

ROSANGÊLA BUZZI

BREVES CONSIDERAÇÕES DA TUTELA ANTECIPADA

**Monografia apresentada para obtenção
do título de Especialista em Direito
Processual Civil, no Curso de Pós-
Graduação em Direito Processual Civil,
Instituto de Ciências Jurídicas /
Universidade Federal do Paraná.**

CURITIBA

2001

RESUMO

Apresenta o trabalho um instituto criado com a Reforma do Código de Processo Civil, a tutela antecipada. Vista como o meio rápido e prático para o autor ver seu direito garantido, ela serve para resolver a lentidão do Judiciário. Concede a antecipação os efeitos da sentença para o autor que apresentar os requisitos exigidos pela legislação. Discorre sobre os requisitos legais exigidos, a irreversibilidade, a revogabilidade e o momento processual para a sua concessão. Análise dos aspectos comuns e dos aspectos que diferenciam a tutela antecipada da tutela cautelar e apresenta sucintamente sua concessão ou não contra a Fazenda Pública.

~~24~~

ABSTRACT

This paper presents an institute created by the Reform of the Brazilian Civil Process Code, the anticipatory tutela. It is seen as the fastest and the most efficient way for the petitioner to guarantee his right. It is used to resolve the slowness of the law system. It gives the anticipation of the effects of the judicial sentence to the petitioner who demonstrates the requirements asked by law. It explains the requirements needed such as irreversibility and revocability, and the correct moment for its concession. The paper analyses the similarities and differences between the anticipatory tutela and the caution. It also presents its concession or not against the Public Treasury.

✱

INTRODUÇÃO

O tempo é um dos grandes adversários do tão almejado ideal de efetividade do processo. É no fator tempo x rapidez que o jurisdicionado defronta-se com o maior obstáculo à consecução de suas pretensões, talvez o principal ponto de estrangulamento do Poder Judiciário Brasileiro.

Com a Reforma do Código de Processo Civil, uma de suas mais importantes alterações foi a criação da figura da Tutela Antecipada, com o intuito de promover a agilização, a desburocratização e a presteza na prestação jurisdicional, ou seja, a efetividade do processo.

Apresenta-se aqui, a Tutela Antecipada, de maneira concisa, mas clara, para o leitor averiguar os pontos principais deste instituto.

A tutela antecipada, por apresentar provisoriedade e basear-se numa cognição sumária, chegou a ser confundida por alguns como uma espécie de tutela cautelar, gerando distorções de seu cabimento, afinal ambas tem por escopo agilizar a prestação jurisdicional. Diante disto, apresenta-se neste trabalho os pontos comuns e diferenciais destes dois institutos para que não parem mais dúvidas a respeito.

Em seguida, e por último, faz-se uma breve abordagem da tutela antecipada em face à Fazenda Pública. Assunto este, ainda, discutido pelos doutrinadores que apresentam alguns, a possibilidade de sua concessão contra o Poder Público e outros não.

BREVES CONSIDERAÇÕES DA TUTELA ANTECIPADA

Antes mesmo da lei 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273, do CPC, já era possível em casos específicos, a antecipação da providência que se buscava, como nos casos de pedido de liminar de reintegração de posse (art. 928, CPC) e no caso da venda antecipada de bens penhorados, se sujeitos a deterioração ou se tal venda representasse vantagem (art. 670, CPC).

A nova redação do art. 273, do CPC, com o advento da lei 8.952/94, afirmou e regulou sistematicamente, o uso do instituto da antecipação da tutela, até então empregado em casos excepcionais.

Eis o novo texto:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

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

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

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

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

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

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

A antecipação da tutela é uma inovação no processo civil brasileiro, pois permite ao juiz, quando presentes os pressupostos do *caput*, e caracterizadas uma das situações do incisos, seja dado o provimento ao demandante sem ter ocorrido ainda a cognição exauriente, definida como aquela que o juiz realiza quando analisa material fático e jurídico da lide posta em questão da forma mais profunda possível.

Este instituto veio, sem sombra de dúvida a calhar, pois o excessivo formalismo do procedimento ordinário dilata o processo, postergando a prestação jurisdicional, hoje fator de perturbação da paz social. Temos ainda, para agilizar a prestação jurisdicional os procedimentos sumários e especiais, onde há uma simplificação do procedimento.

A antecipação da tutela é uma forma de agilização processual, não violando princípio fundamental, atendendo aos princípios do processo, desde que aplicada respeitando às condições e requisitos impostos pela legislação pertinente.

A doutrina tem entendido que a natureza da tutela antecipada nada tem de cautelar, visto que, esta é preventiva, não decidindo o mérito da lide, mas assegurando a efetividade do resultado final do processo principal, e aquela, no entanto, é satisfativa, realizando de imediato a pretensão e incidindo sobre o próprio direito pleiteado satisfazendo-o provisoriamente.

Da leitura do artigo 273, do CPC, extrai-se os requisitos para a concessão da tutela antecipada, quais sejam:

- a) requerimento da parte: não podendo ser de ofício;
- b) existência de prova inequívoca;
- c) convencimento do juiz quanto à alegação ser verdadeira e o direito legítimo;
- d) haver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
- e) restar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A exigência da prova inequívoca deve ser entendida com a necessidade do convencimento do juiz da verossimilhança da alegação, pois se entendida de forma separada ter-se-á uma contradição, já que a prova inequívoca é prova certa, sem possibilidade de erro ou incerteza sobre o que se busca e a verossimilhança é simples aparência da verdade.

O juiz utiliza-se, assim, do juízo da probabilidade, onde a prova inequívoca e verossimilhança da alegação são as evidências que o direito da parte vai ser concretizado ao final da demanda, não sendo, verdade absoluta que poderá ser desmentida no transcorrer do processo, mas que já autoriza a antecipação da tutela a favor do direito mais provável, satisfeitos os demais requisitos. E, esta probabilidade há de ser intensa, capaz de induzir a identificação plena entre probabilidade e verossimilhança.

A constatação da verossimilhança e demais condições que autorizam a antecipação da tutela dependerá, sempre, de um *juízo de delibação*, nos moldes análogos ao formulado para fins de

verificação dos pressupostos da medida liminar em feitos cautelares ou mandamentais. Esse juízo consiste em valorar os fatos e o direito, certificando-se da *probabilidade* de êxito na causa, no que pode influir a natureza do fato, a espécie de prova (prova preconstituída), e a própria orientação jurisprudencial, notadamente as súmulas. (J. E. CARREIRA ALVIM, 1999, p. 109)

“A esta altura, pode-se concluir que, diante de uma alegação, a *verossimilhança* se assenta num juízo de *probabilidade*, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes).” (J. E. CARREIRA ALVIM, 1999, p. 112)

O juiz precisa se convencer não da verossimilhança da alegação, mas sim da probabilidade da procedência da causa. Convencido do provável resultado, ele pode antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

Ao indicar as razões de seu convencimento, o juiz deve incursionar no campo do direito material. Não precisa escrever um tratado sobre a matéria, já que a decisão da tutela é provisória, fundada na prova inequívoca do ato produzida pelo autor.

“No *juízo equilibrado* a ser feito para evitar a transferência para o réu dos problemas do autor, o juiz levará em conta o modo como a medida poderá atingir a esfera de direitos daquele, porque não lhe é lícito *despir um santo para vestir outro*. O grau de probabilidade de existência do direito do autor há de influir nesse juízo, certamente.” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, 1998, p. 147)

Mesmo o magistrado convencido de que a causa será julgada procedente, só deve antecipar a tutela quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art.273, I e II, do CPC).

Receio fundado não provém de temor subjetivo da parte, mas sim de dados concretos, devendo ser cristalinamente demonstrado, sendo objeto de prova suficiente para autorizar o juízo da verossimilhança. O receio traduz a preocupação de um dano que ainda não aconteceu, mas que prestes a acontecer, deve ser fundado, ou seja, vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, demonstrando que a não concessão da tutela dará ensejo à ocorrência do dano, e que este será irreparável ou de difícil reparação. Haverá, por parte do magistrado, cognição exauriente da alegação, não podendo se valer, apenas, de apreciação sumária do alegado.

O abuso do direito de defesa acontece quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, de forma infundada. Ocorre com a prática de atos indevidos e desnecessários no curso do processo.

O manifesto propósito protelatório é qualquer outro ato, não relacionado à contestação, que tenha por fim retardar o processo.

“A partir da reforma, o processo deixa de servir à parte que *não tem razão* (no caso, o réu), pondo-se a serviço daquela que *provavelmente tem razão* (no caso, o autor), proporcionando-lhe a obtenção da tutela jurisdicional por antecipação.” (J. E. CARREIRA ALVIM, 1999, p.126)

Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade (art. 273, §2º, do CPC). O direito do réu à reversão do provimento é preservado, caso seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento final da lide.

A tutela concedida poderá ser revogada (art. 273, §4º, CPC) mediante decisão fundamentada, a qualquer tempo, verificando, o magistrado a ocorrência de novos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor que o levem à convicção de que a prova inequívoca ou o *periculum in mora* não mais existem.

A medida pode ser revogada ou modificada de ofício por decisão posterior, devidamente fundamentada. A parte poderá requerer a revogação ou modificação, o que será submetido à apreciação do juiz, que deverá formar seu convencimento sobre o pedido, deferindo-lhe ou negando-lhe o pedido. A decisão que concede ou denega a medida, como toda decisão interlocutória, desafia agravo de instrumento, havendo o prazo para a parte impugnar a decisão. Entretanto, tal preclusão não atinge o juiz, que a qualquer momento pode convencer-se da conveniência ou não da medida.

Quanto ao momento processual para a antecipação da tutela a lei nada estabeleceu.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2000, p.8) explica de uma forma bastante clara sobre o momento processual:

O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela. Poderá tal ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar ulteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória.

Mesmo após a sentença e na pendência de recurso será cabível a antecipação de tutela, caso em que a medida será endereçada ao tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os seus pressupostos.

Da mesma forma, se o juiz de primeiro grau a indeferir, a parte poderá manejar o agravo de instrumento e, de plano, terá condições de obter liminar junto ao relator, se puder demonstrar a urgência da medida e a configuração de todos os seus pressupostos legais.

A antecipação de tutela não se confunde com liminar que, rigorosamente, é qualquer ato do juiz tomado no início do processo, inclusive indeferimento da inicial.

A tutela liminar é o provimento do juiz tomado no início do processo (*in limine litis*), como a medida concedida *inaudita altera parte* no processo cautelar e no processo possessório; mas também será liminar o provimento, quando o juiz determinar a emenda da inicial ou a indeferir. Não será liminar se a medida for concedida após a audiência de justificação. A antecipação de tutela nem sempre será através de liminar e a liminar nem sempre será antecipação de tutela. O rito estabelecerá quando poderá haver concessão de liminar.

A liminar, através da qual o juiz concede a tutela antecipatória, é exequível, ou seja, pode dar origem a um processo de execução. A lei determina, porque faz menção ao art. 588, II e III, que a execução seja provisória ou incompleta e que não se exija prestação de caução pelo requerente. Por extensão, pode-se aplicar o art. 811, do CPC, para os casos em que o requerente que obteve a liminar perca a ação. Trata-se pois de responsabilidade objetiva, cuja aferição independe quer de culpa, quer de dolo. Na execução provisória cabe penhora, portanto, cabem embargos.

ASPECTOS COMUNS E DIFERENCIAIS DA TUTELA ANTECIPADA E DA TUTELA CAUTELAR

O entendimento dominante é de que tutela antecipada e tutela cautelar não se confundem. No entanto, encontra-se também alguns aspectos comuns.

O caráter da provisoriedade, que ambos possuem. Provisórios pois podem ser modificados ou revogados a qualquer momento e, ainda, devendo aguardar a decisão final (sentença) do processo.

O aspecto sumário da cognição (*sumaria cognitio*) onde, quando o juiz ao apreciar o pedido, levará em conta a aparência do direito pleiteado.

Faz-se presente o juízo de aparência, posto que, em ambos os casos, o juiz não está dizendo o direito, não está definindo a questão. De acordo com as circunstâncias que lhe são apresentadas, está decidindo de forma provisória.

A possibilidade de reversibilidade, revogabilidade e modificabilidade também são encontradas nos dois institutos.

E, por fim, vistos serem concedidos mediante *sumaria cognitio* não fazem coisa julgada material.

O ponto central de diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada reside na diferença de função e de objetivos.

A tutela cautelar é preventiva, visando garantir o resultado útil do processo principal, não decidindo o mérito. Ela não será definitiva ou satisfativa, pois deverá ser fiel ao seu fim específico que é o da mera conservação de um estado de coisas. Apresenta como características:

a) instrumentalidade: significa que a cautelar não tem um fim em si mesma, é um meio para que se efetive o objetivo da prestação jurisdicional;

b) referibilidade a um processo principal e a dependência.

A cautelar é uma ação, autônoma, possui custas, termina com uma sentença, da qual cabe recurso, podendo ser intentada antes de existir o processo principal. Pode ocorrer na execução. Tem como pressupostos específicos o *funus bonis juris* e o *periculum in mora*. Pode ser concedida de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

A tutela antecipada é satisfativa, realizando de imediato a pretensão. Dá-se mediante simples decisão interlocutória, não se formando autos apartados, cabendo agravo. Ocorre no processo de conhecimento e é concedida somente com requerimento do autor. Tem a mesma natureza da decisão definitiva. A antecipação da tutela dá-se para resguardar o receio de dano irreparável.

TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A questão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, apresenta grande controvérsia entre os doutrinadores, sendo possível ou não sua aplicação.

Os doutrinadores favoráveis à concessão, defendem que o precatório, como forma normal de solvimento de débitos da Fazenda Pública, são oriundos de ordem judicial transitada em julgado. Diante disso, o requisitório respeita uma ordem cronológica, como meio de se assegurar a devida previsão orçamentária. No entanto, nada impede que a administração, possuindo dotação para tal fim, efetue o pagamento, ao contrário, seria uma injustificável protelação.

A decisão que concede a tutela antecipada é de plano exequível, já que, inclusive, se busca a celeridade de tal tutela. Não é o que acontece com o precatório, que tem a demora como sua essência.

Assim, nada mais razoável que, a administração possuindo numerário para solver a quantia, a faça, cumprindo a nível de tutela de urgência, mesmo levado a efeito fora dos parâmetros requisitórios.

Uma vez que a antecipação da tutela não se confunde com a medida cautelar, tem-se entendido que o particular, observados os requisitos do art. 273 do CPC, tem direito de obter, provisoriamente, os efeitos que somente adviam da final sentença de mérito, mesmo em face da Fazenda Pública. A Lei nº 8.437/92, ao vedar medida liminar em ação cautelar que esgote, no todo em parte, o objeto do processo movido contra o Poder Público, não representaria empecilho à antecipação de tutela, justamente por não se tratar de mera medida cautelar, mas de instituto novo, não alcançado pela restrição da questionada lei de proteção processual à Fazenda Pública.

O certo, porém, é que a execução provisória da medida antecipada, *in casu*, não poderá fugir da sistemática dos precatórios, se se tratar de pagamentos de somas de dinheiro, ainda que as prestações sejam de natureza alimentar, como já assentou o Supremo Tribunal Federal (RTJ, 143/289; João Batista Lopes, 'O juiz e a tutela antecipada', Tribuna da Magistratura, Caderno de Doutrina, Junho/96, p.18). (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 9).

Os doutrinadores contrários a possibilidade de concessão da tutela antecipada, argumentam que nas ações que tenham por objeto a obrigação de pagar não é possível a concessão, visto que o art. 100, da Constituição Federal de 1988 determina que os débitos judiciais só podem ser liquidados em decorrência de sentença e não de decisão interlocutória, como é a antecipação da tutela.

HUGO BRITO MACHADO (1996. p.48) ao tratar deste assunto, apresenta uma nova possibilidade:

A sentença, mesmo sem trânsito em julgado, quando nesta houver sido concedida antecipação, ou a decisão interlocutória, presta-se como título adequado a instruir o precatório. Quando o juiz determinar a sua expedição, deixará claro que se trata de execução provisória, em face da nova figura processual, e dirá que o valor correspondente deve ser colocado à disposição do juízo. É certo que a Fazenda Pública não pode ficar desprotegida. O valor a ser pago ao contribuinte, autor da ação de repetição de indébito tributário, em cumprimento do precatório, deve permanecer depositado até que transite em julgado a sentença final. Esse depósito será a garantia de que não se criou uma situação irreversível. É possível, outrossim, o próprio pagamento ao contribuinte, se este ofertar caução idônea. Na eventual ocorrência de trânsito em julgado de sentença julgando a ação improcedente, o valor à disposição do juízo será convertido em renda da Fazenda Pública.

CONCLUSÃO

Não resta dúvida que as alterações introduzidas no processo civil, correspondem aos anseios da população por uma justiça eficaz e mais ágil.

Há quem censure o legislador por ter ampliado os poderes do juiz, permitindo-lhe que antecipe os efeitos da sentença, considerando que este poder possa gerar abusos ou arbitrariedades. Não se trata de um livre poder do juiz, mas de um caminho ágil que o requerente possa ter seu direito resguardado e assegurado, através de uma decisão antecipada do juiz, que o fará com base, não meramente num simples pedido mas sim, num pedido onde estará comprovada a verossimilhança, a prova inequívoca e o fundado receio de dano irreparável.

É a tutela antecipada, um instituto capaz de impedir o perecimento do direito de quem a busca, e o modo de reprimir atos protelatórios. É, comprovadamente, a agilização da prestação jurisdicional. Quando de sua concessão, o autor, em caráter provisório, podendo ser revogada a qualquer momento, tem uso do direito concedido, que poderá ser deferido no todo ou em parte.

O Professor COSTA MACHADO (1999, p.21) afirma que “... parece legítimo dizer que ficou mais fácil sonhar com a prontidão das decisões de justiça que, em última instância, é sinônimo, mais do que qualquer outra coisa, de efetividade do processo e de credibilidade do Judiciário, sem o que não se construirá uma democracia no Brasil.”

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. C. **Código de processo civil reformado**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 1999.

ARAGON, C. da S. **Aspectos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/tutefaze.html>> Acesso em: 15 agosto 2000.

_____. **Tutela antecipada**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/tutante5.html>> Acesso em: 15 agosto 2000.

CAHALI, Y. S. **Constituição federal, código civil, código de processo civil**. 2. ed. re., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

CELSO NETO, J. **Processo cautelar e antecipação da tutela**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/cautante.html>> Acesso em: 18 nov. 1999.

DINAMARCO, C.R. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed., 2. tiragem, rev., ampl. e aual. [S.l.]: Malheiros Editores Ltda., 1998.

FALCÃO, I. M. **Distinção entre os casos de tutela cautelar e os de antecipação de tutela**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/tutante4.html>> Acesso em: 28 dez. 1999.

LEAL, R. P. **Verossimilhança e Inequivocidade na tutela antecipada em processo civil**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/tutante6.html>> Acesso em: 15 agosto 2000.

MACHADO, H. B. **Tutela jurisdicional antecipada na repetição de indébito tributário**. In: Revista dialética de direito tributário. N° 5. São Paulo: Oliveira Rocha, 1996.

MACHADO, A. C. da C. **Tutela antecipada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, M. L. dos. **Tutela cautelar e tutela antecipatória (âmbito e diferenças dos institutos)**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/tutante2.html>> Acesso em: 18 nov. 1999.

SILVA, R. R. da. **Tutela específica da obrigação**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/art461cpc.html>> Acesso em: 28 fev. 2000.