria causa em andamento.

Como bem salienta Paulo Lucon<sup>81</sup>, a provisoriedade refere-se exclusivamente ao atributo do título ou da situação substancial, haja vista que

---

<sup>81</sup> Nesse sentido Marinoni expõe em poucas palavras o fundamento da provisoriedade da execução da tutela antecipada, afirmando que “O título é provisório enquanto a cognição não é definitiva, razão pela qual podemos falar de execução (completa ou incompleta) fundada em título provisório, ou de execução (completa ou incompleta) fundada em cognição exauriente mas não definitiva...” (MARINONI, *Tutela antecipatória, julgamento...*, p. 194). Nesta senda, vide

advém de um processo cognitivo sumário e não exauriente de concessão de tutela antecipada - o que afasta a certeza jurídica necessária à constituição do título definitivo<sup>82</sup>.

Importante ressalva feita por Marinoni merece exposição. Elucida o autor paranaense que, não obstante haja distinção entre execução provisória e definitiva, os atos executivos praticados em qualquer uma delas irão alterar a realidade física, não podendo, portanto, serem classificados como provisórios. O exemplo mais evidente é o da penhora, que mesmo efetuada em sede de execução provisória é ato executório eminentemente definitivo, não sendo posteriormente substituído por uma eventual “penhora definitiva”.<sup>83</sup>

Diante de tal constatação, muito se poderia questionar acerca da segurança jurídica frente a promoção de atos definitivos com base em cognição não exauriente. Essa questão, contudo, parece já ter sido claramente elucidada pela doutrina, senão vejamos:

Paulo Lucon, em seu estudo sobre a eficácia das decisões e sua forma de executoriedade, ressalta que o fim da execução provisória é a defesa do direito atual. Conforme exponencia o autor, em citação a Chiovenda, ela não antecipa a atuação prática da vontade da lei, mas permite a atuação prática da atual vontade da lei, mesmo que esta não venha a coincidir com aquela aferida após cognição exauriente e definitiva<sup>84</sup>. É evidente que há um verdadeiro rompimento do dogma do *nulla executio sine titulo*<sup>85</sup>, justificado, porém, pela necessidade de agilização da tutela, que por versar sobre situações de urgência não poderia submeter-se às

---

também, SILVA, ° A. B. da. *Do Processo Cautelar*. 2ª edição: Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999. p. 18-20.

<sup>82</sup> LUCON, op. cit., p. 228.

<sup>83</sup> MARINONI, *Tutela antecipatória, julgamento...*, p. 190.

<sup>84</sup> Apud., LUCON, op. cit., p. 158.

<sup>85</sup> Nesse sentido, acrescenta Marinoni que “...o provimento sumário, por sua própria essência, não constitui título executivo. O título executivo, na sua tradição, supõe a existência de um direito “certo”, enquanto o provimento sumário, como o seu próprio nome indica, tem em seu

delongas do processo executivo. Nesse sentido, Carreira Alvim chega até mesmo a falar em *executividade intrínseca* do provimento de antecipatório<sup>86</sup>, concluindo tratar-se de atributo que permite a imediata efetivação da decisão, sem a necessidade de abertura de uma ação de execução.

Essa possibilidade de satisfação imediata do direito criada pelo legislador, nada mais faz do que viabilizar ao operador jurídico o meio empírico de realização da pretensão da parte. O magistrado abandona a posição de mero anunciador do direito, para tomar em mãos a responsabilidade pela efetivação da tutela jurisdicional, fazendo valer a máxima apregoada já há muito por Liebman, segundo quem a função de toda a tutela jurisdicional consiste em satisfazer uma pretensão e não simplesmente em julgá-la<sup>87</sup>.

Destarte, ainda que o título provisório não tenha o requisito certeza jurídica, posto que esta depende de cognição exauriente ou de confirmação por ato jurisdicional hierarquicamente superior, a execução da tutela dar-se-á da mesma maneira. Em outras palavras, como brilhantemente sintetiza Dinamarco, em citação feita por Lucon, "...entende o legislador que vale a pena a produção de efeitos externos ao processo decorrentes do título por assim dizer provisório, pois as vantagens obtidas na grande maioria dos casos têm muito mais significado social que eventuais males sofridos em casos proporcionalmente reduzidos".<sup>88</sup>

Em última análise, por não estar atrelado a nenhuma forma de cognição, o título executivo, seja ele provisório ou definitivo, simplesmente integra as condições de procedibilidade para o desencadeamento de atos práticos e materiais que viabilizarão a outorga do bem da vida<sup>89</sup>. Dessa maneira, proferida decisão

---

*conteúdo apenas a probabilidade da existência do direito*". (MARINONI, *A antecipação de...*, p. 178).

<sup>86</sup> CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 214. Utiliza-se de tais termos para indicar a aptidão de produzir efeitos imediata e diretamente na esfera de autonomia do réu.

<sup>87</sup> Ad tempora.

<sup>88</sup> Apud., LUCON, op. cit., p. 299.

<sup>89</sup> Vide nesse sentido, LUCON, op. cit., p.229, onde o autor elucida que o mito da *nulla executio sine titulo* deve ser redimensionado. Título deve designar todo o ato jurídico adequado

provisória por meio de cognição não exauriente, interposto ou não contra ela recurso, seus efeitos desde logo poderão ser sentidos pelas partes.

### **5.1 A execução provisória e seus novos limites legais ante a Lei 10.444.**

Consoante depreende-se da sistemática do ordenamento processual civil pátrio, ao juiz é vedado inovar no sentido de permitir a execução provisória em outras hipóteses que a lei expressamente não permita, ou negá-las quando a norma expressamente as prevê. O Código de Processo Civil estabelece os limites da executoriedade provisória em seus artigos 273<sup>90</sup>, §3º e 588<sup>91</sup> do CPC, com nova redação dada pela lei ordinária 10.444/2002.

---

para determinar a realização de direitos, seja mediante execução por quantia certa, de entrega de coisa ou de obrigação de fazer ou não fazer. Portanto o importante aqui não é a certeza do direito, mas a presença de um título capaz de produzir efeitos externos.

<sup>90</sup> *Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou; II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas revistas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.*

<sup>91</sup> *"Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução; III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. § 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte.*

Primeiramente, é mister fazer uma breve diferenciação entre execução provisória e execução incompleta, de maneira tal que posteriormente se possa ter uma melhor compreensão do assunto abordado neste item.

Entende-se por execução incompleta ou truncada, aquela que não permite atos de alienação de domínio, nem tampouco o levantamento de depósito em dinheiro sem prévia caução. É denominada incompleta justamente por não permitir atingir o fim precípuo do procedimento de execução, que nada mais é senão a satisfação do direito do autor.

Até a chegada da lei 10.444/2002, o Código de Processo Civil de 1973 previa uma execução provisória nitidamente incompleta, obstando o levantamento, sem a prévia caução, de quantia depositada em juízo e impedindo a realização de atos de alienação de domínio. Em virtude de tais limites a doutrina já vinha se manifestando insatisfatoriamente. A exemplo, asseverava Marinoni<sup>92</sup> que a exigência de não consumação de atos que importassem alienação do bem (art. 588, II), tornava a execução provisória completamente inócua. Em verdade, o credor não obtinha praticamente vantagem nenhuma com sua pressa e todo o cuidado tido pelo legislador ao instituir requisitos para a concessão de tutela antecipada, acabavam tornando-se imprestável pela perda da satisfatoriedade e tomada do caráter meramente acautelatório no momento de sua execução<sup>93</sup>.

---

*somente nessa parte ficará sem efeito a execução. § 2o A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.*

<sup>92</sup> MARINONI, *A antecipação de...*, p. 180. Nesse trecho, o autor paranaense assevera que a execução imediata da tutela antecipatória deve ser regra imprescindível para que o autor não seja prejudicado pelo tempo da justiça. Porém de nada adianta falar em distribuição do tempo do processo e de execução imediata, se na maioria das vezes, esta é incompleta.

<sup>93</sup> Em complemento, pensamento de Lucon, segundo quem. “antecipar atos de execução sem propiciar a satisfação significa não antecipar qualquer tutela” (LUCON, op. cit., p. 273). Já antes da Lei. 10.444, esse autor defendia a possibilidade de prosseguimento com a execução até a alienação da coisa, se assim fosse preciso para a satisfação de grande necessidade do exequente., argumentado que Se a execução provisória do valor do bem for de grande necessidade para o exequente, tal como ocorre em alguns casos de concessão de tutela antecipada, podem ocorrer duas situações: se já se conhecer o valor do bem, os atos executivos poderão desde logo iniciar-se; caso contrário, será necessária a liquidação por meio de arbitramento.

Contudo, os clamores da doutrina e da jurisprudência, que já há muito vinham defendendo a possibilidade de execução completa fundada em cognição sumária, tendo por exemplo típico a imissão de posse, acabaram se materializando na alteração do art. 588, inciso II do CPC, passando este a regular uma execução provisória, em regra, completa; com ou sem o prévio caucionamento pelo autor (inc. II e §1º art. 588).

Vale salientar que a nova redação do art. 588 não extingue a possibilidade de execução incompleta. Existirão casos, como será analisado posteriormente, em que carência de recursos ou a própria opção do autor, o levarão a não constituir a caução legalmente exigida; hipóteses, dentre outras, em que ficaria vedada a alienação do bem, permanecendo a execução obstada até a garantia do juízo (a questão da caução será melhor analisada no item 4.3).

Ao que tudo indica, porém, de maneira geral a lei 10.444 retirou da execução provisória o caráter meramente preparatório, ou quando muito, preventivo ou acautelatório, que não lhe permitia a plena realização do direito, mas apenas a reserva do bem constricto para a futura satisfação do exequente, que só viria com trânsito em julgado da decisão de mérito<sup>94</sup>. Tal inovação não somente veio atender ao anseio por um processo mais célere e efetivo, como também aproximou ainda mais atividade jurisdicional de seu escopo precípua de satisfação do direito.

Além dos supramencionados limites de execução incompleta que, em determinadas hipóteses, poderão ainda ser aplicados a tutela antecipada; outro óbice ainda recai sobre a execução provisória, qual seja, o da imprescindibilidade do requisito da liquidez da condenação; que permanece não obstante o ordenamento processual civil ter afastado a máxima do *nula executio sine titulo*, prescindindo a necessidade da certeza do crédito.

---

<sup>94</sup> Nesse sentido vide LUCON, op. cit., p. 365.

Nos dizeres de Humberto Theodoro Jr., ilíquida é a decisão que não fixa o valor da condenação ou não lhe individua o objeto<sup>95</sup>. São exemplos de provimentos ilíquidos a tutela antecipada que condena o réu ao cumprimento de obrigação alternativa; a aplicação de multa sem a correta precisão do *quantum* sancionatório; a condenação ao pagamento de alimentos provisionais sem sua devida quantificação.

Para que o provimento liminar possa ser corretamente executado, faz-se mister que a decisão que o concedeu tenha corretamente individuado a obrigação cabível ao demandado. Ocorre, porém, que em determinados casos tal pormenorização pode não ser possível antes de um processo de liquidação. É exemplo o provimento que antecipa o direito à indenização, a fim de custear cirurgia imprescindível à sobrevivência do autor; ou ainda a hipótese em que a obtenção do *quantum* advindo da conversão da obrigação em perdas e danos, ainda em sede de tutela antecipada, seja imprescindível à subsistência do autor, requerendo a imediata apuração dos valores.

Paulo Lucon sugere que a liquidação seja feita mediante a técnica de arbitramento<sup>96</sup>, hipótese que, se aceita, dar-se-ia nos próprios autos da ação principal. Contudo, parece gritante a incompatibilidade do procedimento liquidatório com o anseio de urgência na proteção do direito. Expor desnecessariamente o autor à liquidação de seu direito, certamente multiplicaria irremediavelmente o risco de dano e aumentaria consideravelmente a possibilidade de ineficácia da tutela antecipatória. Assim, embora a grande maioria dos autores sequer faça menção à necessidade de certeza do pedido para a concessão do provimento antecipador, parece imprescindível ao deferimento e posterior exequibilidade da tutela, que esta tenha seu objeto corretamente individuado.

Ainda na esfera da problemática de apuração do valores, dúvida pode surgir acerca dos casos onde seja necessária a alienação de bem do devedor, agora

---

<sup>95</sup> THEODORO JUNIOR, *Curso de Direito...*, p.79.

<sup>96</sup> LUCON, op. cit., p. 367.

autorizada pela Lei 10.444. Novamente, em atendimento aos princípios da celeridade e efetividade que norteiam a tutela jurisdicional de urgência, prejudicial seria ao direito do autor, expor o bem penhorado ao demorado procedimento de avaliação pericial. Defendem, então, alguns autores, dentre os quais Paulo Lucon, a possibilidade de avaliação feita apenas de maneira instrumental, ou ainda nem feita, se o autor puder dar valor estimado razoável à coisa.

Por fim, vale lembrar que, constituindo-se as providencias do inciso II e §2º do art. 588, atos de natureza executória, tais como penhora, avaliação, arrematação, dentre outros, caberá também a execução provisória da tutela antecipada a observância dos princípios gerais que norteiam o processo de execução, tais quais, o de que toda a execução é real; tende apenas à satisfação do direito do credor e precisa ser útil a este; deve ser econômica e específica e deve respeitar a dignidade humana do devedor, observando os meios menos gravosos a este<sup>97</sup>.

## **5.2 Hipóteses de cabimento da execução provisória**

Um dos principais problemas que envolvem a tutela antecipatória refere-se a qual caminho processual deve ser seguido no momento de sua efetivação. Não cabe expor novamente as posições doutrinárias acerca da admissão dos mecanismos alternativos de efetivação previstos pelo art. 461 do CPC, uma vez que o estudo mais apurado de tais questões já foi feito no capítulo anterior. Contudo, sempre que do processo de conhecimento resultar - quer por condenação, declaração ou constituição - dever de pagar, advenha ele de conversão em perdas e danos, de cominação de multa, de necessidade de custeio da cumprimento da prestação por terceiros, em suma, de qualquer obrigação cujo objeto seja pecuniário; sua execução obedecerá, como já visto, a regra do art. 588, inciso II do CPC.

Não obstante o referido dispositivo estabelecer parâmetros bem definidos à execução provisória, permanece ainda uma lacuna na consecução do direito antecipado. O art. 588 apenas delimita a esfera de execução, mas não especifica quais atos devem ou não ser praticados, por exemplo, para a alienação do bem.

Regra geral, quando a obrigação é pecuniária, o diploma processual civil determina os meios do artigo 646 e seguintes, para sua execução; é a denominada Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente prevista no Livro II, Título II, Capítulo IV, do CPC. Entretanto, a urgência de que se cerca a tutela antecipada, impede ao autor que aguarde ainda mais pela realização do procedimento expropriatório daqueles artigos; pelo que sua aplicação iria de encontro aos princípios e anseios que fundam o provimento antecipatório. Nesse sentido valem as lições Eduardo Talamini, segundo quem “A antecipação da tutela pressupõe urgência e a ‘execução por quantia certa’ em seus moldes tradicionais é avessa à urgência.”<sup>98</sup>

Assim sendo, seria um contra-senso pretender que sempre a obtenção do numerário junto ao réu seguisse o processo de execução monetária. Destarte, o que muito se vem apregoando é a possibilidade de utilização de outros mecanismos, tais como o bloqueio de valores depositados em bancos em nome do demandado, ou a apreensão das receitas por ele geradas, dentre outros<sup>99</sup>, para custear a realização do direito judicialmente antecipado. É o que ocorreria, por exemplo, na hipótese de alimentos provisionais, onde a urgência para a obtenção dos recursos não permitiria espera tão longa para a penhora, avaliação e arrematação do bem do devedor<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> THEODORO JUNIOR, *Curso de Direito...*, p. 10-12.

<sup>98</sup> TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 291. Vide também MARINONI, *A antecipação de...*, p.186.

<sup>99</sup> Nesse sentido, TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 291.

<sup>100</sup> Novamente lembra Marinoni que “...que o art. 273 nada diz a respeito dos meios de execução (...) A falta de previsão dos meios de execução da tutela antecipatória não deve ser interpretada como um recado no sentido de que a tutela antecipatória de soma deve se submeter, sempre, e necessariamente, à execução por expropriação, já que o silêncio do legislador não pode

Outra hipótese comum em sede de execução de obrigação de fazer ou não fazer, é a possibilidade de sua prestação por terceiro do dever descumprido pelo obrigado. Determina o §7º, do artigo 634, do diploma processual civil, que ao credor caberá adiantar as quantias exigidas pelo terceiro para a execução da obra, contudo, não poucas seriam as hipóteses em que a falta de recursos impediriam o autor de promover a satisfação de seu direito. Conclui-se, portanto, que a aplicação desse para a tutela do direito do credor, produziria uma única eficácia jurídica, residente na proteção jurisdicional à prática de atos que interferissem na esfera de direitos do réu; o que muito deixaria a desejar em relação à execução de provimentos antecipatórios.

Para solucionar esse impasse, com base no princípio da tutela jurisdicional plena e adequada trazido a lume pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal vigente, a doutrina tem apregoado a utilização dos mais diversos mecanismos, visando obter o numerário necessário à consecução da obra, sem que para isso seja preciso lesar o patrimônio do autor. Para tanto, os autores fazem uso inclusive do próprio artigo 461, §5º do CPC, que ao facultar ao magistrado a utilização de todos os mecanismos necessários para a obtenção do “resultado prático equivalente”, justificaria a adoção de todos os mecanismos legalmente admissíveis para a obtenção do numerário necessário para custear a efetivação da tutela antecipada<sup>101</sup>.

Neste ponto, vale lembrar o que já foi mais aprofundadamente estudado quando da análise das obrigações de fazer e não fazer (capítulo 3). A escolha e aplicação dos mecanismos de execução do provimento antecipatório não estão vinculadas ao requerimento do autor, de maneira que, se assim entender o magistrado, é possível a utilização de todos os meios juridicamente possíveis para a realização do direito, inclusive a execução de medidas para que desde logo se

---

ser interpretativo de modo a conduzir a um resultado contrário a um princípio constitucional”. (MARINONI, *ibid.*, p. 186).

<sup>101</sup> Nesse sentido, vide TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 291.

obtenha junto ao patrimônio do réu, os recursos necessários à efetivação do direito<sup>102</sup>.

Outra questão corriqueiramente ventilada, diz respeito à natureza da execução da multa aplicada a título de *astreintes* e ao momento processual para o início de sua efetivação. Para melhor serem abordados esses problemas, primeiramente faz-se mister atentar para a discussão doutrinária que envolve a finalidade do *astreintes*.

Como visto anteriormente, quando concedida a tutela antecipatória, é possível a fixação de multa por tempo ou ato de descumprimento de obrigação. De acordo com a opinião de prestigiados juristas tais como J. E. Carreira Alvim<sup>103</sup>, a multa judicial teria natureza essencialmente cominatória, servindo para resguardar a autoridade do juiz e não o direito pretendido pelo autor. Assim, funcionando como verdadeiro castigo ao réu pelo descumprimento da ordem judicial, os valores provenientes da incidência do *astreintes*, permaneceriam exequíveis independentemente de posterior sentença de improcedência do pedido.

Outro porém é o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco<sup>104</sup>, segundo os quais embora não se possa ilidir a eminente função de promoção da efetividade da decisão judiciária, não há no ordenamento jurídico brasileiro a contemplação do *contempt of court*<sup>105</sup>, pelo que a multa judicial serviria precipuamente como mecanismo para a imposição do cumprimento de determinada obrigação, preponderando sobre ela o caráter coercitivo. Assim sendo, advindo posterior decisão final que não reconhecesse o direito jurisdicionalmente antecipado, o crédito derivado da multa que eventualmente incidisse deveria ser

---

<sup>102</sup> Veja-se lições acerca da autonomia do magistrado em TALAMINI, *ibid.*, p. 292–293..

<sup>103</sup> CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 109 e 114.

<sup>104</sup> GRINOVER, *Código Brasileiro de...* nota 4 ao art. 84, p. 525 e CANDIDO, *op. cit.*, p. 159.

<sup>105</sup> Lecionam acerca dessa matéria, dentre outros, MARINONI, *A antecipação de...*, p. 167; LUCON, *op. cit.*, p. 279.

desconstituído, cabendo ao autor restituir os valores ao réu, sob pena de caracterização de enriquecimento ilícito<sup>106</sup>.

Observe-se que admitida a natureza cominatória do *astreintes*, automaticamente estar-se-ia concordando que os valores dele advindos teriam de ser revertidos em favor do Estado, uma vez que este seria o principal lesado pelo comportamento afrontoso do devedor. Contudo, o a reversão dos valores da multa judicial se dá em favor do autor; de modo que outra não poderia ser a conclusão senão de que a legislação nacional recepcionou o *astreintes* como medida eminentemente coercitiva.

Tal conclusão também se confirma até mesmo pela legitimação atribuída por lei para a execução do *quantum* advindo da multa judicial. Ora, se esses valores tivessem de ser destinados ao Estado, somente a este caberia a execução do devedor para o pagamento da multa. Entretanto, pelo diploma processual civil, será dever do autor, e beneficiário, a promoção dos atos judiciais necessários à obtenção desses valores no patrimônio do réu.

Ressalte-se novamente que, seguindo esta linha de raciocínio, o autor responde objetivamente pela devolução das quantias pagas pelo devedor, em caso de sentença que declare a improcedência do pedido inicial, o que exalta ainda mais o caráter provisório da execução do *astreintes*.

Superada essa questão, fica fácil tomar partido na discussão que se trava acerca do momento processual para a execução do *astreintes*, aplicado em sede de tutela antecipada. Senão vejamos.

Uma primeira corrente, representada pelo pensamento de Cândido Dinamarco, dentre outros, entende que a multa somente poderia ser cobrada a partir da preclusão da sentença ou da decisão interlocutória que o deferiu, justificando tal entendimento pela inerente provisoriedade da tutela antecipada que, podendo ser revogada a qualquer tempo antes da prolação da sentença,

---

<sup>106</sup> Vide nesse sentido, MARINONI, *Tutela Inibitória*, p181-183; TALAMINI, *Tutela referente aos...* p. 254; e LUCON, op. cit., p. 279.

poderia prejudicar desnecessariamente o réu, e ate mesmo o bom andamento do processo<sup>107</sup>.

Já uma segunda corrente doutrinária defendida, dentre outros, por Paulo Lucon e Eduardo Talamini<sup>108</sup>, assevera a exigibilidade da multa desde o momento de sua incidência, mediante o mecanismo da execução provisória. Efetivamente, melhor razão cabe a esses autores.

Ora, se da obrigação original protegida pela tutela antecipatória cabe execução provisória, seria um contra senso impedir-se a exigibilidade imediata da obrigação pecuniária secundária gerada pela incidência da multa. Ademais, conforme assevera aquele autor paranaense, uma vez que o próprio recurso de agravo de instrumento cabível contra a decisão que deferiu a liminar, como regra geral, não possui o efeito suspensivo (art. 497, CPC); ilógico seria postergar a execução da multa somente para após o transito em julgado da sentença final.

Nessa linha de pensamento, prescindir a cobrança do *astreintes* do término da ação, significaria retirar-lhe quase que em sua totalidade sua força de coerção psicológica. Destarte, uma vez ciente o réu de que uma eventual sentença de improcedência eximiria-o tanto do cumprimento da obrigação, como do pagamento da multa; veria-se o obrigado munido de forte motivo para prosseguir com sua inadimplência<sup>109</sup>. Vai daí a imediata exigibilidade do *astreintes* ser solução muito mais compatível com o regime de urgência da tutela antecipada<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> DINAMARCO, op. cit., p.160.

<sup>108</sup> Segundo Talamini, seria possível sua exigibilidade assim que eficaz a decisão que a impôs, ou seja, quando não sujeita a recurso com efeito suspensivo. Destarte, como da decisão interlocutória concessora da tutela antecipada cabe agravo e este recurso, como regra geral, não é dotado de efeito suspensivo, a multa desde logo seria exigível. (TALAMINI, *Tutela referente aos...*, op. cit., p. 158).

<sup>109</sup> Neste sentido Talamini cita o entendimento de Cândido Dinamarco, o qual afirma que as multas somente podem ser cobradas a partir da preclusão da decisão interlocutória que a concede; antes sempre sendo possível a supressão do *astreintes*. TALAMINI, *Tutela relativa aos...*, p. 159.

<sup>110</sup> Talamini defende inclusive ser possível cobrança parcial das multas que já incidiram. (TALAMINI, *ibid.*, p. 267).

Nesse sentido, complementa Lucon que “na execução provisória da tutela antecipada das obrigações de fazer e não fazer, é possível a execução provisória da multa prevista no art. 461, §4º, do Código de Processo Civil, até porque, entendimento contrário, em muitos casos tornaria sem qualquer eficácia a tutela antecipada nesses casos.”<sup>111</sup>

Ressalva seja feita ao art. 12, §2º da Lei 7347/85, que dispõe sobre a exigibilidade de multa cominada em sede de ação civil pública, para somente após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor. Pela análise deste dispositivo, poder-se-ia pensar na sua aplicação analógica para as demais hipóteses de *astreintes* em sede de tutela antecipatória. Contudo, socorre-nos as regras fundamentais de hermenêutica jurídica, que vedam expressamente ao intérprete restringir aquilo que a lei não restringiu. Em outras palavras, valem novamente as lições de Paulo Lucon<sup>112</sup>, ao asseverar a impossibilidade de se estender regra restritiva específica de uma modalidade de ação, à generalidade de ações onde é cabível a referida medida coercitiva.

Por fim, vale lembrar que contra a decisão que antecipou o direito cabe agravo de instrumento, o qual poderá ser recebido em seu duplo efeito, se assim entender o relator (art. 558, CPC). Destarte, se aplicado o efeito suspensivo ao recurso, ficará limitada a execução provisória, seja da tutela antecipada, seja de eventual multa judicial, podendo vedar a prática de atos de expropriação, ou impor para tal o prévio caucionamento, o que será visto logo em seguida.

### **5.3 A Lei 10.444 e a problemática da caução idônea**

Determina a nova redação do inciso II, do art. 588 do Código Processual Civil, alterado pela Lei 10.444/2002, que nos casos onde houver risco de dano de difícil ou impossível reparação, levantamento de depósito ou alienação de bem, ao

---

<sup>111</sup> LUCON, op. cit., p. 367.

juiz impõe-se o dever de exigir caução idônea do autor para efetivar a execução da tutela antecipada. A regra geral, portanto, é de que não se exigirá caução quando a execução provisória não provocar dano ao executado.

Entende-se por caução idônea 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>113</sup>. Nota-se que a relação entre a caução e o provimento antecipatório é de caráter instrumental negativo, posto que impede efeitos danosos decorrentes da injustiça da tutela antecipada. Trata-se, portanto, de legítimo instrumento de contrapeso ou *contracautela*, como denominou Chiovenda, com o nítido escopo de assegurar a responsabilidade objetiva do autor em caso de dano ilegítimo ao réu.

Não obstante a caução seja um dos principais mecanismos para se evitar a irreversibilidade da tutela provisória, inúmeros serão os casos onde a proteção patrimonial será deixada de lado em homenagem a direitos mais importantes, tais como o direito à vida ou à dignidade da pessoa humana, levando consigo a exigência da prestação da referida medida assecuratória pelo autor.

Veja-se a hipótese, por exemplo, de tutela antecipada de obrigação alimentícia, que já a muito vinha sendo resguardada pelos tribunais, prescindindo de prévio caucionamento para sua execução. O motivo parece mais do que óbvio, já que a caução é absolutamente incompatível com a condição de quem necessita urgentemente de recursos para poder sustentar condições mais elementares de saúde, alimentação, etc<sup>114</sup>. Nesse sentido também pendeu o legislador ao acrescentar ao art. 588, o §2º, que assim estatui: “*A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade*”.

---

<sup>112</sup> LUCON, op. cit., p. 368.

<sup>113</sup> Nesse sentido, WAMBIER, *Breves comentários...*, p. 217.

<sup>114</sup> Tratam dessa matéria, dentre outros, MARINONI, *A antecipação de...*, p. 199; LUCON, op. cit., p. 270.

Contudo, fica difícil sustentar essa tese quando não se está diante de obrigação alimentar. Dita o texto legal do inciso II, do art. 588 que *o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprio autos da execução*<sup>115</sup>.

Não obstante a rígida transparência da norma, ao estabelecer como dever a exigência de contracautela; defensável ainda seria a tese da inexigibilidade da caução em hipóteses outras que não as do §2º, do art. 588. Verificando o magistrado que a caução será ônus por demais pesado para a parte, a fim de evitar seja frustrada a efetividade do provimento; com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, poderá o juiz dispensar a parte da contracautela. Nesse sentido, antes mesmo da promulgação da Lei 10.444, assim lesionava primorosamente Sérgio Bermudes, citado por Reis Friede, expondo que “...a caução, que é obrigatória na execução provisória da sentença, não o é na execução do provimento antecipado; tudo dependerá do caso concreto, sendo impossível traçar um critério a priori aplicável a todas as hipóteses”<sup>116</sup>.

Para melhor elucidar o processo de ponderação e convencimento a que se sujeita o magistrado, propõe Paulo Lucon a aplicação do trinômio exigibilidade-suficiência-qualidade. Segundo essa tríplice valoração, pela exigibilidade deveria o magistrado observar as possibilidades do credor, não podendo se chegar a situações extremas tais como a de exigir caução do demandante vencedor que não tenha condições de solvabilidade suficientes para prestá-la; pela suficiência, o juiz deveria assegurar que no caso de revogação do provimento jurisdicional, hajam meios de o recorrente ver-se reintegrado de seu bem, ou indenizado adequadamente pelos valores correspondentes a este ou às prestações realizadas; e, por último, pela qualidade a escolha da modalidade de garantia (pignoratícias,

---

<sup>115</sup> Grifo nosso.

<sup>116</sup> Apud., FRIEDE, Reis, *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar*: à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil. 4ª edição, Belo Horizonte: Del Rey: 1998. Também nesse sentido, LUCON, op. cit., p. 206.

hipotecárias ou bancárias), que deve ser feita de maneira a propiciar o meio mais idôneo para os fins a que se destina.

A apreciação da exigibilidade da contracautela, entretanto, não se resume apenas à possibilidade do primado de determinados direitos materiais sobre a proteção patrimonial. É aceito pela doutrina também os casos em que o autor recubra-se de direito processual a ver sua pretensão imediatamente satisfeita, sem a necessidade de apresentação de contracautela pecuniária de sua parte. É o caso da hipótese cogitada por Luiz Guilherme de abuso de direito de defesa. Expõe esse autor que diante da grande probabilidade de reconhecimento final do pedido do autor, a exigência da caução poderia ficar a critério do juiz<sup>117</sup>.

Questão processual que também se observa, são as hipóteses de contestação parcial, sobretudo quando a parte incontroversa da demanda esteja relacionada a valor pecuniário. Nessas hipóteses, o recentíssimo §6º, acrescentado ao art. 273 do CPC, prevê a concessão de antecipação de tutela para direito que verse sobre a parte incontestada da lide. Na visão de Lucon<sup>118</sup>, contudo, para esses casos desnecessária seria a exigência de cautela pelo juízo concessor, devendo partir-se diretamente para a execução da tutela antecipada.

Em verdade, a grande questão reside na confrontação de valores que deverá ser feita pelo magistrado no momento de exigir a contracautela. Não se trata de tarefa fácil, contudo é mister que se faça um juízo apurado sobre as condições de cada parte e das circunstâncias que as envolvem, tendo como norte os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e distribuição equânime dos ônus processuais; para somente aí decidir-se acerca de a qual direito deverá ser dada a preferência da tutela pela denegação ou concessão do provimento antecipatório e posterior especificação dos limites de sua executoriedade provisória.

---

<sup>117</sup> Vide MARINONI, *A antecipação de...*, p. 206.

<sup>118</sup> LUCON, *op. cit.*, p. 257.

## 6. CONCLUSÃO

Incontestemente, nos dias de hoje, a importância do instituto da antecipação de tutela ante o anseio por uma tutela jurisdicional eficaz dos direitos. Por muito tempo, porém, o legislador exitou em estabelecer mecanismos hábeis a propiciar a efetiva realização do direito provisoriamente reconhecido. Em verdade, o temor da intromissão do Estado na relações particulares e na esfera de autonomia dos direitos do indivíduo, levado pela especial aversão dos juristas à criação de situações fáticas irreversíveis, a partir de decisões fundadas em cognição sumária e não exauriente, por longo tempo deu margem a um processo ineficaz, descredibilizando o próprio aparelho judiciário.

Contudo, aos poucos juristas, doutrinadores e legisladores deram-se conta da injustificada importância extrema que se vinha dando ao direito de propriedade, em sacrifício dos muitos outros direitos fundamentais. A partir dessa nova visão, criaram-se diversos mecanismos legais, concebidos especialmente para conferir efetividade à tutela antecipada e que, num sem número de casos, satisfizeram a finalidade para os quais foram criados.

Não obstante isso, a realidade está em constante mudança, originando novas situações a cada dia, que requerem uma resposta rápida e eficaz do judiciário. Vislumbra-se, então, a necessidade de uma adaptação e aperfeiçoamento daqueles mecanismos, a fim de que não percam sua capacidade de consecução de seus fins.

Nesse trabalho, buscou-se fazer uma breve incursão pelos principais problemas enfrentados pelos juristas na execução do provimento antecipatório e cujas principais conclusões expomos agora de maneira tópica:

1. O problema da efetividade principia-se no próprio instante do deferimento da tutela. O Código de Processo Civil não especificou a fase

---

processual exato para a sua concessão, contudo o que se observa é que a escolha incorreta do momento, pode determinar sobremaneira os reflexos práticos da decisão antecipadora. A exemplo as ponderações feitas acerca dos provimentos liminares.

2. Somos contrários à tese de antecipação de tutela em sede de sentença, porquanto prejudicaria não somente o direito ao segundo grau de jurisdição, como também poderia retirar do autor a possibilidade de execução provisória do direito, viabilizada pela sentença confirmatória da decisão que antecipou a tutela e da qual não cabe mais apelação com efeito suspensivo, segundo a redação do inciso VII, do art. 520, do Código de Processo Civil.

3. A concessão da decisão antecipadora do direito deve obedecer ao *due process of law*, uma vez que o instrumento e o instante de seu deferimento pode influenciar decisivamente na efetividade do provimento jurisdicional.

4. A problemática da efetivação desses provimentos de urgência passa também pela aplicação das medidas de apoio. A principal questão aventada nessa área diz respeito à busca pela tutela jurisdicional específica do direito. O Estado detém o monopólio da jurisdição, daí constituir um dever seu promover a realização do direito da parte nos moldes a que esta tem direito. Com base nesse raciocínio, conclui-se que o magistrado está vinculado ao pedido do autor, de maneira que requerendo este a efetivação do seu direito nos moldes originários da obrigação, é dever do juiz, dentro do possível, buscar a satisfação desse pedido.

5. No tocante à tutela específica, as prestações fungíveis e infungíveis geram maior controvérsia. Em princípio, as obrigações infungíveis não comportam outros meios de execução que não os coercitivos; ao passo que nas obrigações de natureza fungível a escolha do mecanismo pelo magistrado dependerá especificamente do pedido do autor, já que esse pode exigir a realização da prestação *in natura*.

6. O juiz, contudo, não está adstrito aos mecanismos de execução do provimento de urgência sugeridos pelo demandante, pelo que poderá valer-se de todas as medidas legalmente previstas para a realização do direito tutelado.

7. Não existe uma ordem prévia entre os meios coercitivos e os subrogatórios, podendo serem aplicados conjuntamente; subsequentemente ou isoladamente, conforme a necessidade se apresentar.

8. A Lei 10.444/2002 ampliou muito a esfera de aplicação das medidas previstas no art. 461, viabilizando, inclusive a utilização dos recursos previstos nos §§4º e 5º desse dispositivo, também às obrigações de entrega de coisa, agora reguladas pelo recentemente implementado art. 461-A, todos do Código de Processo Civil Brasileiro.

9. Defendemos, inclusive, a extensão dos recursos dispostos no artigo 461, do CPC, também para as hipóteses de obrigações de pagar, evidentemente quando cabível.

10. A reconhecida eficácia mandamental que pode se atribuída à decisão que defere a tutela antecipada, autoriza também o magistrado a utilizar-se da prisão civil por crime de desobediência como meio coercitivo, em determinados casos.

11. A análise das possibilidades de efetivação da tutela antecipatória estendem-se também aos mecanismos previstos pela execução provisória do artigo 588, do CPC. A nova redação dada a esse dispositivo pela Lei 10.444/2002, permite agora que os atos executórios cheguem até a expropriação do bem, atendendo aos antigos reclames por uma execução provisória completa, que realmente satisfizesse o direito antecipado.

12. A urgência ensejadora do provimento antecipatório autoriza também a utilização de meios para a obtenção do numerário diretamente no patrimônio do autor, sem que para isso seja preciso seguir o procedimento do artigo 646 e seguintes do CPC; sendo possível, inclusive, o bloqueio de valores na conta bancária do autor.

13. O mesmo também seria possível nas hipóteses de cumprimento da obrigação por terceiros, onde o magistrado poderia buscar recursos diretamente no patrimônio do reclamado, a fim de custear a obra e remunerar o obreiro.

14. Antes de exigir-se a contracautela do reclamante para a execução do direito antecipado, deverá o magistrado fazer uma análise acerca das condições econômicas daquele e da capacidade financeira de ambas as partes para comportar os eventuais prejuízos advindos da execução provisória, tendo como ponto orientador o princípio da distribuição equânime do ônus da demora do processo.

16. Deve-se sempre ter em mente o primado dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, dentre outros importantes direitos fundamentais, em detrimento da proteção ao direito de propriedade; contraposição essa análise que não pode se restringir às hipóteses objetivadas no §2º do art. 588, referentes a execução de prestação alimentícia, devendo ser estendida a todos os casos de aplicação do art. 588, quando cabível.

17. A multa judicial aplicada como medida de coerção ao cumprimento de obrigação, deve comportar execução provisória imediata, a partir do momento de sua incidência, sob pena de se estar retirando sua força coatora.

18. Por fim, é dever do magistrado primar pela satisfação do direito do autor, na medida em que esse tiver direito. Para tanto, poderá valer-se de todos os mecanismos legalmente previstos, observadas as peculiaridades de cada espécie de obrigação e a relação necessidade-utilidade. Em verdade, a variedade de medidas coercitivas e sub-rogatórias previstas na legislação, requer uma atenção maior por parte do operador do direito, que sempre deverá ter por norte os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e do devido processo legal, sob pena de ele mesmo ser o responsável pela inefetividade do provimento antecipatório.

19. É dever do magistrado abandonar a posição de mero anunciador do direito, para tomar em mãos a responsabilidade pela efetividade de suas decisões.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

COSTA DIAS, Carlos Alberto da. Liminares: Poder Discricionário ou Vinculado? *Revista de Processo*. São Paulo, n. 79, ano 20, p. 233-240, jul./set. 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996.

FRIEDE, Reis, *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar: à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil*. 4ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GALLI, Leandro. Antecipação dos efeitos da tutela e satisfatividade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 767, ano 88, p. 17-45, setembro de 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 749-756.

\_\_\_\_\_. Proposta de Alteração ao Código de Processo Civil – Justificativa. *Revista de Processo*. São Paulo, n.86, ano 22, p. 191-194, abr./jun. 1997.

\_\_\_\_\_. Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e não fazer. *Revista de Processo*. São Paulo, n.79, ano 20, p. 65-76, jul./set. 1995.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme *A antecipação da tutela*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2ª edição, São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 741, ano 86, p. 77-87, julho 1997.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª edição, São Paulo: RT, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. *Revista de Processo*. São Paulo, n.86, ano 22, p. 24-34, abr./jun. 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. Atualidades sobre o Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.749. ano 87, p. 58-64, março 1995.

PASSOS, Calmon. *Inovações do Código de Processo Civil*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 748, ano 87, p. 32-46, fevereiro 1998.

\_\_\_\_\_. *Do Processo Cautelar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Tutelas Mandamental e Executiva *Latu Sensu* e a Antecipação de Tutela *ex vi* do Art. 461, §3º, do CPC. In *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coor. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Vol. 2: Processo de Execução e Processo Cautelar.

\_\_\_\_\_. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 763, ano 88, p. 13-21, maio 1999.

\_\_\_\_\_. *Tutela Jurisdicional de Urgência: Medidas cautelares e antecipatórias*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001

TUCCI, Rogério Lauria. Tutela Antecipada Liminarmente. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 781, ano 89, p. 95-108, novembro de 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª edição, São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 1997.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, no sistema do CPC. *In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coor. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. *In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coor. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 1997.