

Breves apontamentos sobre a tutela antecipada

MARIA FÁTIMA VAQUERO RAMALHO LEYSER (*)
Promotora de Justiça - SP

SUMÁRIO - 1 - Introdução. 2 - Conceito e natureza jurídica. 3 - Pressupostos: 3.1 - Prova inequívoca da alegação; 3.2 - Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; 3.3 - Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. 4 - Procedimento. 5 - Razões de convencimento do juiz na decisão. 6 - Perigo de irreversibilidade e execução da tutela antecipada. 7 - Revogação e modificação. 8 - Decisão de concessão ou não da tutela antecipada. 9 - Ações em que se admite a antecipação da tutela. 10 - Tutela antecipada do artigo 273 e do parágrafo terceiro do artigo 461.

1 - Introdução

A necessidade de tornar-se efetivo o processo ⁽¹⁾ exigiu a criação de tutelas jurídicas diferenciadas ⁽²⁾

"A tutela antecipada é dada mediante cognição sumária, devendo o juiz certificar-se apenas da probabilidade da existência do direito afirmado em juízo. Para alguns direitos torna-se conveniente adotar-se essa técnica de cognição sumária sacrificando-se a certeza e segurança que são normalmente alcançadas pela cognição plena ⁽³⁾

(*) - Mestranda em Direito pela PUC-SP.

(1) - Como salienta Barbosa Moreira, "toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes a insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil" (José Carlos Barbosa Moreira "Tendências contemporâneas do direito processual civil", Revista de Processo, São Paulo, volume 31, 1983, pág. 199).

(2) - A respeito da tutela diferenciada, ver: Donaldo Armelin, "Tutela jurisdicional diferenciada", Revista de Processo, volume 65, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, págs. 45/55 e Luiz Guilherme Marinoni "Tutela cautelar e tutela antecipatória", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, págs. 17/21.

(3) - Donaldo Armelin, "Tutela jurisdicional diferenciada", cit. pág. 50. No mesmo sentido, entendendo que deve ser concedida a tutela antecipada quando há mais do que probabilidade, "sacrificando-se o improvável em favor do provável, à luz dos bens jurídicos envolvidos": Luiz Guilherme Marinoni, "Novidades sobre a tutela antecipatória" Revista de Processo, volume 69, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, págs. 107/108.

A tutela antecipada, como assinala Nelson Nery Júnior, "se assemelha, estruturalmente, aos *interdicta* possessórios existentes no Direito brasileiro, há muito tempo, previstos atualmente no CPC 923 e segs., pois os interditos adiantam o provimento jurisdicional de mérito. Além dos interditos possessórios, já havia outros instrumentos no Direito brasileiro, destinados ao adiantamento dos efeitos da tutela de mérito. Podemos citar como exemplos: a) a liminar nos *writs* constitucionais (mandados de segurança, *habeas corpus*, ação popular, *habeas data*, mandado de injunção); b) a liminar concedida em ação civil pública (LACP 12); c) a medida liminar concedida na ação de busca e apreensão de em alienado fiduciariamente (DL 911/69, 3º, *caput*), que independe de ação principal (DL 911/69, 3º, § 6º); d) busca e apreensão de menor em poder de terceiro, quando desnecessária a propositura de ação principal (CPC 839); e) os embargos de terceiro; f) as impropriamente denominadas "cautelares satisfativas", que concediam ao requerente o próprio bem da vida pretendido, sem que houvesse necessidade de ajuizamento de ação futura; g) as medidas provisionais do CPC 888, quando a providência for efeito da sentença a ser proferida na ação de conhecimento ou efeito da execução *stricto sensu*, independentemente de outra ação dita principal"⁽⁴⁾

2 - Conceito e natureza jurídica

"A antecipação da tutela, ora prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, é, em verdade, medida pela qual se empresta, provisoriamente, eficácia executiva à decisão de mérito normalmente desprovida desse efeito" ⁽⁵⁾

Sérgio Bermudes conceitua: "cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio" ⁽⁶⁾

Ainda, Nelson Nery Júnior ressalta que "tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento" ⁽⁷⁾

Os autores são unânimes em afirmar que a "tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos" ⁽⁸⁾

Calamandrei já admitia ser possível o adiantamento da tutela de mérito, distinguindo essa antecipação da tutela cautelar ⁽⁹⁾

O artigo 700 do Código Italiano contém a previsão da tutela antecipada fundada no *periculum in mora*.

(4) - Nelson Nery Júnior - "Atualidades sobre o processo civil" - A reforma do Código de Processo Civil brasileiro de dezembro de 1994. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais 1995, pág. 50.

(5) - J.J. Calmon de Passos "Inovações no Código de Processo Civil" 2ª edição. Rio de Janeiro Editora Forense 1995, págs. 9/10.

(6) - Sérgio Bermudes "A reforma do Código de Processo Civil" 1ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro Freitas Bastos 1995, pág. 35.

(7) - Nelson Nery Júnior, "Atualidades sobre o processo civil", cit., pág. 51.

(8) - Luiz Guilherme Marinoni "Tutela cautelar e tutela antecipatória", cit., págs. 75 e seguintes. No mesmo sentido: Cândido Rangel Dinamarco, "A reforma do Código de Processo Civil", 2ª edição, São Paulo Malheiros Editores, 1995, nº 103, págs. 138/139; Sérgio Bermudes, "A reforma do Código de Processo Civil", cit., pág. 35; Antônio Joová da Silva Santos, "A tutela antecipada e execução específica", São Paulo, Copolla Livros, 1995, págs. 17/20; J.J. Calmon de Passos, "Inovações no Código de Processo Civil", cit., pág. 8 e Nelson Nery Júnior, "Atualidades sobre o processo civil", cit., págs. 52/53.

(9) - Piero Calamandrei "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari" Padova ed. Cedam 1936, nº 8, pág. 18.

Ao que nos parece, as medidas cautelares, impropriamente denominadas "satisfativas", podem, agora, ser colocadas em juízo como tutela antecipatória do pedido

3 – Pressupostos

3.1 – Prova inequívoca da alegação

O artigo 273 do Código de Processo Civil condiciona a antecipação da tutela à prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação

Examinando-se essas expressões, chega-se ao conceito de probabilidade ⁽¹⁰⁾

"O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência da prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar. Para chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o juiz precisa proceder a uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato. Tratar-se-á de uma cognição sumária"⁽¹¹⁾ Na esteira deste entendimento, é o sentir de Nelson Nery Júnior ⁽¹²⁾

3.2 – Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, inciso I)

O primeiro requisito do artigo 273, somado ao supra-analisado, é o de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Esta hipótese, em verdade, corresponde ao denominado *periculum in mora*, ou seja, o receio de a parte vir a padecer dano irreparável caso o Poder Judiciário não intervenha para antecipar o direito, fará exsurgir um dos requisitos para a outorga da tutela antecipada. Citado por Ovídio Baptista da Silva, Federico Carpi ensina que "o direito estará exposto a uma situação que pode indicar irreparabilidade de prejuízo, diante das seguintes situações: a) quando houver impossibilidade de ocorrer restituição ou ripristinação à situação anterior; b) quando o ato ou fato danoso implique na destruição de uma coisa infungível, seja por haver a mesma cessado de existir, seja por haver ela perdido uma qualidade que lhe era essencial"⁽¹³⁾

3.3 – Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (artigo 273, inciso II)

Esta segunda hipótese é independente da primeira e verificar-se-á pela demora no comportamento desleal do demandado, ensejador da litigância de má-fé ⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

Exemplo de situação que admite a antecipação da tutela ocorre "quando o autor tem contrato preliminar de compra e venda de imóvel, no qual exista cláusula de prazo para a entrega do bem. Caso seja outorgada a escritura, pago integralmente o preço e não entre-

(10) - "Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável. A probabilidade assim conceituada, é menos que a certeza porque já os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar também não ousa negar", conforme Cândido Rangel Dinamarco, "A reforma do Código de Processo Civil" cit. pág. 143

(11) - Cândido Rangel Dinamarco, "A reforma do Código de Processo Civil", cit. pág. 143

(12) - Nelson Nery Júnior, "Atualidades sobre o processo civil", cit., pág. 53.

(13) - Antônio Jeová da Silva Santos "A tutela antecipada e execução específica" cit. págs 21/22

(14) - Cândido Rangel Dinamarco, "A reforma do CPC", cit. pág. 146

(15) - J. J. Calmon de Passos "Inovações do Código de Processo Civil" cit. págs 18/20

gue o imóvel, pode o autor ajuizar ação de imissão na posse e pedir, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito" ⁽¹⁶⁾

4 – Procedimento

A tutela antecipada poderá ser requerida por todos aqueles que deduzem pretensão em juízo (autor; denunciante, na denunciação da lide; o oponente, na oposição; ao autor da ação declaratória incidental; o réu, quando reconvém; o assistente (simples e litisconsorcial) e o Ministério Público

O pedido de tutela antecipatória pode estar contido na petição inicial ou ser feito no curso do processo até a prolação da sentença

O juiz somente poderá conceder a tutela antecipatória diante de pedido expresso, sendo-lhe vedado examiná-la *ex officio*

A tutela antecipada pode ser concedida sem a ouvida da parte contrária, quando a urgência assim indicar ou quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida

Se achar conveniente, o juiz designará audiência de justificação prévia

5 – Razões de convencimento do juiz na decisão (artigo 273, parágrafo primeiro)

O parágrafo primeiro do artigo 273 prescreve que "na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento"

Infere-se desse dispositivo legal, que a decisão que aprecia a antecipação da tutela, seja concessiva ou de indeferimento, há de ser motivada ⁽¹⁷⁾, sob pena de nulidade ⁽¹⁸⁾

Claro está que a preocupação maior é evitar eventual arbitrariedade, dando-se segurança às partes

6 – Perigo de irreversibilidade e execução da tutela antecipada (artigo 273, parágrafos segundo e terceiro)

O parágrafo segundo do artigo 273 estatui que "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado"

Em verdade, o que pode ser irreversível são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida.

Uma cautela contra a irreversibilidade é a aplicação das regras relativas à execução provisória das sentenças (parágrafo 3º do artigo 273).

Quando o artigo 273, parágrafo terceiro menciona a aplicabilidade dos incisos II e III do artigo 588, podemos entender no inciso II "restituindo-se as coisas no estado anterior", como significando o pagamento de perdas e danos ⁽¹⁹⁾ e no que diz respeito à caução, deve prevalecer o que consta do inciso II

Assinala Cândido Rangel Dinamarco que "a lei deixou de fora qualquer disposição sobre a responsabilidade civil do exequente, mas resulta das normas gerais de direito pri-

(16) - Nelson Nery Júnior, "Atualidades sobre o processo civil", cit., pág. 54.

(17) - Trata-se apenas de reforço, porque a Constituição Federal exige que toda e qualquer decisão seja fundamentada, conforme Nelson Nery Júnior "Princípios do processo civil na Constituição Federal" 2ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 159.

(18) - A norma do parágrafo 1º do artigo 273 baseia-se no princípio constitucional do artigo 93 n° IX da Constituição Federal o qual estabelece que as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade.

(19) - Nelson Nery Júnior entende que "caso perca a demanda e a execução da decisão antecipatória tenha causado prejuízo à parte contrária esta tem direito de haver indenização do requerente (Atualidades sobre o processo civil cit. pág. 59)

vado que, se prejuízos houver, por eles responderá quem se valeu da tutela antecipada e depois se positivou que não tinha o direito".⁽²⁰⁾

Assim, o magistrado, diante de possíveis efeitos irreversíveis da decisão de tutela antecipada, poderá impor medidas assecuratórias, para resguardar a esfera de interesses do réu

Em outro passo, Egas Dirceu Moniz de Aragão, citando jurisprudência, aconselha que "nos casos-limite, quando o problema consista em determinar onde se situar o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro. Também digno de tutela, deve o juiz ponderar os interesses em jogo à luz do chamado princípio da proporcionalidade: quanto mais grave for a interferência do provimento na esfera do peticionado, tanto mais rigoroso tem de ser o exame do direito e tanto mais severas hão de ser as exigências a impor a quem cabe tornar críveis as alegações."⁽²¹⁾

7 – Revogação e Modificação (artigo 273, parágrafo quarto)

O parágrafo 4º do artigo 273 dispõe que "a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada"

Neste dispositivo, o legislador repetiu o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

A revogação ou modificação da tutela antecipada será admitida, quando surgirem fatos novos, podendo a alteração ser quantitativa, observados sempre os limites do pedido inicial, vale dizer, concedida integralmente a antecipação da tutela, pode-se mostrar ao magistrado a procedência apenas parcial do pedido; **contrario sensu**, concedida a antecipação parcial, demonstra-se posteriormente a verossimilhança total do pedido.

A modificação qualitativa é espécie rara.

A revogação pode ser decretada de ofício pelo juiz, pelo mero exercício do poder de dirigir o processo

8 – Decisão de concessão ou não da tutela antecipada (artigo 273, parágrafo quinto)

A decisão que concede ou nega a tutela antecipada é decisão interlocutória, sujeita ao recurso de agravo

O parágrafo quinto do artigo 273 estabelece que "concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento"

Esse dispositivo visa impedir o abandono do feito, após a concessão da antecipação da tutela. Eventual abandono da causa permite ao magistrado revogar a liminar concedida

9 – Ações em que se admite a antecipação da tutela

Em tese, é admissível a antecipação da tutela em toda ação de conhecimento, seja processada pelo rito comum ou especial, inclusive na ação rescisória e declaratória incidental negativa.

Nas ações possessórias, que tramitam pelo rito comum (se o esbulho ou turbação ocorreu há mais de ano e dia) é possível a antecipação da tutela, obedecidos os requisitos do artigo 273.

(20) - Cândido Rangel Dinamarco. 'A reforma do Código de Processo Civil', cit., pág. 147

(21) - Egas Dirceu Moniz Aragão. 'Medidas Cautelares Inominadas'. Revista Brasileira de Direito Processual. Forense v. 57. pág. 44

10 – Tutela antecipada do artigo 273 e do parágrafo terceiro do artigo 461

O artigo 273 do Código de Processo Civil é norma geral, aplicável às ações para as quais não exista regra especial, como ocorre na ação de condenação em obrigação de fazer ou não fazer, cuja antecipação da tutela está regulada pelo parágrafo terceiro do artigo 461

O parágrafo terceiro do artigo 461 liga-se, portanto, ao sistema de antecipação de tutela jurisdicional, estruturado no artigo 273 supra-analisado

"O artigo 461 não reproduz a hipótese do inciso II do artigo 273 para admissibilidade da tutela antecipada em razão da conduta dilatória do réu. Mas da visível relação de espécie a gênero acima considerada deflui razoavelmente a aplicação do inciso II também à antecipação da tutela específica. Nem haveria razão para pretender a lei uma suposta exclusão, quando põe tanto empenho no reforço desta"⁽²²⁾

Assinalou, com propriedade, ainda, Cândido Rangel Dinamarco: "trata-se de poderoso instrumento para a efetividade do acesso à justiça - poderoso mas excepcional e destinado a debelar os males de delongas injusta ou perigosamente impostas ao demandante"⁽²³⁾

Bibliografia

ARMELIN, Donald - "Tutela jurisdicional diferenciada", Revista de Processo, volume 65, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992

BARBOSA MOREIRA, José Carlos - "Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil", Revista de Processo, volume 31, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983.

BERMUDES, Sérgio - "A reforma do Código de Processo Civil", 1ª edição, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995

CALAMANDREI, Piero - "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari", Padova, Editora Cedam, 1936.

DINAMARCO, Cândido Rangel - "A reforma do Código de Processo Civil", 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme - "Tutela cautelar e tutela antecipatória", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

- "Novidades sobre a tutela antecipatória", Revista de Processo, volume 69, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993

MONIZ ARAGÃO, Egas Dirceu - "Medidas Cautelares Inominadas", Revista Brasileira de Direito Processual, Forense, volume 57

NERY JÚNIOR, Nelson - "Atualidades sobre o processo civil - A reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de dezembro de 1994", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

- "Princípios do processo civil na Constituição Federal", 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

PASSOS, J. J. Calmon de - "Inovações no Código de Processo Civil", 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995

SANTOS, Antônio Jeová da Silva - "A tutela antecipada e execução específica", São Paulo, Copolla Livros, 1995.

(22) - Cândido Rangel Dinamarco, "A reforma do Código de Processo Civil" cit. pág. 156

(23) - Ibidem. pág. 156