

Antecipação da tutela específica no processo de execução

CLÁUDIO CÉSAR DE PAULA

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Da tutela antecipada

Tutela antecipada é um provimento jurisdicional que o juiz outorga ao autor da ação ou ao réu-reconvinte, de que, provavelmente, em face da verossimilhança das alegações feitas e da prova apresentada, tem o direito alegado e ante a consideração de que, se não deferida a medida desde logo, sofrerá ele prejuízo no mínimo de difícil reparação, ou ainda de irreparabilidade do dano.

A antecipação da tutela é um provimento interlocutório de mérito, prolatado no âmbito do processo de conhecimento, mas que não pode ser afastado dos outros tipos de processos.

A tutela antecipada não é instituto originário da legislação brasileira, tendo em vista que vários países já a consagraram, tal como o art. 700 do CPC Italiano, art. 808 NCPC da França, arts. 935 e 940 do ZPO da Alemanha. A legislação Argentina trata da matéria no art. 232 do CPCCN. De igual forma, a legislação Espanhola e a Uruguaia também tratam deste instituto nos arts. 1.428 do LEC e 317 do CPC, respectivamente.

A antecipação da tutela em si não é uma novidade no direito brasileiro, uma vez que, em inúmeras situações, já a consagrava, porém sem usar o *nomen iuris* tutela antecipada, tais como a reintegração liminar de posse, o despejo liminar previsto na

lei de locação predial urbana, a liminar em mandado de segurança e a fixação de alimentos provisórios etc. Todavia, agora é possível a concessão antecipada dos efeitos da tutela no processo de conhecimento (e também no processo de execução), cujo instituto foi introduzido na legislação brasileira por intermédio da Lei federal nº 8.952/94, a qual deu nova redação ao art. 273 do CPC, nos seguintes termos:

“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 de 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 a sua natureza, as normas previstas 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”.

2. Requisitos

Para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro, *caput*, impõe a observância de dois pressupostos genéricos: prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Por esses pressupostos entende-se que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida não é baseada em simples alegação ou suspeita. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, capaz de demonstrar grau de convencimento que não possa levantar dúvida razoável.

JOÃO BATISTA LOPES sustenta que o legislador não foi feliz ao se valer, no art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro, da expressão “prova inequívoca”, uma vez que ela “faz supor a existência de elementos de convicção com valor absoluto, que não admitem impugnação”.¹ Acrescenta esse autor que, “em verdade, à exce-

¹ *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, p. 59.

ção das chamadas provas legais (v. g., escritura pública de compra e venda registrada), não há, no sistema, provas verdadeiramente inequívocas”.²

Nesse sentido, anota JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM: “A expressão prova inequívoca deve ser entendida em termos, porquanto, se ‘inequívoco’ traduz aquilo que não é equívoco, ou o que é claro, ou o que é evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, a reveste, pois toda ela, qualquer que seja a sua natureza (iuris tantum ou iuris et de iure), deve passar pelo crivo do julgador”.³

A verossimilhança, de outra parte, diz respeito ao juízo de convencimento em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação da tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como a todos os atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, com relação à verossimilhança, afirma que:

*“Verossímil, dizem os léxicos, é o que tem aparência de verdade, que não repugna a verdade, com probabilidade de verdadeiro, plausível, provável. E este é o convencimento que se coloca à base da quase totalidade das decisões dos magistrados, que dificilmente se vêem diante da certeza dos fatos ou desafiados por perplexidades que lhes são impostas pelas regras do ônus da prova”.*⁴

Além dos requisitos genéricos, temos também outros alternativos e obrigatórios, ou seja: o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como diz HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,⁵ não provém do simples temor subjetivo da parte, mas sim de dados concretos e objeto de provas suficientes para trazer ao juízo a verossimilhança, ou a grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. “Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte”.⁶

Segundo o mesmo autor, o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu ocorre:

“(...) quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso, e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes. Já na própria inicial pode o autor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo

² *Ibid.*, p. 59.

³ Código de Processo Civil Reformado, p. 114.

⁴ Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, p. 25.

⁵ Tutela Antecipada e Tutela Cautelar, p. 50.

⁶ *Ibid.*, p. 49.

réu, para pleitear a antecipação de tutela (J. E. S. Frias, op. cit., p. 66). Especialmente em torno de atos extraprocessuais é que se pode falar em caracterização do 'manifesto propósito protelatório do réu' (TEORI ALBINO ZAVASCKI, op. cit., pp. 153-154).⁷

JOÃO BATISTA LOPES afirma que as expressões dano irreparável ou de difícil reparação *"são exemplos do que, em doutrina, se chama 'conceitos jurídicos vagos ou indeterminados'."* Acrescenta ainda que *"os conceitos indeterminados, como o próprio nome está a indicar, são os que não possuem conteúdo perfeitamente definido ou delimitado, ficando, por isso, na dependência de interpretação flexível do juiz, ajustada à natureza das coisas, segundo as circunstâncias do caso concreto"*.⁸ Esse mesmo autor, contudo, apresenta distinção entre irreparabilidade absoluta e irreparabilidade relativa. Sustenta que *"a primeira se dá quando a indenização se mostra inidônea para satisfazer plenamente a vítima; por exemplo, a destruição de uma obra de arte não pode ser reparada por indenização. A segunda ocorre quando a indenização, não logrando embora o retorno do status quo ante, é capaz de recompor o patrimônio da vítima: por exemplo, indenização por danos causados em plantações"*.⁹

3. Tutela específica

O provimento jurisdicional condenatório, envolvendo obrigação de fazer e não fazer, bem como obrigação de dar, sempre foi alvo de preocupação por parte da doutrina, porque a participação do devedor é tida por essencial e muitas vezes imprescindível para a obtenção da tutela específica almejada pelo credor.

Os provimentos declaratórios, constitutivos, mandamentais e executivos *lato sensu*, por sua vez, conseguem um grau de efetividade bem superior ao provimento condenatório, uma vez que aqueles provimentos não dependem da participação do vencido para que a tutela outorgada seja concretizada.

Assim, conforme sustenta MARCELO ABELHA RODRIGUES:

"Foi justamente com o intuito de respeitar e efetivar o princípio da maior coincidência possível que o legislador, inspirando-se nos arts. 213 do ECA (Lei nº 8.069/90) e 84 do CDC (Lei nº 8.078/90), introduziu, no Código de Processo Civil (Lei nº 8.952/94), um tratamento avançado e destacado à efetivação da tutela das obrigações de fazer e não fazer. Para tanto, na tentativa de conseguir com que o processo deva proporcionar a quem tem direito tudo aquilo e somente aquilo que o jurisdicionado tem o direito de obter, foi que o legislador criou mecanismos no art. 461, tais como medidas coercitivas, incremento dos poderes do juiz, tentativa de obtenção do resultado prático equivalente, caso não seja viável a tutela específica, e, principalmente, conversão da obrigação em perdas e danos como medida subsidiária ao resultado prático equivalente, salvo quando essa for a escolha do credor (art. 461, § 1º). Some-se

⁷ *Ibid.*, p. 50.

⁸ *Op. cit.*, p. 61.

⁹ *Ibid.*, p. 61.

*a isso, ainda, a própria possibilidade de antecipação da tutela específica quando a mesma se mostrar urgente. Tudo isso, inegavelmente, foi no sentido de alcançar uma maior efetividade”.*¹⁰

A tutela específica e a assecuratória, com relação à obrigação de fazer e não fazer, têm previsão no art. 461 do Código de Processo Civil, em decorrência da alteração efetivada pela Lei federal nº 8.952/94, nos seguintes termos:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, DOU 08.05.2002).

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva” (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, DOU 08.05.2002).

Essas mesmas tutelas, com relação à obrigação de dar, foram introduzidas no ordenamento processual brasileiro, por intermédio da Lei federal nº 10.444, de 07.05.2002, DOU 08.05.2002, com a criação do art. 461-A e seus parágrafos, nos seguintes termos:

“Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o

¹⁰ Elementos de Direito Processual Civil, p. 72.

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 de imissão na 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”.

Vê-se, assim, que o legislador brasileiro, a fim de assegurar o cumprimento da obrigação sob a responsabilidade do devedor, introduziu no processo de conhecimento (mas pode ser também utilizado no processo de execução, em razão do disposto no art. 598 do Código de Processo Civil brasileiro), tanto com relação às obrigações de fazer e não fazer, como nas obrigações de dar, a tutela específica para a satisfação da obrigação *in natura* e a tutela assecuratória para a satisfação pelo equivalente da obrigação inadimplida, autorizando, inclusive, a aplicação da antecipação da tutela, liminarmente ou mediante justificação prévia.

Portanto, *tutela específica* é aquela, como diz J.E. CARREIRA ALVIM, “*que proporciona ao credor resultado prático idêntico àquele que teria obtido se a obrigação tivesse sido espontaneamente satisfeita*” e *tutela assecuratória*, como sustenta o mesmo autor, “*consiste na providência que assegura o resultado prático equivalente ao do adimplemento*”.¹¹

A questão da tutela específica encontra melhor adequação diante de sentenças não-satisfativas, ou seja, aquelas que, por si sós, não são suficientes para a tutela de direitos. Ou ainda, como diz LUIZ GUILHERME MARINONI, somente poder-se-á pensar em efetividade dos meios de execução quando a sentença for não-satisfativa, pois são estas que, por não exaurirem a tutela jurisdicional, exigem mais atenção; “*estas não são suficientes para a tutela dos direitos, razão pela qual, ao seu lado, devem estar preordenados meios de coerção e sub-rogação capazes de atender de forma efetiva e adequada às diversas necessidades de tutela dos direitos*”.¹²

A tutela específica, conforme se vê, não se confunde com tutela ressarcitória. Na verdade, o direito a tutela jurisdicional específica tem como consequência a regra de que, desde que possível, a tutela deve ser prestada do mesmo modo do cumprimento espontâneo pelo devedor. A tutela ressarcitória, ao contrário, somente confere ao autor um direito de crédito correspondente ao valor do dano suportado.

3.1 Concessão da tutela específica da obrigação ou de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento

A concessão de tutela específica da obrigação ou de resultado prático

¹¹ *Op. cit.*, p. 93.

¹² *Tutela Específica*, p. 66.

equivalente¹³ pode ser concedida pelo juiz *ab initio* ou a final, ou seja, por meio de decisão interlocutória de antecipação de tutela (cognição sumária) ou por sentença definitiva (cognição exauriente), embora sujeita a recurso. É certo que, pela análise apressada do *caput* do art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro, parece que a determinação de resultado prático equivalente está subordinada a prolação de sentença, o que descartaria a possibilidade de antecipação de tutela com relação às providências que assegurem o resultando prático equivalente ao do adimplemento, porém essa não é a melhor interpretação.

J.E. CARREIRA ALVIM, a respeito, ressalta que:

“No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, não há dúvida de que tanto a tutela específica quanto a assecuratória, chamada pela lei de equivalente, podem ser objeto de provimento liminar, pois a condicionante (se procedente o pedido) inexiste no precatório do art. 84, caput, desse diploma legal.

Da forma, porém, como restou redigido o dispositivo correspondente do Código de Processo Civil (art. 461), pareceu-me, em princípio, que somente a tutela específica poderia ser antecipada em sede liminar, porquanto, nos termos do novo dispositivo, a tutela pelo equivalente (assecuratória) vem expressamente condicionada à ‘procedência do pedido’.

*Refletindo melhor sobre o tema, verifico que a exegese literal do texto conduziria ao absurdo, pois, prevendo ele duas modalidades de tutela (específica e assecuratória), somente a específica estaria ligada à procedência do pedido, e não a assecuratória, quando, na verdade, qualquer delas é consequência lógica e direta da procedência do pedido; do contrário, o resultado será a improcedência da ação”.*¹⁴

Eduardo Talamini também lembra que o *caput* do art. 461 do Código de Processo Civil, no tocante ao resultado prático equivalente, *“parece condicionar a determinação de tais providências ao julgamento de procedência da demanda”*,¹⁵ mas ressalta que *“cumpre, no entanto, afastar leitura isolada do dispositivo, para reconhecer que é cabível também a concessão antecipada das medidas sub-rogatórias”*.¹⁶

JOÃO BATISTA LOPES, todavia, afirma que a possibilidade da antecipação se

¹³ MARCELO LIMA GUERRA, todavia, ressalta ser desnecessária e mesmo imprópria a distinção entre tutela específica e resultado prático equivalente. Afirma esse autor que *“é razoável considerar que, diferenciando ‘tutela específica’ e ‘resultado prático equivalente’; o art. 461 reporta-se, realmente, à distinção entre a execução que se realiza com a obtenção, através de medidas coercitivas (pressão psicológica sobre a vontade do devedor), do cumprimento pelo próprio devedor e aquele que proporciona ao credor o exato bem devido, sem a participação do devedor, ou seja, através de meios sub-rogatórios. Com isso, pode garantir a preferência pela execução específica em ambas as hipóteses, conferindo amplos poderes ao juiz quer para ordenar medidas coercitivas e obter o cumprimento (induzido) do devedor, quer para determinar meios sub-rogatórios adequados a garantir, quando possível, a satisfação do credor sem a cooperação do devedor. Mesmo não sendo terminologicamente exato distinguir entre tutela específica por cumprimento (induzido) do devedor e aquela obtida com meio sub-rogatório, pois ambas devem proporcionar o exato resultado concreto a que o credor tem direito, a interpretação proposta tem a seu favor a importância prática que confere à distinção feita no caput do art. 461 e no seu § 5º. Assim, é possível entender que, no § 5º do art. 461, a lei confere ao juiz maiores poderes tanto para, garantido a execução específica, impor medidas coercitivas, como também para ordenar os meios sub-rogatórios mais adequados ao caso concreto, em sentido complementar e subsidiário à disciplina da execução por terceiro, contida nos arts. 632 e ss. do CPC”* (Execução Indireta, pp. 47-48).

¹⁴ Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual, p. 83.

¹⁵ Tutela Relativa aos Direitos de Fazer e de Não Fazer, p. 288.

¹⁶ Op. cit., p. 288.

restringe à tutela específica, “*uma vez que a determinação de ‘providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento’ (v.g., contratação de terceiro para executar a obra) só é possível após a procedência do pedido*”.¹⁷ Nessa mesma linha é também a opinião de ANTÔNIO CLÁUDIO COSTA MACHADO.¹⁸

A maior dificuldade, entretanto, à admissão da antecipação do resultado prático equivalente, ou seja, da tutela assecuratória, não está, como afirma J.E. CARREIRA ALVIM, “*na restrição legal da parte final do caput do art. 461, que pode ser superada à luz da lógica do razoável (RECASÉNS SICHES), mas no condicionamento resultante da própria técnica usada pelo Código*”.¹⁹ Assim, acrescenta esse mesmo autor, “*se for antecipada uma tutela assecuratória, muitas vezes não haverá — tudo depende do caso concreto — possibilidade de, na sentença, vir o juiz a outorgar a tutela específica da obrigação, sob pena de intolerável bis in idem*”.²⁰

ANTÔNIO CLÁUDIO COSTA MACHADO, com grande esmero, estabelece precisa distinção entre tutela específica e inespecífica, ou seja, resultado prático equivalente. Esse autor afirma que:

“Por tutela específica entenda-se a tutela direta, aquela que busca proporcionar ao credor o mesmo resultado prático que ele obteria caso tivesse havido o adimplemento da obrigação; inespecífica, ou indireta, é aquela providência que ou elimina as consequências da violação ou compensa pecuniariamente o credor em razão dela (BARBOSA MOREIRA)”.²¹

Esse mesmo autor, em seqüência, apresenta vários exemplos de tutela específica e inespecífica. São eles: (tutela específica) a elaboração de um projeto arquitetônico, a apresentação de um parecer jurídico, a pintura de um mural, a realização de um *show*, a restauração de um quadro antigo, a apresentação de uma peça teatral, a prestação de uma fiança, a constituição de uma sociedade (obrigações de fazer infungíveis), o conserto de um automóvel, a construção de um muro, a reparação de um aqueduto, a pintura de uma casa, a colocação de ladrilhos numa calçada (obrigações fungíveis), a abstenção de produção de ruídos, de emissão de poluentes, de interrupção de vazão de um córrego, de modificação de um açude, de uso de marca comercial ou consentimento de utilização de prédio pelo vizinho (obrigações de não fazer); (tutela inespecífica ou providências que asseguram o resultado prático equivalente) autorização judicial para que a prestação seja executada por terceiro ou pelo próprio credor, mas às custas do devedor, bem como a determinação, *manu militare*, para impedir a atividade nociva à segurança, sossego ou saúde do credor, como na hipótese de fechamento de boate ou fábrica.²²

É de lembrar ainda que a adoção de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento somente é viável quando envolver obrigação de fazer ou de não fazer fungível. A infungibilidade do dever, como ressalta

¹⁷ *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, p. 121.

¹⁸ “*Note-se que apenas a cominação de preceito pode ser provida liminarmente e jamais a tutela específica sob a forma de providência que assegure o resultado prático equivalente, posto que esta tem por sede exclusiva sentença de mérito*” (A Reforma do Processo Civil Interpretada, p. 57).

¹⁹ *Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual*, p. 86.

²⁰ *Op. cit.*, p. 86.

²¹ *A Reforma do Processo Civil Interpretada*, pp. 52-53.

²² *Op. cit.*, p. 54.

EDUARDO TALAMINI,²³ *“afasta a possibilidade de consecução do resultado específico sem a participação do réu”*. Nesse sentido também é a posição de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, para quem as providências que asseguram o resultado prático equivalente *“somente aplicam no âmbito das obrigações de fazer fungíveis e das obrigações de não fazer, haja vista que as infungíveis se resolvem invariável e necessariamente em perdas e danos se não houver vontade do devedor de cumpri-las...”*.²⁴

4. Antecipação da tutela específica

A antecipação da tutela específica da obrigação de fazer e de não fazer pode ser concedida pelo juiz com fundamento no § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro.

Estatui o § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro: *“Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”*.

Também na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, ou seja, nas obrigações de dar, a antecipação da tutela específica pode ser concedida pelo juiz com fundamento no § 3º do art. 461-A do Código de Processo Civil brasileiro, que autoriza a aplicação do referido § 3º do art. 461 do mesmo estatuto.

Dispõe o referido § 3º: *“Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461”*.

A possibilidade de antecipação da tutela, tanto com relação às obrigações de fazer e não fazer, como nas obrigações de dar, isto é, na entrega de coisa, não se restringem à tutela específica, porque a determinação de *“providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”*, conforme prescreve o *caput* do art. 461 do Código de Processo Civil, podem também ser deferidas liminarmente (Capítulo III, item 3.4.2).

São requisitos fundamentais para a concessão da antecipação da tutela específica e para a antecipação de resultado prático equivalente ao do adimplemento, a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final. Aliás, nesse sentido, é a lição de J.E. CARREIRA ALVIM: *“Nos termos do § 3º do art. 461 do CPC, são pressupostos fundamentais da medida liminar (a) a relevância do fundamento da demanda e (b) o justificado receio de ineficácia do provimento final”*.²⁵

JOÃO BATISTA LOPES afirma que a *“relevância do fundamento equivale à prova inequívoca e verossimilhança da alegação”* e *“justificado receio de ineficácia final corresponde a fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”*.²⁶

Também para TEORI ALBINO ZAVASCKI, o § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro reproduz os requisitos no art. 273, inciso I, do mesmo Código.²⁷ Para esse autor *“fundamento relevante é enunciado de conteúdo equivalente a ‘verossimilhança*

²³ *Op. cit.*, p. 284.

²⁴ *Op. cit.*, p. 54.

²⁵ *Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual*, p. 136.

²⁶ *Op. cit.*, p. 121.

²⁷ *Op. cit.*, p. 151.

da alegação' e justificado receio de ineficácia do provimento final 'é expressão que traduz fenômeno semelhante a fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação'" e, além disso, acrescenta que "embora o § 3º, em exame, não faça referência à 'prova inequívoca', como ocorre no art. 273, é evidente que a qualidade da prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo a respeito da 'relevância dos fundamentos'".²⁸

Em sentido diverso, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY entendem que:

"A tutela específica pode ser adiantada, por força do CPC 461 § 3º, desde que seja relevante o fundamento da demanda (fumus boni iuris) e haja justificação de receio de ineficácia do provimento final (periculum in mora). É interessante notar que, para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenação em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento tout court (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) a prova inequívoca; b) convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) ou o periculum in mora (CPC 273 I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC 273 II)".²⁹

106

Em verdade, por fundamento relevante da demanda, nada mais representada do que a probabilidade de o pedido ser julgado procedente ao final. Ou seja, é o *fumus boni iuris*, tal qual para a concessão das medidas cautelares. Representa também aqui o relevante fundamento da demanda a plausibilidade do direito invocado. Portanto, para a concessão de liminar em tutela específica ou mesmo depois de justificação prévia, citado o réu, não exige a lei a apresentação de prova inequívoca, conforme prescreve o *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro. Assim, basta o autor demonstrar a verossimilhança de seu direito e receio de ineficácia do provimento final, que nada mais é também do que o *periculum in mora* para a concessão das medidas cautelares.

Como já mencionado, a antecipação da tutela específica pode ocorrer liminarmente ou após justificação prévia. Neste caso, recomenda o legislador que se faça a citação do réu. Assim, cabe o juiz designar, com celeridade, a realização de audiência de justificação, a fim de que, por meio da tomada dos depoimentos das partes e ouvidas de testemunhas, convença-se da verossimilhança da alegação e do receio de ineficácia do provimento ao final da demanda.

No tocante à justificação prévia, LUIZ GUILHERME MARINONI, sustenta que:

"Se o autor não detém prova capaz de convencer o juiz da presença do fumus boni iuris e do periculum in mora, mas supõe que pode demonstrar, por meio de justificação prévia, os requisitos

²⁸ *Antecipação da Tutela*, p. 151.

²⁹ *Código de Processo Civil Comentado*, p. 831.

exigidos para a concessão da tutela inibitória antecipada, cabe a ele requerer a designação de justificação prévia, quando terá lugar a inquirição das testemunhas que podem auxiliar na elucidação da matéria fática. Nesse mesmo momento, e para poder melhor decidir sobre a oportunidade da tutela antecipatória, o juiz também poderá ouvir as partes em interrogatório livre”.³⁰

A doutrina³¹ tem sustentado que a audiência de justificação pode ser realizada sem a necessidade de citação do réu. Ora, embora o texto legal recomende a citação do réu, obviamente a prudência do juiz diante do caso concreto pode afastar tal citação, uma vez que, em determinadas situações, a citação do réu poderá acarretar frustração com relação à tutela específica pretendida pelo autor.

5. Tutela antecipada no processo de execução

A tutela antecipada embora seja instituto que se ajusta melhor ao processo de conhecimento pode também ser utilizada no processo de execução. É certo que os arts. 273, 461, § 3º e 461-A, § 3º do Código de Processo Civil brasileiro se encontram alocados no Livro nº I, que trata do processo de conhecimento, porém, o art. 598 do mesmo código autoriza a aplicação subsidiária das normas do processo de conhecimento ao processo de execução. Aliás, nesse sentido, afirma MARCELO LIMA GUERRA, *“não é lícito, todavia, concluir que o silêncio da lei quanto à utilização de tais medidas no processo executivo significa uma vedação legal nesse sentido”*.³²

Não se pode, obviamente, aplicar aleatoriamente as normas do processo de conhecimento ao processo de execução sem antes analisar, pelo menos, dois requisitos de suma importância, ou seja, a existência de lacuna no processo de execução e a compatibilidade do instituto a ser aplicado com a estrutura do processo de execução.

ARRUDA ALVIM, em lição lapidar, afirma que:

“Toda vez que se tratar de ‘arrancar’ do ‘Livro do Processo de Conhecimento’ um instituto, pretendendo que haja uma lacuna no livro do Processo de Execução, há que se verificar: primeiro, se existe realmente lacuna; segundo, se o instituto que se pretende usar é compatível com aqueles princípios que informam, estruturam e traçam o perfil do Processo de Execução, pois, se não houver compatibilidade, apesar da lacunosidade, não poderá haver aplicação subsidiária, devendo, então, a referida lacuna ser suprida por princípios inerentes e próprios ao processo de execução”.³³

Assim, com fundamento no art. 598 do Código de Processo Civil,³⁴ que autoriza, subsidiariamente, a aplicação das disposições que regem o processo de conhecimento ao processo de execução, é possível estabelecer uma compatibilidade entre a tutela

³⁰ A tutela Inibitória, p. 155.

³¹ Nesse sentido: SPADONI, Joaquim Felipe, *op. cit.*, p. 134; e LOPES, João Batista, *op. cit.*, p. 122.

³² Antecipação da Tutela no Processo Executivo, p. 29.

³³ Análise das Principais Inovações do Sistema e Estrutura do Código de Processo Civil, p. 24.

³⁴ Verbis: “Art. 598. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”.

antecipatória regulada no processo de conhecimento com o processo de execução, máxime em razão de sua natureza jurídica, que absorve, com simpatia, quaisquer normas conducentes à execução específica e satisfativa.

MARCELO LIMA GUERRA, com relação à possibilidade de aplicação desses artigos ao processo de execução, ainda afirma que:

*“Realmente, não parece razoável que alguém apenas afirmando-se titular de um direito (e desde que demonstre o fumus boni iuris e o periculum in mora) possa obter uma satisfação imediata desse direito, enquanto a mesma possibilidade não estaria disponível a alguém titular de um direito merecedor de satisfação definitiva, ou seja, de um direito consagrado em título executivo. Uma tal interpretação conduz a um flagrante absurdo, o que viola um dos mais tradicionais princípios hermenêuticos”.*³⁵

Ademais, se a antecipação da tutela tem por fundamento eliminar ou impedir o *periculum in mora*, isto é, o risco de que a demora do processo cause danos irreparáveis ou de difícil reparação ao credor, contornável a aplicação da tutela antecipada para combater a ineficácia de uma tutela jurisdicional tardia e ineficaz.

Enfim, a aplicação da tutela antecipatória no processo de execução, a fim de eliminar o perigo de demora da outorga da tutela jurisdicional, é a interpretação mais lógica e racional, implicando, inclusive, o reconhecimento de efetividade exigida do processo civil moderno.³⁶

6. Tutela antecipada na execução de obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa.

A obrigação de fazer ou de não fazer e a obrigação de entrega de coisa certa pode ser produto de acerto definitivo judicial ou extrajudicial. Na primeira hipótese, ou seja, com base em sentença definitiva (acerto judicial) envolvendo obrigação de fazer e não fazer, bem como obrigação de entrega da coisa certa, desnecessária a instauração do processo de execução, porque a própria sentença receberá comando de efetivação, nos termos do arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, isto é, as providências assinaladas nos respectivos artigos tornam desnecessária a formulação de execução.

O acerto a respeito de determinada obrigação, conforme ressaltado, pode ser oriundo também de vontade privada das partes, uma vez que a lei não descarta tal possibilidade. Assim, podem as partes estabelecer relação obrigacional de maneira privada, obviamente seguindo o modelo recomendado pelo legislador (art. 585, Código de Processo Civil). Esse ajuste pode envolver obrigação de fazer ou não fazer, bem como obrigação de entrega de coisa certa. O acerto extrajudicial faz surgir título executivo com o mesmo adjetivo. A exigência da obrigação, em razão de resistência do devedor no cumprimento, dispensa a instauração de processo de conhecimento, porque o acerto da obrigação

³⁵ *Antecipação de Tutela no Processo Executivo*, p. 30.

³⁶ CARLOS MAXIMILIANO, em primorosa lição, sustenta que: “*Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*”. (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 210).

se sustenta no documento formalizado entre as partes (título executivo extrajudicial).

É certo que o Código de Processo Civil estabelece procedimentos próprios para as execuções de obrigação de fazer e não fazer e para as execuções de obrigação para entrega de coisa, conforme se vê, com relação a essas nos arts. 621 a 631 do Código de Processo Civil e àquelas nos arts. 632 a 645 do mesmo código.

Muito embora sendo o procedimento das respectivas execuções, com base em título executivo extrajudicial, eficazes do ponto de vista teórico para satisfazer o interesse do credor, não se pode descartar a possibilidade de aplicação do disposto nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil para se alcançar a efetividade desejada no cumprimento da obrigação. É verdade que não existe dispositivo algum no Livro II, que trata do processo de execução, recomendando expressamente a aplicação dos referidos artigos na execução de título executivo extrajudicial, o que não ocorre com o judicial, que já possui comando de efetividade, mas, mesmo assim, o art. 644 do Código de Processo Civil, neste aspecto, reafirma que *“na sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461”*, observando subsidiariamente o disposto no procedimento próprio. Assim, para garantir melhor eficiência ao processo de execução, envolvendo as obrigações mencionadas, mesmo com base em título executivo extrajudicial, existe a possibilidade de aplicação dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, com fundamento na subsidiariedade autorizada no art. 598 do mesmo Código.

7. Conclusão

Diante do insucesso da satisfação da obrigação assumida no respectivo título extrajudicial poderá o credor, por intermédio do procedimento próprio estabelecido em lei (arts. 621 a 631 e 632 a 645 do Código de Processo Civil), com fundamento no § 5º do art. 461, combinado com o art. 598, ambos do Código de Processo Civil, alcançar a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, mediante a imposição de medidas de busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, inclusive, caso necessário, com requisição de força policial, subordinando-se também a sanção de natureza penal, pelo descumprimento de ordem judicial.³⁷

Bibliografia

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 4ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1972.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed., v. 1 e 2, São Paulo: RT, 2000.

ALVIM, José Eduardo Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1998.

³⁷ Aliás, nesse sentido, J.E. CARREIRA ALVIM afirma que: *“Embora inserida no processo de conhecimento, no título do ‘procedimento ordinário’, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer aplica-se também, subsidiariamente, ao processo de execução dessas obrigações (art. 598). O legislador deu um importante passo ao permitir a outorga da tutela liminar ainda na fase de cognição do direito, se estiverem preenchidos determinados requisitos (art. 463, § 3º). Não teria sentido antecipar a tutela específica na ação de conhecimento — quando inexistente ainda direito traduzido na sentença — e negá-la na ação de execução, quando o credor já dispõe de título judicial. Por outro lado, o novo art. 632 admite que a obrigação de fazer ou não fazer se contenha em título executivo, tanto judicial (art. 584) quanto extrajudicial (art. 585); tais execuções admitem, igualmente, a tutela antecipada, específica ou equivalente, nos moldes do art. 461, § 3º. Aludindo o caput desse artigo à ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, abrange, por evidente, tanto a ação de conhecimento quanto a ação de execução, em que pese a topologia do preceito” (Tutela Específica das Obrigações de Fazer e de Não Fazer na Reforma Processual, p. 191).*

- ALVIM, J.E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 5ª ed., Rio de Janeiro: 2003.
- _____. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. "Reflexões sobre a nova tutela relativa às obrigações de entregar coisa certa ou incerta", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 811, mai. 2003, pp. 78-96.
- DIDIER JR., Fredie. "Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito", *Revista de Processo*, nº 110, ano 28, abr./jun. 2003, pp. 225-251.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 2ª tiragem, São Paulo: RT, 1999.
- _____. "Antecipação da tutela no processo executivo", *Revista de Processo*. São Paulo, nº 87, pp. 22-31, jul./set. 1997.
- LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2002.
- _____. "Alterações no CPC: Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02", *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, nº 17, maio/jun. 2002, pp. 131-146.
- _____. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *A Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1999.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*. São Paulo: RT, 2000.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Tutela Antecipada*. 3ª ed., São Paulo: Juarez Oliveira, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: RT, 1992.
- _____. *A Antecipação da Tutela*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- _____. *Novas Linhas de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo, RT, 1997.
- _____. *Tutela Específica*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2000.
- MAXIMIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., São Paulo: Forense, 1994.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: Princípios Fundamentais*. São Paulo: RT, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 6ª ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed., São Paulo, RT, 2002.
- PACHECO, José da Silva. *Tratado das Execuções*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 2.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed., v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2000.
- SANCHES, Sidney. *Execução Específica (Das Obrigações de Contratar e de Prestar Declaração de Vontade)*. São Paulo: RT, 1978.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 19ª ed., v. I, São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 18ª ed., v. II, São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 16ª ed., v. III, São Paulo: Saraiva, 1997.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: A Ação Prevista no Art. 461 do CPC*. São Paulo: RT, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. São Paulo: RT, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 20ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*, 19ª ed., v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 16ª ed., v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. "Tutela antecipada e tutela cautelar. Revista dos Tribunais", São Paulo, nº 742, ago. 1997, pp. 39-56.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.