
Tutela Antecipada

PROVIMENTO IMEDIATO PARA A PRESTAÇÃO DO DIREITO MATERIAL RECLAMADO



Sylvio Torres Filho

Editora
ENSINE

SYLVIO TORRES FILHO

TUTELA ANTECIPADA

**PROVIMENTO IMEDIATO PARA A PRESTAÇÃO DO DIREITO
MATERIAL RECLAMADO NO LITÍGIO**

SYLVIO TORRES FILHO

TUTELA ANTECIPADA

PROVIMENTO IMEDIATO PARA A PRESTAÇÃO DO DIREITO MATERIAL RECLAMADO NO LITÍGIO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Torres Filho, Sylvio

Tutela Antecipada: Provimento Imediato para a Prestação do Direito
Material Reclamado no Litígio / Sylvio Torres Filho. - 1ª. ed. - João Pessoa
, PB : Editora Ensigne 2009. 2009

Bibliografia.

1. Direito Material - Brasil 2. Medidas Cautelares 3. Medidas Cautelares -
Brasil 4. Processo Civil 5. Processo civil - Brasil

I. Título

ISBN

978-85-63254-00-9

09-12750

CDU 347.922.33 (81)

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Brasil : Tutela Antecipada: Processo Civil: Direito civil 347.922.22 (81)

Prefácio: Professor Dr. Luiz Flávio Gomes

Revisão: Arlley Cavalcante de Oliveira

Capa: Josmar Almeida de Moraes

Proibida a reprodução por quaisquer meios (mecânicos, eletrônicos, xerográficos, fotográficos, gravação, estocagem em banco de dados, internet, etc.), a não ser em citações breves com indicação de fonte.

Depósito Legal na Biblioteca Nacional
Decreto No. 1825, de 20 de Dezembro de 2007.

Impresso no Brasil.

© 2009. Direitos Autorais reservados a SYLVIO TORRES FILHO
sylvio@stfadogados.adv.br

DEDICAÇÃO

Dedico esta obra ao Grande Arquiteto do Universo, que me escolheu, dentre outros tantos milhões de pessoas capazes e competentes, e outorgou o conhecimento necessário para a realização deste trabalho, contemplando-me com as seguintes dádivas:

Um pai que amo, embora não mais esteja neste plano terrestre, o qual, porém, sempre será marco indestrutível de honestidade, saber e conhecimento.

Uma mãe que amo, cujas vitórias e conquistas adoto como espelho de vida, a quem não consigo representar, através do espaço retangular do papel, o meu agradecimento pela riqueza que me proporcionou, oferecendo-me educação, exigindo-me caráter e cobrando sempre, como contrapartida, uma total, plena e triunfal realização profissional.

Uma esposa que amo, a quem credito minha completa felicidade, responsabilizando-a como a fonte das energias e forças que servem como combustível cotidiano, para alimentar-me com o equilíbrio e discernimento necessários, a fim de pelejar todas as batalhas da vida e alcançar todos os objetivos profissionais e pessoais com primazia.

Uns poucos, porém grandes e eternos amigos, dentre eles alguns consanguíneos, os quais sempre se fizeram presentes e participaram tanto dos maiores como dos menores momentos da minha vida.

Sylvio Torres Filho

PREFÁCIO

Tudo que é publicado visa a alcançar um determinado público, porque escrever, claro, é uma forma de dialogar - com o leitor. Na verdade, mais que dialogar, muitas vezes, o intuito é de reforçar o que já se sabe, ou mesmo de possibilitar ao interlocutor novos conhecimentos - no mínimo, novas reflexões. Às vezes, o que se pretende é mudança na forma de pensar do interlocutor, e, às vezes, é mudança da realidade - ou a sua compreensão mais exata, menos distorcida.

O livro que estou tendo a honra de prefaciар, a pedido do seu ilustre autor, Sylvio Torres Filho, reúne um pouco de tudo isso. É um livro que quer dialogar com o leitor, o que resulta plausível, porque foi escrito de forma clara e objetiva. Mais que isso, ele não só reforça a doutrina sedimentada, como também abre novos caminhos, para entender a tutela antecipada no sistema jurídico nacional.

O autor de um escrito (que é publicado) pode pretender ditar valores, ministrar verdades, ou ainda, sapientemente, desbravar caminhos novos para a exata compreensão de uma realidade (de um assunto). Sylvio Torres Filho, que é advogado de renome - atuando sobretudo em João Pessoa, onde está sediado seu principal escritório -, e Diretor da Ensino - Escolas Superiores Integradas do Nordeste -, conta com larga experiência profissional e acadêmica. Além disso, é pós-graduado pela Fanese - Sergipe - e já publicou incontáveis artigos - na área jurídica e afins.

Eu diria que a obra que estou prefaciando veio, em primeiro lugar, para recordar os valores e as verdades que estão por detrás da tutela antecipada; em um segundo momento, não há como deixar de reparar na sua contribuição excepcional para o entendimento minucioso do tema (tutela antecipada), que foi dividido em treze capítulos: efetividade processual, a tutela jurisdicional e os provimentos jurisdicionais, as características da tutela antecipada, que é distinta da tutela cautelar, requisitos e espécies de tutela antecipada, o momento da antecipação, revogação, modificação e efetivação da antecipação da tutela, tutela fundada em abuso de direito de defesa, reparações de danos, a tutela antecipada frente à fazenda pública, na justiça eleitoral, na justiça trabalhista e nos juizados especiais, recursos cabíveis etc. O que há de mais relevante em matéria de tutela antecipada foi devidamente abordado na obra, daí o prognóstico do seu êxito, frente aos leitores.

A tutela antecipada é uma forma de tutela judicial, a qual possibilita a concretização de uma justiça efetiva. Justiça efetiva é a justiça real, concreta, que recompõe - ou, ao menos, suaviza - a situação jurídica de esbulho ou de ofensa ou de ameaça a um direito. O Direito existe, para dar a cada um o que é seu, mas isso tem que ser feito no tempo certo, de acordo com os meios e instrumentos processuais adequados. Uma justiça burocratizada, inacessível, morosa, a qual não é prestada em tempo razoável (CF, art. 5º, inc. LXXVIII), de forma célere, jamais será efetiva. Nesse ínterim, se a justiça não é efetiva, pode-se dizer que não há justiça (ou melhor, é um simulacro de justiça). A ordem jurídica precisa ser justa e, ao mesmo tempo, pronta, na hora certa.

Normalmente os efeitos de uma decisão judicial são produzidos no final, depois da sentença de mérito - depois mesmo da coisa julgada -, mas, muitas vezes, a situação concreta requer socorro imediato e antecipado (pouco adiante alcançar uma decisão favorável, mas inexecutável). O formalismo e a falta de estrutura do judiciário não podem constituir obstáculo para a efetivação do direito, sendo certo que não basta o acesso ao judiciário.

O acesso à jurisdição, na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, constitui um dos pilares básicos do Estado de Direito democrático. Não basta, entretanto, que os recursos (as ações, técnicas e instrumentos) existam formalmente, ao contrário, devem ser efetivos (*Caso Canto*, Sentença de 28.11.2002, parágrafo 52). Não se trata de um direito absoluto, de qualquer modo é certo que as restrições devem ser razoáveis (*Caso Canto*, cit., parágrafo 54). No *Caso Las Palmeiras* (Sentença de 06.12.2001, da Corte Interamericana), sublinhou-se que não é suficiente a existência formal dos recursos (das ações, técnicas e instrumentos), senão que eles devem ser eficazes, ou seja, devem dar resultados ou respostas às violações dos direitos (em especial, dos direitos humanos). O acesso à jurisdição só é pleno, quando, por meio dele, também se tem acesso à justiça (a um provimento justo, efetivo, concreto, na hora certa, no tempo certo).

O direito de acesso à jurisdição como direito (e garantia) a uma proteção jurisdicional *adequada* pressupõe, destarte: “a) que o conteúdo constitucional e internacional mínimo não fique aniquilado com a inexistência de uma determinação legal da via judicial adequada; b) que essa via judicial seja definida com clareza, isto é, que não se traduza, na prática, em um jogo formal sistematicamente reconduzível à existência de formalidades e pressupostos processuais, cuja ‘desatenção’ pelos particulares implica a perda automática das causas”¹.

1. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional, cit., p. 453.

A tutela judicial efetiva, como se vê, depende do legislador, assim como da operacionalidade dos institutos processuais. O processo, como também o direito processual, só cumpre bem seu papel instrumental, quando se revela apto para atender às novas demandas e necessidades. O acesso à jurisdição, que deve atuar em prazo razoável, depende, muitas vezes, de profundas mudanças nos instrumentos que viabilizam a realização da justiça e da melhora nas técnicas processuais.

Depende, ademais, da atuação do juiz (na hora certa, no momento certo). O juiz já não pode ser um mero expectador da contenda judicial. Deve sempre se atualizar e interpretar o direito de acordo com a evolução da sociedade e da própria ciência do direito.

Cabe, depois, aos Estados assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso (ou a ação ou instrumento de tutela). É obrigação dos Estados assegurar o cumprimento das decisões judiciais, ordenando-se força policial ou outros meios coercitivos, quando necessário. Os Estados devem garantir os meios para a execução das decisões definitivas (Corte Interamericana, Caso Baena, Sentença de 28.11.2003, parágrafo 79), sobretudo quando envolve os direitos e garantias fundamentais, que possuem aplicabilidade imediata (nos termos do art. 5º, § 1º, da CF).

As decisões judiciais, uma vez que conquistem firmeza, ou seja, o efeito da imodificabilidade definitiva ou a forma de uma determinação antecipada ou cautelar, não constituem, evidentemente, “meras declarações de intenções”. Logo, a tutela judicial somente se efetiva concretamente com a real execução da decisão judicial (definitiva ou provisória). Somente assim, aliás, resulta satisfeita a pretensão deduzida em juízo, final ou cautelar ou antecipada. Preocupou-se com o tema a Convenção Americana, que expressa: “Os Estados-partes comprometem-se: (...) c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso” (art. 25, 2, c) (ou a ação ou qualquer outro instrumento de tutela). A jurisdição, o processo, os meios, instrumentos e técnicas processuais existem, para produzir um “resultado”, que é a preservação dos direitos. A efetividade da tutela judicial, como se vê, não se coaduna com atos estéreis ou inúteis ou protelatórios ou tardios.

Que este livro tenha o devido reconhecimento de todos.

São Paulo, 30 de novembro de 2009².

LUIZ FLÁVIO GOMES

2. Doutor em Direito penal pela Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Penal pela USP e Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001). www.blogdolfg.com.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 A EFETIVIDADE PROCESSUAL.....	17
1.1 O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM UM PRAZO RAZOÁVEL	21
1.1.1 A morosidade da Justiça.....	22
1.2 O PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS.....	23
2 A TUTELA JURISDICIONAL E OS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS.....	27
2.1 TUTELA JURISDICIONAL.....	27
2.1.1 Classificação da tutela jurisdicional.....	29
2.1.1.1 Classificação tradicional da tutela jurisdicional.....	29
2.2 PROVIMENTO JURISDICIONAL.....	31
3 TUTELA ANTECIPADA.....	35
3.1 TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR – BREVE DISTINÇÃO.....	36
3.1.1 Semelhanças entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada.....	42
3.1.2 Diferenças entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada.....	45
3.2 A TUTELA ANTECIPADA NO QUADRO DAS TUTELAS URGENTES E PROVISÓRIAS.....	47
3.3 COGNIÇÃO NA TUTELA ANTECIPADA.....	51
3.4 PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO E SEUS LEGITIMADOS.....	51
3.4.1 Pedido de Antecipação de Tutela e Concessão de Medida Cautelar (via de mão única).....	55
3.4.2 Pedido de Antecipação de Tutela e Concessão de Medida Cautelar (via de mão dupla).....	56
3.5 CARACTERÍSTICAS.....	60
3.5.1 Provisoriedade.....	60
3.5.2 Revogabilidade e Modificabilidade.....	60
3.5.3 Não-satisfatividade.....	62
3.6 PROCEDIMENTO.....	63
3.6.1 Natureza da Decisão.....	63
3.6.2 Decisão interlocutória e sentença.....	64
3.7 FORMA DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	66
3.8 LIMINAR E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	67

4 REQUISITOS E ESPÉCIES DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	73
4.1 DECISÃO FUNDAMENTADA.....	73
4.2 IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO.....	75
4.3 PROVA INEQUÍVOCA.....	79
4.4 VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES.....	80
4.5 FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.....	82
4.6 ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTTELATÓRIO.....	83
4.7 PEDIDOS INCONTROVERSOS.....	84
5 MOMENTO DA ANTECIPAÇÃO	89
5.1 ANTES DE SER OUVIDO O RÉU EM JUÍZO.....	89
5.2 NA SENTENÇA.....	90
5.3 NO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	91
6 REVOGAÇÃO, MODIFICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	93
6.1 REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	93
6.2 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS.....	94
6.3 EFETIVAÇÃO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA.....	98
6.4 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E EFICÁCIA DAS SENTENÇAS.....	100
7 A TUTELA FUNDADA EM ABUSO DE DIREITO DE DEFESA.....	103
7.1 A ANTECIPAÇÃO NO CASO DE DEFESA INFUNDADA.....	103
7.2 A TUTELA ANTECIPADA POR MEIO DA TÉCNICA MONITÓRIA.....	104
7.3 A ANTECIPAÇÃO FUNDADA NA NÃO APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO E NO RECONHECIMENTO JURÍDICO PARCIAL DO PEDIDO.....	104
7.4 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA POR MEIO DE JULGAMENTO ANTECIPADO DE UM OU MAIS DOS PEDIDOS CUMULADOS.....	105
7.5 A TUTELA ANTECIPADA POR MEIO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DE PARCELA DO PEDIDO.....	106
7.6 A ANTECIPAÇÃO NO CASO DE ABUSO NO DIREITO DE RECORRER.....	106
8 REPARAÇÕES DE DANOS CAUSADOS EM FACE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	109
8.1 CARACTERÍSTICAS DE UM SISTEMA EFICAZ DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO USO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	109
8.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA NO MANEJO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	110

8.2.1 Responsabilidade objetiva pelo manejo indevido da tutela Antecipada.....	110
9 APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	113
10 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA JUSTIÇA ELEITORAL.....	119
11 APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	125
11.1 APLICABILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	125
11.2 HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	128
11.3 REQUERIMENTO PELO EMPREGADOR.....	132
11.4 RESPONSABILIDADE POR DANO RESULTANTE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	133
12 APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NOS JUIZADOS ESPECIAIS.....	135
13 RECURSOS CABÍVEIS CONTRA O DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NO PRIMEIRO E SEGUNDO GRAU.....	145
13.1 ADMISSIBILIDADE DO EFEITO ANTECIPATIVO NA FASE RECURSAL.....	146
13.1.1 Ampliação dos poderes do relator.....	147
13.2 EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE À APELAÇÃO.....	160
13.2.1 Efeito antecipativo frente ao Art. 285-A do CPC.....	170
13.3 EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.....	171
13.4 EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AOS EMBARGOS INFRINGENTES.....	181
13.5 EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.....	186
13.6 EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL.....	199
13.7 EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.....	203
CONCLUSÃO.....	207
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	211

INTRODUÇÃO

A alteração da redação do artigo 273 do CPC pela Lei nº 8.952/1994 introduziu o instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a sua concessão para todo processo de conhecimento. Não representou, entretanto, uma novidade absoluta no ordenamento, uma vez que a tutela antecipada já era permitida em disposições esparsas no ordenamento.

Tais disposições sempre foram tratadas como sendo normas de caráter especial, uma vez que, segundo o entendimento do processo civil clássico, a execução deveria ser sempre precedida de cognição exauriente, ou seja, eram disposições que excepcionavam a norma geral que admitia apenas a prática de atos coativos/executivos após a sentença que declarasse o direito [LOPES, 2001, p.38].

Com a reforma do art. 273 do Código de Processo Civil, que introduziu o instituto da tutela antecipada, pode-se admitir, desde então, a antecipação do provimento, inclusive, para os procedimentos especiais que não contenham disposição específica sobre a concessão de liminares e, também, para aqueles que, mesmo contendo, possam ser alvo da aplicação do instituto após o momento estipulado, mesmo que ausentes os requisitos específicos exigidos pelo procedimento especial.

Feitas estas considerações iniciais, o presente estudo discorreu sobre a antecipação da tutela. Para a melhor abordagem do tema, encontra-se dividido em treze capítulos: o primeiro capítulo versa sobre a efetividade processual; o segundo discorre sobre a tutela jurisdicional e os provimentos jurisdicionais; o terceiro apresenta as características da tutela antecipada, diferenciando-a da tutela cautelar; o quarto capítulo apresenta os requisitos e espécies de tutela antecipada; o quinto analisa o momento da antecipação; o sexto capítulo discorre sobre a revogação, modificação e efetivação da antecipação da tutela; o sétimo analisa a tutela fundada em abuso de direito de defesa; o oitavo capítulo discorre sobre as reparações de danos causados em face da antecipação da tutela; o nono analisa a aplicação da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública; o décimo analisa a aplicação da antecipação da tutela em face

da Justiça Eleitoral; o décimo primeiro capítulo discorre sobre a aplicação do instituto da antecipação da tutela na Justiça do Trabalho; o décimo segundo analisa a aplicação do instituto da antecipação da tutela nos juizados especiais; por fim, o décimo terceiro capítulo apresenta os recursos cabíveis contra o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela em primeiro e segundo grau.

Para a realização desta pesquisa, utilizou-se de pesquisa bibliográfica em doutrinas, legislações e jurisprudências pertinentes à temática abordada.

1. A EFETIVIDADE PROCESSUAL

Para que uma lei se torne efetiva, é preciso que seja eficaz e atenda aos interesses daqueles que buscam o Judiciário, facilitando e desburocratizando o acesso à justiça. A efetividade é citada amplamente na doutrina, porém, na prática, pouco utilizada. Conforme os principais dicionários pátrios, a efetividade é “a qualidade do que tem efeito, é real, verdadeiro, positivo e permanente” (*apud* BARROSO, 1996, p.51).

Para Enterría (1995, p.86), “efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”.

Segundo Ferrari (2001, p.16),

Pode-se visualizar uma lei efetiva, quando esta, ao final, demonstra efeitos positivos para quem está envolvido na prestação jurisdicional. Ou seja, a mesma deve, na prática, se traduzir em efetivas garantias às partes, aproximando ao máximo o dever-ser normativo ao ser da realidade social. Atualmente a efetividade processual, com o fito de buscar a prestação jurisdicional dentro de uma ordem jurídica justa, é uma realidade muito difícil de ser alcançada, face ao elevado número de processos em andamento, o baixo número de juízes e as dificuldades de um aparelhamento eficiente do Poder Judiciário, e principalmente devido ao exacerbado formalismo da legislação processual vigente.

A Constituição Federal demonstra o caminho da efetividade, principalmente a partir da garantia do controle da prestação jurisdicional e através da imparcialidade do juiz. Ao intérprete cabe fundamentar as decisões partindo de uma análise onde as partes inobservaram ou não as normas dotadas de imperatividade aplicáveis ao caso concreto. Após esta análise, deve o intérprete, na fundamentação, deflagrar mecanismos próprios de cumprimento forçado no âmbito dos critérios normativos vigentes.

A efetividade decorre do princípio constitucional disposto no artigo 5º, XXXV, que garante formalmente a todos o livre acesso ao Judiciário, interpretado de forma mais ampla, não garantindo apenas o acesso ao Judiciário, mas também a obrigação estatal de entregar a tutela jurisdicional de maneira efetiva, proporcionando ao vencedor da demanda o alcance material do direito em discussão.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, já existia grande preocupação com a efetividade no processo civil pátrio, como se pode observar na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, redigida pelo Ministro Alfredo Buzaid, que assim prescrevia:

Na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se, por isso, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito (*apud* FERRARI, 2001, p.17).

Nas reformas contemporâneas no sistema processual, é explícita a opção pela efetividade. Como exemplos, citam-se a *celeridade dos juizados especiais* e a *tutela de urgência*, dentre outras inovações já em vigência. Também, a doutrina está empenhada no estudo da efetividade na entrega da tutela jurisdicional.

Diante desta nova visão adotada no processo civil brasileiro, a função do magistrado vem-se alterando, deixando de ser apenas mero expectador da contenda judicial e passando a ter papel importante no andamento do processo, principalmente na instrução probatória e, ao final, na interpretação do direito de acordo com a evolução da sociedade, para determinar a quem cabe a tutela jurisdicional na sentença.

Segundo Ferrari (2001, p.118), “o juiz contemporâneo deve acompanhar constantemente a evolução social, demonstrando responsabilidade e comprometimento com a efetivação do direito material”.

A constante mudança em função da evolução da sociedade tem demandado transformações em todas as esferas jurídico-sociais, não sendo admissível uma previsão legal absoluta, estagnada no tempo. Conforme Ferrari (2001, p.120),

Para que haja um acompanhamento da evolução da sociedade, os julgamentos devem estar pautados em interpretações de princípios em direção ao caso concreto. Classes sociais antes prejudicadas diante do positivismo e o conseqüente engessamento das leis hoje começam a ter os direitos assegurados ao acessarem o Judiciário, com a conquista da garantia de uma prestação jurisdicional efetiva e justa.

A importância das garantias e direitos previstos neste artigo 5º da CF é imensa. O legislador priorizou alguns direitos, direitos esses que não podem ser restringidos, os quais precisam ser respeitados e garantidos de forma imediata, de acordo com seu parágrafo 1º. Assim, além da garantia “máxima” à existência desses direitos, a Constituição Federal prevê ainda a sua aplicação imediata. O § 1º do art. 5º da CRFB estabelece: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Podemos extrair dessa afirmação que as normas inseridas nos direitos e

garantias fundamentais precisam ter imediata aplicabilidade, o que significa que devem ser imediatamente efetivas. João Pedro Gebran Neto (2002, p.164) afirma:

Esta atuação dos direitos fundamentais em sede das relações privadas pode ocorrer tanto de modo mediato quanto imediato. A concretização de determinadas normas de direito fundamental pelo legislador ordinário leva a uma aplicação indireta da Constituição na esfera das relações privadas. Também quando determinados espaços ou lacunas legislativas, ou mesmo conceitos indeterminados, são abertos pelo legislador ordinário, a integração deve necessariamente ser preenchida pelos valores constitucionalmente estabelecidos, principalmente as normas de direito fundamental. Por isso, é flagrante que há a eficácia mediata. A questão que se abre é sobre a existência da eficácia imediata.

Segundo o supracitado autor, a aplicabilidade mediata ou imediata irá depender do caso concreto, uma vez que, caso se trate, por exemplo, de uma situação em que as partes se encontrem em manifesta desigualdade, ou não existir lei, ou cláusula geral que normatize esta circunstância, a aplicação dos direitos fundamentais será direta e imediata.

Jairo Schafer (2005, p.52) estabelece sobre os direitos fundamentais que todos eles, “independentemente da classificação que se atribua, exteriorizam a eficácia imediata de vinculação ao seu conteúdo essencial, não sendo lícito à atividade legislativa ou administrativa infraconstitucional retirar-lhe ou inverter-lhe o seu sentido útil”.

Os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, conforme o art. 5º da CF que os prevê, de modo que o Estado deve zelar por sua aplicação sem impedimentos, haja vista ser um direito concedido ao jurisdicionado, proteção fundamental no ordenamento pátrio.

Bem destaca Marcelo Guerra (2003, p.83), ao ressaltar que o aspecto que mais importa sobre o regime próprio dos direitos fundamentais é sua aplicação imediata. De acordo com o autor, através dessa idéia, destaca-se o princípio da Supremacia da Constituição.

Os direitos fundamentais, como devem ser aplicados “da melhor forma possível”, devem ter sua aplicação ligada a um fim, e que este seja conseguido da forma que for necessária, desde que apropriada.

Por ser aplicado por meio de ponderações, os princípios têm carga valorativa, e o princípio da efetividade, por estar consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, é de tamanha importância que devem ser utilizados todos os meios cabíveis, para

que a tutela seja efetiva.

Além da previsão da aplicação imediata, o artigo 5º, em seu inciso LXXVIII³, prevê a celeridade como um direito fundamental. Desta forma, outro aspecto que se relaciona diretamente com a efetividade do pronunciamento judicial é o excessivo tempo que leva, pois a efetividade relaciona-se à celeridade do processo⁴, e não basta para o jurisdicionado o direito ser concedido, se o tempo já fez com que fosse ineficaz para a finalidade que se buscava.

A previsão da celeridade e a aplicação imediata das garantias e de direitos fundamentais, assim como a previsão do art. 60, § 4º, IV, que prevê a abrangência dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas, fazem com que o princípio da efetividade seja respeitado e consagrado em todo e qualquer pronunciamento judicial.

Se todos os direitos forem observados a tempo, para que seu titular o usufrua, terá acontecido a efetividade plena que tanto almejamos. Luiz Guilherme Marinoni (2004, p.187) conclui:

Para resumir, basta evidenciar que há direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando houver necessidade, preventiva. A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica a diferentes situações de direito substancial. Pensando-se a partir daí fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetividade ocorra de modo menos gravoso ao réu.

O citado autor entende que é direito fundamental assegurar uma tutela jurisdicional real, conforme as necessidades trazidas do plano do direito material, assegurando que todo direito seja efetivamente realizado.

Diante dessa polêmica, é de extrema importância debatermos tal situação, pois o que almejamos é garantir a eficácia em sua forma plena. Portanto, pouco adiantaria ter uma decisão que lhe fosse favorável, se na prática esta não se efetivasse. É necessária

3. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004).

4. Nesse aspecto, é cabível a análise feita por Carolina Bonadiman Esteves (apud ALMEIDA, 2006, p. 154), quando se refere à diferenciação dos conceitos de efetividade, eficiência e eficácia, sendo a eficiência aquele relacionado ao menor tempo e dispêndio possível, mas que adotamos o conceito da autora de uma forma geral.

a junção de todos esses fatores.

Foi dado pelo legislador o primeiro passo na busca da efetividade, dentre os diversos artigos inseridos pelas recentes reformas do CPC, os quais visam a conceder a efetividade, reduzindo o formalismo na aplicação da lei.

1.1. O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM UM PRAZO RAZOÁVEL

Não se pode confundir o acesso à justiça com o acesso ao judiciário. O acesso à justiça envolve questões que ultrapassam a esfera jurídica, englobando valores de cunho sociais, políticos e econômicos.

Por outro lado, o acesso ao judiciário é um dos elementos de acesso à justiça, não sendo, porém, suficiente, para assegurar sua efetividade. Dessa forma, para que possa haver uma ampla garantia ao mesmo, faz-se necessário que a parte tenha consigo um profissional habilitado para a defesa de seus interesses.

Para Mário Antonio Lobato de Paiva (2000, p.53),

[...] o poder de agir em juízo e de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa dos seus direitos, contudo tais direitos constitucionais somente prevalecerão com a presença do advogado que é indispensável à justiça. Assim, o amplo acesso à justiça está vinculado ao acompanhamento da parte por um profissional habilitado, e diante da impossibilidade da parte de pagar os honorários advocatícios, cabendo ao Estado arcar com este ônus.

A expressão acesso à justiça, segundo Cappelletti (1988, p.8), determina os dois principais fins do sistema jurídico: um sistema pelo qual as pessoas passam a reivindicar seus direitos e um sistema pelo qual as pessoas possam resolver seus conflitos sob os auspícios do Estado. O sistema deverá ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados individuais e socialmente justos.

O acesso à justiça, portanto, é “um dos novos direitos a ser protegido pelo Estado Social, devendo ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico que pretenda assegurar, e não somente proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI, 1988, p.12).

Não obstante, o estudo do direito de acesso à Justiça inspira que se reflita, inclusive, acerca do papel desempenhado pelo direito processual contemporâneo no atendimento das novas demandas e necessidades, a fim de efetivar a prestação

jurisdicional (SANTOS et al, 1996).

Nessa esteira, o processo começa a ser pensado como um instrumento para concretizar direitos, tornando possível a participação social. Com a democratização do Estado, o processo passou a assumir um cunho mais político, representando uma garantia constitucional e vindo a atuar como instrumento de efetivação dos direitos.

Nesse sentido, o acesso à Justiça encontra-se intrinsecamente associado ao direito fundamental à prestação jurisdicional em um prazo razoável. Com efeito, a tempestividade da tutela jurisdicional possui como pressuposto a mudança do conceito do acesso à Justiça, o que embarca a adaptação do processo às novas características e aos desafios da sociedade moderna (SALDANHA, 2004).

Dessa forma, pode-se afirmar que o acesso à justiça em um prazo razoável depende das mudanças ocorridas inclusive nos instrumentos que viabilizam a realização das garantias aos cidadãos, sendo que a melhoria das técnicas processuais é um fator que dita o tempo de duração das demandas a serem resolvidas pelo Estado.

A tempestividade da prestação jurisdicional constitui um pressuposto da efetividade de acesso, e não somente formal, à Justiça, visto que a duração inadequada pode muito comprometer a efetividade dos direitos pleiteados.

1.1.1 A morosidade da justiça

O processo é o instrumento previsto na Constituição para a proteção e para a realização do direito violado, residindo aqui a sua natureza instrumental e a preocupação com a efetividade processual.

Para a efetividade do processo, isto é, para que se obtenha a completa consecução de sua finalidade de excluir conflitos e realizar a justiça, é necessário superar os óbices que ameaçam a boa qualidade de seu produto final, ou seja, a sentença (CINTRA et al, 2003, p.35).

Desta forma, de nada adianta um processo que se caracterize por uma justiça morosa ou apresente procedimentos que, na prática, não sejam capazes de garantir, de forma eficaz, a proteção dos direitos.

O problema da morosidade processual é tão antigo quanto o surgimento do próprio processo.

ambém, para que se concretize o princípio da efetividade do processo, é essencial que o processo se desenvolva de forma célere, enquanto que a concretização do princípio da segurança jurídica não se coaduna com a celeridade.

1.2. O PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS

O liame teleológico entre Constituição e processo civil foi identificado por Oliveira (2005, p.32), que se manifestou da seguinte forma:

Nesse aspecto, diga-se em primeiro lugar que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5º, XXXVII, LIII, LIV e LV, LVI), determina também uma garantia ‘de resultado’, ressaltando o nexó teleológico fundamental entre o ‘agir em juízo’ e a ‘tutela’ do direito afirmado.

Segundo Bermudes (1994, p.99),

Está-se diante da obrigatoriedade imposta aos juízes, juristas e legisladores em criar e aplicar o processo civil, dirigindo-o teleologicamente ao resultado a que se destina, de acautelamento, resguardo, gozo, efetivação e outras ações protetivas dos direitos estabelecidos. Tornar o processo efetivo significa, ante os preceitos constitucionais expostos em diversos locais deste estudo, em assegurar a justiça que ele busca realizar, de modo mais rápido possível, sem negar às partes o mais amplo direito de defesa.

As normas jurídicas podem-se apresentar como regras ou princípios. As normas podem ser classificadas, conforme distribuem os direitos e obrigações ou regulem a atividade processual: aquelas que efetivamente conferem um direito ou obrigação aos cidadãos (normas materiais), e as que dizem respeito à atividade jurisdicional em si mesma, regulando o processo jurisdicional, seu procedimento e sujeitos. São as normas processuais⁵.

As normas processuais não possuem completa autonomia, uma vez que sua existência possui uma finalidade precípua: assegurar a efetiva aplicação das normas de direito material. As normas exercem uma função instrumental, à medida que apenas são atuadas, visando à efetivação dos direitos.

Por meio das normas processuais, o legislador regula a atividade jurisdicional. Para este fim, faz uso de um método próprio chamado “processo”. “O processo é, assim, o método pelo qual a jurisdição opera o método escolhido para a atuação da jurisdição na sua função de composição dos conflitos de interesses. Não se olvida, entretanto, que o processo é, antes

5. “Às normas substanciais compete definir modelos de fatos capazes de criar direitos, obrigações ou situações jurídicas novas (*fattispecie*), além de estabelecer as consequências específicas da ocorrência desses fatos (*sanctiones juris*). As normas processuais ditam critérios para a descoberta dos fatos relevantes e revelação da norma substancial concreta emergente deles, com vista à efetivação prática das soluções ditas pelo direito material” (DINAMARCO, 2003, p.42).

de tudo, instrumento para a realização dos direitos” (ZAVASCKI, 1997, p.111).

Esse “método” desenvolve-se por meio de uma série de atos, interligados e interconectados, os quais se dirigem para a composição dos conflitos de interesses. “A essa série de atos dá-se o nome de procedimento, que é a forma, o aspecto exterior do processo, determinado pela ordem de sucessão dos atos ou pela existência de atos especiais” (LOPES DA COSTA, 1959, p.195).

Cabe indagar: quais são esses atos que compõem o processo? Como são escolhidos? Para responder a essas indagações, deve-se lembrar que o processo é um método utilizado pelo Estado, cujo maior objetivo é a composição dos conflitos surgidos em sociedade, mediante a atuação (proteção) dos direitos⁶, de modo que os atos escolhidos para dar vida ao processo precisam estar aptos a promover a proteção e a atuação dos direitos efetivamente.

Segundo Marinoni (2004, p.32),

De nada adiantaria se o legislador estabelecesse o procedimento, preenchendo-o com atos estéreis e inúteis para a efetiva proteção do direito. Fica claro que os atos escolhidos devem ser idôneos, assim, para atingir o fim máximo do processo.

Alguns desses atos que preenchem o procedimento são atos que dão movimento ao processo, como as intimações, audiências, contestação, impugnações etc. Outros atos, por sua vez, são capazes de conceder, em parte ou totalmente, a tutela jurisdicional: esses últimos são, na verdade, técnicas que recebem o qualificativo de “processuais”, uma vez que são técnicas utilizadas dentro do processo. As técnicas processuais são atos que efetivamente podem conceder a tutela jurisdicional, seja através de declaração, constituição, antecipação dos efeitos, atos executivos, sentença condenatória, procedimento executivo por desapropriação, ordem atrelada à multa etc., e devem ser escolhidas tendo em vista a capacidade de promover, efetivamente, a proteção e efetivação dos direitos.

Diante do dever estatal de promover a paz social com a composição dos conflitos de interesses, o que precisa ser feito através da efetivação de direitos, o legislador precisa implementar técnicas processuais aptas à tutela das variadas situações de direito material. Conforme Marinoni (2004, p.33),

6. Anote-se que a visão de processo civil utilizada no texto constitui apenas uma das facetas pela qual o processo pode ser analisado, de modo a facilitar o entendimento da exposição. Hodiernamente, uma visão mais ampla entende que o processo constitui toda forma de instrumentalização do exercício do poder; em outras palavras, seria um elemento do ordenamento jurídico que permite a sua própria criação e implementação.

TUTELA ANTECIPADA

[...] o legislador tem o dever, diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de instituir as técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito material. [...] Entretanto, esse direito fundamental não se limita a incidir, como é óbvio, em face do legislador, pois exige do Judiciário a prestação da adequada tutela jurisdicional.

Técnica é a predisposição ordenada de meios destinados a obter resultados, de cunho instrumental, visto que somente se justifica em razão de um objetivo a ser cumprido ou atingido (DINAMARCO, 2003, p.273).

“À técnica processual cabe a oferta de meios operacionais com os quais o juiz possa buscar os resultados assim definidos pelo direito substancial” (DINAMARCO, 2003, p.278).

São exemplos de técnicas processuais previstas em nosso ordenamento:

[...] a sentença, a utilização da cognição sumária, a ordem atrelada à cominação de multa, os atos executivos de sub-rogação constantes do processo de execução, os atos executivos de ação de despejo ou reintegratória de posse, o sistema de pagamento por precatórios, dentre inúmeras outras técnicas (DINAMARCO, 2003, p.279).

Diversas outras técnicas poderiam ter sido escolhidas pelo legislador, como, por exemplo, a técnica do sorteio, a técnica do parecer do perito e a técnica dos atos executivos colocados em prática pelo particular vencedor da ação. Tais técnicas não foram adotadas por nosso ordenamento jurídico, uma vez que foram concebidas como incompatíveis com os valores e princípios constantes da sociedade e da ordem jurídica brasileira.

A instituição de técnicas processuais precisa levar em conta o objetivo do processo e o efetivo emprego e proteção dos direitos: “como conjunto de meios preordenados à obtenção de resultados desejados, toda técnica precisa ser informada pela definição dos resultados a obter” (DINAMARCO, 2003, p.136).

Conforme exposto acima, tem o legislador inclusive a obrigação constitucional de prever e estabelecer as técnicas processuais necessárias para a proteção dos direitos.

A disposição constante no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva. Mesmo que não houvesse sido positivado o que hoje se encontra no inciso XXXV do art. 5º da CF, esse dever do Estado restaria incólume, uma vez que resulta do próprio monopólio da administração da justiça e do Estado de Direito.

Para conceder a tutela jurisdicional adequada e efetiva, o Estado deve dispor de todos os meios que se fizerem necessários para a efetiva proteção dos direitos. No que

tange à obrigatoriedade da disposição desses meios, podem-se identificar duas esferas de deveres. A primeira, o dever estatal de prever, no ordenamento jurídico, os mecanismos [técnicas] que se fizerem necessários para a concessão da tutela jurisdicional. A segunda esfera diz respeito ao dever do Estado-juiz em aplicar as técnicas previstas para obter o máximo de efetividade da tutela concedida.

Trata-se de dever constitucional do Estado a previsão e a aplicação de todas as técnicas indispensáveis para a efetiva proteção dos direitos, garantindo que seus titulares dele usufruam plenamente. Desta forma, como ao juiz é obrigatório o julgamento ainda que não exista norma de direito material que regule abstratamente o caso, também ao magistrado é obrigatório que se utilize das técnicas necessárias para a proteção dos direitos, ainda que não haja previsão no ordenamento, desde que respeitados os direitos e garantias básicas constitucionalmente previstas como o contraditório, a ampla defesa, o princípio do menor sacrifício e, em geral, todos os princípios e garantias decorrentes do devido processo legal (NERY JR, 2002, p.121).

Com maior razão, deverá o Estado fazer uso de técnicas previstas no ordenamento jurídico, valendo-se inclusive do conhecido adágio de que “quem pode o mais, pode o menos”. Se pode (deve!) o magistrado aplicar as técnicas que entender necessárias para proteger o direito alegado em juízo, deverá aplicar com maior efeito as técnicas efetivamente positivadas, assim como deve acontecer com a técnica que enseja conceder a tutela antecipada.

2. A TUTELA JURISDICIONAL E OS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS

O sistema processual moderno atua mediante uma série de escopos, que nada mais são que propósitos do Estado, sendo uma das funções estatais a realização dos escopos do processo. Essa função se compreende na Jurisdição, exercida através de agentes do Estado, os juízes, com vistas à pacificação social.

Assim, externando uma das funções do Estado, cujo pressuposto é a existência de um poder com capacidade de decidir imperativamente, ao juiz, para atingir o desígnio do Estado, com o fim de eliminar os conflitos, cumpre realizar uma série de atividades. Com efeito, esse poder estabelecido com capacidade de decidir imperativamente, fazendo com que o direito que rege as relações sociais seja realizado, quando tal realização não ocorra de forma espontânea, age mediante provocação do interessado, que exerce uma garantia subjetiva prevista em lei. Assim, através do exercício do direito de ação, expressa-se o pedido de tutela jurisdicional, sendo esta efetuada mediante a atuação da lei.

No presente capítulo, serão tratados a tutela jurisdicional e os atos judiciais considerados provimentos, assim definidos pela doutrina, observando-se o que a legislação pátria indica nesse sentido, abordando-se, além disso, a sentença, sua definição no ordenamento jurídico, sua classificação doutrinária, as decisões interlocutórias e os despachos, e visitando-se alguns conceitos fundamentais do Direito Processual Civil.

2.1. TUTELA JURISDICIONAL

Hodiernamente grande parte dos processualistas ocupa-se do tema tutela jurisdicional, sobretudo no aspecto de sua efetividade.

A atualidade do tema reflete os problemas do processo, cujas razões principais são a morosidade na prestação jurisdicional, visto que o processo acabou por se tornar arcaico diante da dinâmica social que implica modificação na concepção das demandas, assim como o número reduzido de magistrados, entre outros fatores.

Por outro lado, sabe-se que o processo é imprescindível para o próprio exercício dos direitos, de sorte que se percebe a necessidade do estudo dos mecanismos capazes de mitigar a inefetividade do processo.

Estabelecido o direito, esse passa a se realizar diuturnamente na sociedade,

independente de qualquer coação. Isto é o corrente.

Nem sempre, contudo, há a observância voluntária das regras jurídicas estabelecidas, havendo, em tal caso, a necessidade da imposição coativa da vontade determinada pelo Direito.

Conforme Couture (1998, p.156), “realizar coativamente o direito é respeitar a conduta atribuída ou ordenada, para que, dentro da relatividade das coisas humanas, as previsões normativas se cumpram de modo efetivo, seja in natura, seja mediante substitutivos mais ou menos idôneos”.

O Estado, então, atua a norma, impondo o direito aplicável aquela situação conflituosa, agindo mediante a provocação do interessado, ou seja, o Estado passa a tutelar aquele conflito.

A tutela jurisdicional corresponde à garantia individual que o Estado confere aos indivíduos de ver atuado o direito objetivo.

Teori Albino Zavascki (2000, p.5) afirma que, “quando se fala em tutela jurisdicional, se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos”. Não basta, porém, a previsão abstrata desta tutela, para que a prestação se realize. A tutela jurisdicional há de ser efetiva, visto que, caso não se revista de tal caráter, muitas vezes, equivalerá a sua não prestação.

Marcelo Lima Guerra (2003, p.11) afirma em relação à efetividade da tutela jurisdicional:

Que a tutela jurisdicional se revela efetiva, ou eficaz, quanto menor for, dentro dos limites do praticamente possível, a diferença entre o resultado que ela proporciona à parte vitoriosa e o resultado que esta última obteria, em face do ordenamento jurídico, se não tivesse recorrido ao processo para obter esse resultado. Ora, essa é uma importante perspectiva da efetividade da tutela jurisdicional, que não deixa de ser antiga, pois desde o início do século vem expressa na consagrada fórmula chiovendiana: “il processo deve dar per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e próprio quello ch'egli há diritto di conseguire.”

Então, compreendida a tutela jurisdicional como a atividade de atuar o Direito, exercida pelo Estado, através de seus órgãos constitucionalmente estabelecidos, deve, ainda, o resultado dessa atividade ser efetivo, ou seja, apto a gerar as consequências almejadas pelo demandado, dentro de prazo razoável⁷.

A prestação da tutela jurisdicional, no entanto, não será reclamada sempre através do mesmo modelo processual, de modo que, tendo em vista a crise jurídica ocorrida, o interessado terá de lançar mão de um dos modos de encaminhamento previstos.

Dessa forma, verifica-se, a seguir, a classificação das formas de obtenção da tutela jurisdicional.

7. A dimensão de prazo razoável que já era expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos [Pacto de São Jose da Costa Rica], art. 8º, agora está inserida no texto constitucional, incluída pela Emenda Constitucional 45 de 2004.

2.1.1. Classificação da tutela jurisdicional

Classicamente a tutela jurisdicional é encarada de acordo com o tipo de processo em que o interessado procura a sua prestação.

Foram concebidas três espécies de tutela jurisdicional, relacionada com a substitutividade que se pretende.

2.1.1.1. Classificação tradicional da tutela jurisdicional

A tutela jurisdicional está ligada a atividade de que é resultado, convencionado a doutrina em classificá-la em conhecimento, execução e cautelar.

A atividade de conhecimento ou cognição é considerada a mais ampla forma de tutela jurisdicional, uma vez que, por meio dessa atividade, o juiz conhece os fatos e o direito meticulosamente, para, então, dizer o Direito.

Carnelutti (2000, p.7) entendia a cognição como forma de compor a lide originada de uma pretensão insatisfeita.

A tutela jurisdicional cognitiva será embasada na certeza do direito alegado. Em razão disso, é considerada forma de cognição plena, em que a decisão será proferida depois de esgotada toda dilação probatória.

Essa forma de tutela admite variações, conforme o conteúdo do provimento pretendido, de sorte que poderá ser expressa por uma declaração, uma condenação, uma constituição de direitos ou em forma de mandamento. Ressalta-se, no entanto, que a tutela cognitiva, muitas vezes, não satisfaz a parte, diante da oposição do demandado a decisão, sendo necessária a utilização de outra forma de tutela jurisdicional para a garantia da efetividade da decisão emanada no processo de conhecimento.

Essa função é desempenhada pela tutela executiva, que compõe a segunda forma tradicional de tutela jurisdicional.

A tutela executiva, ao contrário da cognitiva, que busca por meio dos fatos apresentados a realização do direito pretendido, parte do direito evidenciado para a prática de atos capazes de realizá-lo no mundo dos fatos.

Como afirma Luiz Fux (1996, p.15), “a execução caminha sempre no sentido de dar ao credor aquilo que ele obteria, se a obrigação tivesse sido cumprida voluntariamente, preservando-o de tal forma que ele não sinta os efeitos do descumprimento”.

A essas duas tutelas acrescenta-se uma terceira, a tutela cautelar, cujo escopo é a obtenção de providência capaz de garantir a tutela jurisdicional cognitiva e a

executiva.

Tal tutela é justificada diante do risco daquelas tutelas ficarem comprometidas em razão do tempo que se espera para alcançar o provimento definitivo, ou diante da possibilidade de desaparecerem (LIEBMAN, 1985, p.216).

Assim, a tutela cautelar serve as tutelas cognitiva e executiva, a fim de permitir a sua efetividade.

Destarte, solidificou-se, no sistema processual, a noção de que a cada tipo de tutela pretendida corresponde um tipo próprio de processo.

Diante do fator cíclico do Direito, que deve acompanhar a dinâmica da sociedade, concebem-se formas diferenciadas de prestação de tutela jurisdicional, não podendo mais a ideia de tutela jurisdicional ficar adstrita à tipologia processual a que se refere. As chamadas tutelas de urgência surgem como paradigma dessa exigência.

A partir do momento em que o Estado proíbe a justiça pelas próprias mãos, deve propiciar mecanismos que assegurem a efetividade dos direitos materiais preconizados no ordenamento jurídico, ou seja, deve possibilitar que o Direito seja realizado tal como previsto no ordenamento.

Esse ideal político será imposto ao órgão responsável pela realização do direito, o qual, nos limites do processo, será o magistrado. Além do Direito não acompanhar a dinâmica social, entretanto, a própria lei impõe mecanismos burocráticos, além do volume de demandas dos magistrados, os quais contribuem para que o processo seja lento, impedindo, muitas vezes, que a prestação jurisdicional, quando alcançada, surta efeitos práticos para o jurisdicionado.

Com efeito, proliferam-se as medidas de caráter urgente, liminares, antecipações de tutela, as quais acabam por abrandar a demora na prestação jurisdicional.

Nesse ínterim, é necessário delimitar o exato limite de tais medidas, a fim de harmonizá-las com todas as garantias constitucionais do processo, bem como definir seu real alcance e viabilidade.

Embora se saiba da necessidade de compatibilizar o direito processual com o direito material a que visa garantir, buscando efetivar os direitos, não se pode utilizar de expedientes inadequados para tal fim.

Assim, cumpre deixar claro que medida urgente não significa liminar ou cautelar, mas a medida tomada antes do desfecho do processo, seja cautelar ou cognitivo, que terá de cumprir requisitos estritos para que seja legítima. Tais medidas serão tratadas em momento próprio.

2.2. PROVIMENTO JURISDICIONAL

Concebido o processo como uma relação jurídica de Direito Público, desenvolvida entre as partes litigantes e o Estado, a qual se movimenta por meio de uma sucessão de atos processuais que asseguram a realização de um objetivo, o qual se projeta na sentença, merece ser destacado que em face da referida multiplicidade, se afigura legítima a identificação e distinção dos mesmos.

De acordo com a classificação normativa, compreendida no artigo 162 do Código de Processo Civil, classificam-se os atos processuais, segundo um critério subjetivo, em atos do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça.

Eduardo J. Couture (1998, p.104) distingue, por sua vez, os atos processuais, tendo como referencial o autor do ato, em atos do tribunal, concernente aos atos emanados dos agentes da jurisdição – juízes e colaboradores, atos das partes, respectivamente praticados por autor e réu, e atos de terceiros, correspondendo àqueles atos que, sem emanar dos agentes, nem das partes litigantes, produzem seus efeitos sobre o processo.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2003, p.470), “todos os atos do processo são atos dos sujeitos processuais”, entendidos como tais, demandante ou autor - pessoa que inicia a demanda -, demandado ou réu - aquele cuja esfera jurídica pretende o autor atingir com o provimento jurisdicional - e o Estado-juiz - aquele a quem se pede a tutela jurisdicional -, considerando-se, ademais, conforme tal critério, sujeitos secundários os auxiliares e procuradores da partes.

Importa a análise dos atos processuais emanados do juiz para compreensão do que se concebe como provimento jurisdicional.

Por atos do juiz, encerram-se diferentes formas de proceder no desempenho da atividade jurisdicional, designando-se não apenas aqueles com escopo decisório, mas também os atos de direcionamento do processo.

Quando o Estado emite uma declaração de vontade com conteúdo de decisão, tem-se o ato judicial denominado provimento, sendo a sentença que concede ou não a pretensão trazida a juízo, no processo de cognição, considerada o provimento jurisdicional de maior relevância. Não apenas, contudo, a sentença de mérito encerra um provimento, visto que a decisão de incidentes processuais, o pronunciamento tendente ao andamento do processo e a própria sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito evidenciam aquela vontade.

É de se observar que os provimentos não esgotam os atos emanados do juiz, porquanto existem atos materiais, como o interrogatório das partes, a colheita de

depoimentos, entre outros, que são por ele realizados.

Giuseppe Chiovenda (2002, p.36) classifica a atividade do juiz em provimentos e atividades de tomada de material de cognição e especialmente tomada de prova, ressaltando àqueles:

Sob a denominação de provimentos, compreende-se, em verdade, coisas muito diversas entre si, que vão do provimento principal por forma e conteúdo – a sentença de mérito – até as simples disposições orais e destituídas de qualquer formalidade, referentes à polícia das audiências e à ordem das discussões. Envidaram a lei e a doutrina enquadrar os mais importantes provimentos do juiz em algumas categorias sumárias.

[...] Tem-se dado, com efeito, que a forma própria de um provimento foi empregada, com apoio em razões de utilidade, ou meramente históricas, inclusive para provimentos substancialmente diversos da sentença; e reciprocamente, estendeu-se a forma do despacho e a provimentos de conteúdo diverso do normal.

Assim, de acordo com o mestre italiano, é possível enfeixar, na denominação de provimento, os atos tendentes de alguma forma a definir situações no processo, compreendidos, nesse sentido, as sentenças, as decisões interlocutórias e os despachos.

ão se deve olvidar, no entanto, que, no decorrer do processo, atos existirão, sem, contudo, importar qualquer decisão, muito embora possam ter um propósito de encaminhar decisões. Consequentemente, observa-se que a legislação pátria, ao fixar no art. 162 do Código de Processo Civil os atos do juiz, identifica e define a atividade judicial que, de alguma forma, tenha conteúdo de decisão, tratando, assim, dos provimentos jurisdicionais.

Destarte, observa-se especial atenção aos provimentos, muito embora regulados estejam outros atos praticados pelo juiz no suceder do processo. Nesse sentido, entende Dinamarco (2003, p.492):

Eis o quadro dos atos realizados pelo juiz de primeiro grau de jurisdição: *atos materiais e provimentos* (pronunciamentos). Estes serão *sentenças* (de mérito ou terminativas), *decisões interlocutórias* ou *despachos de mero expediente*. É imperfeito o art. 162 do Código de Processo Civil, que classifica os atos judiciais em sentenças, decisões interlocutórias e despachos, sem considerar os atos materiais. Na realidade, os parágrafos desse dispositivo contêm apenas a classificação dos *provimentos* jurisdicionais.

Por meio dos provimentos jurisdicionais, a resposta às questões jurídicas se estabelece durante o decorrer do processo, e todo ato que expresse a intenção Estado de declarar

uma vontade no processo encerra em si um provimento.

O estudo dos atos judiciais de cunho decisório é ponto de convergência dos juristas, e, ainda que não sob a denominação de provimentos, sua abordagem é essencial para compreensão do fenômeno processual.

Logo, percebe-se a relevância dos provimentos jurisdicionais como atos jurisdicionais de comando, representando, efetivamente, a expressão máxima da atividade jurisdicional, a ponto da legislação tratar de forma particular, inclusive traçando a definição de cada provimento.

Justifica-se, contudo, essa orientação, uma vez que, de acordo com o provimento jurisdicional, uma série de consequências advirá, como, por exemplo, a propositura de recursos.

Desse modo, no exercício da função jurisdicional, o magistrado desempenha uma série de atividades tendentes a solução da demanda. A jurisdição, assim, é exercida ao longo de todo o processo, e não apenas, quando ao fim deste, é concedida à tutela jurisdicional, emitindo-se o comando jurídico contido na sentença, seja a que decide o mérito no processo de conhecimento, a que concede o bem jurídico ao credor no processo de execução, ou a que assegura o exercício uma pretensão, no processo cautelar.

De sorte que, desde o início da demanda, passando pelos atos preparatórios, a atividade jurisdicional é assinalada por atos múltiplos, cujo propósito é a realização de uma das funções do Estado, realizando a justiça e cumprindo a atividade jurídica correspondente à Jurisdição.

3. TUTELA ANTECIPADA

A modificação da redação do art. 273 do CPC pela Lei nº 8.952/1994 introduziu o instituto da tutela antecipada no Brasil, tornando viável a sua concessão para o processo de conhecimento. Não representou, entretanto, uma novidade absoluta no ordenamento, uma vez que a tutela antecipada já era permitida em disposições esparsas em nosso ordenamento:

[...] liminar na ação de busca e apreensão prevista no Decreto-lei nº 911/64, a liminar na ação civil pública prevista na Lei nº 7.347/85, a liminar em ação de despejo regulada na Lei nº 8.245/91, dentre outras previsões. Tais disposições sempre foram tratadas como sendo normas especiais, uma vez que, segundo o entendimento do processo civil clássico, a execução deveria sempre preceder-se de cognição exauriente, ou seja, eram disposições que excepcionavam a regra geral que somente admitia a prática de atos coativos/executivos após a sentença que declarasse o direito (LOPES, 2001, p.38).

Segundo Lopes (2001, p.39),

Com a reforma do art. 273 que introduziu, em caráter geral, o instituto da tutela antecipada, pode-se admitir, desde então, a antecipação de tutela inclusive para os procedimentos especiais que não possuam disposição específica sobre liminares ou, ainda que o possuam, após o momento adequado ou ainda que não estejam presentes os requisitos específicos exigidos para o procedimento especial. Em outras palavras, é possível a reintegração de posse liminar, que nada mais é do que hipótese de antecipação de tutela, preenchidos os requisitos do art. 927 do CPC. Às vezes acontece que o autor, quando do ingresso da ação de reintegração de posse, não preencha os requisitos previstos no art. 927, não lhe sendo concedida a reintegração liminar. Superada essa fase inicial, o processo seguirá o rito ordinário, a teor do que dispõe o art. 931 do CPC. Iniciada a fase ordinária, poderá o autor requerer tutela antecipada para reintegrá-lo na posse do bem, demandando a antecipação com fundamento no art. 273 do CPC.

Com efeito, “diversos são os fundamentos da liminar possessória e da tutela antecipada, de tal forma que a negativa da primeira não impede a concessão da segunda” (LOPES, 2001, p.92).

Não se cuidará mais de liminar possessória, e sim de antecipação de tutela fundamentada em uma hipótese prevista no art. 273, o abuso de defesa ou claro objetivo protelatório do réu. Não se admite que o autor formule pedido bifronte, requerendo a tutela antecipada ou a liminar possessória fundamentada nos arts. 273 e 927.

Apesar da modificação legislativa ocorrida em 1994, a qual introduziu definitivamente o instituto da tutela antecipada, muitos pontos ainda provocam discussões tanto na doutrina como na jurisprudência, como será demonstrado a seguir.

3.1. Tutela antecipada e tutela cautelar - breve distinção

Diante do conceito de antecipação da tutela, passa-se agora à diferenciação deste instituto da tutela cautelar.

O processo cautelar insere-se no ordenamento pátrio como forma autônoma de tutela jurisdicional, nitidamente isolada das demais formas de tutela jurisdicional, quais sejam, o conhecimento e a execução.

Como afirmado por Munhoz da Cunha (2003, p.90), o adjetivo cautelar, utilizado para qualificar uma particular espécie de tutela, ação, processo ou provimento, foi cunhado pela doutrina italiana na fase da elaboração científica do processo civil.

Não se trata, contudo, de fenômeno recente, visto que, embora, no século XX, tenha se isolado e compreendido a função cautelar, ela sempre existiu, sobretudo no Direito Romano, inserida, muitas vezes, em outras formas de tutela processual (SILVA, 2003, p.3).

O processo cautelar é definido como instrumento de proteção da atividade jurisdicional, servido ao Estado como forma de garantir a utilidade da função jurisdicional.

O processo cautelar se afirma, à medida que os processos de conhecimento e de execução dele irão depender, em diversos casos, sob pena de a demora, própria dos procedimentos de cognição plenária, implicar em neutralização da prestação jurisdicional.

Apesar de ter relação com a efetividade de outra tutela jurisdicional, não deixa de ser modalidade autônoma, a qual deve ser compreendida não como um fim em si mesma, mas pela atribuição específica dada pela ordem jurídica, que se distingue da tutela cognitiva e executiva (GUERRA, 2003, p.15).

Essa atribuição consiste em evitar que ocorram danos, em razão da demora do processo, na prestação jurisdicional definitiva, de forma que, no processo de conhecimento e no processo de execução, estejam garantidas a eficácia e utilidade da decisão.

Logo, apresenta-se como um *tertius genus* processual, com caráter provisório e instrumental, cuja finalidade é afastar um dano apto a comprometer a utilidade da tutela jurisdicional em um processo de conhecimento ou de execução, mediante cognição sumária.

Para Carnelutti (2000, p.415), o processo cautelar destina-se a evitar alterações no equilíbrio inicial das partes, que pode se originar da duração do processo.

Nesse diapasão, o fator tempo contribuiu, para que as medidas cautelares conquistassem importância, vez que são o mecanismo utilizado, para obter um prestação jurisdicional mais célere.

O legislador processual brasileiro destinou o livro III do Código de Processo Civil ao processo cautelar, estabelecendo as disposições gerais nos artigos 796 a 812 e destinando os artigos 813 a 889 aos procedimentos específicos, embora existam algumas medidas que devam ser tratadas com especial observância, dado que estritamente não poderiam ser tratadas como cautelares. Para os fins desse estudo, entretanto, importam as disposições gerais de tal instituto.

É fundamental, contudo, deixar claro que a tutela cautelar não pode ser confundida com provimentos satisfativos, visto que a natureza do processo cautelar está dimensionada em atribuir efetividade a tutela buscada em outro processo, seja principal, seja incidental, não tendo por escopo a solução do direito neles reclamado.

A lide cautelar terá objeto próprio, distinto do objeto buscado no processo de que é instrumento (DINAMARCO, 2003, p.319).

Deve-se considerar, então, que as cautelares não têm por escopo a satisfação do direito a que visam proteger e não realizam o direito no sentido jurisdicional.

A necessidade de mitigar o tempo do processo, buscando-se uma tutela efetiva, rápida, pronta a satisfazer o direito, afastando-o de situação de perigo, fez com que a via cautelar fosse utilizada como instrumento para satisfação antecipada da pretensão que somente poderia ser atingida na ação principal.

A propósito dessa questão, Ovídio Batista da Silva (2001, p.15) adverte:

A insistência com que tratamos a distinção entre as “medidas antecipatórias”, que poderão eventualmente, ser também assecurativas, mas que, antes de tudo, são formas de tutela satisfativa e, por isso mesmo, ultrapassam o campo da cautelaridade, justifica-se a cada dia, tendo em vista a tendência geral da jurisprudência para o contínuo alargamento do campo da tutela jurisdicional de urgência. A expansão exagerada das medidas liminares, com a previsível reação contrária posterior, caracterizada pelo que se passou a denominar na Itália, de ‘fenômeno suspensivo’(...), é uma consequência inevitável da confusão conceitual entre as variadas formas de execução provisória (satisfativa) e tutela cautelar.

É fundamental, assim, a distinção entre provimentos antecipatórios de caráter satisfativo e cautelares propriamente ditos.

Parte da confusão existente provém do fato de que, antes da reforma do art. 273, pela Lei nº 8.952/94, o processo cautelar era utilizado para a concessão de medidas de cunho antecipatório. Esta foi a forma encontrada pelos juristas, para promover a efetiva

proteção dos direitos que se viam ameaçados de sofrerem dano irreparável ou de difícil reparação. Isso se deve ao fato dos arts 798-799 do CPC terem como inspiração o art. 700 do Código de Processo Civil italiano que sofreu nítida influência do entendimento de Calamandrei (*apud* CARNEIRO, 2002, p.8) sobre os provimentos cautelares.

Calamandrei (*apud* CARNEIRO, 2002, p.8-10) dividia os provimentos cautelares em quatro grupos:

- a) providências instrutórias antecipadas;
- b) medidas que servem para facilitar o resultado de uma futura execução forçada, assim como o arresto e o seqüestro.

Para Calamandrei (*apud* CARNEIRO, 2002, p.10), as medidas do item “b” teriam sentido antecipatório, pois o arresto seria um “início antecipado” do processo executivo; c) medidas que decidem interinamente uma relação controversa sempre que a decisão definitiva, a ser tomada depois, possa causar ao direito de uma das partes um dano irreparável. São as decisões antecipadas e provisórias de mérito; d) cauções processuais.

Calamandrei desconhecia o poder geral de cautela, de modo que as medidas das letras “a” e “b” acima estavam sujeitas ao *numerus clausus*. Ensina, entretanto, o professor Ovídio Baptista da Silva (2000, p.71), que as medidas do grupo “c”, apesar de inexistir também quanto a elas o poder cautelar geral, destinavam-se a antecipar a decisão de mérito, tornando possível que o juiz regulasse provisoriamente a relação controvertida. Isso abrangeria toda demanda, de forma que o “poder cautelar geral que Calamandrei supunha inexistente surge agora milagrosamente, com as medidas antecipatórias do grupo c. Surge, no entanto, como poder ‘cautelar’ *antecipatório*”. Continua o autor: “enquanto as medidas dos grupos “a” e “b” serão sempre casos de provimentos típicos, ou nominados, as medidas do grupo “c” abrem uma porta muito ampla para a introdução das cautelares inominadas que o Código de Processo Civil italiano, alguns anos depois, consagrou sob a denominação de ‘provvedimenti d’urgenza’ [...]” (SILVA, 2000, p.71).

Entretanto, segundo Belinetti (1997, p.246),

[...] os provimentos antecipatórios não se confundem com as medidas cautelares. Com efeito, a Lei n.º 8.952/94 veio suprir uma lacuna do direito processual civil, ao criar um instituto específico para conceder provimentos antecipatórios dos efeitos práticos da tutela jurisdicional de efeitos reversíveis. Todavia, a lacuna ainda existe para os provimentos de urgência para proteção de direitos que somente podem ser resguardados utilizando-se de provimentos

TUTELA ANTECIPADA

irreversíveis. É a tutela satisfativa de urgência.

Não se pode negar que as tutelas cautelar e antecipatória possuem pontos em comum. Assim, ambas são baseadas em cognição sumária. Do mesmo modo, ambas as tutelas surgiram da necessidade de tutelar direitos que se viam na iminência de sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação – o chamado perigo da demora. Ainda que hoje existam espécies de antecipação de tutela que não fundamentam-se na urgência, as técnicas utilizadas que possibilitam a antecipação da tutela foram criadas tendo em vista a urgência da concessão da tutela dos direitos.

Por outro lado, parte da doutrina entende que a tutela antecipada teria natureza cautelar. A título de exemplificação, cita-se o posicionamento de Bedaque (2003, p.123-124):

Ora, se temos modalidade de providência destinada a satisfazer antecipadamente, não para solucionar o litígio, mas para assegurar que essa solução possa ocorrer de forma útil e eficaz, não se lhe pode negar o caráter acautelatório, ainda que provisoriamente satisfativo. A característica essencial dessa espécie de tutela jurisdicional está na inaptidão para representar a solução definitiva para o litígio. Com ela, satisfaz-se faticamente, mas apenas para garantir a efetividade da satisfação jurídica. São cautelares, portanto, não apenas as conservativas, mas também aquelas destinadas a regular provisoriamente o conflito, antecipando eventuais efeitos concretos da tutela final. [...] A tutela cautelar pode implicar, pois, a antecipação de efeitos ligados ao provimento final. A segurança quanto ao resultado pode ser garantida não apenas por medidas conservativas, mas também antecipatórias.

Esse entendimento parte da premissa que será tutela sumária, se puder se tornar definitiva, não tendo função instrumental, e será sumária cautelar, quando tiver essa instrumentalidade, de modo que será sempre provisória. Nesse ínterim, sendo a tutela antecipada provisória e visando a “proteger” a tutela final, isto iria denotar a sua instrumentalidade, possuindo, dessa forma, as duas características principais da tutela sumária cautelar (BEDAQUE, 2003, p.131).

Essa corrente doutrinária contrapõe a idéia de cautelaridade, apresentando a definição de definitividade. Ora, se todo provimento não definitivo fosse cautelar, a sentença não transitada em julgado e que fosse objeto da chamada execução provisória regulada pelo art. 588 teria natureza cautelar de igual maneira. Não se identifica, contudo, a instrumentalidade dessa execução, que, por ser provisória, seria cautelar e, por ser cautelar, é instrumento de algo.

Ainda para essa corrente, as medidas antecipatórias têm natureza cautelar, pois objetivam assegurar a efetividade e a adequação da prestação jurisdicional entregue ao final do processo.

Sintomática a exposição realizada por Spadoni, que entende que a tutela

antecipada objetiva tutelar a utilidade da prestação jurisdicional,

[...] um *direito constitucional processual* do autor da demanda, sendo a satisfação do direito material nele discutido meio necessário para o alcance dessa tutela. Por meio dela procura-se evitar a lesão a este direito processual, protegendo-se, por conseqüência inevitável, também o direito material sob discussão. [...] Embora a antecipação de tutela incida diretamente no direito material discutido no processo, tal incidência é apenas a *técnica* utilizada para o atingimento do fim da medida, que é a proteção da eficácia do processo (SPADONI, 2003, p.79).

O que distingue, contudo, os provimentos cautelares e antecipatórios é a natureza das medidas concedidas. Os provimentos cautelares irão assegurar a futura utilização do direito que vier a ser reconhecido, seja ao requerente da medida cautelar, seja ao requerido no processo acautelatório. A título de exemplificação, a medida cautelar outorgada não permite que o autor do processo cautelar usufrua do bem arrestado ou sequestrado, mas apenas colocará a salvo o bem sob litígio que, ao final, será entregue para o gozo do vencedor do “processo principal”, que pode ser tanto o autor quanto o réu do processo cautelar.

Não é o que se dá com os provimentos antecipatórios dos efeitos concretos da tutela jurisdicional. Segundo Spadoni (2003, p.80), “o autor que receber a proteção pela antecipação de tutela passará a usufruir provisoriamente dos efeitos conseguidos com a concessão da tutela jurisdicional apenas ao final, mas que foram concedidos imediatamente diante do perigo da demora de sua concessão”. Aqui, o que se dá é um perigo na demora da realização do próprio direito; não se trata apenas de acautelá-lo.

O autor, obtendo o provimento antecipatório, não está “satisfeito” por completo, pois não obteve, definitivamente, a norma individualizada que regerá aquele conflito de interesses. Satisfaz-se, entretanto, mesmo que provisoriamente, com os concretos efeitos da tutela jurisdicional, isto é, com o uso do direito alegado e que se apresentou com alta probabilidade na demora da prestação jurisdicional, é concedido antecipadamente.

Segundo Spadoni (2003, p.80),

Poder-se-ia argumentar que essa posição é contraditória, no sentido de adotar-se a expressão “satisfação provisória”, e que se estaria endossando o entendimento de Calamandrei devido à utilização do termo “provisório” ao provimento antecipatório. Entretanto, trata-se apenas de uma satisfatividade fática, uma vez que se apresenta inegável que o autor que usufrui da concessão da tutela antecipada está, ao menos no plano dos fatos, satisfazendo-se enquanto desfruta do direito que lhe foi concedido (antecipada e provisoriamente).

A noção de satisfatividade somente serve para separar as medidas cautelares

TUTELA ANTECIPADA

das antecipatórias quando se tem em vista o aspecto fático das mesmas. Tanto a tutela cautelar, quanto a tutela antecipada são tutelas jurídicas não satisfativas, uma vez que se trata de tutelas que necessitam, impreterivelmente, da complementação, ou superveniência, de uma tutela posterior, dita satisfativa, que confirmará ou não a tutela anteriormente concedida, revogável e provisória por sua própria natureza.

Assim, em termos de classificação das tutelas, a cautelar e a antecipatória são tutelas não satisfativas haja vista que não são definitivas. A tutela cautelar somente garante o que a doutrina dominante chama de “eficácia da tutela jurisdicional”, a tutela antecipada concede imediatamente os efeitos práticos da tutela jurisdicional que seria concedida mais tarde, em momento apropriado, depois da realização da cognição exauriente pelo magistrado. Mas ambas as tutelas não são satisfativas, pois não concedem a proteção ao direito alegado em juízo definitivamente.

De tal modo que, quem obtém um arresto, não satisfaz sua pretensão nem lhe entrega o bem arrestado em definitivo, ainda que temporariamente, mas apenas obtém um provimento que assegurará que, no futuro, o direito possa ser plenamente usufruído. Por outro lado, quem obtém a tutela antecipada de montante em dinheiro não está apenas assegurando, mas está adiantando-a e obtendo alguns de seus efeitos anteriormente ao momento em que seriam normalmente obtidos. Não está, entretanto, totalmente satisfeito, uma vez que ainda necessita da confirmação da tutela concedida antecipadamente, o que apenas ocorrerá com a prolação da sentença, ao final, após cognição exauriente.

Conforme Spadoni (2003, p.81),

Não se pode confundir tutela cautelar com tutela antecipada. Atente-se, entretanto, para a afirmação de que, se a tutela antecipada objetiva conceder os efeitos da tutela jurisdicional antes do momento em que seria normalmente concedida, é possível afirmar que se possa antecipar os efeitos práticos da tutela cautelar, produzindo antecipadamente os efeitos práticos que se obteria com a concessão, ao final, da medida cautelar pleiteada. Assim, o que se deve diferenciar é a antecipação da tutela interinal, concedida com fulcro no art. 273 do CPC, da tutela cautelar, concedida antecipadamente ou não.

De acordo com a lição de Theodoro Junior (1998, p.480),

É, pois, a imediatidade do risco de lesão grave que justifica tanto a liminar cautelar como a liminar satisfativa antecipatória. A diferença está em que a liminar cautelar antecipa medida de natureza puramente processual, qual seja a providência de prevenção que se espera atingir com a procedência do pedido cautelar. Já a medida do art. 273 do CPC prevê a realização antecipada de providência relativa ao plano do direito material, envolvendo de forma provisória

a satisfação do próprio direito subjetivo objeto do litígio principal, direta ou indiretamente, no todo ou em parte.

Assim, conclui-se que a tutela cautelar não se confunde com a antecipada interinal: enquanto aquela apenas assegura, esta última viabiliza que se efetive os efeitos práticos da tutela jurisdicional que seriam concedidos apenas no final da ação, ainda que provisoriamente.

3.1.1. Semelhanças entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada

Preliminarmente é importante esclarecer que o presente capítulo, bem como o próximo, será redigido com vistas às tutelas de urgência, e, conforme pontuado no trabalho, o *periculum in mora*, que caracteriza a medida urgente, está presente nas tutelas cautelares, sejam elas típicas ou atípicas, e na tutela antecipada somente em uma de suas possibilidades, a do art. 273, I, do Código de Processo Civil. Portanto, fica ressalvada a tutela antecipada prevista no art. 273, II, do Código de Processo Civil, o qual prevê o requisito do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório que não se justifica pela urgência.

Brum Vaz foi capaz de expressar objetivamente o aludido propósito, utilizando-se da locução “zona de interseção” a apontar a comunicação entre as tutelas e sua utilidade prática, exatamente ao auxílio do operador do direito no dia-a-dia forense. Segundo o autor,

[...] se ao proceder à comparação for possível ao jurista destilar semelhanças, êxito pode-se considerar obtido, porquanto se estará, com base na resultante “zona de interseção”, caracterizada por traços comuns, viabilizando a comunicação dos regimes de manejo pragmático dos institutos, quando dúvida houver sobre qual deva ser adequado (VAZ, 2007, p.26).

Nessa linha de raciocínio, continua o autor, a pretensão é legítima no campo do direito, visto que as tutelas cautelar e antecipada despontam no gênero das tutelas provisórias de urgência - cognição sumária que não alcança o mérito -, de fundamento constitucional idêntico (CF/88, art. 5º, inc. XXXV), “que autoriza que se comuniquem seus regimes jurídicos, sempre que não haja incompatibilidade. E, firme-se que cada uma continua com seu campo de incidência bem definido e intangível” (VAZ, 2007, p.26).

Em mesmo sentido, Joaquim Felipe Spadoni (2003, p.179) enumera o prestígio ao devido processo legal, CF/88, art. 5º, LIV, na esfera das tutelas de urgência:

TUTELA ANTECIPADA

Assegura a tutela cautelar, portanto, o processo principal, ou melhor dizendo, o devido processo legal a que têm direito as partes litigantes. [...] Evidencia-se, com efeito, que o objeto principal dessa espécie de tutela de urgência (tutela antecipada) é, do mesmo modo, um direito constitucional processual do autor da demanda, sendo a satisfação do direito material nele discutido meio necessário para o alcance dessa tutela.

Destarte, identifica-se, nas tutelas de urgência, o fato de tutelarem a efetividade do processo com guarida constitucional.

Sob esse conjunto de fatores, adiante melhor textualizados, vê-se que a sistemática das tutelas de urgência possibilita extrair uma legítima “zona de interseção”, revelando a proximidade das tutelas e a notória utilidade do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, na disciplina do princípio da fungibilidade, para conferir segurança ao sistema legal por sua previsão.

Partindo para o estudo dos pontos de identificação, evidencia-se a provisoriedade e temporariedade de ampla discussão em tópicos próprios, seja quanto à sua definição no âmbito da tutela cautelar ou na tutela antecipada.

O trabalho destacou a contribuição de Piero Calamandrei, que norteou o desenvolvimento do tema pela sabedoria e atualidade.

Restou que a característica da temporariedade identifica a tutela cautelar, por sua autonomia e instrumentalidade ao processo principal - a concessão da medida cautelar independe do provimento principal -, e sua finalidade de prevenção a garantir o resultado útil e eficaz do processo.

Por outro lado, a tutela antecipada, na sua particularidade, é identificada pela característica da provisoriedade, concedida com estreita relação ao pedido deduzido e o julgamento final que deverá confirmá-la ou não, caso já não tenham ocorrido alterações na situação de fato e de provas capaz de modificar ou revogar a medida a qualquer momento.

A provisoriedade revela-se na necessária sucessão da medida por outra. A tutela antecipada será concedida já sabendo que, em um futuro próximo, deverá ser substituída por decisão definitiva.

Ponto pacífico nas tutelas de urgência recai sobre seu caráter de modificação e revogação, expresso no texto de lei, tutelas cautelares, nos arts. 805 e 807, e tutela antecipada, no art. 273, §4º, todos do Código de Processo Civil. Estas características compõem o sistema das tutelas em apreço, pela notória compatibilidade.

Se a tutela cautelar e, sobretudo, a tutela antecipada permitiram a harmonia da efetividade do processo e da segurança jurídica, princípios constitucionais de maior relevo, unânimes em proferir decisão provisória ou temporária não preponderante,

sujeitas à decisão definitiva, certo que estariam acobertadas por dispositivo a dar seqüência lógica à sua função preventiva e não definitiva, que são a revogabilidade e a modificabilidade.

As tutelas acautelatória e antecipada estão sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a eventuais alterações fáticas e de cunho probatório no decorrer do processo, em que influenciarão na medida já concedida, para sua manutenção, modificação ou até mesmo revogação (THEODORO JR, 2005, p.54).

Somente a tutela definitiva acobertada pelo manto da coisa julgada é imodificável. Nessa razão, os dispositivos legais já mencionados são perfeitos ao prever mecanismo de modificação e ou revogação, quando as causas autorizantes, que deram ensejo à medida excepcional, houverem sofrido alteração e, dessa maneira, a urgência cesse, possibilitando o trâmite regular do processo.

Outro ponto de identificação de grande relevância, senão o mais evidente, é o receio de dano irreparável ou de difícil reparação presente a autorizar a tutela cautelar, leia-se o *periculum in mora*, art. 798, e, na tutela antecipada, o art. 273, I, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, ambas são voltadas à prevenção da lesão de um direito. Brum Vaz (2007, p.24) enuncia: “Entre tutela cautelar e tutela antecipada deve levar em conta que, embora sejam institutos de espécies diferentes, uma e outra se legitimam pela função de prevenção de dano – ainda que diversas as naturezas do receio de lesão –, compondo ambas o gênero *tutelas de urgência*”.

Dentro dessa perspectiva, chama atenção a tutela antecipada que não prevê o receio de dano na hipótese de seu art. 273, II, do Código de Processo Civil, mas o abuso do direito de defesa ou propósito manifestamente protelatório.

Verifica-se logo que essa hipótese da tutela antecipada (art. 273, II) não engloba a prevenção de dano. Assim, “a *urgência* não é elemento comum de todos os casos de antecipação de tutela [...], mas está presente em todas as hipóteses de acautelamento” (MARINS, 1997, p.570).

Data vênia, esta constitui a assertiva correta quanto às tutelas de urgência, e não a fórmula geral, muitas vezes propagada, que a estende a todo o gênero da tutela antecipada. Então, a tutela urgente na tutela antecipada está restrita à hipótese de prevenção do dano do art. 273, I, do Código de Processo Civil.

As características ora comentadas, que o foram mais profundamente ao longo do trabalho, traçam uma linha diretiva a apontar a semelhança entre as tutelas cautelar e antecipada.

Os conceitos projetados no papel dimensionam duas tutelas de características específicas, dispostas em lei e exaustivamente discutidas na doutrina que denotam a ideia de simples apreensão. Somente a análise do caso concreto, entretanto, evidenciará

qual a tutela mais adequada à efetividade do processo, com vistas às características próprias de cada uma.

O princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência se impõe em homenagem ao fim último das tutelas de urgência, o não perecimento do direito, o equilíbrio das partes, bem como a distribuição dos ônus do processo.

Nos termos do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, é instrumento capaz de salvaguardar o direito em circunstâncias em que a propositura de nova demanda deflagraria o perecimento do mesmo por completo.

3.1.2. Diferenças entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada

Excursiona-se aqui pelas tutelas cautelar e antecipada, “pinçando” suas características, para efeito de demarcar as diferenças de maior evidência, a fim de auxiliar na aplicação do princípio da fungibilidade.

No que toca ao requisito do *fumus boni iuris*, a que se convencionou nesse trabalho de plausibilidade do direito de ação e da verossimilhança das alegações, é relevante delinear inicialmente que as tutelas de urgência, nos termos do tópico precedente, identificam-se na proposta constitucional na busca da tutela de um processo efetivo.

Assim, ambas as tutelas “têm o mesmo pedido mediato, procuram a proteção do mesmo bem da vida, que é o direito a um processo eficaz” (SPADONI, 2003, p.80).

Outrossim, o que as distancia é a diversidade de pedidos imediatos. Isso se vê claramente no indicativo de que a providência jurisdicional da tutela cautelar (de função conservativa do *status quo* necessário à efetividade e utilidade do julgamento) não coincide com a providência da tutela antecipada, que autoriza a imediata satisfação do direito material pretendido.

Os procedimentos das tutelas cautelar e antecipada apresentam-se particularizados, e, por conseguinte, seus requisitos, tal qual acontece com o *fumus boni iuris* e a verossimilhança das alegações.

A medida cautelar, por sua própria natureza, objetiva a conservação do estado de coisas, pessoas e provas e concede medida temporária e autônoma com base no *fumus boni iuris*, em que basta a plausibilidade do direito de ação principal, a aparência do direito.

Segundo Spadoni (2003, p.82), “deve ser analisada, portanto, apenas, a existência do direito a um julgamento de mérito, favorável ou desfavorável, no processo principal, e o risco de sua ineficácia”.

Veja-se, *v. g.*, na tutela cautelar de sustação de protesto, basta que a exigibilidade

do crédito que ensejou a restrição constitua o objeto de discussão da principal a deflagrar um direito de ação. O *fumus boni iuris* estará presente a legitimar a concessão da medida cautelar.

De outro giro, a tutela antecipada tem na verossimilhança das alegações que retrata a prova inequívoca, melhor denominada de probabilidade do direito - uma quase-certeza do direito pleiteado, que fica em um ponto intermediário entre os termos.

A verossimilhança é fator mais robusto, se comparado ao *fumus boni iuris*, compatível à natureza da medida que vela diretamente pelo direito controvertido. Esta requer que seja demonstrada a ocorrência dos fatos constitutivos do direito alegado.

Ilustra-se, pleito de benefício assistencial (Lei nº 8.742/93) destinado à pessoa idosa, a partir de 65 anos de idade e com renda *per capita* de 1/3 do salário-mínimo, em estado de miserabilidade. Verificados, na inicial, as condições ora requeridas, inclusive após manifestação da Autarquia-federal, o direito tem forte evidência de certeza a autorizar a concessão da medida, evitando o perigo de dano de privar aquele do mínimo necessário.

Há uma linha tênue de proximidade entre as tutelas urgentes, ambas preventivas, cuja intensidade dos requisitos é proporcional aos efeitos jurídicos que evidenciam.

A tutela cautelar (*fumus boni iuris*) envolve-se apenas indiretamente com o bem jurídico pretendido. Autônoma, tem uma correlação com o processo principal, e sobre este surte efeitos de natureza garantidora sem qualquer influência ao mérito principal.

A tutela antecipada (verossimilhança + prova inequívoca) tem direta relação com o direito material controvertido, antecipando literalmente os efeitos práticos da futura decisão definitiva. Portanto, necessário ser mais rígido o requisito da probabilidade do direito.

Sem dúvida, o requerimento na esfera da tutela antecipada deve se revestir de prova mais robusta, face ao caráter de entrega, total ou parcial, ainda que provisória, do direito material pretendido.

Necessário evidenciar, ainda, a autonomia presente com exclusividade na tutela cautelar. Exatamente por não depender da principal, esta segue apartada, cumprindo sua função acautelatória. A tutela cautelar erigiu-se a um *tertium genus* ao lado da cognitiva e executiva.

Em contrapartida, a tutela antecipada é requerida no bojo do processo cognitivo, sem a instauração de processo distinto, deferida por decisão interlocutória ou em sentença. Nesta, por meio de simples petição incidental, o magistrado deverá julgar o deferimento da medida, devidamente fundamentada por prova(s) que demonstrem os requisitos autorizadores. Aqui, é mister evidenciar o princípio da congruência, em que

a tutela antecipada denota vinculação necessária entre o conteúdo do pedido e o da sentença, portanto dependente do processo principal.

3.2. A TUTELA ANTECIPADA NO QUADRO DAS TUTELAS URGENTES E PROVISÓRIAS

A modificação legislativa em busca da efetivação dos direitos deu-se, primeiramente, com o art. 273, do Código de Processo Civil, o qual passou a autorizar, em termos genéricos, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor, desde que, inciso I, haja prova inequívoca bastante para tornar verossímil a alegação do autor, “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, ou, em seu inciso II, “houver abuso do direito de defesa” ou de “manifesto propósito protelatório do réu”.

A Lei nº 10.444, de 07.05.2002, modificou o art. 273, do CPC, e inseriu, no parágrafo 6º, também a possibilidade da antecipação da tutela jurisdicional na hipótese de se mostrarem incontroversos um ou mais dos pedidos cumulados. Trata-se da tutela antecipada fundada na ausência de controvérsia sobre o pedido.

Tal dispositivo, contudo, não se relaciona diretamente com a questão da urgência, mas com a concretização de uma justiça coerente, que não faça uso de artifícios, para conceder o provimento jurisdicional. Para que levar adiante um processo em que não há nenhuma controvérsia, e, com atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, se não desejou ou quedou-se inerte a parte contrária para impugná-lo? Até por economia processual e, em consequência, para a eficácia da prestação jurisdicional, o processo já não tem razão de continuar a sua marcha. Nesse caso, resta proclamar o provimento final, já que o pedido ou parte dele não foi objeto de contestação ou impugnação, trazendo pacificação social e respeito aos jurisdicionados que muito clamam e esperam a celeridade de nossa Justiça.

Segundo Lopes (2001, p.93),

A tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, sendo uma verdadeira arma empregada contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, viabilizando-se não somente para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC), mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu (art. 273, II e § 6º, CPC).

A técnica antecipatória objetiva a distribuição do ônus do tempo do processo. O tempo do processo sempre prejudica o autor que detém a razão. A tutela antecipatória

permite perceber que não é somente o agir e a antecipação que podem ocasionar prejuízos e também a omissão. O juiz, quando se omite, é tão prejudicial quanto o magistrado que julga mal (BEDAQUE, 2006).

O mundo sofre constantes modificações. A globalização, os sujeitos da sociedade atual e os novos problemas sociais, econômicos e políticos deixam em evidência a necessidade em assunção de novas posturas.

Segundo Marinoni e Arenhart (2003, p.229),

Em especial, no Judiciário Brasileiro, para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos novos direitos e que também tem que entender que para cumprir sua função sem deixar de lado sua responsabilidade social, não pode este novo juiz, face às novas situações carentes de tutela, fazer com que os sujeitos processuais suportem o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de cinquenta anos atrás.

A tutela antecipada foi introduzida no Código de Processo Civil Brasileiro, em 1994, através da Lei 8.952, tendo em vista a não admissão em se obter o direito mediante a ação cautelar, que, nessa perspectiva, seria utilizada erroneamente como técnica de antecipação da tutela, ao passo que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução.

Em análise comparativa entre o Código de Processo Civil Italiano e o Brasileiro, percebe-se que aquele não foi alterado como o Brasileiro, haja vista não prever uma tutela antecipatória semelhante à do direito brasileiro.

A doutrina italiana busca na base da ação cautelar inominada o fundamento para a tutela antecipada (art. 700). Assim, a doutrina italiana não admite que a tutela antecipada não se identifique com a tutela cautelar. Em consequência, a posição italiana é no sentido da classificação tradicional das tutelas de conhecimento, executiva e tutela cautelar.

Para os doutrinadores italianos, a tutela é obtida antes da realização plena do contraditório, e, desta forma, mediante cognição sumária, é cautelar, pouco importando a função por ela desempenhada - de segurança da efetividade da tutela final ou de sua antecipação (BEDAQUE, 2006).

A marca da tutela antecipada na doutrina italiana é a provisoriedade. Provisoriamente, no entanto, é critério processual e contraria a ideia de se compreender a tutela jurisdicional na perspectiva do direito material. Se a tutela, ainda que fundada em cognição sumária (*fumus boni juris*) dá ao autor o resultado prático que ele procura

obter através da própria tutela final, não é possível dizer que essa tutela esteja apenas assegurando o resultado útil do processo. O único resultado útil que se poderia esperar do processo foi dado, desde logo, ao autor (BEDAQUE, 2006).

Dessa forma, torna-se incoerente pensar que não foi concedido ao autor o direito material buscado, mas apenas assegurado o resultado que se esperava ver cumprido no processo.

Se o direito já foi violado, a tutela sumária pode repará-lo imediatamente, ou apenas assegurar que seja efetiva a sua reparação. Assim, não pode haver dúvida entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

A tutela ressarcitória antecipada, ou mesmo a tutela reintegratória antecipada, por exemplo, a demolição imediata de obra construída em desacordo com as posturas municipais, não se confunde com a tutela destinada apenas a assegurar a viabilidade da reparação do direito já violado.

Da mesma forma, em relação ao inadimplemento de obrigação contratual, é visível a diferença entre a tutela que confere imediatamente ao autor o resultado do adimplemento e a tutela que apenas assegura que tal resultado possa ser obtido. Problema maior surge, quando a doutrina italiana se depara com a inibitória, ou seja, com uma situação em que o direito ainda não foi violado.

De acordo com Marinoni e Arenhart (2003, p.240),

Na Itália, não existe ação inibitória de conhecimento, por ausência da possibilidade de o juiz valer-se de algo semelhante à multa, do art. 461, do CPC Brasileiro.

No direito italiano, salvo nas hipóteses tipificadas na legislação, a tutela inibitória apenas pode ser prestada com base na norma do art. 700, similar à do art. 798, CPC brasileiro, reconhecida no direito italiano como o fundamento da ação cautelar inominada.

No direito brasileiro a tutela inibitória pode ser antecipatória ou final. A tutela inibitória (preventiva) é necessária para a proteção dos novos direitos. A tutela satisfativa é a que realiza o direito material afirmado pelo autor. Ainda que com base em cognição sumária, não pode ser definida como cautelar.

Novamente, segundo Marinoni e Arenhart (2003, p.241),

O caráter da satisfatividade da tutela jurisdicional nada tem a ver com a formação da coisa julgada material. A tutela que satisfaz antecipadamente o direito material, ainda que sem produzir coisa julgada material, evidentemente não é uma tutela que possa ser definida a partir da característica da instrumentalidade. No plano do direito material, a tutela antecipatória dá ao autor tudo aquilo que ele esperaria obter através do processo de conhecimento. A tutela antecipatória,

ao contrário da tutela cautelar, embora caracterizada pela provisoriedade, não é caracterizada pela instrumentalidade, ou melhor, não é instrumento que se destina a assegurar a utilidade da tutela final. É por isso que a nota da provisoriedade, presente tanto na tutela cautelar, quanto na tutela antecipatória, nada diz para a distinção entre elas. As cautelares são tutelas que se destinam a tornar possível a satisfação do direito sem provocar sua imediata satisfação. Para distinguir as tutelas destinadas a satisfação futura do direito e as tutelas dirigidas a satisfazê-lo, a doutrina alemã delimitou uma contraposição entre *Sicherungsverfügungen* e *Befriedigungsverfügungen*. O nome cautelar deveria ser atribuído apenas aos provimentos da primeira espécie, enquanto que os provimentos do segundo tipo deveriam ser chamados de satisfativos.

Perante os Tribunais Brasileiros, há entendimentos repetidos, reconhecendo que a tutela antecipatória confere antecipadamente aquilo que é buscado através do pedido formulado na ação de conhecimento, enquanto, na cautelar, evidencia-se somente a concessão de medidas que, diante de uma real situação de perigo, procuram assegurar a frutuosidade do provimento da ação chamada de principal.

Segundo Bedaque (2006, p.138),

A tutela antecipatória rompe com o princípio da *nulla executio sine titulo*, fundamento da separação entre os processos de conhecimento e de execução. Os procedimentos compatíveis com a tutela antecipatória são o ordinário, o sumário e os especiais, esses estruturados em atenção a determinadas peculiaridades do direito substancial. Nestes procedimentos admite-se a tutela antecipada a partir da constatação de que determinados direitos, em regra, não só podem ser evidenciados de plano, mas também merecem, devido a sua importância social, tratamento diferenciado no plano do processo. Para a efetiva tutela desses direitos, o legislador desenha procedimento que provisoriamente no plano processual, com base em juízo sumário sobre o mérito, o direito é evidenciado de pronto. Esses processos não requerem para a concessão da tutela antecipada fundado receio de dano, mas apenas a demonstração do direito afirmado, ou o preenchimento de certos requisitos estabelecidos pelo legislador como indispensáveis para que configure-se a evidência do direito.

Como exemplo, temos as ações de manutenção e reintegração de posse, previstas no art. 928, do CPC, em que as petições iniciais devem estar devidamente instruídas, quando propostas dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho, podendo-se conceder a tutela antecipatória independente de fundado receio de dano. Não é permitida ao autor a requisição em petição inicial dessas ações, tutela antecipatória com base no art. 273, I, do CPC, no entanto, decorridos ano e dia, não mais caberá a tutela

antecipada ausente o fundamento do receio de dano. Assim, é possível requerer a tutela com base no art. 273, I, do CPC.

3.3. COGNIÇÃO NA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada de caráter provisório e reversível, demandando agilidade e distribuindo o ônus do processo entre as partes, basta-se com a cognição sumária.

A cognição sumária no plano vertical se dá em sua forma não plena, mas suficiente para a emanção de uma decisão provisória. O sistema favorece e reclama que assim seja em atenção à sua natureza célere. Em um primeiro momento, o juiz somente tem acesso parcial aos fatos, fica adstrito à apresentação fática realizada pelo autor, e, ainda, quando realizado o contraditório, que nesses moldes se dará superficialmente, a atividade cognitiva se desenvolve sumariamente (FUX, 1996, p.48-49).

A cognição exauriente, diversamente, demanda longo espaço de tempo, porque é completa. Esta regula vários atos com finalidade de uma tutela definitiva: os atos do procedimento, bem como os poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos do processo. O contraditório efetivo e equilibrado realiza-se sempre antes do provimento, embasando decisão definitiva e imutável que adquire a qualidade da coisa julgada material (BEDAQUE, 2006, p.116-117).

A tutela antecipada compatibiliza-se com a cognição sumária, seja aquela de contraditório mitigado e postergado, ou mesmo, ausente, quando se terá as medidas *inaudita altera pars*.

A concessão da tutela antecipada não ofende o devido processo legal (contraditório), posto que sua natureza provisória conduz à necessária substituição da medida por decisão final que percorrerá o trâmite necessário e indispensável, isto é, definitiva e sujeita a transitar em julgado.

Dessa maneira, fixadas as diferenças de cognição e observada a tutela antecipada e sua característica provisória, o emprego da cognição sumária impõe-se tema pacífico na doutrina.

3.4. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO E SEUS LEGITIMADOS

Para conceder a tutela antecipada, é imprescindível que haja pedido expresso da parte a que interessa a antecipação. O teor do art. 273 do CPC é expresso nesse sentido, ao indicar que o magistrado pode antecipar os efeitos da tutela pretendida mediante pedido da parte.

Segundo Bueno (2004, p.41),

Parte da doutrina entende que seria possível ao juiz conceder a tutela antecipada sem que houvesse pedido expresso da parte, quando o juiz verificasse que, em não sendo antecipada a tutela, e tendo-se convencido da verossimilhança das alegações, vislumbrasse fundado perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Todavia, o caput do art. 273 do CPC é claro quando condiciona a antecipação da tutela ao pedido da parte. Esta exigência resulta do próprio princípio dispositivo, que é princípio informador de nosso ordenamento jurídico processual.

Ademais, a antecipação da tutela gera ao seu beneficiário – em geral, o autor – a responsabilidade objetiva pelos danos que a antecipação causar ao réu, na hipótese de, ao final, a demanda ser julgada improcedente (CPC, art. 273, § 3º, c/c art. 588, III).

Como poderá o autor ser responsável pelos prejuízos causados pela tutela antecipada, se esta foi concedida de ofício pelo juiz, sem que o autor tenha feito pedido para tanto?

Não podendo ser concedida *ex officio* pelo magistrado, ficando na dependência de pedido da parte, quais seriam os legitimados a formularem o pedido de antecipação da tutela?

O maior interessado na antecipação é o autor que, deste modo, não terá que esperar até o final do processo, para usufruir dos efeitos que somente adviriam anos depois. Não é, contudo, somente o autor que está legitimado a tanto. Segundo Bueno (2004, p.42),

O réu também poderá pedir que se antecipe a tutela jurisdicional a seu favor sempre que o ordenamento jurídico permitir-lhe formular pedido contraposto na contestação, como na hipótese das ações possessórias e no procedimento sumário. Poderá o réu igualmente formular pedido pleiteando a tutela antecipada quando ingressar com reconvenção; entretanto, não o estará formulando como réu do processo principal, mas como autor da reconvenção.

O oponente poderá igualmente pedir a antecipação da tutela a seu favor, visto que é autor da ação de oposição. Quanto ao assistente litisconsorcial, trata-se na verdade de litisconsorte que ingressou no processo após o momento adequado. Sendo assistente litisconsorcial do autor, poderá igualmente pedir a antecipação da tutela, visto que é, por natureza, litisconsorte ativo. Se ingressar no processo como assistente litisconsorcial do réu, somente poderá pedir a antecipação da tutela se o réu originário do processo tiver formulado pedido contraposto nas hipóteses cabíveis, ou interposto reconvenção, hipótese em que será, todavia, litisconsorte ativo da reconvenção.

Também o representante do Ministério Público poderá formular pedido de antecipação de tutela quando atuar no processo como parte. Nada há que o impeça de pedir a antecipação; ao contrário, tudo indica que a ele mais do que

TUTELA ANTECIPADA

a ninguém deve ser possível pedir a tutela antecipada, uma vez que atua como defensor de direitos públicos indisponíveis, em grande número de casos na defesa de interesses coletivos *lato sensu*.

Nesse sentido, o art. 81 do CPC é expresso, ao determinar que o MP poderá exercer o direito de ação nos casos que a lei lhe permite, cabendo-lhe os mesmos poderes que às partes.

Divergência poderia haver quanto à possibilidade de pedido, pelo MP, de concessão da tutela antecipada, quando atuar como *custos legis*. Tudo indica que não seria possível ao membro do MP formular pedido de antecipação de tutela favorável ao autor, uma vez que sua função no processo é de fiscalizar o respeito e a aplicação das leis.

Estabelece o art. 83, II, *fine*, do CPC, que o Ministério Público, intervindo como fiscal da lei, poderá requerer medidas e diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

Conceder a antecipação da tutela não é uma medida necessária ao descobrimento da verdade, mas de favorecimento a uma das partes que, em regra, é a parte autora. Atuando como *custos legis*, não é apenas a tutela antecipada que o Ministério Público não poderá pedir, estando proibido de praticar qualquer ato próprio da parte, como reconvir, ajuizar ação declaratória incidental, denunciar a lide, ajuizar oposição, chamar ao processo, opor exceção declinatória de foro, renunciar, reconhecer juridicamente o pedido etc (NERY JR; NERY, 2003, p.467).

Outra questão bastante controversa é saber se o denunciante da lide poderá pedir antecipação de tutela.

Segundo Arruda Alvim (2001, p.163),

[...] o denunciado, em relação ao denunciante, é réu, uma vez que a denúncia da lide promovida pelo denunciante ao denunciado é verdadeira ação, diversa da ação principal movida em face do denunciante: ter-se-á, com a denúncia da lide, duas ações tramitando simultaneamente. Em tese, é possível que o denunciante da lide peça antecipação de tutela em face do denunciado, podendo ser concedida pelo juiz desde que estejam presentes todos os requisitos autorizadores. Todavia, a doutrina elenca um requisito específico para esta hipótese: de que, na ação movida pelo autor em face do denunciante, a tutela antecipada tenha sido concedida em favor daquele.

Somente assim haveria interesse de o denunciante requerer a tutela antecipada em face do denunciado.

A lei não estabelece prazo, para que se peça a antecipação de tutela, não podendo falar que tenha havido preclusão, em caso do autor não solicitar a tutela

antecipada logo na inicial.

Calmon de Passos (1995, p.21) entende que “cabe ao autor pedir a tutela antecipada na inicial, sob pena de preclusão, para que não se torne em instrumento de coação sobre seu adversário, para lograr acordos que o favoreçam privilegiadamente”.

Apresentando diversa fundamentação, Machado (1998, p.536) entende:

[...] o autor deverá pedir a tutela antecipada na petição inicial, sob pena de desaparecimento ou até mesmo inexistência do periculum in mora. Para este autor, se há perigo na demora da concessão do provimento, o pedido deve ser feito imediatamente na petição inicial. Se isto não foi feito pelo autor, deve-se entender que o provimento não é tão urgente.

Não é possível concordar com essa posição, pois a lei não impõe que o autor deva pedir a tutela antecipada na inicial. Considerando que não há prazo previsto, não se pode cogitar em preclusão. Por outro lado, não há como saber em que momento para o autor surgiu a necessidade de receber a antecipação de tutela, uma vez que somente a ele cabe decidir pelo momento adequado, oportuno e necessário, para formular tal pedido.

Igual raciocínio pode ser formulado para a hipótese de tutela antecipada sancionatória, aquela que se fundamenta no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Não há prazo definido para isso. Tampouco se pode dizer que a tutela antecipada fundada no inciso II, do art. 273, constitua-se na impugnação da contestação que tem previsão no art. 326, do CPC. O autor deve pedir essa espécie de tutela antecipada, quando estiver previstos os requisitos necessários para a concessão. O instante em que os requisitos se perfazem será analisado, para o fim de saber qual o melhor momento para o pedido. Ao magistrado caberá apenas verificar se, feito o pedido, os requisitos necessários encontram-se presentes.

O pedido de antecipação de tutela pode ser formulado oralmente na audiência preliminar ou na audiência de instrução e julgamento.

Para se admitir a possibilidade de pedido oral da antecipação em audiência, não se admite a preclusão da viabilidade de pedi-la, como fazem os autores supracitados, uma vez que, se o pedido deveria ter sido feito na petição inicial e não o foi, estaria preclusa a faculdade de exercê-lo, não podendo ser realizada nas audiências seguintes.

Como foi visto, não se compartilha desse entendimento, razão pela qual se admite a possibilidade de pedir a tutela antecipada, oralmente, nas audiências que se realizarem. Assim, poderá o autor pedir a antecipação de tutela na audiência

preliminar do procedimento sumário, constatando o autor que, da contestação apresentada, resultam pedidos incontroversos (BUENO, 2004, p.62).

3.4.1 Pedido de Antecipação de Tutela e Concessão de Medida Cautelar (via de mão única)

Na expressa disposição do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, o requerimento de tutela antecipada realizado com equívoco permite a fungibilidade para a tutela cautelar, desde que presentes os requisitos.

Há os que consideram a expressa orientação do artigo, em destaque Eduardo Melo de Mesquita (2002, p.427):

Não se pode olvidar, porém que a jovialidade do instituto é fator que acena para uma maior tolerância, quando da dedução de pedido de antecipação da tutela e de fato tratar-se de tutela cautelar, i.e, a denominada *fungibilidade* de institutos. A recíproca não é possível, porquanto não se pode antecipar a tutela através de processo cautelar autônomo, vez que este não se presta a antecipar efeitos próprios do provimento final, pois devem ser antecipados no bojo do processo principal.

Propagador da concepção estrita da redação do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, está Arruda Alvim (2002, p.107-108):

Parece esta subjacente na *mens legis* que, por serem os pressupostos da tutela antecipada mais significativamente exigentes do que os da medida cautelar, ainda que aqueles não se encontrem presentes, com intensidade própria e necessária para concessão de tutela antecipada que esses mesmos, satisfaçam inteiramente, ao grau do calibre de cautelaridade, próprio de medida cautelar.

Arruda Alvim pondera o art. 273, §7º, enumerando três interpretações. A “primeira” circunscreve a hipótese de mero erro de nomenclatura, se o requerente solicitou medida cautelar com o *nomem iuris* de tutela antecipada.

A “segunda” indaga se o texto legal em apreço envolveria poderes mais amplos para o juiz, como na hipótese de pedido de tutela antecipada não cabível, se o magistrado estaria autorizado a admiti-la como tutela cautelar, porque cabível. Nessa segunda hipótese, o autor envolve a regra do art. 798, do Código de Processo Civil, como pano de fundo pelo poder que confere ao magistrado de determinar a medida que julgar adequada:

O art. 798 enseja que o juiz possa “determinar as medidas provisórias que julgar

“adequadas”, no que está inafastavelmente implicada, no campo do poder cautelar geral, *certa criatividade do juiz, no que diz com o conceber a medida cautelar* que julgar adequada (ALVIM, 2002, p.108).

Uma “terceira” interpretação seria se a fungibilidade do parágrafo em comento se apresenta como uma via de mão dupla.

Para Arruda Alvim, esta última interpretação implica que o legislador teria dito menos que desejava dizer (*dixit minun quam voluit*). Se requerida medida cautelar, mas, se em tudo e por tudo estiverem presentes os requisitos da tutela antecipada, o autor inclina-se pela possibilidade de o juiz vir a conceder a tutela antecipada, pois se verificará, tão somente, erro de nomenclatura.

Se a parte requerer medida cautelar propriamente dita e for hipótese de tutela antecipada, esclarece que a tutela cautelar tem envergadura menor que aquela que poderia ter sido pedida no bojo de uma tutela antecipada. Por essa razão, o juiz não poderá hipertrofiar o pedido da parte. O juiz estaria impedido de conceder uma proteção maior que a que foi solicitada (ALVIM, 2002, p.108).

As manifestações da doutrina, assim, apresentam-se, com poucos adeptos, a justificar a teoria da via de mão única, que tem por fundamento a literal interpretação do disposto no art. 273, §7º, apegados à rigidez formal.

3.4.2 Pedido de Antecipação de Tutela e Concessão de Medida Cautelar (via de mão dupla)

Questionamento central e de maior evidência no art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, é a aplicabilidade do dispositivo no sentido inverso ao expresso no texto de lei, qual seja, requerida a tutela cautelar seja recebida como tutela antecipada, pela aplicação do princípio da fungibilidade.

Postula Bedaque (2006, p.389) que a fungibilidade opera nas duas direções, não está adstrita à fungibilidade de problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é a da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final.

Também, em nota, Nelson Nery Júnior e Nery (2006, p.460) dispõe que a fungibilidade é uma via de duplo sentido. Confira-se:

FUNGIBILIDADE. CAUTELAR INCIDENTAL. Quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza de cautelar, não pode indeferir o pedido da tutela antecipada por ser inadequado. Nesse caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo em pedido de cautelar incidental. Deve receber o pedido, portanto, como se fosse cautelar se presentes

TUTELA ANTECIPADA

os requisitos para tanto (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

FUNGIBILIDADE. TUTELA ANTECIPADA. A recíproca é verdadeira. Transformar pedido de cautelar incidental em tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipatória o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que se adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só poderá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada ou se o autor se negar a proceder à adaptação.

O debate é intenso na doutrina e deve ser amplamente discutido. Dinamarco (2003, p.290) afirma:

[...] não existe fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um. Duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes. O §7º, 273, veio a contribuir ao desembaraço da aplicação das tutelas de urgência, sobretudo, da antecipatória, que conta com disciplinamento exíguo no *códex*, apenas o artigo 273, acabou incompreendido pela doutrina.

Para o autor, a fungibilidade entre as duas medidas – cautelar e antecipada e vice-versa - deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas de urgência, ou seja, de que há muito na disciplina das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela.

Veja que Dinamarco, inclusive, tece crítica à justificativa do projeto que culminou com a tutela antecipada, ao dispor que não se fala de fungibilidade de procedimentos, posto que o procedimento pode até ser o mesmo, ou seja, a disciplina dos atos a realizar. Não se trata de proceder de um modo, havendo o autor pedido que se procedesse por outro. Trata-se de autêntica fungibilidade de pedidos, no sentido de que, nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título.

Joaquim Felipe Spadoni (2003, p.88) entende ser legítima a hipótese de dupla direção do art. 273, §7º, face ao princípio constitucional da isonomia, quando as partes diante da “zona de penumbra” quanto à tutela adequada, seja o emprego de tutela cautelar ou de tutela antecipada, merecem idêntico tratamento.

8. APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL – FUNGIBILIDADE DE PROCEDIMENTOS – RECURSO PROVIDO. I Presentes os requisitos, o art. 273, § 7º, do CPC, permite a fungibilidade de tutelas de urgência, autorizando o juiz a deferir medida cautelar incidental, requerida a título de antecipação de tutela - e vice-versa. II Recurso provido para determinar a apreciação do pedido à luz do princípio da fungibilidade, inserto no art. 273, § 7º, do CPC. (TRF 2ª REGIÃO, AC – 320891. Processo 200251015300049. Julgado em 26/06/2007, in DJU ed., 3/09/2007, Relatora JUÍZA LILIANE RORIZ).

Observa-se, portanto, acirrado debate da doutrina, sendo não unânime a interpretação do dispositivo como uma via de mão dupla, apesar de maior posicionamento nesse sentido. Além disso, a jurisprudência tem dado mostras de igual entendimento⁸.

Ademais, a doutrina não se posiciona firme e claramente a respeito da aplicação prática do texto do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, o que implica o necessário amadurecimento da matéria, na esfera doutrinária e jurisprudencial para alcance de seus objetivos.

Joaquim Felipe Spadoni cinge consideração acerca do procedimento adotável frente à fungibilidade em apreço.

Na tutela cautelar requerida de maneira equivocada, posto que adequada a regulação pela tutela antecipada, “deve o magistrado recebê-la como simples petição incidente do processo principal”, sem determinar citação ou processamento em autos apartados. “Se assim estiver autuada, deverá diligenciar pelo cancelamento do registro e autuação”. Em respeito à natureza urgente da medida, contudo, os atos de formalização da tutela antecipada deverão dar-se em momento posterior à análise do magistrado do teor do requerimento.

O autor vai além, preconizando, fielmente, o fim último do pedido antecipatório. O juiz se ocupa primeiro da análise do pedido e da presença de seus requisitos. Ocorre que, diante da ausência de prova inequívoca - o autor preparara a medida com vistas à tutela cautelar de requisito mais brando -, o magistrado deverá propiciar ao autor que emende o pedido, com prazo para que compareça aos autos com as provas suficientes, caso contrário, impor-se-á o indeferimento da medida por falta de um dos requisitos do art. 273, do Código de Processo Civil (DELFINO, 2005, p.206-207).

Na hipótese do pedido cautelar ser substituído pela tutela antecipada (via de mão dupla), verifica-se que a medida cautelar pode ser antecedente ou incidente ao processo. Quanto à medida antecedente, a doutrina estudou a circunstância, enumerando-a, nos termos abaixo.

Pela abrangência da tutela jurisdicional prestada na tutela antecipada, que visa

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR VISANDO UM NÃO-FAZER. TUTELA SATISFATIVA, APESAR DE BASEADA NA URGÊNCIA. §7º DO ART. 273 DO CPC. FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA EM PROL DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. PROVIMENTO DO APELO. I Ação cautelar ajuizada visando ordem no sentido de impedir transferência de imóvel e inclusão em banco de dados, enquanto não solucionada a lide na ação cognitiva; II Indeferimento da petição inicial em razão da satisfatividade, a justificar requerimento de antecipação de tutela em ação de conhecimento; III A tutela antecipada fundada no periculum in mora e a medida cautelar são categorias do mesmo gênero: provimentos urgentes; IV Por essa razão, a lei 10.444/2002 estipulou a fungibilidade entre as medidas no §7º, do art. 273, do Código de Processo Civil; V Inexistiria fungibilidade em uma só mão de direção: possibilidade do uso da via cautelar para provimento antecipatório. Instrumentalidade do processo; VI Apelo conhecido e provido (TRF 2ª REGIÃO, 4ª T, AC – 265793. Processo 200102010202353, julgado em 03/06/2003, in DJU,ed. 07/07/2003 Relator JUIZ JOSÉ ÂNTONIO NEIVA).

à tutela provisória que antecipe os efeitos da sentença de mérito e implica coincidência com o pedido inicial, entende-se imprescindível que o autor já tenha delimitado seu pedido na inicial.

Na fungibilidade pela via inversa, no sentido da tutela cautelar para tutela antecipada, depara-se com medida mais rígida em razão dos requisitos da tutela antecipada a causar possível incompatibilidade. Joaquim Felipe Spadoni (2003, p.91) questiona: “como pode ser antecipada a tutela sem que se conheça, ao menos, o que o autor pretende de forma definitiva?”

Conforme estudo anterior, a tutela cautelar é autônoma e, apenas, correlacionada ao processo principal. Legitima-se com a evidência do direito do processo principal (*fumus boni iuris*), restando imaculado o direito material pretendido, situação oposta à tutela antecipada. Portanto, parece ponto sem solução.

Para a fungibilidade da tutela cautelar sentido tutela antecipada, deve o magistrado conhecer o pedido, como se medida antecipada fosse, analisando-lhe os requisitos que deverão estar presentes (*verossimilhança + periculum in mora*), ou oportunizando à parte prazo para que os ofereça, para, então, ventilar o indeferimento, observando que o prazo é exíguo para a utilidade da medida urgente.

Desse modo, a fungibilidade só terá razão de ser processada, se a parte, no momento da propositura do pedido, disponibilizar de todo conjunto probatório. Não há prazo para produção de provas, no máximo, prazo para a juntada das provas senão manifesta a impossibilidade do requerimento.

Por essa razão, ainda que o tempo seja mínimo, o autor conseguiria adequar o pedido da medida antecipada, sem perder o caráter da urgência e permitir sua viabilidade. Em complemento, Lúcio Delfino (2005, p.217-218) enumera que o aludido ajuste deve ocorrer “antes, obviamente, da citação do réu [...] face à técnica do saneamento difuso do processo, tendo como marco inicial o ato de convencimento da peça inicial”, recebida somente se presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Dessa maneira, fixa-se a possibilidade, o procedimento e o momento, bastantes em si, para que se efetive a fungibilidade da tutela.

A fungibilidade das medidas como via de mão dupla apresenta-se coerente e viável dentro da perspectiva apresentada, pela adequação do procedimento, dentro da realidade das tutelas urgentes, ainda que em momento posterior.

Verificada a existência dos requisitos ensejadores da medida mais apropriada, fato certo que o magistrado deve aplicar o art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, a fim de bem empregar o princípio e prestigiar a efetividade do processo, bem como a economia processual.

3.5. CARACTERÍSTICAS

3.5.1. Provisoriedade

A tutela antecipada é caracteristicamente provisória, porque destinada a durar até que sobrevenha a tutela definitiva, por um procedimento de substituição. Veja-se, concedida a medida antecipada, transcorre o regular trâmite do processo, e, por meio de cognição exauriente, profere-se *decisum* definitivo. Ao contrário da tutela cautelar, a tutela antecipada somente se resolve com a tutela definitiva que irá sucedê-la, para sua confirmação ou exclusão, com eficácia semelhante.

3.5.2. Revogabilidade e Modificabilidade

Consta do art. 273, §4º, do Código de Processo Civil, as características da modificação e revogabilidade da tutela antecipada. De outra maneira, não poderia ser face à cognição sumária exercida pelo juiz que concede tutela provisória e, então, passível de alteração no tempo, em que se tornará definitiva, após cognição exauriente.

Os fatos ou mesmo as provas que evidenciam a situação de urgência e autorizam a concessão da medida antecipatória podem sofrer alteração, e o obstáculo de outrora à efetividade da prestação jurisdicional desaparecer.

A alteração das circunstâncias que, anteriormente, fundamentaram a medida pode ocasionar que esta seja modificada, porque se tornou insuficiente ou inadequada, ajustando-a a nova situação, ou que seja revogada, porque não mais perdura aquela situação autorizante.

O art. 273, §4º, será aplicado todas as vezes que surgirem novas circunstâncias de fato ou de direito capazes de alterar a convicção do juiz. A medida antecipada pode, ao longo do processo, deixar de ter fundamento, devendo cessarem seus efeitos, retornando as coisas ao estado anterior.

Apenas para a adequada terminologia, pontua-se: “alteração” da situação fática e “sucessão” da decisão.

Alerta Teresa Arruda Alvim Wambier [1997, p.543]: “assim, mais rigorosamente, não se poderá dizer que a decisão terá sido alterada, mas o que terá havido é a prolação de outra decisão, para outra situação”.

Completa referida autora que, “alterados os fatos e o quadro probatório em que se terá embasado a decisão, anteriormente, proferida, outra deverá ser prolatada em seu lugar” (WAMBIER, 1997, p.543).

A própria característica da provisoriedade já evidencia uma necessária

sucessão da medida antecipada. Esta há de ser confirmada por comando definitivo. Com razão, seja esta passível de revogação e modificação, porque ausente a coisa julgada material.

Veja-se: a concessão da tutela antecipada se dá por meio de uma decisão fundamentada, mas provisória, não se confundindo com a sentença de mérito sujeita ao trânsito em julgado. Outrossim, a medida antecipada, concedida na própria sentença, constitui-se uma unidade e, assim, atacável por recurso que, uma vez provido, implicará em reforma da decisão, e não na revogação ora tratada.

Eis, então, que a revogação se cinge, quando a concessão advém de decisão interlocutória, e não da sentença definitiva, seja ela de procedência ou improcedência da medida⁹.

Em destaque, como na tutela cautelar, a revogação na tutela antecipada também exige requerimento da parte interessada, não podendo ser de ofício. Caberá às partes interessadas o conhecimento dos fatos que podem ensejar a revogação e, conseqüentemente, a invocação, face à inércia do juiz (WAMBIER, 2003, p.341).

A corrente discordante é “encabeçada” por Calmon de Passos. Entende este que “há um princípio de que o juiz deve sentenciar tendo em vista o estado em que se encontram os fatos ao tempo de sua decisão, visto como seria iníquo desconhecê-los e sentenciar como se não estivessem provados nos autos” (CALMON PASSOS, 2004, p.69).

O autor admite a iniciativa do magistrado para a revogação, desde que não se cuide de uma retratação do que antes se decidiu, mas de uma avaliação de fatos novos ou novas provas que não puderam ser por ele consideradas, quando da concessão da medida antecipada, provas existentes nos autos, as quais ainda são por ele avaliáveis. Quer pela revogação de ofício ou mediante provocação da parte, certo que este ato depende de fatos novos que justifiquem a sua alteração ou mesmo exclusão.

Saliente-se aqui análise de Teori Albino Zavascki (2000, p.35), que dispõe serem duas as causas que deflagram a revogação ou a modificação da medida antecipatória: “[a] mudança do estado de fato e [b] aprofundamento da cognição sobre o direito afirmado, em função, inclusive, da mudança do estado de prova”.

Nesse sentido, elucida o autor, nos casos da letra [a], que o superveniente desaparecimento da urgência ou modificação do comportamento do demandado, por si só, não justifica o retorno do *status quo* ante notadamente, se persistir o juízo de verossimilhança, quanto ao direito afirmado na inicial.

9. Embora o presente estudo considere inadequado o entendimento de Teori Albino Zavascki (Antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 115), ilustra-se que o autor opina que a sentença de improcedência promove a revogação da medida antecipatória, imediatamente, com efeito *ex tunc*.

A revogação ocorre, se os requisitos que ensejaram a concessão da medida desaparecerem. Não basta apenas a exclusão da iminência do dano, que, naquele momento, mostrou-se imprescindível e, agora, não mais se vislumbra. No máximo, o que parece coerente será a revogação com efeitos *ex nunc*, ou seja, a suspensão de efeitos futuros, sem qualquer relação com os efeitos já exauridos, desde que sem ônus para o autor beneficiado com a medida.

Outrossim, na hipótese da letra (b), o exercício da cognição aprofundada poderá resultar em um juízo de inverossimilhança, o que inegavelmente representa modificação tanto quanto parcial ou total da medida.

A tutela antecipada, no cumprimento de sua função essencial de entrega provisória dos efeitos da sentença ao requerente - verossimilhança das alegações combinada com iminência de dano ou de dano de difícil reparação e, alternativamente, abuso do direito de defesa -, é medida excepcional, sobre a qual recaem cuidados especiais.

A tutela do art. 273, do Código de Processo Civil, tem caráter provisório a suceder-se por decisão final. Vige sobre o crivo de uma instrução a completar-se, a qual possibilitará afirmar em sentença o direito material já deferido ou a reversibilidade da medida ao *status quo ante* sem prejuízo à parte, contra a qual a concessão da medida antecipada surtiu efeitos.

A medida que antecipa visa ao equilíbrio das partes, distribuindo o ônus do processo entre as mesmas. Assim, a revogação e a modificação são ferramentas compatíveis a qualquer manifestação de tutela provisória, porque garantem discussão da utilidade da medida diante de novos fatos, evitando que qualquer das partes sofra oneração indevida, constituída por decisão mutável.

3.5.3. Não-satisfatividade

A questão da satisfatividade na tutela antecipada igualmente requer a análise na esfera do plano fático e jurídico.

Para o Direito, interessa a satisfatividade, enquanto característica da tutela antecipada, no plano jurídico, em que satisfazer o direito é declará-lo existente. Dessa maneira, necessária apontar que a tutela antecipada confere efeitos práticos da sentença, cuida ela do próprio direito material controvertido, contudo está sujeita à decisão definitiva.

A tutela antecipada é provimento provisório, ou seja, o qual necessariamente será substituído por decisão definitiva, esta capaz de tornar imutável o direito. A concessão da medida antecipada não satisfaz o direito posto que, pendente de decisão final, pode confirmar a decisão liminar, ou revogá-la.

Bedaque (2006, p.313) evidencia a importância da diferença entre as satisfatividades fática e jurídica que não se confundem, “visto que somente essa, por se tornar definitiva, tem aptidão para representar a solução da controvérsia, transformando-se na regra emitida para o caso concreto”.

Nesse sentido, a medida antecipatória, ainda que traga efeitos no plano da realidade social, conforme entendimento de Ovídio A. Baptista da Silva, é provimento não satisfativo. Veja-se, a antecipação de um pedido de revisão de benefício previdenciário, ainda que majore provisoriamente o salário de benefício do segurado, somente estará coberto pelo manto da certeza quando da decisão final que tem o condão de declarar a existência ou não do direito à revisão pleiteada. Assim, a concessão da antecipação de tutela no presente caso não gera satisfação no plano jurídico, e, conseqüentemente, a tutela antecipada é não satisfativa.

3.6. PROCEDIMENTO

A tutela antecipada, tal como disposta no art. 273, do Código de Processo Civil, é medida inserta no processo de conhecimento, não conta com maiores especificidades. A seguir, alguns destaques de relevo.

3.6.1. Natureza da decisão

A interpretação do dispositivo de lei demonstra que a tutela antecipada, nas hipóteses do art. 273, I, do Código de Processo Civil, tutela urgente que visa a afastar o perigo de dano, poderá ser requerida a qualquer tempo, mesmo antes da citação, liminarmente, *inaudita altera pars*¹⁰, ou, em sede recursal, basta a demonstração dos requisitos legais, isto é, verossimilhança e situação de perigo. A concessão *in limine* ocorre, se a convocação da parte contrária demonstrar prejuízo à eficácia da medida.

Segue a hipótese do art. 273, II, o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Para Bedaque, somente pode ocorrer após a resposta, conforme já mencionado, por Teresa Arruda Alvim Wambier (2003, p.335), a qualquer tempo.

Nesse sentido, a tutela cautelar poderá ser concedida já no início da demanda, o que se dará por decisão interlocutória, ou mesmo em sede de sentença.

Se a concessão da medida se der *in limine*, esta não comporta instrução. As provas para que se ateste a verossimilhança das alegações devem ser pré-constituídas nos autos para imediata apreciação do magistrado.

10. Se já presentes os pressupostos legais no momento da propositura da ação, nada impede que seja a antecipação concedida, antes mesmo do ingresso do réu no processo. Nem mesmo a exigência do contraditório constitui empecilho insuperável [...], pois a parte contrária, ao tomar conhecimento da medida, possui meios prontos e eficazes para alterá-la (BEDAQUE, 2006, p. 368).

3.6.2. Decisão interlocutória e sentença

Nos casos em que a concessão da medida se dá por decisão interlocutória, esta enfrenta Agravo de Instrumento, na forma não retida, visto que a hipótese de tutela antecipada, seja concessiva ou denegatória, pode causar gravame à parte, configurando a exceção do art. 522 (redação dada pela Lei nº 11.187/05 em vigor 18.1.2006).

O caso concreto, contudo, permitirá o julgador conhecer se a decisão é suscetível de causar lesão de grave e de difícil reparação à parte, a ensejar agravo de imediato processamento e julgamento, vale dizer, que o agravo seja interposto por instrumento.

Outrossim, há também a concessão da medida no bojo da sentença de 1º grau. Esta decisão não necessita ser proferida em decisão interlocutória em separado, mas dentre os capítulos da sentença que versam sobre os aspectos da relação material controvertida, sujeita a recurso de apelação. Interessante destacar entendimento de Nelson Nery Júnior (2006, p.757), *verbis*: “Concessão na sentença. Recurso cabível. A decisão judicial de primeiro grau não pode ser cindida para efeito de recorribilidade. Ainda que nela o juiz resolva várias questões, recebe classificação única. Se o ato do juiz resolve questões preliminares, concede tutela antecipada e extingue o processo, é classificado pelo conteúdo mais abrangente, isto é, a sentença. Todas as questões decididas nessa sentença terão de ser discutidas na apelação, que é o recurso cabível contra a sentença (513, CPC). Sendo assim, não pode ser impugnado por apelação e na parte da tutela antecipada por agravo de instrumento em atenção ao princípio da singularidade dos recursos”.

A utilidade da tutela antecipada na sentença de 1º grau pode causar estranheza, contudo, como esse *decisum* está sujeito ao duplo grau de jurisdição, em que, de regra, o recurso de apelação tem duplo efeito - devolutivo e suspensivo-, a tutela antecipada na própria sentença tem sua razão de ser.

A norma legal determina que seja interposto recurso único em prestígio ao princípio da unicidade dos recursos. Se a tutela antecipada é parte integrante da sentença, o recurso será recebido, apenas, no efeito devolutivo, posto que a tutela do art. 273 antecipa os efeitos práticos da sentença, ainda que esta esteja em discussão. Vale dizer, permite a execução provisória da medida.

Nelson Nery Júnior (2006, p.757) noticia a mesma solução. O efeito meramente devolutivo deve ser dado à apelação de sentença que confirmar a tutela antecipada anteriormente concedida (art. 520, VII, do Código de Processo Civil).

Concedida a tutela antecipada na própria sentença, o que deve equivaler no plano prático a uma decisão judicial, a apelação não será recebida no efeito suspensivo, passando a produzir, desde logo, todos os efeitos.

A regra, entretanto, não é geral para todos os pontos da sentença. A tutela antecipada pode estar limitada a um dos capítulos da sentença. Assim, somente a este capítulo específico não recai o efeito suspensivo da apelação. Os demais temas decididos pelo *decisum*, não abrangidos pela medida de antecipação, continuam ineficazes, portanto o recurso será recebido no duplo efeito.

Teori Albino Zavascki (2000, p.113), discordando do retro explicitado, discorre pelo cabimento de Agravo de Instrumento à tutela antecipada deferida em simultaneidade à sentença:

O ato do juiz que aprecia o pedido de antecipação de tutela é materialmente autônomo, distinto e inconfundível com o da sentença. [...] qualquer que seja o ângulo sob o qual é examinada, a decisão que aprecia pedido de antecipação de tutela, deferindo-o ou não, é por natureza, decisão interlocutória, mesmo que sob o aspecto formal, seja proferida simultaneamente com a sentença.

O entendimento não observa o princípio da unicidade dos recursos e não merece prosperar. Nos termos da fundamentação exposta, a tutela antecipada proferida em sentença reclama o recurso de apelação.

Além disso, a tutela antecipada pode ser concedida no Tribunal, se já tiver sido proferida sentença de 1º grau de jurisdição, momento que acaba o ofício do juiz a *quo*, e, até mesmo, nos Tribunais Superiores, em fase de recurso especial ou extraordinário, desde que presentes os requisitos.

Ato contínuo, após a decisão da medida, interessa verificar o art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil, o qual cuida da tutela antecipada e a execução provisória.

A lei determina que se apliquem, no que couber, as regras sobre execução provisória (art. 588, revogado pela lei 11.232/2005), as quais devem ser corretamente compreendidas, com aplicação subsidiária do art. 475-0, do Código de Processo Civil.

A recente alteração no Código de Processo Civil (Lei nº 11.232/2005), a qual revogou o art. 588, não adaptou o art. 273, §3º. O limite imposto pelo art. 588, inc. II, da legislação precedente, que impedia a prática dos atos finais - levantamento de dinheiro, alienação de domínio -, quando se tratasse de execução provisória, desapareceu.

Vigora, na atualidade, ser possível alcançar, com a execução provisória, todos os efeitos práticos da execução definitiva. O único requisito, para que isso se dê, é a prestação, pelo exequente, de caução idônea.

O mesmo ocorre na antecipação de tutela que requer a prestação de “caução suficiente (bastante para preservar os direitos do executado de eventual insucesso do exequente, quanto ao provimento final) e idônea (capaz de assegurar o risco da provisoriedade da antecipação)” (NERY JR; NERY, 2006, p.659).

A execução provisória nada mais é que resultado da produção dos efeitos da sentença condenatória sujeita a recurso. Ante a possibilidade de a execução causar dano injusto ao executado, o legislador prevê a necessidade de o exequente assegurar a efetividade desse resultado possível, garantindo, mediante caução, a reparação de eventual prejuízo.

Os efeitos naturais da sentença se verificam independentemente do trânsito em julgado, o que não se confunde com a tutela antecipada. A execução provisória somente difere da definitiva em razão da limitação quanto aos atos de alienação.

A antecipação de tutela não satisfaz o direito, ou seja, não elimina a crise no plano material, mas se limita a antecipar algum efeito executivo ou mandamental do provimento, para prevenir o dano. Por outro lado, na execução provisória, o escopo imediato é a satisfação do direito, muito embora o resultado se efetive com a execução definitiva (BEDAQUE, 2006, p.401-402).

A tutela antecipada e a caução, esta última tutela cautelar, caminham em um mesmo sentido, especialmente quando o direito pretendido na tutela antecipada é de expressão pecuniária e, assim, facilmente convertido em perdas e danos.

A caução constitui verdadeira contracautela, pois tem a finalidade de abrandar a violência representada pela invasão da esfera jurídica do requerido, sem a adequada cognição da situação descrita pelo requerente, e reequilibrar o contraditório e a igualdade entre as partes (BEDAQUE, 2006, p.397).

A caução deverá ser exigida toda vez que a antecipação possa gerar prejuízo a quem deve suportar seus efeitos, no caso de a plausibilidade do direito não se confirmar com a cognição exauriente, e a proteção conferida ao titular da situação acautelatória revelar-se injusta.

Pontua, entretanto, a doutrina que há situações em que a exigência de caução acaba por inviabilizar a tutela, quando o autor não possui condições mínimas de oferecê-la (significa impedir a cautelar) e o pedido não tem conteúdo patrimonial (não assegurar àquele que suportou os efeitos da tutela cautelar o ressarcimento do dano).

Portanto, a prestação de caução parece instrumento compatível à antecipação de tutela pelo equilíbrio das partes, para não onerar em demasia o réu. Se não houver possibilidade de sua prestação, deve o magistrado agir com prudência, posto que a reversibilidade é ponto marcante da tutela e não pode restar afastado.

3.7. FORMA DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O cabimento da tutela antecipada deve ser analisado em face de cada espécie de procedimento especial e levando em conta as muitas situações concretas que podem ocorrer.

Segundo Marinoni e Arenhard (2003, p.227),

No caso de ação monitória, a tutela antecipada pode ser deferida com fundamento no abuso de direito de defesa. Cabe também na hipótese de prova do fato constitutivo do direito e na presença de embargos que sejam infundados, somente com o intuito protelatório do réu, nos termos do inciso II, do art. 273, do Código de Processo Civil.

Além desses casos, pode acontecer, no procedimento ordinário, que o credor precise, desde logo, do bem da vida, requerido através da ação monitória para não ter direito prejudicado de forma irreparável.

No procedimento monitório é possível a tutela antecipada com base no art. 273, I, do CPC, como ocorre no art. 642, 2ª parte do CPC italiano. Muitas vezes, o direito de crédito é imprescindível para a tutela de outro direito que lhe é conexo, como o direito à saúde.

A tutela antecipada, em casos como, por exemplo, o do direito à saúde, não se destina a assegurar o juízo ou a viabilidade da realização do direito de crédito, mas a realizar antecipadamente o direito de crédito, para permitir a efetividade da tutela de um direito não relacionado ao patrimônio que lhe é conexo.

É cabível a execução imediata da parte do crédito não embargada, assim como ocorre no processo de execução, em face da disposição do art. 739, § 2º, que estabelece que a execução prossegue quanto à parte não embargada, quando os embargos forem parciais (MARINONI; ARENHARD, 2003, p.228).

3.8. LIMINAR E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Um dos pontos de maior interesse na doutrina, após a chamada “Reforma do Código de Processo Civil”, certamente, é a tutela antecipada. Isso porque, bem antes de sua previsão pela Lei 8.952/94, verificava-se a preocupação com a demora do processo, aliada à necessidade de evitar que a providência jurisdicional se tornasse inútil.

A tutela antecipada tem contornos bem definidos, servindo para antecipar os efeitos da própria pretensão material manifesta no pedido. Além disso, a tutela antecipada serve também para garantir a efetividade não apenas nos casos de demora natura do processo, mas também naqueles casos em que a demora é oriunda de atos protelatórios do réu, como evidencia Dinamarco (2003, p.39):

A concessão de medida antecipatória não se liga sempre a uma situação de urgência, ou *periculum in mora*. Essa é apenas uma das hipóteses básicas em que elas devem ser concedidas (art. 273, inc. I). Mas tem cabimento também, independentemente de qualquer situação de perigo, (a) como sanção à malícia

processual do demandado que procura retardar o fim do processo (art. 273, inc. II) ou (b) como modo de prestigiar um direito que a ordem jurídica reputa mais forte e digno de maiores atenções, como a posse turbada ou esbulhada (interditos possessórios).

A antecipação da tutela, nesse sentido, mitigou o ônus decorrente da demora do processo de cognição plena, cuja outorga da prestação jurisdicional ficava condicionada à decisão final, o que, não raras vezes, causava transtornos ao autor, visto que o réu se utilizava de todos os meios, inerentes ao contraditório, para obstar a decisão final.

O instituto da antecipação da tutela trouxe a segurança para a efetividade do processo.

A tutela antecipada é tida como espécie do gênero tutelas diferenciadas, tendo por fim a efetividade do processo.

Da mesma forma que as liminares, a tutela antecipada tem natureza provisória, contudo sempre será satisfativa, ainda que importe em satisfação provisória, não se confundido com a medida cautelar.

Como afirma Marinoni (2004, p.54), “a tutela antecipatória realiza o direito mediante cognição sumária, enquanto a tutela cautelar apenas assegura a viabilidade da realização do direito”.

Tal instrumento deve ser manejado como prudência¹¹, visto que a cognição plenária não deve ser afastada em qualquer hipótese, tanto que o legislador cercou a tutela antecipada de requisitos mais robustos que os pertinentes à medida cautelar.

Assim, a análise dos requisitos da antecipação de tutela é pressuposto para verificação da concessão da medida liminarmente.

O artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece os requisitos para o deferimento da antecipação de tutela, surgindo o *periculum in mora* como primeira premissa para concessão. O privilégio da efetividade do processo, entretanto, diante do *periculum in mora*, ao contrário do processo cautelar, deverá estar alicerçado em prova inequívoca capaz de levar ao magistrado o convencimento da verossimilhança da alegação.

Quanto ao *periculum in mora* capaz de justificar a medida, Zavascki (2000, p.77) afirma que deverá ser concreto, deduzido de situação real, devendo ser grave, ao ponto de prejudicar o direito afirmado, da mesma forma que deverá ser atual, apresentando-se no curso do processo.

No que tange à verossimilhança, esta será configurada pela certeza razoável dos fatos alegados, a qual derivará da prova inequívoca, que deverá estar suficientemente estampada nos autos.

11. Na concessão da tutela antecipada, verifica-se aquela tensão entre princípios constitucionais, a qual, como afirmado, não deve ser vista sob a ótica do conflito, mas como ideal político do Estado.

De modo que, enquanto o processo cautelar exigia a plausibilidade do Direito *fumus boni iuris*, a tutela antecipada deve representar certeza, deduzida pela prova fática.

Também o risco de dano estará presente, e não será a demora natural do processo justificadora da antecipação, visto que essa é própria do procedimento, contudo, sempre que houver risco para a satisfação do Direito, a medida será lícita. No que se refere à efetivação da medida, surge a questão da possibilidade de concessão da antecipação da tutela mediante provimento liminar.

A disciplina do artigo 273 do Código de Processo Civil não previu expressamente tal possibilidade.

Na doutrina, encontram-se posições contrárias e posições favoráveis à possibilidade de deferimento liminar da antecipação da tutela.

Calmon de Passos (1995, p.194) afirma não ser possível a concessão da tutela liminarmente, visto que sempre será necessário prova de questão de fato, pois, se a hipótese for questão de direito, não haverá razão para antecipação da tutela, devendo haver julgamento antecipado da lide.

Reconhece, entre outros, a possibilidade de antecipação da tutela liminar Humberto Theodoro Júnior (2005, p.197), conforme se depreende:

[...] a providência de que se cuida parece ao grande campo das medidas liminares já conhecidas e adotadas de longa data em nosso processo civil e que sempre admitiram o deferimento *in limine litis*. O que fez o art. 273 do CPC, em seu novo texto foi simplesmente criar uma previsão genérica para essa modalidade de tutela, que, assim, deixou de ser apanágio apenas em alguns procedimentos especiais para converter-se em remédio utilizável em qualquer processo de conhecimento, ordinário, sumário ou especial, desde que presentes os requisitos traçados pelo novo dispositivo de lei.

Parece que a norma não pode ser interpretada em outro sentido, pois, se a tutela antecipada surgiu como mecanismo para efetivação do Direito, não seria lógico se obstar a possibilidade de provimento liminar, quanto tal objetivo já era alcançado, impropriamente, pelas cautelares inominadas, em que era possível o deferimento de liminar.

Aliás, como assinalado por Zavascki (2000, p.45), com a regulamentação da antecipação de tutela, “o que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica”.

Ainda nesse sentido, merecem destaque as observações de Adroaldo Furtado Fabrício (1997, p.16):

[...] igualmente é de geral sabença, de outra banda, não é rara uma certa ligeireza

no deferir essas falsas cautelares em caráter liminar e *in alidita altera parte*, por vezes com simples e brevíssimas referências, à guisa de fundamentação, às razões do pedido – ou nem mesmo isso. Liminares supostamente cautelares mas envolvendo no fundo mesmo do litígio e, bastas vezes, profundamente invasivas da esfera jurídica do demandado, têm sido concedidas por juízes assoberbados e pressionados por uma carga esmagadora de trabalho, sem oitiva do requerido e sem qualquer Fundamentação

Assim, se o legislador não impôs barreiras para a concessão de tutela antecipada mediante provimento deferido *in limine litis*, não cabe ao operador do Direito criá-las.

O que se deve ter claro é o objetivo pretendido com a medida e a utilidade que trará ao processo. De forma que, se o processo deve servir para a realização do Direito material e se a própria Constituição ressalta como valor a razoabilidade na duração do processo, não é lícito ao aplicador da norma criar barreiras onde o legislador não as criou.

Também não encontra amparo a tese de que tal medida implicaria ofensa ao princípio constitucional do contraditório ou bilateralidade da audiência, mas representa um reequilíbrio para as partes, pois, se, de um lado, o réu dispõe de todos os meios de defesa, por outro, o autor tem possibilidade de garantir o direito posto em lide.

Lembrando ainda que a provisoriedade característica da liminar – e da tutela antecipada, que poderá ser revogada - insta o juiz a optar entre a preservação do direito material subjetivo ao contraditório com riscos a tal preservação.

Analisando a liminar *in alidita altera parte*, Nelson Nery Júnior (2003, p.141) registra o seguinte:

Há, contudo, *limitação imanente* à bilateralidade da audiência no processo civil, quando a natureza e finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão da medida liminar, *in alidita altera parte*, como é o caso da antecipação da tutela de mérito (CPC, art. 273), do provimento cautelar ou das liminares em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (art. 81, parágrafo único, CDC) e ação civil pública. Isto não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra medida liminar.

Diferentemente do que ocorre no processo cautelar, que serve de instrumento para o instrumento, o processo de conhecimento e os demais procedimentos em que é possível a antecipação de tutela têm por fim tutelar o próprio direito, e não o instrumento do direito.

Assim, o processo cautelar não guarda qualquer relação com o provimento buscado no processo principal, a não ser de caráter instrumental, de forma que a liminar

irá se amparar na plausibilidade de existência do direito e no risco da demora do próprio processo cautelar. Vale ressaltar, no entanto, que, na antecipação de tutela mediante provimento liminar, muitas vezes, estará em risco a subsistência do próprio direito material.

Dessa forma, o provimento liminar que antecipar os efeitos da tutela deverá estar condicionado aos pressupostos da antecipação de tutela.

É preciso, então, estar presente o *periculum in mora*, que consistirá na possibilidade de ineficácia da medida depois da formação do contraditório, seja em razão da natureza do direito material em lide, seja em razão da possibilidade de frustração da eficácia da tutela antecipada em razão de atos do réu.

A medida também estará assente em prova inequívoca, que equivale a que traduz certeza do direito reclamado, a qual, como leciona Carreira Alvim (2004, p.161), “deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável”.

Quanto à verossimilhança, é prudente entender que se refira ao juízo de convencimento a ser exercido em relação às circunstâncias que fundamentam a pretensão da tutela.

Embora a doutrina procure estabelecer distinção entre verossimilhança para concessão da tutela antecipada e *fumus boni iuris* para concessão de cautelar, o que distingue como condição preponderante é a prova inequívoca que naquela deverá estar presente.

Sob esse ponto de vista, adequada à lição de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2005, p.295),

Costuma-se distinguir a exigência de verossimilhança das tutelas antecipadas do *fumus boni iuris* das cautelares argumentando que no exame do primeiro, o juiz deve ser mais rigoroso. A plausibilidade haveria de ser maior para a concessão da tutela antecipada do que para a cautelar. No entanto, fica muito difícil estabelecer uma linha divisória entre os dois níveis de plausibilidade. Ou o que se alega é verossímil e suficiente para a concessão de uma tutela de urgência, ou não.

Além disso, não se pode olvidar que, se o provimento for irreversível, deve-se assumir o risco da lesão, visto que não se pode sacrificar o próprio direito.

Deduz-se ainda que os providimentos liminares que concedam antecipação de tutela somente serão exercitáveis nos casos do inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil, ou seja, quando estiver configurado fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Isso ocorre, porque, para caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (Art. 273, II, CPC), será necessário

instrução do feito, já aperfeiçoado plenamente o contraditório, estando em momento processual incompatível com a natureza liminar.

Essa impossibilidade temporal de deferimento liminar também se verifica na antecipação de tutela em sede recursal, visto que o recurso nada mais é que a extensão do direito de ação, ou a continuidade do processo em grau superior.

Pode-se, então, compreender que o provimento liminar terá cabimento em antecipação da tutela sempre que ficar comprovada a necessidade da tutela urgente, diante do perigo de dano ao Direito substancial, possibilitando a parte o exercício pleno da postulação judicial, visto que de nada adianta o direito de ação, se o resultado prático da decisão não for eficaz.

4. REQUISITOS E ESPÉCIES DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

A antecipação da tutela pode ser classificada, considerando-se os requisitos que são exigidos por lei para a sua concessão. Alguns requisitos são chamados de gerais, porque são exigidos para a concessão de quaisquer das espécies de tutela antecipada. São requisitos gerais: o pedido da parte, a existência de prova inequívoca que convença o magistrado da veracidade das alegações, a adequada fundamentação da decisão que concede ou denega a antecipação e a reversibilidade do provimento antecipado.

A caracterização e o alcance desses requisitos serão vistos separadamente, de modo a delimitar e caracterizar cada um deles.

Segundo Zavascki (2000, p.107),

Outros requisitos são específicos a cada uma das espécies de tutela antecipada, de modo que: o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é requisito específico da tutela antecipada de urgência; a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu é requisito da tutela antecipada sancionatória; a existência de pedidos ou parcela deles incontroversa é requisito imprescindível para a tutela antecipada fundada na parte incontroversa da demanda.

Analisa-se, separadamente, cada um desses requisitos, iniciando pelos requisitos gerais e depois discorrendo sobre cada requisito específico.

4.1. DECISÃO FUNDAMENTADA

Prescreve o § 1º do art. 273, do CPC, que, “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”.

A norma legal deve ser objeto de extensa interpretação, uma vez que disse menos que queria dizer: a decisão deverá ser fundamentada não apenas na hipótese de decisão que antecipe a tutela, mas deverá ser fundamentada, de forma clara e precisa, pelo juiz, quando este não conceder a antecipação, devendo sumariar os motivos por que julgou não estarem presentes os requisitos necessários para a concessão.

Trata-se, na verdade, de inserção legislativa despicienda, uma vez que a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais seria exigível tão somente pela existência da norma do inc. IX do art. 93, da Carta Magna, que assim dispõe, na parte que aqui interessa: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

Tanto a decisão que concede quanto a que denega a tutela antecipada precisam ser claras e bem fundamentadas pelo magistrado, que deverá expor os motivos que levaram à sua decisão, deixando clara a presença ou a ausência dos requisitos legais para a caracterização da medida pleiteada.

A falta de fundamentação a reveste de nulidade, podendo a parte interessada manejar agravo de instrumento, com vistas à sua anulação ou substituição pelo tribunal superior. Não é cabível, da decisão que concede ou denega a antecipação de tutela, a interposição do recurso de agravo retido, uma vez que faltaria ao recorrente o requisito recursal do interesse em recorrer, uma vez que a urgência e a produção imediata dos efeitos da decisão recorrida não se coadunam com a natureza e finalidade do agravo retido.

Apesar de o art. 165 do CPC permitir que as decisões interlocutórias tenham fundamentação concisa, isso não quer dizer que o juiz poderá conceder ou negar a tutela antecipada sem uma fundamentação que demonstre as razões de sua convicção. Tornou-se comum, no dia-a-dia forense, os juízes limitarem-se a fundamentar suas decisões com frases prontas, como “[não] concedo a tutela antecipada nos termos da lei”, “presentes os requisitos do art. 273, concedo a tutela antecipada” ou, simplesmente, “indefiro o pedido, uma vez que não vislumbro a presença dos requisitos legais”¹². Segundo Alvim (1998, p.174),

A exigência de fundamentação tem por objetivo permitir aos jurisdicionados conhecer a razão da concessão ou denegação da antecipação de tutela. De tal modo que não é possível aceitar o entendimento daqueles que vêem na concessão da tutela antecipada uma discricionariedade do magistrado. Se entender presentes os requisitos para a concessão, deverá demonstrá-los em sua fundamentação, concedendo a antecipação; entretanto, se não constatar a existência dos requisitos necessários, deverá igualmente demonstrar essa ausência, denegando o pedido antecipatório. Portanto, está o juiz proibido de, constatando a presença de todos os requisitos necessários, denegar a tutela antecipada, e vice-versa.

É de Zavascki (2000, p.108) a observação de que estão em jogo direitos constitucionais fundamentais, “cuja garantia não pode ficar sujeita nem ser objeto de disposição arbitrária de quem quer que seja, principalmente do juiz, cuja missão é a de zelar pela efetividade dos direitos”.

12. Nesse sentido: “3. Viola o art. 273 do CPC a decisão que defere pedido de antecipação de tutela apenas com fundamento na demonstração do ‘fumus boni iuris’ e do ‘periculum in mora’”. [STJ – REsp. 532.570/RS – 2ª T. – rel. Min. João Otávio de Noronha – j. em 21.10.2004 – DJ13.12.2004, p.392].

O controle dessa discricionariedade do juiz limita-se aos termos da fundamentação da decisão concessiva ou denegatória. Não é possível perscrutar o intelecto do magistrado, para saber se este está agindo de forma discricionária. É apropriado transcrever a lição de Lopes (2001, p.68-69), que ensina nos seguintes termos:

Também não se deve confundir *discricionariedade* com interpretação flexível da norma, nem com os chamados conceitos vagos ou indeterminados. [...] A utilização de conceitos vagos ou indeterminados não traduz, porém, discricionariedade, como já exposto anteriormente. A circunstância de o juiz necessitar interpretar a norma e avaliar a prova não significa que ele possa guiar-se por suas impressões pessoais, conquanto não se possa excluir, nessa tarefa certa carga de subjetividade. [...] A relativa liberdade conferida ao juiz na interpretação da norma e na avaliação da prova não significa carta branca para decidir como lhe aprouver, sendo certo que a motivação há de se lastreada em argumentos jurídicos e fáticos. Daí se pode concluir que, em sede de tutela antecipada, não pode o juiz conceder ou negar a providência por razões de conveniência ou oportunidade.

É indiscutível que o art. 273 possui inúmeros conceitos vagos ou indeterminados, o que confere ao magistrado maiores poderes na análise dos fatos e das provas que lhe são apresentadas. Deverá, no entanto, ser coerente com sua fundamentação, comprovando ou não a existência dos requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada.

4.2. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO

Provavelmente, o requisito mais controvertido para a concessão da antecipação da tutela seja o dispositivo constante do § 2º do art. 273 do CPC, o qual impede a concessão da tutela antecipada, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Segundo Fux (1996, p.72),

Antes da discussão acerca da possibilidade de relativização desse requisito, insta alertar acerca da impropriedade terminológica abrangida pelo § 2º do art. 273. Não se trata de perigo de irreversibilidade do provimento, uma vez que esse provimento é, por sua própria natureza, provisório e revogável, nos termos expressos do § 4º desse mesmo art. 273. Neste caso, a *mens legis* indica que a tutela não poderá ser antecipada quando houver perigo de que os efeitos oriundos da efetivação da tutela antecipada não sejam passíveis de reversão, isto é, quando os efeitos práticos advindos da antecipação puderem se tornar irreversíveis não se deverá conceder a tutela antecipada.

O requisito negativo da irreversibilidade demonstra que o legislador ainda está envolto pelo espírito da técnica cautelar, cujos efeitos precisam sempre ser passíveis de reversão. Trata-se de uma impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei, uma vez que, em grande parte dos casos da prática judiciária, a tutela urgente é irreversível sob o ângulo da realizabilidade prática do direito.

Consoante Figueira Jr (2001, p.20),

Há hipóteses em que a parte autora, demonstrando a presença de todos os requisitos para a concessão da tutela antecipada, principalmente quando se trata de tutela antecipada de urgência, em que se exige além da verossimilhança da alegação o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, somente obterá a efetiva e tempestiva proteção de seu alegado direito se, sendo-lhe concedida a antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, estes forem de caráter irreversível. Em outros termos: casos há em que um direito, cuja alegação apresenta-se diante do magistrado revestido de verossimilhança, somente poderá ser posto a salvo de dano irreparável se, antecipando-se os efeitos concretos da tutela jurisdicional, tal antecipação produzir uma situação fática impossível de ser reposta a seu estado original na hipótese de, ao final, a pretensão do Autor ser julgada improcedente.

A solução para este caso, de *lege lata*, seria pela impossibilidade de antecipar-se a tutela, uma vez que, se o resultado dessa antecipação puder ocasionar a irreversibilidade dos efeitos fáticos por ela antecipados, sua concessão enquadrar-se-ia perfeitamente no obstáculo previsto pelo § 2º do art. 273.

Nessas hipóteses, procura-se evitar a irreversibilidade dos efeitos do provimento fundado na cognição sumária. Pelo lado reverso, a não-concessão da tutela antecipada também se constitui em uma decisão fundada em cognição sumária, cuja denegação proporcionará, igualmente, a produção de efeitos concretos irreversíveis: “dano irreparável, isto é, o próprio perecimento do direito alegado pelo autor que, após cognição exauriente, pode-se mostrar existente e albergado pela ordem jurídica” (FIGUEIRA JR, 2001, p.21). Estabelece-se um paradoxo:

[...] concede-se a antecipação da tutela pedida, evitando o perecimento do alegado direito do autor, ainda que provocando efeitos concretos irreversíveis mesmo se, ao final, o direito do autor for julgado inexistente; ou não se concede a tutela antecipada, hipótese em que o alegado direito do autor perecerá, ainda que ao final o mesmo seja declarado existente (FIGUEIRA JR, 2001, p.21).

A resposta legal sinaliza para a denegação da tutela antecipada, mesmo que pereça o alegado direito do autor. O fundamento maior do dispositivo constante no § 2º do art. 273 do CPC encontra-se no art. 5º, LIV, da CF, o qual estabelece como garantia

fundamental que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desse modo, não é possível, por expressa disposição constitucional, que o réu seja invadido em sua esfera patrimonial e/ou pessoal, sem que se tenha cumprido o devido processo legal, garantindo-lhe a bilateralidade da audiência, a ampla defesa de alegações e atividade probatória, assim como os outros recursos e meios inerentes ao processo (CF, art. 5º, LV).

Deve-se, contudo, analisar duas questões: em primeiro lugar, sopesar os valores de cada parte, os valores que se encontram em lados opostos no conflito como, a vida e o patrimônio, o meio ambiente e a ordem pública, a convicção religiosa e a segurança pública.

O magistrado, analisando o caso concreto, “deverá ponderar os interesses em litígio, privilegiando o interesse mais caro à ordem jurídica, em detrimento daquele de menor hierarquia” (ARENHART, 2000, p.126). Colocando em confronto os valores contrapostos, seria possível estabelecer qual deles deve prevalecer.

Somente essa análise, todavia, não é suficiente, para solucionar a questão apresentada. De acordo com Arenhart (2000, p.125),

Deve o magistrado proceder a acurado estudo sobre qual direito se apresenta, à primeira vista, com maiores probabilidades de ser existente, ou seja, qual direito é o que aparenta estar protegido pela ordem jurídica. Trata-se de análise fundada em cognição sumária. Entretanto, é o que se apresenta possível ao juiz examinar em casos de extrema urgência, em que uma decisão deve ser prolatada imediatamente. Quando a solução que será adotada, qualquer que seja ela, for apta a provocar efeitos irreversíveis, deve-se tutelar o direito que se apresenta mais verossímil: se é necessário agir imediatamente, é evidente que o Judiciário deve proteger aquela afirmação de direito que pareça, nas circunstâncias, o mais provável de ser reconhecido como existente.

Para tanto, deverá o juiz sopesar essas duas ordens de questões: qual direito deve ser protegido, tendo em vista os valores inerentes a cada um deles? Qual dos direitos contrapostos se apresenta com maiores probabilidades de ser existente? A análise das respostas a essas duas questões deverá ser o resultado da decisão a ser tomada pelo magistrado, concedendo ou negando a antecipação de tutela. Sobre o assunto, manifestou-se Luiz Guilherme Marinoni (2002, p.228-229) no seguinte sentido:

Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. A tutela sumária funda-se no princípio da probabilidade. 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 que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado.

Veja-se que o despejo liminar autorizado pelo art. 59 da Lei nº 8.245/91, que constitui hipótese de antecipação de tutela, “produz efeitos irreversíveis, e vem sendo aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência desde a sua inserção no ordenamento” (LOPES, 2001, p.71).

Não é possível negar que a efetivação da liminar de despejo produz efeitos irreversíveis. No fim, mesmo se o despejado receber indenização pelos danos sofridos, não poderá voltar a ocupar o imóvel que era por ele utilizado antes do despejo na maioria dos casos, mormente se o proprietário já o tiver alugado para terceira pessoa.

Propugnando por uma saída constitucional, Belinetti (1996, p.102) filia-se ao entendimento de que “a antecipação da tutela não pode ocasionar efeitos práticos irreversíveis, uma vez que afrontaria as garantias constitucionais do réu, dentre elas o contraditório e a ampla defesa”, entretanto reconhece que não é possível deixar sem proteção os direitos que se encontram em risco de sofrer danos de difícil reparação.

Dessa forma, haveria uma lacuna no ordenamento pátrio, a qual precisaria ser suprida com a inserção de um procedimento destinado à concessão da tutela satisfativa de urgência. Essa tutela,

[...] mesmo fundada em cognição sumária, seria final e, conseqüentemente, satisfativa (definitiva e não provisória!), tendo sido atendido o contraditório e o devido processo legal, pois se terá facultado à parte a defesa mais ampla possível, em face das circunstâncias especiais previstas em lei que autorizassem tal procedimento (BELINETTI, 1996, p.102-103).

Trata-se de proposta que conciliaria as garantias constitucionais do devido processo legal com a necessidade de proteção tempestiva dos direitos em iminência de sofrerem consequências desastrosas. Enquanto o legislador não regulamentar a concessão da tutela de urgência, contudo, os direitos que se encontrem na iminência de serem lesados devem receber proteção jurisdicional, ainda que os institutos previstos no ordenamento não sejam os mais indicados para essa função.

Para a concessão da tutela antecipada que possa resultar em efeitos concretos e irreversíveis, o magistrado precisará valer-se de toda a prudência necessária: as alegações do autor precisam ser fundamentadas por prova que demonstre a verossimilhança de suas alegações; o provimento precisa ser o único que possa proteger

um direito de sofrer dano irreparável ou de custosa reparação; este direito deve proteger valores como a vida, a saúde e a integridade física¹³.

Não se deve antecipar um efeito concreto que se mostre irreversível para proteger um direito pecuniário ou patrimonial, prejudicando outro direito patrimonial do réu, sem que este possa se defender. Em se tratando de um confronto entre o direito à vida, à saúde ou à integridade física ante um direito de cunho patrimonial e apresentando-se aquele fundamentado por prova que demonstre a sua veracidade, deverá o juiz optar por proteger aquele, na impossibilidade de se proteger a ambos.

4.3. PROVA INEQUÍVOCA

O *caput* do art. 273 do CPC exige, para que se conceda a antecipação da tutela, que se instrua o processo com prova inequívoca. Inequívoco é a qualidade daquilo que é evidente, explícito, manifesto.

Segundo Lopes (2001, p.59),

A redação do *caput* do art. 273 contém uma contradição em si mesma: exige prova inequívoca que faça o juiz convencer-se da verossimilhança das alegações. Ora, se prova inequívoca é, conforme a literalidade da expressão, aquilo que é manifesto, explícito, isento de dúvida, como uma prova com tal gabarito de certeza poderia gerar “apenas” verossimilhança das alegações?

Se fosse possível ao autor instruir a petição inicial com provas realmente inequívocas, em que os fatos que embasam sua pretensão já se apresentassem provados, não seria necessária uma maior instrução probatória. “Prova inequívoca seria, assim, aquela que não admite contestação, não ensejando, portanto, a ocorrência de erros” (FADEL, 2002, p.28).

A existência de prova inequívoca pressupõe a existência de uma prova que possua caráter de convicção absoluta, isto é, que não admitiria impugnações pela parte contrária. Não é possível supor que exista esse espécimen de prova, uma vez que toda e qualquer prova é, em tese, passível de impugnação.

13. Nesse sentido: “Antecipação de tutela. Tratamento médico. Atropelamento. Irreversibilidade do provimento antecipado. A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido (REsp 417.005-SP) Recurso especial não conhecido” (STJ – REsp. 408.828/MT – rel. Min. Barros Monteiro – 4ª T. – j. em 01.03.2005 – DJ 02.05.2005, p. 354).

Como esclarece Luiz Fux (1996, p.73),

[...] a prova demonstra apenas o que é provável, verossimilhante, e nunca a verdade plena que compõe o mundo da realidade fenomênica, uma vez que, embora os fatos não mudem, as provas podem representar um sentido diverso daquele que a realidade indica. Ademais, mesmo que o ordenamento estabelecesse um rol de provas inequívocas, estaria afrontando um dos principais princípios do processo civil contemporâneo que é o da livre convicção motivada do juiz. O art. 131 do CPC permite ao juiz apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo que não tenham sido alegados pelas partes. Seria mais viável que constasse da redação do *caput* do art. 273 do CPC que no processo existisse prova suficiente, apta a convencer o juiz da verossimilhança das alegações.

Por outro lado, essa prova inequívoca, *rectius*, suficiente, não seria um requisito que necessariamente deveria estar presente em todos os processos, para que se conceda a tutela antecipada.

Segundo Carreira Alvim (2004, p.59-60),

Existem casos em que a existência dessa prova suficiente não seria necessária, como, nas ações declaratórias de inexigibilidade de tributo, em que se estaria questionando unicamente a constitucionalidade de determinada base de cálculo de tributo em que o autor necessita que lhe seja concedida a antecipação de tutela para o fim de recolher valor a menor. Não seria necessário, *in casu*, a existência de prova suficiente, uma vez que se trata de matéria exclusivamente de direito, não exigindo a realização de prova para a comprovação da (in) existência de algum fato.

Entenda-se que prova suficiente não se restringe apenas às provas documentais, mas também àquelas provas passíveis de serem documentadas como, por exemplo, a prova testemunhal, pericial, a confissão realizada em conformidade com o art. 353 do CPC e a prova emprestada, devendo ser objeto de apreciação livre pelo magistrado, que se convencerá ou não das alegações. Como regra geral, é preciso admitir a possibilidade de o juiz designar audiência de justificação prévia, fazendo uso de regra específica do art. 461, § 3º, do CPC.

4.4. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES

A prova suficiente juntada aos autos pelo autor precisa estar apta a convencer o juiz acerca da verossimilhança das alegações. Enquanto o adjetivo “inequívoco” se relaciona à prova, a qualidade de “verossimilhança” diz respeito às alegações. Deve

estar o intérprete atento ao real significado da palavra “verossimilhança”, identificando a sua abrangência e significação no processo.

Por verossímil, deve-se entender aquilo que parece real, que é possível ou provável de não contrariar a verdade. A utilização do adjetivo “verossímil” é utilizado, de certa forma, em contraposição àquilo que é dotado de certeza: aquilo que é certo não pode ser simplesmente verossímil, uma vez que o que é certo não apresenta probabilidade alguma de corresponder à verdade, mas é a própria verdade que está sendo certificada.

Segundo Carneiro (2003, p.24),

Em um processo, não apenas no provimento que concederá a tutela antecipada, mas também na sentença ou qualquer outro provimento fundado em cognição exauriente, estará o magistrado baseando-se apenas na probabilidade de que aquilo que está decidindo corresponde à verdade. O fato de o magistrado, no provimento em que concede a tutela antecipada, estar-se baseando apenas na verossimilhança das alegações não o diferencia quando do julgamento ao final fundado em cognição exauriente que será, igualmente, apenas baseado na verossimilhança.

Qualquer decisão tomada pelo magistrado no curso do processo será com base na verossimilhança, dada a impossibilidade prática de o juiz julgar convencido da certeza das alegações, correspondente em absoluto com aquilo que efetivamente ocorreu.

O que diferenciará ambas as decisões – a que concede a tutela antecipada liminarmente e a que extingue o processo com julgamento do mérito, por sentença – é o grau de cognição, isto é, aquela fundada em cognição sumária, esta em cognição exauriente, e nenhuma delas conseguindo convencer o magistrado da certeza das alegações.

“Doutrina e jurisprudência, em geral, debatem-se na [infrutífera] tentativa de escalonar, mensurar e classificar o que seria verossimilhança, *fumus bonis iuris*, fundamento relevante e outras expressões congêneres” (CARNEIRO, 2003, p.25). Discussão importante recai em conhecer se o *fumus boni iuris* é o mesmo que *verossimilhança*. Alguns chegam a diferenciá-las, usando, metaforicamente, as expressões “fumão” e “fuminho”.

Embora seja possível, no campo na gnosiologia, separar ambos os conceitos, na prática tal diferenciação não é digna de merecimentos.

Segundo Carneiro (2003, p.25),

Na prática forense ainda é possível encontrar, dentre advogados e juízes, aqueles que proclamam a altas vozes: é preferível ingressar com ação cautelar que realizar pedido antecipatório na ação de conhecimento, uma vez que naquela ação é mais fácil conseguir a liminar, por exigir “menos provas” ou,

ainda, por exigir menos *fumus!!!* Como se o local onde o provimento é requerido tivesse o condão de transfigurar a natureza dos institutos, transformando uma medida antecipatória em cautelar, ou vice-versa. Como foi visto acima, os provimentos cautelares e antecipatórios apenas são semelhantes no que tange à sumariedade da cognição e na provisoriedade.

Não é possível estabelecer, na prática, elementos que possam mensurar a quantidade de “certeza”, “probabilidade” ou “verossimilhança”. Na prática, conforme Bueno (2004, p.37), “ou bem o magistrado se convence *suficientemente* de que o requerente tem algum direito já demonstrado (nem que seja retoricamente) e defere a providência jurisdicional de urgência, ou não se convence e indefere o pleito de urgência”.

Acerca dessa questão, Carreira Alvim (2004, p.44) adota o que denomina de juízo de delibação, consistindo este em um juízo formado pelo magistrado, valorando os fatos e o direito, certificando-se da chance de sucesso na causa; em outras palavras, “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)”.

4.5. FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

O requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação equivale ao *periculum in mora* do processo cautelar. Trata-se, em suma, do risco da morosidade da tutela jurisdicional, ou seja, o tempo em que normalmente a tutela jurisdicional demoraria a ser concedida, ao final do processo, permitirá que o (provável) direito alegado sofra dano irreparável ou de difícil reparação.

A demora na concessão da tutela jurisdicional, devido ao tempo necessário e intrínseco para que o processo se desenvolva, que por si só pode causar dano à parte – é o chamado dano marginal exposto por Italo Andolina (1983, p.20) - não é suficiente, para caracterizar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Não é necessário o receio da ocorrência de dano irreparável, para que se conceda a tutela antecipada, bastando que o dano que se receia seja de difícil reparação. O inciso I do art. 273 do CPC é expresso nesse sentido, ao se utilizar da conjunção alternativa “ou”.

Segundo Carreiro Alvim (2004, p.45),

Trata-se de requisito vinculado a uma espécie determinada de antecipação de tutela, fundada na urgência, sendo, *in casu*, espécie do gênero tutela de urgência. Nem todas as espécies de antecipação de tutela são espécies de tutela de

urgência. As antecipações fundadas no inciso II e no § 6º do art. 273 do CPC não são fundadas na urgência do provimento, mas sim na conduta protelatória do réu e na incontrovérsia de um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles.

Apenas a hipótese do inciso I do art. 273 é hipótese de tutela de urgência, com fundamento na necessidade de o provimento ser concedido antecipadamente, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação.

4.6. ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO

O requisito previsto no inciso II do art. 273 do CPC é requisito específico da tutela antecipada sancionatória que precisa estar cumulada com os requisitos do caput do artigo para que seja concedida, não sendo necessária que esteja presente fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

É uma espécie de tutela desvinculada dos pressupostos de urgência e dano, a qual, nos dizeres de Carneiro [2002, p.33-34], é ligada “à idéia central de que a firme aparência do bom direito, exurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado”, autorizaria a antecipação da tutela jurisdicional em seus efeitos concretos.

Trata-se de medida que impõe sanção – a antecipação de tutela – em desfavor do réu que age no processo, seja abusando do seu direito de defesa, seja atuando com explícito objetivo protelatório. Não é preciso que o réu abuse do direito de defesa e aja conjuntamente com propósito protelatório: apenas uma dessas situações é o bastante. As duas situações, todavia, podem se confundir, uma vez que, em geral, o abuso do direito de defesa caracterizará atuação com objetivo protelatório e vice-versa. Mesmo assim, é louvável que o dispositivo tenha identificado ambos os casos, evitando discussões que levariam justamente a situações que a norma sob comento procura evitar: atitudes protelatórias.

Para que fique caracterizado o abuso de defesa ou o propósito protelatório, poderá o intérprete valer-se, apenas a título de exemplo, uma vez que outras situações poderão ocorrer, do rol constante do art. 17 do CPC, que apresenta situações em que se reputará o litigante como de má-fé. O inciso I do art. 17, a título exemplificativo, ao referir-se “à dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”, caracterizar-se-ia como abuso do direito de defesa; do mesmo modo, o inciso V, que se refere ao procedimento “de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo parece enquadrar-se, à primeira vista, como abuso do direito de defesa”. O enquadramento das hipóteses em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito

protelatório dependerá exclusivamente da análise do caso concreto, não se podendo determinar-se *in abstracto* a qual das duas categorias pertence.

Interessante questão incide sobre a possibilidade de conceder a antecipação da tutela sancionatória antes que seja citado o réu. Caracterizar-se-ia o abuso do direito de defesa ou objetivo protelatório do réu antes de sua citação? Parece que isso seria possível nos casos em que o réu esteja, por exemplo, escondendo-se do oficial de justiça. Dessa maneira, o réu age com propósito protelatório, podendo ser concedida a antecipação de tutela com fundamento no inc. II do art. 273, caso o autor demonstre que o réu se furta em receber a citação.

Segundo Bueno (2004, p.42),

Outra questão é saber se seria possível a tutela antecipada sancionatória nas hipóteses em que, embora não presente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a pretensão do autor esteja fundada em texto de lei expresso, estando consoante à jurisprudência pacífica e remansosa dos Tribunais Superiores, mormente àquelas objeto de súmulas. Parece que neste caso, estando presente no processo prova suficiente que enquadre os fatos narrados pelo autor ao comando do texto de lei expresso, bem como se enquadrando nas hipóteses da jurisprudência pacífica dos Tribunais, poder-se-ia esperar a contestação do réu para, verificando que nela, por meio de simples alegações e sem trazer fatos novos relevantes, as alegações do réu vão de encontro à jurisprudência já consolidada e ao expresso texto de lei, seria possível antecipar-se a tutela jurisdicional.

Caracterizar-se-ia, desta forma, abuso do direito de defesa, sendo possível a tutela antecipada com fundamento no inc. II do art. 273.

4.7. PEDIDOS INCONTROVERSOS

A Lei nº 10.444/2002 inseriu o § 6º ao art. 273 do CPC, prevendo uma modalidade de tutela antecipada, fundamentada na parte incontroversa da demanda. O § 6º foi inserido com a seguinte redação: “A tutela antecipada também poderá ser concedida, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Trata-se de hipótese de antecipação de tutela que não demanda receio de dano de difícil reparação ou mesmo irreparável, não sendo espécie de tutela de urgência. Dito de outra forma, não demandaria nem prova inequívoca, visto que, se os fatos que seriam objetos da prova tornaram-se incontroversos, nos termos do art. 334, III, do CPC, que dispõe regra sobre a dispensabilidade de produção de provas dos fatos admitidos como incontroversos no processo.

TUTELA ANTECIPADA

Luiz Guilherme Marinoni (2002, p.130) justifica a tutela antecipada da parte incontroversa da demanda em três fundamentos: “a) é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido; b) o processo não pode prejudicar o autor que tem razão; c) a necessidade de evitar o abuso do direito de defesa”.

Em síntese, “a inserção dessa nova modalidade de antecipação de tutela fundamenta-se na seguinte afirmação: é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido” (MARINONI, 2002, p.102).

O pedido se tornará incontroverso, quando o acusado não contestar determinado fato, ou contestá-lo apenas genericamente, o que não tem o condão de torná-lo controvertido, à medida que o art. 302 do CPC é expresso, ao determinar que cabe ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na inicial. Trata-se do ônus da impugnação específica.

Segundo Sant’anna (2005, p.120),

Não contestado determinado fato, seja porque o réu não compareceu ao processo, seja porque apresentou contestação, mas não se manifestou sobre determinado fato, ou ainda que tenha se manifestado sobre todos os fatos, fê-lo de modo genérico quanto a um ou alguns deles, tornar-se-á incontroverso.

Entretanto, isso ainda não é suficiente para que o juiz possa conceder a tutela antecipada da parcela incontroversa da demanda: deverá o juiz verificar se do fato incontroverso decorre o resultado jurídico buscado pelo autor, evidenciando o emprego dos princípios da *mihi facti dabo tibi jus e iura novit curia*. Assim, é necessário que dos fatos tornados incontroversos decorram as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor.

O pedido pode ainda se tornar incontroverso quando houver reconhecimento jurídico parcial. Nesta situação, o réu não se limita somente a reconhecer a ocorrência dos fatos conforme narrado pelo autor, mas também a reconhecer a pretensão deduzida em juízo. Havendo reconhecimento jurídico parcial pelo réu, deverá a tutela antecipada ser concedida no que se refere a essa parcela que teve sua procedência reconhecida pelo próprio réu.

Conclui-se, assim, que não pode conceder-se em caráter liminar a antecipação de tutela fundamentada na parte incontroversa da demanda, nem pode ser pleiteada na petição inicial, pois é preciso esperar, no mínimo, pela contestação do réu, para verificar se algum pedido tornou-se incontroverso.

Segundo Dinamarco (2003, p.101),

Não é apenas nos casos de pedidos cumulados que pode haver antecipação de tutela fundada no § 6º do art. 273. Ainda que a ação contenha um só pedido, é possível que parte deste pedido seja incontroverso, podendo, assim, esta parte incontroversa de um só pedido ser objeto de antecipação. O exemplo mais eloqüente diz respeito às hipóteses em que o autor pleiteia determinada quantia, e o réu alega dever valor menor. Neste caso, com base no § 6º do art. 273 do CPC,

seria possível ao juiz conceder a tutela antecipada de parte incontroversa da demanda, determinando ao réu que preste, imediatamente, o valor (a menor) que considera devido, sem ter o autor que esperar o término da demanda para receber a parte que o próprio réu admite ser devedor.

Ao contrário das demais modalidades de antecipação de tutela, alguns processualistas entendem que “a antecipação fundada na parte incontroversa da demanda não é fundada em cognição sumária, mas em cognição exauriente” (MARINONI, 2002, p.136).

Parece ser com base nesse entendimento que Cássio Scarpinella Bueno (2004, p.46) afirma que o § 6º do art. 273 do CPC não trata de uma nova espécie de tutela antecipada, mas de “técnica de desmembramento de pedidos” que excepcionaria o “princípio da unidade ou unicidade do julgamento”, porque o juiz estaria julgando pedido incontroverso, ou seja, “pronto para julgamento”, uma vez que não mais dependente de prova e, por isso mesmo, fundado em cognição exauriente.

Não tem razão o processualista. O art. 273, § 6º, não prevê técnica de desmembramento de pedido, nem excepciona o princípio da unicidade ou unidade do julgamento. A pensar assim, estar-se-ia voltando ao sistema adotado no Código de Processo Civil de 1939, que restou totalmente superado com o advento do Código de Processo Civil de 1973 (DINAMARCO, 2003, p.26).

A disposição está contida em um dos §§ do art. 273, que trata, única e exclusivamente, da antecipação de tutela. Entende Bueno (2004) que, “se o legislador quisesse criar uma nova espécie de antecipação de tutela, teria incluído a disposição do § 6º como inciso III do art. 273”. Com efeito,

[...] se as duas outras formas de tutela antecipada estão previstas na forma de incisos ao *caput* do artigo, deveria o legislador ter incluído a antecipação de tutela da parte incontroversa da demanda como inciso III. Mas não o fez, justamente inserindo-o como § 6º para deixar claro que não se trata de mais uma espécie de antecipação, mas técnica de desmembramento de pedido para seu julgamento antecipado (BUENO, 2004, p.47).

Pode-se contrapor o argumento acima expendido, fazendo a pergunta inversa: se o legislador tivesse a intenção de inserir uma técnica de desmembramento do pedido, para que seja julgada antecipadamente parcela da demanda, teria incluído a disposição entre os artigos 330 e 331 do CPC, inserindo-o na seção que trata do julgamento antecipado da lide. Não o fez, inserindo o dispositivo como parágrafo do art. 273, justamente para deixar isento de dúvida que se trata apenas de mais uma modalidade de antecipação de tutela.

TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada prevista no § 6º do art. 273 do CPC é concedida por provimento baseado em cognição sumária. O que ocorre não é um parcial julgamento antecipado do mérito: frente à circunstância de certos pontos não restarem controvertidos, ou frente ao eventual reconhecimento do pedido ou confissão do réu, o magistrado antecipará os efeitos da tutela jurisdicional. Não haverá julgamento de mérito algum: este somente será julgado na sentença. Segundo Moreira (2003, p.111),

Considerando como mais uma forma de antecipação de tutela, fundada na parte incontroversa da demanda, diversas das dúvidas que pairam sobre esse instituto são facilmente resolvidas. Assim, poderá o magistrado, quando da prolação da sentença, revogar ou modificar a antecipação concedida, alterando seu entendimento anterior. Pode parecer, à primeira vista, tratar-se de afirmação contraditória: como poderá o juiz modificar seu entendimento sobre questão incontroversa? Ocorre que até então não houve qualquer espécie de julgamento de mérito, mas apenas antecipação da tutela.

Quando prolatar sentença, o magistrado estará julgando o mérito pela primeira vez, em provimento fundado em cognição exauriente, prevalecendo-se ao mero provimento de antecipação da tutela, o qual, na época em que foi proferido, frente aos elementos à disposição do juízo, apresentou-se como a solução mais adequada.

5 MOMENTO DA ANTECIPAÇÃO

Assim como na hora de aferir o *quantum* a se antecipar, nesse momento, o juiz também deve ficar adstrito ao princípio da menor restrição possível. Esse, aliás, é o entendimento de Zavascki (2000).

O perigo de dano pode ser anterior ou ulterior ao ajuizamento, motivo pelo qual a doutrina classifica a antecipação da tutela em duas espécies – assecuratória e punitiva.

Na realidade, a lei não impõe limite temporal à pretensão da tutela antecipada. Ao revés, impõe que o autor comprove a existência dos pressupostos concorrentes – prova inequívoca e verossimilhança da alegação e os pressupostos alternativos –, *periculum in mora* e atos protelatórios do réu.

Estando presentes os pressupostos legais, deverá o juiz conceder a antecipação da tutela independentemente da fase procedimental em que se encontra o processo, visto que essa concessão ocorre antes do momento normal - sentença, acórdão -, em razão da urgência. Poderá ser concedida, desde o despacho da inicial até em grau recursal, inclusive em ação rescisória.

Há momentos, todavia, em que a possibilidade de concessão da antecipação inspira controvérsias entre os juristas, encontrando-se os casos que mais acirram contradições entre os processualistas.

5.1. ANTES DE SER OUVIDO O RÉU EM JUÍZO

Em regra, o juiz defere a antecipação após ouvir o réu, mas, havendo necessidade – urgência –, poderá, excepcionalmente, concedê-la, antes mesmo de ouvir o réu – liminarmente¹⁴.

Nery Júnior (2002, p.58) diz que a tutela antecipada pode ser concedida ouvindo ou sem ouvir o réu.

Adverte o brilhante processualista que, havendo receio de o réu tornar ineficaz a medida após sua citação ou se a urgência indicar a necessidade da concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo inaudita altera parte, que não constitui ofensa, mas limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. Ademais, nenhum artigo pode vedar a concessão da tutela só pelo fato

14. A neutralização do *periculum in mora* é o escopo de todas as medidas cautelares, incluindo as antecipatórias – como a prevista no art. 273, inciso I –, em que o juiz é colocado frente ao angustioso dilema: ou antecipa os efeitos da sentença e, assim, resguarda a razoabilidade futura do direito material invocado, ou simplesmente o direito perece.

de ainda não ter sido ouvido o réu, porque nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. Aliás, a tutela de urgência não pode ser eliminada onde se faz necessária, para evitar um prejuízo irreparável pelo simples fato de o réu não ter sido ainda ouvido (NERY JR, 2002, p.78).

Deve-se aplicar, analogicamente, a regra do art. 804 do Código de Processo Civil¹⁵.

Por fim, sendo necessário, o magistrado poderá designar audiência de justificação prévia (art. 461, § 3.º, do Código de Processo Civil) para comprovação do alegado pelo autor.

Por obviedade, a concessão da tutela antecipada inaudita altera parte só é possível no caso do artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil.

5.2. NA SENTENÇA

Moreira (*apud* CALMON PASSOS, 2004, p.205) defende a tese, quase que isoladamente, que a antecipação da tutela só pode ser deferida na ocasião de ser proferida a sentença.

Calmon Passos (2004) considera que a razão de ser da tutela antecipada é possibilitar a execução provisória nos casos em que essa providência seria inadmitida tendo em vista os efeitos dos recursos (a regra no processo civil é a interposição do recurso de apelação, que normalmente é recebido no duplo efeito, impossibilitando, assim, a execução provisória do decidido em primeira instância).

Data máxima vênia, concorda-se com Moreira (*apud* CALMON PASSOS, 2004, p.205), quando diz que esse entendimento não condiz com a letra da lei e, muito menos, com o objetivo do instituto, o que, de forma singela, acaba com a *via crucis*, geralmente vivida pelo autor da demanda durante o tramitar do processo.

Para alguns doutrinadores, como Alvim (2002) e Nery Júnior (2002), a tutela antecipada não pode ser deferida na sentença, todavia outros doutrinadores, como Zavascki (2000), Theodoro Júnior (2005) e Lopes (2001), admitem a sua admissibilidade a qualquer tempo.

Como diz Lopes (2001, p.77), o art. 273 do Código de Processo Civil não estabelece qualquer restrição de ordem temporal, para impedir que a providência possa ser tomada na sentença.

15. “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória e ressarcir os danos requeridos pelo autor.”

Ademais, o argumento de que a provisoriedade da tutela antecipada não combina com a definitividade da sentença não tem o condão de impedir sua concessão, mormente se considerado que a sentença para ter eficácia fica condicionada a sua confirmação pelo tribunal, já que a apelação, em regra, é recebida em seu duplo efeito.

Nesse sentido, a concessão da tutela antecipada na sentença é muito viável ao autor que tem razão, que teve seu direito reconhecido judicialmente, mas que, devido ao sistema arcaico existente, tem que ficar esperando por muitos anos, às vezes décadas, para que obtenha efetivamente seu direito.

Por outro lado, não se pode esquecer o problema procedimental que a concessão da tutela antecipada na sentença acarreta. Qual o recurso cabível contra a decisão que antecipa ou não a tutela antecipada? Agravo de instrumento ou apelação?

Aliás, é devido a esse problema procedimental que Marinoni (2004, p.61), que admite a antecipação a qualquer tempo, é contra sua concessão na própria sentença, porque, segundo ele, o recurso adequado para impugná-la é o agravo de instrumento, ficando, portanto, inadequada a sua impugnação via apelação. Para ele, o magistrado deverá concedê-la por meio de decisão interlocutória antes de proferir a sentença.

Não obstante esses respeitáveis entendimentos, segue-se o entendimento de Zavascki (2000), segundo o qual a antecipação da tutela pode ser concedida na própria sentença, porque, em momento algum, a legislação prevê expressamente o contrário. Ademais, o recurso é que se deve adequar ao ato procedimental sob pena desses novos institutos processuais – tutela de urgência que visa à celeridade processual – tornarem-se inócuos.

5.3. NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A antecipação da tutela caberia na ação de execução de sentença ou de título executivo extrajudicial, porquanto, havendo interposição de embargos, sempre e em qualquer caso, o processo ficava suspenso (antigo art. 739, § 1.º, CPC), e, conseqüentemente, os atos executivos ficariam sobrestados até o julgamento dos embargos.

Nesse diapasão, provando o embargado/exeqüente a urgência de seu direito, ou até mesmo a intenção protelatória do embargante, poderá o juiz conceder a tutela antecipada.

Hoje, com a introdução do art. 475-M, pela Lei n. 11.232 de 2005, a regra é que a impugnação (e não mais embargos) que se dará no próprio processo de conhecimento, no caso específico de execução de título executivo judicial, não tem efeito suspensivo.

É possível, no entanto, que o magistrado atribua tal efeito, se o executado provar que sua impugnação apresenta fundamentos relevantes e que o prosseguimento da execução poderá causar a ele grave dano de difícil reparação.

Fica, portanto, a suspensão do processo adstrita ao poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC), a qual será feita no mesmo processo de conhecimento.

Dessa forma, entende-se que a tutela antecipada somente tem cabimento nos casos de execução de título executivo extrajudicial, já que, em se tratando de título executivo judicial, a impugnação (e não embargos) não suspende, por si só, a execução do julgado.

6 REVOGAÇÃO, MODIFICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

A tutela antecipada pode ser concedida a qualquer momento do processo, antes ou depois da sentença, e o que a caracteriza “é o fato de os efeitos práticos da tutela jurisdicional receberem autorização para serem efetivados antes do momento em que isto normalmente aconteceria” (LOPES, 2001, p.76).

De nada adiantaria a previsão *in abstracto* do instituto, se o mesmo não pudesse ser eficientemente efetivado no mundo fenomênico, concedendo a antecipação dos efeitos da tutela. A natureza do instituto permite constatar a importância das questões sobre a concessão, revogação e efetivação da tutela antecipada.

6.1. REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Prevê o art. 273, em seu § 4º, que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. É da própria natureza do instituto a possibilidade de revogação e modificação. Trata-se de um provimento concedido com base em cognição sumária e, por isso mesmo, passível de revogação ou alteração. Mesmo na antecipação de tutela da parcela incontroversa da demanda, é possível revogar ou modificar o provimento, pois esta espécie de antecipação da tutela também se funda em cognição sumária.

A modificação ou revogação da tutela antecipada, em suas três espécies, depende que novos elementos de fato, em geral supervenientes, aconteçam e sejam trazidos à esfera de conhecimento do magistrado. Trata-se da regra normatizada pelo art. 471 do CPC, o qual expressamente dispõe:

Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos previstos em lei.

Assim, interpreta-se o “a qualquer tempo” do § 4º do art. 273 como “a qualquer tempo que novos elementos, de fato ou de direito, sejam trazidos aos autos” (BUENO, 2004, p.66).

Esses novos elementos podem advir, do depoimento pessoal da parte em audiência, das alegações do réu em sede de contestação, ou até mesmo de atitudes protelatórias do autor que, tendo obtido a tutela antecipada, prefere agora que o processo se prolongue pelo maior tempo possível, uma vez que, já

estando usufruindo dos efeitos antecipados, em muitos casos não tem mais interesse em um processo célere. Para tanto, o réu terá que formular pedido exposto ao juiz, requerendo que este modifique ou revogue a antecipação concedida, demonstrando o réu a ocorrência destes novos fatos ou elementos de convicção ao juiz (FUX, 1996, p.352).

Quando do momento de prolatar a sentença, mesmo não existindo novos fundamentos de fato ou de direito relevantes, deve-se admitir que a tutela antecipada seja alterada ou, até mesmo, revogada, uma vez que somente agora, após uma análise mais acurada das alegações constantes da petição inicial, da contestação e da análise de todos os documentos e provas, estará o magistrado proferindo uma decisão fundada em cognição exauriente. Isso não desrespeita a preclusão *pro judicato* normatizada pelo art. 471, mas em necessidade de diferenciar os provimentos na cognição sumária e exauriente.

6.2. FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS

O princípio da fungibilidade que retrata a idéia de troca, substituição, ora inserido nas tutelas de urgência, empresta muito da doutrina precedente que o disciplinava na esfera dos recursos. O *códex* de 1939 dispunha sobre sua aplicação no art. 810¹⁶, que, embora não tenha sido reproduzido na versão de 1973, norteia até os dias atuais sua aplicação na ordem legal.

A ausência de expressa disposição no Código de Processo Civil vigente (1973) preocupa a doutrina quanto aos requisitos de admissão outrora enumerados para aplicação do princípio da fungibilidade na esfera dos recursos.

Para Alcides Mendonça Lima, Milton Sanseverino e Paulo Roberto Pereira de Souza (apud JORGE, 2002, p.221), bastaria a reprodução do Código de 1939 na redação de seu art. 810, que previa a inexistência de erro grosseiro e de má-fé.

Nelson Nery Júnior (2002) e Flávio Cheim Jorge (2002) enumeram-nos diversamente. Para estes, são requisitos de admissibilidade da fungibilidade nos recursos a ocorrência de dúvida objetiva e inexistência de erro grosseiro, afastando a má-fé por considerá-la de difícil conceituação.

[...] a má-fé não é elemento a ser considerado para a admissibilidade do recurso: ou há dúvida ou, alternativamente, inexistente erro grosseiro e se aplica a fungibilidade, ou não há um desses pressupostos e o princípio não incide. Havendo um dos pressupostos para a aplicação da fungibilidade e, nada

16. Art. 810 "Salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento".

obstante agisse o recorrente de má-fé deve ser alcançado pela sanção geral dos arts. 17 e 18, do Código de Processo Civil, mas o recurso tem que se conhecido (NERY JR, 2002, p.145).

Além da definição dos requisitos (ocorrência da dúvida objetiva e inexistência de erro grosseiro), Flávio Cheim Jorge (2002, p.226) é categórico e entende que qualquer um destes, separadamente, enseja a fungibilidade. “Verificada a ocorrência de um desses requisitos, que, no nosso entendimento, para aplicação do princípio da fungibilidade, possuem o mesmo significado, o princípio deve ser aplicado”.

A referida identidade dos requisitos se daria, porque o pressuposto da dúvida objetiva consiste nas impropriedades terminológicas presentes no próprio Código e na divergência da doutrina e da jurisprudência, o que conduz igualmente para a configuração do erro grosseiro.

Se o operador do direito, seja pela legislação ou pelo entendimento dos Tribunais, não consegue identificar qual a medida mais adequada, não pode ser este penalizado. De outro modo, se os aparatos legais e as decisões reiteradas apontam para uma das medidas e o operador do direito utiliza-se de outra, configura-se o erro grosseiro.

Para Jean Carlos Dias, a existência de dúvida objetiva constitui requisito positivo (no sentido de necessária presença); já o erro grosseiro é requisito negativo, ou seja, somente na sua ausência, poderá haver a potencial aplicação daquele. Assim, é a jurisprudência recente dos Tribunais pátrios que tratam da questão¹⁷.

A doutrina divide-se, mas delimita a aplicação da fungibilidade recursal à inexistência de erro grosseiro, existência de dúvida objetiva, e outros, ainda, pela má-fé.

O requisito da má-fé¹⁸ consiste no emprego de mecanismos ardilosos e por erro intencional da parte, para auferir vantagem sobre a parte adversa, como interpor recurso inadequado em prazo maior, recurso que proporcione maior devolução de matéria e, até mesmo, com finalidade de provocar divergência na doutrina (VASCONCELOS, 2003, p.273).

17. Processual civil. Agravo regimental nos embargos de declaração na Petição no recurso ordinário em mandado de segurança. Princípio da Fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Pedido de reconsideração. Intempestividade. 1. “O princípio da fungibilidade recursal reclama, para sua aplicação, a inexistência de erro grosseiro, dúvida objetiva do recurso cabível, observando-se, ademais, a tempestividade do inconformismo” (RCDESP na RCDESP no Ag 750.223/MG, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 18/12/2006.) 2. “omissis” (STJ, 5ª T ADROMS, Processo 200600691221, julgado em 12/06/2007, in DJU, ed. 06/08/2007, Relatora LAURITA VAZ).

18. Nesse sentido, posiciona-se nosso Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental - Pedido de Reconsideração-Apresentação após o Transcurso do Prazo Recursal Pertinente-Fungibilidade Recursal - Impossibilidade - Interposição de Recurso Via Fac-Símile -Protocolização dos Originais - Necessidade - Agravo Improvido. 1. O pedido de reconsideração, apesar de não constar no rol dos recursos previstos na legislação processual civil, pode ser recebido como o recurso pertinente em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, desde que comprovada a interposição tempestiva da irrisignação e não haja erro grosseiro ou má-fé do recorrente. (STJ, 4ª T AGRESP Processo 200400973868, julgado em 14/08/2007, in DJU, ed. 27/08/2007 Relator(a) MASSAMI UYEDA).

A fungibilidade no sistema recursal serve de base à fungibilidade das tutelas de urgência que surge, tecnicamente na legislação, em função da “zona cinzenta”. Esta significa que algumas circunstâncias especiais de urgência também causam embaraço ao operador do direito diante do caso concreto, conduzindo-o a erro quanto à tutela mais adequada.

Essa temática, a questão da dúvida quanto ao instrumento mais adequado, em verdade remonta a debate travado anteriormente, qual seja antes da vigência do artigo 273, do Código de Processo Civil, quanto ao emprego inadequado de tutela cautelar para tutelas de caráter satisfativo.

Assim o era, em prestígio, a efetividade do processo, em que outrora se chegou a pleitear judicialmente a tutela cautelar, com o fim de antecipar efeitos de uma sentença, adentrando a satisfação, ainda que provisória do direito material pretendido. Isso tudo se desdobrava, sem caráter abusivo, ante a ausência de mecanismo legal que suprimisse a lacuna de tutela urgente satisfativa (que ainda persiste no sistema).

A efetividade processual e a segurança jurídica travaram duelo, após o advento da tutela antecipada, no art. 273, do Código de Processo Civil, permitindo-se harmonizar os princípios - pelo mecanismo da mitigação em prol do princípio preponderante - e atender juridicamente à situação de emergência.

Resta, contudo, linha tênue entre as tutelas cautelar e antecipada, fazendo com que o operador do direito, em muitas situações, depare-se com um plano nebuloso, de imprecisão, quanto à medida a ser requerida e, conseqüentemente, aplicada. Nessa expectativa, o legislador veio, com a Lei nº 10.444/2002, reforçar a disciplina da tutela antecipada e inseriu o parágrafo 7º, que cuida da fungibilidade das medidas em apreço.

Com o princípio da fungibilidade, foi possível a troca da tutela urgente requerida inadequadamente (seja a tutela cautelar ou tutela antecipada) por outra que seria correta para responder ao requerimento formulado.

A fungibilidade em tela, nos estritos termos de sua redação, deve ser entendida como a que autoriza a cumulação de pedido cautelar e de conhecimento, com o necessário desaguar de uma cautelar incidental - da antecipada para a cautelar. O dispositivo, todavia, ocasiona várias reflexões à sua efetiva visualização prática.

Não há consenso quanto aos elementos objetivos que permitam diferenciar, com precisão, medida cautelar ou medida antecipatória interinal.

Segundo Bueno (2004, p.125),

TUTELA ANTECIPADA

Essa situação de incerteza foi a responsável por ocasionar diversas injustiças às partes litigantes. Assim, medida antecipatória da tutela era negada porque pleiteada em ação cautelar; do modo inverso, medida cautelar era negada pelo magistrado porque demandada como antecipação de tutela em processo de conhecimento.

Não é possível admitir que a parte não receba proteção a um direito seu na iminência de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação pelo fato de doutrina e jurisprudência não estarem certos quanto à diferenciação entre os dois institutos.

Diante desta situação de incerteza, foi recebida com aplausos a Lei n.º 10.444/2002, que inseriu o parágrafo 7º ao art. 273 do CPC, dispondo da seguinte maneira: “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 incidental do processo ajuizado”.

A doutrina vem entendendo que este § 7º do art. 273 se caracteriza como um mecanismo de mão dupla, ou seja, assim como se pode conceder a medida cautelar, quando pedida sob o título de antecipação de tutela, poderá ser concedida, quando for requerida sob a forma de medida cautelar. Neste sentido, posiciona-se Cássio Scarpinella Bueno (2004, p.126):

Desde que presentes os pressupostos respectivos, assunto de que me ocupo em seguida, uma tutela de urgência (cautelar ou antecipada) deverá ser concedida pela outra, um no lugar da outra, *protegendo-se* pelo ‘mero acautelamento’ ou pela própria ‘antecipação’ o direito que se sente ameaçado. O § 7º, para empregar locução que tem ganhado destaque na doutrina que já se pronunciou sobre o tema, deve ser empregado em ‘mão dupla’. Ele, não obstante sua redação restritiva, deve servir para a conversão (a fungibilidade) de tutela cautelar em tutela antecipada e vice-versa, de tutela antecipada em tutela cautelar.

Wambier e Wambier (2002, p.61) justificam essa possibilidade, explicando que “razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final”.

Da mesma forma, no sentido de se aceitar o duplo sentido da fungibilidade das providências urgentes, Dinamarco (2003, p.91) adota posicionamento expresso sobre a questão, justificando-a:

O novo texto não deve ser lido somente como portador de uma autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*.

Deve-se admitir, inclusive, que a parte requeira o arresto ou o sequestro, como medidas cautelares, no processo de conhecimento, pois não mais subsistem os pressupostos ideológicos que impediam que fossem concedidos os provimentos cautelares no processo cognitivo. Também, entender de maneira diferente seria “obrigar o advogado a pedir errado”. Nesse diapasão, ao advogado, mesmo sabendo que o arresto é medida cautelar, bastaria pedi-lo sob o título de medida antecipatória, para que o juiz, utilizando-se do § 7º do art. 273, concedesse o arresto. Ora, não é necessário forçar o advogado a “pedir errado”: basta interpretar o § 7º de maneira aberta e consentânea com a finalidade do processo, utilizando-se do princípio da instrumentalidade das formas. Evidencia-se que, nestes casos, o processo cautelar sequer é julgado, sendo “esquecido” pelas partes, porquanto, integra a lide, apenas como apenso ao processo de conhecimento. Em outras hipóteses, o arresto nem mesmo é efetivado, visto que as exigências de caução para a sua concessão podem demandar tempo demasiado longo, não sendo raros os casos em que a penhora na execução é efetivada antes do arresto pleiteado 30 (trinta) dias antes.

6.3. EFETIVAÇÃO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA

Concedida a antecipação de tutela, nenhum efeito surtiria, caso os efeitos da tutela jurisdicional adiantados não pudessem ser efetivados plenamente. Através da efetivação dos efeitos práticos antecipados, proteger-se-á o direito ameaçado de dano, e não da mera concessão da tutela antecipada.

O art. 273, § 3º, do CPC, dispõe que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”. O texto anterior à redação dada ao dispositivo pela Lei nº 10.444/2005 falava em “execução da tutela antecipada”.

A nova redação dada ao parágrafo objetivou pôr fim à discussão sobre a necessidade de se ingressar com execução para efetivar a tutela antecipada. Muitos viam na expressão “execução da tutela antecipada” uma ordem do legislador, para que

se utilizasse o processo de execução, vindo no provimento que viabiliza a antecipação um título executivo judicial. Conforme lição de Sérgio de Andrea Ferreira (2004, p.163),

Na fixação do conteúdo da realização de *liminares e tutelas antecipadas*, é básico sublinhar-se que, em relação aos *atos judiciais mandamentais de controle*, não há *execução*, no *sentido científico* do termo, como desenvolveremos adiante: existe *cumprimento*, mercê da *realização da ordem judicial*, pelo próprio destinatário da *ordem judicial* ou *efetivação* por meios *coercitivos, autotutelares e substitutivos*. [...] Cientificamente, o *executar*, no campo processual, deve designar o processo de *efetivação da sentença condenatória*. Usar o termo em sentido largo, para rotular qualquer *cumprimento, realização de sentença* ou *decisão* é acientífico.

A expressão “execução” foi, assim, substituída por “efetivação”, de modo a não restar dúvida acerca da não-necessidade do processo de execução.

O provimento que concede a antecipação da tutela tem eficácia executiva e mandamental, dando origem ao que se convencionou chamar de “processo sincrético”, ou seja, processo que contém atividades cognitivas e executivas.

A antecipação concedida será efetivada por ordem do magistrado, a qual deverá ser cumprida pelo acusado ou por quem a ordem for dirigida, ou através de medidas realizadas por auxiliares da justiça.

Segundo Ferreira (2004, p.164),

Para que a efetivação se dê por completo, o § 4º do art. 273 do CPC remete o intérprete aos arts. 588, 461 e 461-A do CPC. No entanto, são artigos que servirão apenas de parâmetros para a efetivação da tutela antecipada. É o próprio § 4º do art. 273 que dispõe que esses dispositivos apenas serão aplicados “no que couber”.

Para que o intérprete saiba qual daqueles artigos indicados pelo § 4º do art. 273 deve utilizar, deverá, primeiramente, identificar qual a natureza dos efeitos antecipados. É o próprio § 4º do art. 273 que determina que os arts. 588, 461 e 461-A do CPC deverão ser aplicados “no que couber e conforme a natureza” da tutela antecipada.

Quanto à aplicação dos arts. 461 e 461-A, deve-se utilizá-los quando os efeitos antecipados se referirem a obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa. É possível que, nestas hipóteses, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determine as medidas necessárias para a mais completa efetivação da tutela antecipada, podendo-se valer de ordem sob pena de multa ou de atividades realizadas por auxiliares da justiça.

De *lege ferenda*, poderá ainda o magistrado valer-se dos arts. 461 e 461-A, para efetivar a antecipação de dinheiro. Em geral, o dever de pagar soma em dinheiro é determinado por uma sentença condenatória, que, se não houver o pagamento espontâneo pelo

condenado, deverá ser executada por meio de um processo de execução, que seguirá atos de desapropriação fundada na tipicidade dos atos executivos. Acontece que o provimento que antecipa o pagamento em dinheiro não é condenatório. Se fosse, a própria finalidade da antecipação de tutela estaria desvirtuada, pois, após sua concessão, não poderia ser efetivada a contento.

Segundo Carreira Alvim (2004, p.121),

O provimento que antecipa o pagamento de soma em dinheiro possui eficácia mandamental ou executiva: pode-se emitir ordem para que o réu, sob pena de multa, efetive o pagamento; pode-se, ainda, desde o início ou verificando o juiz que a ordem emitida, mesmo sob pena de multa, não foi o suficiente para convencer o réu a efetuar o pagamento, valer-se o magistrado dos atos de seus auxiliares, que poderão, por exemplo, efetuar o bloqueio de valores monetários do réu em poder de instituições financeiras, transferindo esses valores ao beneficiário da antecipação.

Na hipótese de antecipação de soma em dinheiro, é de bom alvitre que o juiz, com base no inc. II do art. 588, c/c art. 273, § 4º, determine ao autor que preste caução idônea, a fim de resguardar o réu de prejuízos que sofrer com a efetivação da tutela antecipada e, no fim, sair vencedor da demanda, no entanto “a possibilidade de se determinar a prestação de caução pelo autor em nada pacífica a matéria” (CARREIRA ALVIM, 2004, p.122).

Pode acontecer que o beneficiário da antecipação não possa prestar caução alguma, por se tratar de pessoa desprovida de posses, cujos poucos rendimentos mal bastam para sua própria subsistência. Deve o magistrado, nesta hipótese, certificar-se: a) que o autor trata-se de pessoa desprovida de posses; b) que a soma em dinheiro, cuja antecipação se pleiteia, destine-se a evitar que um bem maior, como a vida, a saúde ou a integridade física, sofra danos de difícil reparação em decorrência do ato ilícito que, com base nos elementos constantes no processo, foi muito provavelmente ocasionado por culpa do réu.

A antecipação do pagamento de soma em dinheiro não visa a proteger um direito patrimonial do autor, mas proteger um bem maior que foi posto em situação de perigo por ato ou omissão que, provavelmente, somente ocorreu por culpa do réu ou da atividade econômica que realize, como empresário ou em nome próprio.

6.4. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E EFICÁCIA DAS SENTENÇAS

Ficou assentado, neste estudo, que a principal finalidade do instituto da tutela antecipada é antecipar os efeitos da tutela jurisdicional demandada, de modo a realizá-la em momento anterior ao que normalmente seria realizado.

Antecipam-se, assim, os efeitos práticos, e não a declaração e ou decretação subjacentes a estes efeitos concretos. Desta forma, conforme Figueira Jr (2001, p.164),

[...] não é possível antecipar a declaração de certeza de uma relação jurídica, nem a declaração de autenticidade ou falsidade de um documento, assim como não é possível antecipar a constituição ou desconstituição de uma relação jurídica. Antecipam-se apenas os efeitos concretos que adviriam se a declaração ou a decretação fossem realizadas neste momento.

O que se antecipa são os efeitos práticos da tutela jurisdicional, e não da sentença. Essa diferenciação assume relevante importância quando se trata da possibilidade de se antecipar os efeitos da tutela jurisdicional que adviria de uma sentença condenatória. Analise-se o seguinte exemplo: necessita o autor de antecipação de soma em dinheiro para tratamento médico de urgência, cuja necessidade é oriunda de um ato ilícito do réu. Se fosse adotado o conceito de antecipação dos efeitos da sentença, dever-se-ia, *in casu*, antecipar-se os efeitos da sentença condenatória.

O efeito principal da sentença condenatória é “a criação de um título executivo judicial, que poderá ser executado com a instauração de um processo de execução em não havendo o adimplemento espontâneo do condenado” (LIEBMAN, 1985, p.182-183).

A antecipação de tutela, entretanto, não se compatibiliza com a demora e ineficiência da técnica condenação-execução.

Segundo Marinoni (2002, p.47),

A urgência com que o provimento é concedido não aceitaria jamais a adoção dessa técnica ineficiente ante a urgência. Na hipótese versada de antecipação de soma em dinheiro, antecipar-se-ão os efeitos concretos da tutela jurisdicional, que nesta hipótese é a entrega da soma em dinheiro ao jurisdicionado.

Desta forma, não se pode antecipar os efeitos de uma sentença condenatória, mas antecipar os efeitos que adviriam da técnica condenação-execução.

Nesse sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni (2002, p.48):

O que se é antecipado é um bem da vida; antecipa-se a tutela, e não a sentença. Assim, falando-se em antecipação da tutela (e não dos efeitos da sentença), não será imprescindível o uso do processo de execução para efetivar o provimento antecipatório, cabendo ao juiz, de acordo com a situação concreta que lhe é apresentada, determinar a modalidade executiva mais adequada para a efetiva entrega da tutela.

A declaração subjacente à sentença, com efeito, não é passível de antecipação, porém os efeitos concretos que advêm da condenação, da ordem judicial ou do cumprimento por meio de auxiliares da justiça é plenamente possível e se coaduna com a própria natureza do provimento antecipatório.

7 A TUTELA FUNDADA EM ABUSO DE DIREITO DE DEFESA

A prática mostra que, em regra, o autor sempre pretende uma modificação da realidade, enquanto o réu deseja a manutenção desta.

O réu, na maioria das vezes, aproveita da morosidade da justiça,¹⁹ para protelar a entrega do direito pleiteado pelo autor, já que, para ele, é mais conveniente entregar o bem da vida ao autor após a decisão final do que adimplir com pontualidade [RICCI, 1987, p.631].

Aliás, essa conduta apenas beneficia o réu, porque demorará mais para entregar o bem da vida ao autor.

Para jogar uma pá de cal nesses atos protelatórios do réu, o sistema processual civil, corroborado com os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, do direito de ação e da efetividade do processo, adotou a tutela antecipada não apenas nos casos de urgência [art. 273, I, do CPC], mas também para as hipóteses em que o réu manifestar condutas protelatórias ao bom andamento do processo.

Nesse último caso, há necessidade da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu e, é lógico, de que esse tenha condutas protelatórias.

O *abuso do direito de defesa* está intimamente ligado aos atos praticados pelo réu para se defender. Trata-se, portanto, de atos processuais, aqueles ocorridos dentro do processo. Por outro lado, o *manifesto propósito protelatório* são os comportamentos do réu fora do processo, como, por exemplo, o não-atendimento de diligência e a ocultação de prova.

7.1. A ANTECIPAÇÃO NO CASO DE DEFESA INFUNDADA

No direito processual civil brasileiro, a regra dispõe que o ônus da prova repartir-se-á entre o autor e o réu. Enquanto a este incumbe provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor [art. 333, II], para o autor, cabe provar o fato constitutivo do seu direito [art. 333, I].

Se assim é, por que, quando o autor prova o fato constitutivo - prova a razão-, tem que esperar o “tempo que o réu achar necessário”, para obter o bem da vida?²⁰

19. Em decorrência da grande quantidade de feitos.

20. Ao autor não pode ser imposto o peso do tempo que serve apenas ao réu e, geralmente, é utilizado de forma Protelatória [SCARSELLI, 1989. p. 511].

Nesses casos – em que o autor prova o seu direito –, deve ser antecipada a tutela condicionada à não-comprovação por parte do réu dos fatos extintivos modificativos ou impeditivos do direito do autor (MARINONI, 2004, p.148).

A antecipação fundamentada na defesa infundada só tem cabimento, quando não couber o julgamento antecipado da lide (art. 330), porque ela é justificada pelo tempo que o réu vai consumir para provar suas alegações, e, sendo caso de julgamento antecipado da lide, não haverá oportunidade, para o réu protelar o tempo com a produção das provas, muitas vezes, desnecessárias. A antecipação, caso contrário, tem eficácia imediata à comprovação dos fatos alegados pelo autor, desde que, é óbvio, preenchidos os demais requisitos, perdendo a sua eficácia, se o réu demonstrar o contrário (causa resolutive da antecipação).

7.2. A TUTELA ANTECIPADA POR MEIO DA TÉCNICA MONITÓRIA

A finalidade do processo monitorio é a formação de um título executivo sem a necessidade do procedimento ordinário que, como é sabido, é muito longo, mormente nos casos em que o autor tem razão.

A tutela antecipada, com base nessa técnica, pressupõe a prova do fato constitutivo do direito do autor, defesa que exige dilação probatória e de embargos infundados.

Assim como a anterior, a defesa não pode ser fundada em prova documental, que demonstra de imediato o fundamento da defesa e sobre fatos incontroversos, já que ambos permitem o julgamento antecipado da lide, conseqüentemente sem necessidade de dilação probatória por parte do réu.

Essa técnica aproxima-se da anterior - baseada em prova infundada -, contudo, nesse caso, é sempre exigida a prova do fato constitutivo, ao passo que a anterior está ligada à falta de controvérsia dos fatos constitutivos.

7.3. A ANTECIPAÇÃO FUNDADA NA NÃO APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO E NO RECONHECIMENTO JURÍDICO PARCIAL DO PEDIDO

Essa antecipação da tutela tem o propósito de impedir que a defesa do réu protele, indevidamente, a entrega do bem da vida ao autor, já que os fatos tornaram-se incontroversos, devido à não-apresentação da contestação (art. 319) ou devido ao reconhecimento pelo réu de parcela dos pedidos do autor.

Assim, quando o autor pleiteia dois ou mais pedidos e o réu reconhece um deles ou apenas contesta sobre um deles, os demais se tornarão incontroversos.

Nesses dois casos, não seria justo que o autor tivesse que esperar o término do processo, para ver algum de seus pedidos atendidos, já que despedido de controvérsia.

Como diz Marinoni (2004, p.152), com muita inteligência e sabedoria, nesses casos, é possível a antecipação da tutela, pois o autor somente pode esperar para ver realizado o seu direito, quando este ainda depende de demonstração em juízo; seria injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido.

Essa nova previsão veio corroborar com a efetividade da tutela jurisdicional, porque o autor, que antes necessitava esperar a demora do processo, para executar o seu direito estampado na decisão judicial, agora, estando diante de fato juridicamente incontroverso, poderá, desde logo, executá-lo.

Em contrapartida, como adverte Marinoni, o simples fato do réu não apresentar contestação não tem o condão de ensejar a concessão da tutela antecipada. A não-contestação deve ser considerada em face da defesa efetiva do réu, sempre considerando o nexos causal entre os fatos alegados pelo autor e as provas existentes no processo e até mesmo a realidade social, isso porque o juiz pode considerar não provados fatos não contestados e, até mesmo, julgar o pedido improcedente (MARINONI, 2002, p.108).

7.4. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA POR MEIO DE JULGAMENTO ANTECIPADO DE UM OU MAIS DOS PEDIDOS CUMULADOS

Essa antecipação tem cabimento, quando um dos pedidos apresentados pelo autor está apto a ser julgado, ou porque diz respeito apenas à matéria de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de provas (art. 330, I).

Nesses casos de julgamento antecipado da lide, a antecipação da tutela ocorrerá apenas em relação aos pedidos do autor em que é possível o julgamento antecipado. Os demais pedidos terão seus trâmites normais (produção de prova).

Para que ocorra a antecipação da tutela, é necessário que um dos pedidos esteja apto para julgamento e que outro pedido exija a dilação probatória.

Dinamarco (2003, p.302), ao dissertar sobre o assunto, enfatiza que, se o direito provável pode não admitir protelação, o direito incontroverso, por razões óbvias, não deve ter a sua tutela postergada. Sendo assim, é possível antecipar a tutela mediante o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados.

7.5 A TUTELA ANTECIPADA POR MEIO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DE PARCELA DO PEDIDO

Um exemplo clássico que pode ser utilizado para essa espécie de antecipação de tutela ocorre, quando o credor requer a condenação do devedor na importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e este, em contestação, alega que deve apenas R\$ 1.000,00 (um mil reais). O autor, percebendo o caráter protelatório do réu, pode requerer a antecipação da tutela de apenas parcela do pedido, que, nesse caso, seria a quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Fundamenta-se a concessão da tutela nessa hipótese, porque, estando evidente parte do pedido do autor e não havendo necessidade de produção de provas, não seria justo ao autor ter que esperar o término do processo, para obter o seu direito, que, desde o início do procedimento, é incontrovertido.

7.6. A ANTECIPAÇÃO NO CASO DE ABUSO NO DIREITO DE RECORRER

Como é sabido, a regra no direito brasileiro é que a apelação é recebida em seu duplo efeito (art. 520 do Código de Processo Civil).

Nesse diapasão, o réu, quando perdedor da ação, tem sempre interesse em recorrer, uma vez que, recebida a apelação em seu duplo efeito, os efeitos da sentença ficarão suspensos até decisão da apelação pelo tribunal, inibindo, portanto, a execução provisória - diversamente do direito italiano, que tem como regra o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, cabendo, portanto, a execução provisória de todas as sentenças. Assim, tendo em vista o tempo que o processo leva para chegar ao fim, quando entra na segunda instância, o autor fica mais propício a fazer um acordo, sempre abrindo mão de grande parte de seu direito, o que, conseqüentemente, aumenta o interesse do réu em recorrer. Isso ocorre, não porque se sente prejudicado pela sentença de primeiro grau, mas apenas porque, se recorrer, os efeitos dessa sentença favorável ao autor ficarão suspensos até o final do julgamento do recurso (esse recurso tem nítido caráter protelatório).

Nesse sentido, nos casos em que o recurso for manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado, ou se for contrário à súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, caberá a tutela antecipada, que deverá ser pleiteada pelo recorrido nas contra-razões do recurso de apelação.

Para Oliveira (1996, p.204), sob esse fundamento, a tutela antecipada baseada no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil encontra seu campo maior de atuação, porque, com a prolação da sentença de primeiro grau ou quando o processo chega ao

TUTELA ANTECIPADA

juízo de apelação, poder-se-á aferir se está havendo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu.

Ademais, como já dito e lembrado pelo douto jurista, nessas hipóteses, a antecipação afastará o efeito suspensivo do recurso, permitindo a execução provisória que nada mais é que a realização prática do determinado provimento judicial recorrido.

8. REPARAÇÕES DE DANOS CAUSADOS EM FACE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Neste tópico, destaca-se que, embora as medidas de urgência autorizadas pelo art. 272 do Código de Processo Civil tenham um relevante papel dada a possibilidade da sua aplicação em qualquer fase do processo, mediante o requerimento da parte interessada, não há como afastar o instituto da responsabilidade pelos danos que vier a ocasionar a sua aplicação, porquanto, mesmo exigindo a verificação pelo julgador da presença dos requisitos para a sua concessão, total ou parcial, a possibilidade de revogabilidade, também a qualquer momento do curso do processo, vá emergir a responsabilidade subjetiva e objetiva em face da medida manejada.

8.1. CARACTERÍSTICAS DE UM SISTEMA EFICAZ DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO USO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

As medidas de urgência, é cediço, assentam em juízo de mera probabilidade e de verossimilhança, fundado em elementos de prova que não permitem que se alcance a mesma segurança proporcionada pela cognição plena. Por vezes, são fundadas em versão unilateral dos fatos e apenas em meios de prova apresentados pelo requerente.

Um regime efetivo de responsabilidade civil pela utilização da tutela de urgência é essencial como contrapeso aos riscos que implica para o sujeito passivo, porque sua concessão fundamenta-se em juízo essencialmente inseguro (aparência do bom direito ou verossimilhança, prognósticos sobre os riscos derivados da mora processual, previsão de impedimentos à efetividade do processo principal).

Para que seja eficaz, esse regime de responsabilidade deve apresentar as seguintes características: a) não considerar como suficiente, regra geral, a responsabilidade patrimonial, sem exigir uma garantia concreta e específica, para reparar eventuais prejuízos do sujeito passivo; b) existirem normas jurídicas de atribuição de responsabilidade adequadas às características das condutas que originam essa responsabilidade; c) haver uma maneira processual econômica para declarar as consequências dessa responsabilidade e executá-las (ORTELLS RAMOS, 2000, p.468).

Dada a maior suscetibilidade de serem decretadas medidas urgentes com base em circunstancialismo fático inverídico, o regime de responsabilidade civil atenua as consequências nefastas decorrentes.

8.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA NO MANEJO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

É cediço que a responsabilidade dos sujeitos do processo, por danos que causem à parte ou a terceiro, em virtude de conduta processual omissiva ou comissiva, divide-se em duas categorias. A primeira, subjetiva, que pressupõe a existência de má-fé, ou seja, dolo ou culpa. A segunda, objetiva, resulta do simples fato do dano, oriunda do risco assumido pela parte.

O Código de Processo Civil brasileiro contempla as duas modalidades. Assim, a par do regime de responsabilidade patrimonial objetiva para os danos jurídicos efetivamente sofridos por aquele que suportou os efeitos de uma constrição provisória, sob demanda da parte, prevê ainda a responsabilidade civil subjetiva, nos artigos 16 a 18, a exigir prova de má-fé, ou seja, dolo ou culpa do litigante, autor ou réu.

Em seu artigo 20 e parágrafos, por sua vez, disciplina a responsabilidade decorrente da sucumbência, de natureza objetiva. Ao tratar da responsabilidade pela execução da medida cautelar, cuja disciplina aplica-se também à antecipação de tutela, prevê hipótese de responsabilização objetiva (CHIAVASSA, 2004, p.116).

É bom notar que as três hipóteses - litigância de má-fé, responsabilidade objetiva pelo manejo das tutelas de urgência e sucumbência -, em caso de má-fé, podem eventualmente somar-se, e, mesmo sem má-fé, as duas últimas hipóteses também podem ser aplicadas cumulativamente.

8.2.1 Responsabilidade objetiva pelo manejo indevido da tutela Antecipada

No que tange à responsabilidade daquele que faz indevido uso da tutela cautelar, há expressa previsão de responsabilidade objetiva (art. 811 do CPC). Quanto à tutela antecipada, contudo, não há disposição legal semelhante.

João Batista Lopes (2001, p.125) adverte que a omissão da lei poderia sugerir descabimento de qualquer sanção ao autor, em razão da regra de hermenêutica que dispõe que as restrições a direitos interpretam-se restritivamente. Da mesma forma, poderíamos concluir ser inadmissível o uso da analogia para imposição de sanções, porque ela somente estaria autorizada *in bonam parte*. Afirma que as normas processuais têm caráter eminentemente instrumental e os fins que colimam - certeza e segurança, pacificação social e justiça - não justificam os meios, vale dizer, o ilícito deve ser coibido ou reprimido sempre, porque agride o princípio da lealdade

processual. A ausência de regras específicas é irrelevante, porque o princípio geral do *neminem laedere* rege todo o sistema e aplica-se em caso de lacunas. A invocação de analogia, por outro lado, decorre de norma expressa do Código de Processo Civil, o artigo 126. Por último, conclui dizendo que se trata de responsabilidade objetiva pelo só fato de o manejo da medida antecipatória causar danos ao réu.

Afirma Carreira Alvim (2007, p.124-125) que a responsabilidade em tais casos é objetiva, porque todo aquele que promove uma execução provisória é responsável por suas conseqüências e sabe que expõe a parte contrária a riscos de eventuais prejuízos, que obrigam eventualmente à reparação. O mesmo princípio é aplicável na efetivação do provimento antecipado. Não se apurará a culpa *lato sensu* do requerente, porque essa se presume *iuris et de iure*, mas a existência e alcance do prejuízo, que não se liga ao elemento subjetivo, mas ao fato objetivo de uma efetivação que se revela indevida.

Um forte argumento que reforça a tese de que a regra do artigo 811 do Código de Processo Civil é aplicável à tutela antecipada está na equiparação absoluta, pelo Código de Processo Civil, entre o tratamento dado às execuções provisórias de sentença e à execução das medidas cautelares, no que tange à responsabilidade por perdas e danos, e isso se explica, segundo Ovídio Baptista da Silva (2001, p.191), pela natureza antecipatória e satisfativa que o legislador atribuiu às cautelares, ou seja, sempre que há execução urgente, seja de tutela cautelar, de antecipação de tutela ou execução provisória²¹, a regra a ser adotada é a da responsabilidade objetiva.

O fundamento, destarte, da responsabilidade objetiva consagrada no ordenamento processual pátrio demonstra o comprometimento ideológico do legislador com o valor segurança jurídica, razão pela qual a regra geral é a de que se imputa a quem se beneficia economicamente de modo provisório, em detrimento de outrem, dever de indenizar.

Assim, como bem sintetizou Galeno Lacerda (1993, p.245-246),

Quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautela ou a sentença provisória, suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação. Nada mais certo e justo. Tudo não passa de responsabilidade objetiva, decorrente da livre avaliação do risco. Daí, a contra-cautela do artigo 804, como conseqüência lógica dessa responsabilidade. Ao réu sem culpa, é que seria sumamente injusto arcar com o dano causado ao autor.

21. Ao dispor o artigo 475-0 do Código de Processo Civil que “a execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: ocorre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”, está a se referir, obviamente, à responsabilidade objetiva.

Trata-se de responsabilidade processual decorrente do risco inerente ao processo.

Pode-se afirmar que é lícita a execução das tutelas de urgência, havendo previsão na lei processual para tanto. Ainda que venham a ser revogadas, isso não torna ilegítima a sua atuação, havendo, contudo, necessidade de retorno ao *status quo* ante, mas não em decorrência de ilicitude da medida. Mais adequado, portanto, falar em medidas injustificadas, mas não ilícitas.

Teori Zavascki (2005, p.160) faz uma distinção entre as modalidades de antecipação de tutela concedidas e a responsabilidade daí decorrente. Afirma que, para as hipóteses de antecipação assecuratória, a responsabilidade é objetiva, e, para a antecipação punitiva, a responsabilidade é subjetiva.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a posição de Ovídio Baptista da Silva (2001, p.206) sobre o tema.

Discordando da doutrina majoritária, afirma que há vício e desequilíbrio no sistema processual pátrio, ao prever a responsabilidade objetiva àqueles que se valem da execução provisória e da efetivação das tutelas de urgência.

Aduz que, como forma de respeitar a teoria de Chiovenda, que sustenta que o processo não deve resultar em prejuízo para quem tenha razão, deveria ser adotado o mesmo princípio ao réu, atribuindo-se-lhe responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, por todos os danos decorrentes da mera demora do processo e em virtude exclusivamente da sucumbência, uma vez que a verdadeira isonomia, nesse ponto, haverá de corresponder à equação segundo a qual tanto quem acelera quanto quem retarda o reconhecimento do direito deve responder pelos prejuízos que sua conduta venha a causar ao adversário, tenham agido ou não sem a normal prudência.

Ao contrário disso, contudo, o sistema só se aplica à doutrina da responsabilidade objetiva contra o autor, obrigando-o a indenizar perdas e danos, em razão da sucumbência, nunca contra o réu.

9 APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Desperta grande polêmica na comunidade jurídica a possibilidade de concessão de liminares - como é o caso da antecipação da tutela, inclusive, por meio do efeito antecipativo -, em relação ao Poder Público.

Grosso modo, a teoria contrária ao deferimento de liminares em relação ao poder público está assentada em quatro fundamentos, a saber: a) existiriam Leis infraconstitucionais que inibiriam essa liminar; b) o reexame necessário seria condição de eficácia da sentença (CPC, Art. 475) e, por essa razão, impediria essa espécie de tutela sumária; c) a execução contra a Fazenda Pública apenas poderia ocorrer por meio do precatório (CF, Art. 100); d) os atos administrativos teriam legitimidade presumida.

Em relação ao primeiro argumento, realmente, o Art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/09/97, restringe a concessão de liminar em relação à Fazenda Pública, ao determinar:

Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos Arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos Arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1.964, no Art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1.966, e nos Arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1.992.

Na prática, isso significa que estaria impedida a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, em relação ao poder público, porque o § 3º do Art. 1º da Lei nº 8.437/92 determina que: “não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação” (ZAVASCKI, 2005, p. 190).

Por sua vez, nos autos da ação declaratória de constitucionalidade nº 4-6/DF, o Supremo Tribunal Federal admitiu provisoriamente a constitucionalidade do referido dispositivo, ao deferir medida liminar - com eficácia *ex nunc* e efeito vinculante -, para suspender todo pronunciamento inerente ao pedido de tutela antecipada em relação à Fazenda Pública, o qual esteja embasado na constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) do referido Art. 1º da Lei nº 9.494/97. Essa regra, no entanto, deve ser afastada, sempre que houver necessidade de preservar a efetividade do acesso à justiça. No caso da medida antecipativa, a efetividade pode ser aferida pela presença dos pressupostos constantes no Art. 273 do CPC, bem como pela constatação - no caso concreto - do maior peso da efetividade diante da segurança jurídica.

Além disso, o próprio Supremo Tribunal Federal, ciente da impossibilidade de vedar o acesso à justiça, passou a admitir concessão de liminar em relação à causa previdenciária, por meio da edição da Súmula nº 729 (não vinculante), que expressa: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”²².

Concomitantemente, como leciona João Batista Lopes (2003, p.108-109), apenas cabe ao legislador infraconstitucional a função de regulamentar as liminares - e não de violar os direitos e garantias constitucionais.

Quanto ao segundo argumento (reexame necessário), realmente, o Art. 475 do CPC enumera o duplo exame como condição de eficácia da sentença proferida contra o poder público, todavia o mencionado dispositivo apenas se refere à sentença. Assim, não abarca a decisão interlocutória que, geralmente, é o pronunciamento implementador da medida antecipativa.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem decidido pelo afastamento desse óbice do reexame, ante a argumentação de que se refere apenas à sentença, conforme demonstra a ementa do acórdão abaixo:

RECURSO ESPECIAL – PROCESSO CIVIL – REEXAME NECESSÁRIO – ART. 475 DO CPC – INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – PRECEDENTES – É cediço o entendimento de que a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório, prevista no Art. 475 do Código Buzaid, somente se aplica às sentenças de mérito. Consoante lição dos ilustres professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ‘as sentenças de extinção do processo sem julgamento de mérito [CPC 267], bem como todas as decisões provisórias, não definitivas, como é o caso das liminares e das tutelas antecipadas, não são atingidas pela remessa necessária [...]. Apenas as sentenças de mérito, desde que subsumíveis às hipóteses do CPC 475, é que somente produzem efeitos depois de reexaminadas pelo tribunal’ (in Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002, p. 780, nota nº 3 ao Art. 475 do CPC). Nesse diapasão, a colenda Sexta Turma desta egrégia Corte Superior de Justiça, em recente julgado, asseverou que o Art. 475 do Código de Processo Civil ‘se dirige a dar condição de eficácia às sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, quando terminativas com apreciação do mérito (Art. 269 do CPC)’ (RESP nº 659.200/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 11/10/04). No mesmo sentido, confira-se: RESP nº 424.863/RS, da relatoria deste Magistrado, DJ 15/09/03). Recurso Especial improvido²³.

22. Também repudiando a aplicação dessa norma, quando envolver parcela remuneratória suprimida, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, REsp nº 590.290, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 21/03/05, p. 424, com trecho da ementa expressando: “A vedação à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, nos moldes do disposto no Art. 1º da Lei nº 9.494/97, não se aplica à hipótese de restabelecimento de parcela remuneratória ilegalmente suprimida. Precedentes. Recurso desprovido”.

23. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº 688.931, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 25/04/05, p. 324.

Para Cássio Scarpinella Bueno (1999, p.138), além de a antecipação ser pronunciamento diverso da sentença, também não prospera esse entendimento, pois seria incompatível com a efetividade que o legislador constitucional pretende imprimir (CPC, Art. 273, incs. I e II).

O terceiro argumento consiste que o Art. 100 da CF/88 apenas admitiria o pagamento de valor inerente à condenação advinda de sentença judicial contrária à Fazenda Pública por meio do precatório - com observância da ordem cronológica. De fato, o legislador constituinte, ao estabelecer a ordem cronológica advinda do precatório, teve o escopo de buscar maior isonomia entre os credores do poder público, ao impedir que o crédito mais recente seja pago em detrimento do anterior.

Muitas vezes, a antecipação da tutela não exige qualquer pagamento, não sofrendo a restrição do precatório. (LOPES, 2003, p.111).

Além disso, quando a antecipação da tutela envolve valor financeiro, a jurisprudência - na busca por um meio termo para a regra do Art. 100 da CF - admite o pagamento imediato das prestações vencidas, mas condicionam o pagamento das parcelas vencidas ao rito do precatório. Nesse sentido, há acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, estabelecendo com ementa:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA CUMULADO COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – 1. Respalhada em prova inequívoca, consistente em reconhecimento médico da manutenção da incapacidade do agravante para o trabalho, a qual veio a ser confirmada pela sentença, a concessão de tutela antecipada para o restabelecimento do auxílio-doença é legítima, a teor do Art. 273 do Código de Processo Civil. 2. Se ao agravante foi concedido o benefício de aposentadoria por invalidez, a tutela antecipada deverá corresponder ao benefício deferido, cuja determinação é de implantação imediata, não englobando prestações pretéritas, uma vez que estas estão sujeitas ao precatório (Art. 100 da Constituição Federal). 3. Agravo de instrumento parcialmente provido²⁴.

Com relação à alegação de que inexistiria dotação orçamentária própria para a Fazenda Pública arcar com as despesas inerentes à antecipação da tutela, também improcede, pois as leis orçamentárias, de modo geral, têm essa previsão.

Sobre esse aspecto, Luiz Rodrigues Wambier (1993, p.33) expressa:

As antecipações de condenações contra o Poder Público podem ser cumpridas mediante depósito à disposição do juízo (com liberação apenas em casos excepcionalíssimamente considerados, porque a regra é que a execução de

24. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 10ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.075320-7, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, DJU 29/11/04, p. 326.

liminar antecipatória seja apenas provisória, i. é, reversível) com recursos orçamentários advindos da dotação relativa às 'despesas variáveis' ou de dotações outras, comumente presentes nos orçamentos dos Poderes Públicos.

Por seu turno, o quarto argumento, ou seja, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, tem a sua origem no princípio da legalidade dos atos administrativos, porque a Administração Pública apenas pode agir se houver previsão legal, enquanto, no direito privado, o cidadão pode fazer tudo o que a lei não proíbe (MEIRELLES, 2001, p.150).

Por outro lado, a jurisprudência tem entendido que essa presunção é relativa, ou seja, pode ser elidida frente a outras provas²⁵.

Esse ensinamento é trazido por João Batista Lopes (2003, p.111), ao afirmar que: “[...] sobredita presunção não é absoluta e deve ceder ante a prova inequívoca (*‘rectius’*, prova segura) em sentido contrário”.

Sopesados esses aspectos, não podemos perder de vista que estas normas restritivas são específicas (e não gerais) e, por essa razão, não podem receber interpretação ampliativa.

Essa necessidade de interpretação restritiva das normas específicas é bem colocada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p.296), ao expressar: “[...] argumenta-se que uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza”. Assim, é inviável a aplicação cega (para todas as hipóteses), da restrição de concessão das liminares em relação ao poder público, sob pena de afrontarmos a efetividade.

A saída novamente está no princípio da proporcionalidade, para afastar essas restrições, sempre que o direito fundamental da efetividade apresentar maior valor que a segurança jurídica.

Aliás, esse entendimento foi bem colocado no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ao deferir a medida antecipativa para obrigar o imediato pagamento de crédito contra a Fazenda Pública (independentemente da ordem cronológica), uma vez que a exequente demonstrou a sua urgência, isto é, ou recebia

25. Sobre esse tema, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.228, Rel. Min. Castro Meira, DJU 19/12/03, p. 378, com trecho da ementa expressando: “[...] 2. A norma administrativa goza da presunção de legitimidade e somente deve ser controlado pelo Judiciário na hipótese da ocorrência de um dos vícios elencados na doutrina, o que não se verifica no caso [...]”.

esse valor para tratar de doença grave - neoplasia maligna de pulmão -, ou estava fadada ao óbito²⁶.

Em suma, essas restrições devem ser vistas dentro do princípio da proporcionalidade. Com isso, estas regras restritivas devem ser afastadas, quando a situação concreta materializar a preponderância da efetividade frente à segurança jurídica.

26. Tribunal Regional Federal da Quarta Região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.027062, vu, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJU de 05/10/05, p. 667/669, com ementa expressando: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REQUISITOS LEGAIS. DEFERIMENTO. EXCEÇÃO. VEDAÇÕES LEGAIS AFASTADAS. AUSÊNCIA DE AFRONTA ÀS EXIGÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO PRECATÓRIO E PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. 1. O fato de a sentença estar submetida ao duplo grau de jurisdição não impede a outorga da tutela recursal, pois sua natureza jurídica e seu alcance não se inserem no âmbito do julgamento de mérito da ação que se origina, até porque, se a tutela tivesse sido deferida na origem também, não ficaria dependendo de confirmação pelo Tribunal para produzir seus efeitos. 2. Hipótese que não se sujeita à previsão orçamentária e à expedição de precatório, por decorrer de medida de urgência, de fato grave e de índole constitucional, constituindo uma exceção à regra, assim tratada na lei processual. 3. Medida indispensável sob pena de tornar-se inócua decisão de mérito, pois os valores da pensão possuem a destinação antes descrita, o que talvez não mais seja necessário se alcançados via precatório, depois de muitos e muitos anos que são consumidos pelas vias recursais. 4. Agravo de instrumento conhecido e provido".

10 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA JUSTIÇA ELEITORAL

Figurando no corpo do Código de Processo Civil, a tutela antecipada não pode ser alijada do direito eleitoral, porque as normas eleitorais não a excluem expressamente, quer pelo Código Eleitoral – embora com a natural consideração de sua preexistência àquele instituto -, quer pelas leis eleitorais posteriormente editadas, como a Lei n. 9.504/97. Sua possibilidade de aplicação aos processos eleitorais, portanto, não pode ser objeto de contestação. O direito é sistema, e suas normas são complementares, nunca excludentes.

Garcia [2000, p.412] comenta acerca da possibilidade de aplicação da antecipação da tutela aos feitos eleitorais:

Em tese, afigura-se perfeitamente possível que os pressupostos necessários ao deferimento da antecipação de tutela estejam presentes na ação de impugnação de mandato eletivo, não olvidando-se certas peculiaridades pertinentes à mesma. Quaisquer atos que afastem a normalidade e a legitimidade das eleições devem ser coibidos, evitando-se que o desvirtuamento da vontade popular inicie um ciclo vicioso que culminará com a prática de danos irreversíveis ao erário e aos demais interesses públicos. Para tanto, poder-se-ia utilizar a antecipação de tutela, com o imediato afastamento do diplomado do cargo, resultando em maior efetividade do processo e credibilidade dos institutos que visam tutelar o procedimento eletivo.

Instruída a ação com decisão proferida em Investigação Judicial Eleitoral na qual tenha sido reconhecida a prática do ato abusivo, suprido estará o pressuposto pertinente à prova da probabilidade do alegado; o mesmo podendo ocorrer com a apresentação de provas outras que não a investigação. O fundado receio de dano irreparável restará demonstrado sempre que o obrar do autor do ato abusivo denotar seu despreparo para a gestão da coisa pública, expondo-a a fundados riscos; o mesmo ocorrendo com a degradação de princípios que impeçam de participar da edição de normas de conduta que serão seguidas pela coletividade. No que concerne ao abuso do direito de defesa e ao manifesto propósito protelatório, serão os mesmos passíveis de demonstração no decorrer do feito. Por derradeiro, a decisão que antecipar os efeitos pretendidos por ocasião do provimento final, com o conseqüente afastamento do diplomado de exercício do cargo para o qual foi eleito será passível de reversão em caso de reforma do decisório pelo Juízo ad quem. Neste particular, deve-se frisar que não impressiona o argumento de que o afastamento do cargo não suspenderá a fruição do mandato, o que acarretaria a irreversibilidade da decisão, já que o demandado não mais poderia exercer o cargo durante o período correspondente àquele em

que esteve afastado. Esta linha de raciocínio ao mais leve sopro se espalha e desvanece, pois em qualquer causa, qualquer que seja o objeto mediato, aquele que sofre os efeitos da antecipação de tutela ficará definitivamente privado do bem jurídico durante o lapso em que a decisão é irreversível. No cotejo entre os graves danos que o autor do abuso já demonstrou ser capaz de perpetrar e a impossibilidade de exercer parte de seu mandato, àquele deve ser atribuída primazia, tudo devendo ser feito para evitá-lo. O meio é adequado ao fim colimado; o afastamento imediato do diplomado é necessário para salvaguardar o interesse público; e o bem jurídico sacrificado é de valor inferior ao do bem preservado, devendo ser aqui aplicado, em essência, o princípio da soberania do interesse público sobre o privado.

Ademais, assim como a necessidade de minimizar ou afastar as consequências naturais da demora de uma decisão judicial atinge as ações que procuram tutelar bens ou interesses patrimoniais privados, não menos as ações propostas para a obtenção de um provimento a cargo da Justiça Eleitoral, seja em sede de investigação judicial eleitoral, representação eleitoral ou ação constitucional de impugnação de mandato eletivo, pode igualmente reclamar, por uma série de fatores, a prolação de uma decisão interlocutória para tutelar a verossimilhança.

O art. 14, § 9º, da Constituição da República, com a redação que lhe deu a pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 7 de junho de 1994, dispõe:

A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]

§ - 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego público na administração direta ou indireta.

Dando a eficácia concreta àquele dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. Previu-se, então, o procedimento da ação para investigação judicial eleitoral, com o objetivo de apurar denúncias de abuso de poder e influência no processo eleitoral, bem como as eficácias de sentenças proferidas nos respectivos processos. Na verdade, a investigação judicial eleitoral tem inescindível conteúdo de processo, com procedimento célere e conteúdo sentencial determinado, conforme o momento de seu julgamento por parte do Juiz eleitoral, nas eleições municipais, ou por parte dos Tribunais Eleitorais, para os demais pleitos.

A investigação judicial eleitoral, portanto, tem a finalidade de promover a apuração de fatos suscetíveis de configurar o cometimento de qualquer irregularidade no processo eleitoral e influência perniciosa no exercício do direito de voto por parte do eleitor. A objetividade jurídica, nesse passo, é a proteção da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do abuso do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Constituição da República, no seu art. 14, § 9º, possibilitou a previsão de outras causas de inelegibilidade, determinadas por lei complementar, espécie legislativa essa que ostenta hierarquia superior às leis ordinárias, bem como no tocante ao plano material de sua incidência e ao seu processo de elaboração e existência constitucionais. Essa breve consideração procura, para logo, afastar, por completo, a possibilidade de emprego do art. 41-A da Lei n. 9.504/97, para sustentar a conclusão de que a procedência da investigação implicaria na cassação do candidato impugnado.

A Lei Complementar não previu cassação de diploma para os “condenados” em ação de investigação eleitoral, quando o julgamento ocorresse depois da diplomação. A lei ordinária, destarte, não poderia validamente ter ampliado a sanção, para prever a “cassação do registro ou do diploma” naquelas hipóteses que especificou que podem ser resumidas na corrupção eleitoral.

O egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina vem decidindo reiteradamente que:

RECURSO – REPRESENTAÇÃO – ART. 41 A DA LEI N. 9.504/97 – EXEGESE – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. Incide o art. 41 A da Lei n. 9.504/97 em inconstitucionalidade formal, uma vez que é vedado ao legislador fazer inserir em plano jurídico eleitoral novas hipóteses de inelegibilidade mediante lei ordinária, em infração ao art. 14, § 9º, da Carta Constitucional, que exige sejam instituídas somente por Lei Complementar²⁷.

Além disso, o direito eleitoral, no que concerne aos aspectos sancionatórios de inelegibilidade e cassação, submete-se ao mesmo princípio oriundo do direito penal, consagrado pelo aforismo *in dubio pro reo*. A elegibilidade é a regra, decorrente da própria condição de cidadão, que, por estar no pleno exercício de seus direitos políticos, tem a obrigação de votar e o direito de ser votado e exercer eventualmente um mandato eletivo.

Especificamente para os fins deste trabalho, tomemos em consideração aquelas hipóteses em que a investigação judicial eleitoral não tenha sido julgada anteriormente à diplomação dos candidatos eleitos (art. 22, XV, da Lei Complementar

27. Acórdão n. 16.968, de 25 de abril de 2001, rel. Juiz Oswaldo Pedreira Horn.

n. 64/90). Nesse caso, repito, convém registrar que a referida lei complementar expressamente dispôs sobre os efeitos da sentença que decretar a procedência do pedido deduzido na investigação judicial eleitoral.

O art. 22 da Lei Complementar n. 64/90 dispõe:

Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

XV - se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato, serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no artigo 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal, e artigo 262, inciso IV, do Código Eleitoral.

Não há dúvida que, quando a ação de investigação judicial eleitoral for acolhida, após a diplomação dos candidatos representados, os seus efeitos restringem-se à declaração de inelegibilidade dos legitimados passivos e de todos aqueles que foram beneficiados ou partícipes do ato, pelo período de três anos, contados da eleição em que se verificou o abuso.

Além disso, há remessa de cópia de seu conteúdo ao Ministério Público Eleitoral ou terceiro legitimado ativamente, para a deflagração de recurso contra a diplomação (art. 262 do Código Eleitoral) ou ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14 e seus parágrafos, da Constituição da República).

Vê-se, pois, que a sentença de acolhimento da investigação judicial eleitoral não terá o condão de, *tout court*, obstar a diplomação e, conseqüentemente, o exercício do mandato eletivo, até que haja anulação do diploma na esfera adequada após o devido processo legal, garantia constitucional inalienável. Não se pode concluir que a procedência da investigação tenha eficácia bastante para a anulação do diploma expedido regularmente, sem que antes seja interposto o recurso contra a expedição do diploma ou proposta a ação constitucional de impugnação de mandato eletivo.

O art. 15 da Lei Complementar n. 64/90, que seria o fundamento para aquela conclusão inversa, ou seja, de que a procedência da investigação seria suficiente para a cassação do diploma, segundo a doutrina majoritária, restringe-se a alguma causa de inelegibilidade preexistente, não produzindo efeitos no tocante à prática de ato configurador de abuso ou desvio de poder cometido após as eleições, apuradas por intermédio da investigação judicial eleitoral.

Decomain (2000, p.71) averba:

Se a representação judicial para apuração de abuso do poder econômico ou político, ou também de uso indevido de veículos ou meios de comunicação, for julgada procedente, entendendo-se provado o abuso do poder econômico ou de autoridade, ou o uso indevido de veículo ou meio de comunicação em benefício de candidato, partido ou coligação, o registro do candidato beneficiado será cancelado. Se a representação for julgada procedente depois da eleição, será remetida cópia da decisão ao Ministério Público, para a interposição de recurso contra a diplomação, previsto pelo art. 262, inciso I do Código Eleitoral, ou para a propositura da ação de impugnação de mandado eletivo, com sede nos §§ 10 e 11, do art. 14, da própria Constituição Federal. Essas as regras dos incisos XIV e XV, do art. 22, da LC 64/90.

Delas se conclui que apenas a decisão de procedência da representação por abuso do poder econômico ou de autoridade, ou por uso indevido de meio de veículo de comunicação, não acarreta anulação da eleição do candidato beneficiado, quando esta já tenha ocorrido, nem permite cassação de seu mandato, se já tiver havido diplomação. Somente através de interposição do recurso contra diplomação, ou da propositura da ação de impugnação de mandado eletivo, é que poderão ser alcançados tais resultados.

Os efeitos da decisão proferida em sede de investigação judicial eleitoral proposta após as eleições, portanto, encontram-se adstritos ao art. 22, XV, da Lei Complementar n. 64/90, como anteriormente mencionado, autorizando somente a propositura de ação de impugnação de mandato eletivo ou o recurso contra a expedição de diploma, conforme a espécie e o prazo ainda em curso.

A interpretação, no caso concreto, tanto mais deve ser restritiva, posto que se interfere em seara jurídica relativa aos direitos decorrentes da cidadania ativa e passiva, vale dizer, o direito de ser votado e o próprio exercício do mandato eletivo. Logo, a conclusão aponta no sentido de que a sentença de procedência da ação de investigação judicial eleitoral não será suficiente, para obstar o exercício do mandato eletivo. Sendo assim, a antecipação da tutela nessa hipótese se ressentiria da falta da plausibilidade do direito invocado pelo autor, seja do Ministério Público Eleitoral ou quaisquer dos demais legitimados ativamente para a propositura da investigação.

Não fosse isso, se a sentença a ser proferida na ação de investigação judicial não teria aquela eficácia – implicar na cassação ou cancelamento do diploma –, evidentemente, a antecipação seria ilegal e contrária à previsão do art. 273 do CPC.

O art. 216 do Código Eleitoral, finalmente, confirma a conclusão, e, não obstante o referido dispositivo ser uma exceção à regra da ausência de efeito suspensivo aos

recursos eleitorais, especialmente na hipótese em questão – investigação judicial eleitoral – ocorre uma inversão em favor daquele candidato que foi eleito e diplomado, de modo que a legislação eleitoral somente confere eficácia à sentença definitiva. Em outras palavras, se a sentença de procedência da ação de investigação judicial eleitoral não será suficiente para a cassação do diploma, evidentemente que não se pode cogitar de antecipar seus efeitos.

Vale aqui lembrar, no particular, o princípio oriundo do direito italiano, no sentido da correspondência entre o pedido e seu conteúdo de antecipação.

Carreira Alvim (1996, p.105), dando lição inteiramente aplicável, consigna:

[...] outra não é a posição da doutrina italiana, que, no âmbito dos procedimentos cautelares e naqueles de estrutura antecipatória, aplica o princípio da correspondência entre o pedido e o decidido, que pode ser traduzido também no 'princípio da correspondência de conteúdo' [do provimento antecipado com o deduzido na demanda]. Esse princípio nada mais é também que corolário do princípio da demanda.

Garcia (2000, p.214) complementa:

Não obstante ser admissível, a antecipação de tutela raramente produzirá os efeitos almejados. Em reiteradas decisões tem o Tribunal Superior Eleitoral conferido interpretação extensiva do art. 216 do Código Eleitoral, o qual estabelece que o diplomado exercerá o mandato em toda a sua plenitude até que o Tribunal Superior decida o recurso interposto contra a expedição do diploma, estendendo seus efeitos à ação de impugnação de mandato, in verbis: Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 14, § 10, da Constituição Federal. Efeito da decisão que concluiu pela procedência. Orientação assentada nesta Corte no sentido da aplicação à hipótese da norma do art. 216 do CE, segundo a qual, enquanto o TSE não decidir eventual recurso contra a decisão regional, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude. Recurso improvido'.

Deste modo, não obstante poder-se concluir, de *lege ferenda*, que seria conveniente a possibilidade de antecipação da tutela ainda em sede de investigação judicial eleitoral, ainda que a decisão tenha sido postergada para após a diplomação, a sistemática do direito processual eleitoral impede a resposta contrária.

11. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

É cediço que as normas de direito processual comum são aplicáveis ao processo do trabalho de forma subsidiária. Assim, é importante a análise sobre a aplicabilidade da antecipação da tutela no processo trabalhista.

11.1. APLICABILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO

Embora seja instituto de aplicabilidade no direito processual civil, a maioria da doutrina vem adotando a idéia de que é cabível a antecipação da tutela no processo trabalhista.

Mesmo porque o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho determina a aplicação subsidiária de norma processual comum ao processo laboral naquilo que lhe for compatível, assim dispondo o mencionado artigo Art. 769: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as normas deste título”.

Subsidiário é aquilo que dá apoio, sustento, que reforça algo. Portanto, as normas de direito processual civil serão aplicadas de forma supletiva, subsidiária, de maneira a complementar o processo do trabalho naquilo em que a legislação trabalhista for omissa.

Sérgio Pinto Martins explica como se dá essa subsidiariedade na aplicação das normas processuais:

Havendo omissão da CLT, o CPC é fonte subsidiária do direito processual do trabalho, desde que haja compatibilidade entre as normas. Em matéria processual a regra é a aplicação do artigo 769 da CLT, se a questão for de direito material e havendo omissão na CLT, aplica-se o parágrafo único do artigo 8º da CLT. Na execução, observa-se o artigo 889 da CLT e não o artigo em comentário, pois nesse caso aplica-se primeiro a Lei n.º 6.830/80, omissa a CLT, e depois o CPC, omissa a lei anterior (MARTINS, 2004, p. 809).

Portanto, por tratar-se de instrumento processual e pelo fato de nada ser mencionado na CLT, a antecipação dos efeitos da tutela é aplicada ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT.

Dessa maneira, este é o posicionamento de Estevão Mallet:

Não é difícil concluir pela aplicabilidade da regra do art. 273 do Código de Processo Civil, no processo do trabalho. A ausência de norma disciplinando a antecipação da tutela em demandas trabalhistas, bem como a perfeita compatibilidade de semelhante instrumento com as normas pertinentes a tais demandas, compõem, com perfeição, o suporte para a incidência do art. 769 da CLT. A questão, aliás, não mais suscita debate, sendo pacífica a jurisprudência [MALLET, 1999, p. 30].

Continua o autor dizendo que em poucos setores há tanta relevância na rápida tutela de direitos como no âmbito do direito do trabalho.

Cabe ressaltar que a norma processual civil deve estar de acordo com os ditames das regras processuais trabalhistas, isto é, deve obedecer a determinados requisitos, os quais são elencados por Sérgio Pinto Martins:

Para aplicação do CPC temos: (a) necessidade de compatibilidade com o processo do trabalho; (b) não viole os princípios do processo do trabalho; (c) possa se adaptar ao andamento da reclamação trabalhista comum com suas peculiaridades [MARTINS, 2004, p. 809].

Assim, deve haver compatibilidade entre as normas processuais comum e laboral, isto é, não deve haver conflito entre as mesmas, mas uma deve complementar a outra.

É o que se verifica no caso da antecipação dos efeitos da tutela, já que tal instituto não infringe as regras contidas na norma laboral, mas apenas a complementa, visto que, em matéria de processo do trabalho, não há nenhum dispositivo que regula a antecipação dos efeitos da tutela de forma genérica, há somente os casos específicos de antecipação, os quais são estudados em momento oportuno.

A regra comum não pode ser contrária ou, até mesmo, violar os princípios atribuídos ao processo trabalhista, mas deve adequar-se às peculiaridades deste, com o fim único de auxiliar naquilo que a CLT não disciplina.

Tendo em vista ser omissa a CLT, que prevê a antecipação da tutela somente em casos específicos, nada mencionando sobre as hipóteses em geral, e, conforme manda o art. 769 da mencionada norma, devem ser aplicados os arts. 273 e 461, § 3º, do CPC, aos casos em que envolvam lides relacionadas às relações de trabalho. No mesmo sentido, é o entendimento de Estevão Mallet:

TUTELA ANTECIPADA

Não é difícil concluir pela aplicabilidade da regra do art. 273, do Código de Processo Civil, no processo do trabalho. A ausência de norma disciplinando a antecipação da tutela em demandas trabalhistas, bem como a perfeita compatibilidade de semelhante instrumento com as normas pertinentes a tais demandas, compõem, com perfeição, o suporte para incidência do art. 769, da CLT (MALLET, 1999, p. 30).

A jurisprudência do TRT da 15ª Região também é neste sentido:

Decisão n.º 043715/2001-SPAJ.

MEDIDA CAUTELAR

Juiz(a): FRANCISCO A. DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI

EMENTA: ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. UTILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. CONCESSÃO NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. Sem dúvida, um dos campos mais propícios para que possa vicejar o instituto da antecipação da tutela é o do processo laboral, diante da natureza dos créditos nele postulados e da hipossuficiência do obreiro e, à princípio, nada impede sua concessão no corpo mesmo da sentença.

Muito embora uma parte da doutrina venha se inclinando pela possibilidade da aplicação do instituto antecipatório na Justiça do Trabalho, há quem entenda de modo contrário. Como é o caso de Lúcio Rodrigues de Almeida (1995, *apud* MARTINS, 1996, p. 18), segundo o qual não é cabível o instituto antecipatório na demanda trabalhista, devido ao fato de que o processo do trabalho é de rito sumário, tendo como um de seus fundamentos o princípio da oralidade, em que os atos são praticados em audiência, isto é, todos os atos do processo trabalhista são concentrados em audiência única, em que o juiz ouvirá as partes, estas farão a produção de provas, e o juiz decidirá sobre o conflito, proferindo sentença.

Com todo o respeito e acatamento que merece o citado posicionamento, não há dúvida que o instituto ora estudado é perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, mesmo porque neste também se busca, com muito mais precisão, a rapidez e eficiência dos processos colocados à apreciação da Justiça do Trabalho.

Segundo ensinamento de Sérgio Pinto Martins, o processo do trabalho não é de rito sumário, mas de rito ordinário comum, sendo o princípio da oralidade aplicável a qualquer processo e não somente ao processo trabalhista, conforme se denota no rito sumário aplicável ao processo civil, segundo os artigos 275 e seguintes da norma processual, em que, cita-se como exemplo, contestação é feita em audiência, de forma escrita ou oral. Assim, entende-se perfeitamente cabível a antecipação da tutela no processo do trabalho.

Cabe ressaltar, portanto, que se trata, a Justiça do Trabalho, de uma justiça especializada, sendo o processo caracterizado pelos princípios da celeridade e informalidade, ressalvadas as garantias consagradas na Constituição Federal (art. 5º, LV, CF/88).

Com o advento da Lei nº 9.957/2000, estabeleceu-se, na Justiça do Trabalho, um procedimento sumaríssimo para dissídios individuais trabalhistas, cujo valor não exceda a 40 vezes o salário mínimo, na data do ajuizamento da reclamação.

Conforme entendimento de José Eduardo Haddad (2000), esta lei acabou por revogar a Lei nº 5.584/70, a qual instituía a chamada "instância única", para julgamento das causas trabalhistas, cujo valor não excedesse a 2 salários mínimos. Tal entendimento, contudo, não é pacífico, pois há quem pense de modo diverso, no sentido de que ambas as leis estão em vigência.

Verifica-se, portanto, que a preocupação principal da jurisdição trabalhista é a celeridade processual. Desta maneira, não há que se falar em incompatibilidade do instrumento processual de antecipação dos efeitos da tutela com o processo do trabalho.

11.2 HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO

Antes da inserção do instituto da antecipação da tutela no ordenamento processual pátrio, a qual ocorreu pela Lei nº 8.952/94, a CLT já previa um caso específico em que seria possível a medida antecipatória.

Tal situação está prevista no inciso IX do art. 659 da CLT, que foi acrescentado pela Lei nº 6.203, de 17 de abril de 1.975, o qual dispõe sobre a possibilidade de o juiz conceder liminar para tornar sem efeito transferência ilícita de trabalhador.

Em 1994, com a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro, surgiu o instituto da antecipação da tutela de forma mais genérica, isto é, não trazia uma situação específica a qual seria possibilitada a medida de antecipação, medida esta disposta no art. 273, 461 e 461-A, todos do CPC.

Após a reforma do CPC, foi criada, no processo do trabalho, mais uma situação específica de antecipação da tutela pela Lei nº 9.270, de 17 de abril de 1996.

Esta lei acrescentou ao art. 659 da CLT o inciso X, que dispõe sobre a reintegração no emprego de dirigente sindical.

Tais incisos serão analisados separadamente para um estudo mais detalhado. Assim determina o art. 659, IX, da CLT:

TUTELA ANTECIPADA

Art. 659. Competem privativamente aos presidentes das Juntas, além das que lhe forem conferidas, as seguintes atribuições: [...]

IX – conceder medida liminar, até decisão final do processo em reclamações trabalhistas que visem tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469, desta Consolidação; [...]

Conforme se depreende da leitura do mencionado dispositivo, não se trata de provimento de natureza cautelar, pois está vinculado à existência de uma reclamação trabalhista em curso, isto é, deve haver um processo já instaurado em que haja discussão sobre a transferência ilegal, abusiva de empregado. Trata da hipótese em que ao empregador é vedado transferir seu empregado, sem a anuência deste, para localidade diversa da que resultar do contrato de trabalho, conforme preceitua o art. 469 da CLT, abaixo transcrito:

Art. 469. Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de seu domicílio. [...]

Para que se pudesse dar efetividade à norma, o legislador criou a possibilidade de concessão de liminar, cuja finalidade é obstar transferências ilícitas. Tal previsão, conforme mencionado, foi inserida no ordenamento pela Lei nº 6.230/75, quando ainda não havia a antecipação da tutela em sua forma genérica.

Segundo doutrina de Sérgio Pinto Martins (2004, p. 743), a liminar para impedir a transferência ilícita de empregado será concedida “inaudita altera pars, isto é, sem que seja ouvida a parte contrária, perdurando “até decisão final do processo”, não podendo ser revogada em seu curso”.

Continua o mencionado autor (2004, p. 743) que, “para a concessão da medida liminar, deve haver o “fumus boni iuris” e “periculum in mora””. Se algum desses requisitos estiver ausente, não será concedida liminar, devendo o pedido de concessão de antecipação dos efeitos da tutela ser indeferido.

Portanto, conclui-se que seja concedida a liminar, para obstar a transferência de empregado, deve este demonstrar que tal medida é viável, provando que há vestígios de seu direito e que, se a concessão da medida não for imediata, poderá causar danos.

O que se buscou, com esta norma, conforme dito, foi dar efetividade à regra que proíbe que o empregador mude seu subordinado de local de trabalho para localidade diversa daquela que consta do contrato de trabalho, devido ao fato de que presume-se que este possua família, e a sua transferência poderia ocasionar constrangimento, caso acontecesse de, sem sua anuência, fosse obrigado a mudar de local, devendo, muitas vezes, ir a um lugar distante e, até mesmo, desconhecido.

O art. 659, inciso X, da Consolidação das Leis do Trabalho, dispõe da seguinte redação:

Art. 659. Competem privativamente aos presidentes das Juntas, além das que lhe forem conferidas, as seguintes atribuições: [...]

X – conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

Este dispositivo foi acrescentado pela Lei n.º 9.270/96, que foi editada posteriormente ao instituto da antecipação da tutela no processo civil.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 8º, VIII, já assegurava a estabilidade do dirigente sindical, dispondo ser vedada sua dispensa a partir do registro da candidatura e, sendo eleito, até um ano após o término do mandato, inclusive se suplente.

A CLT, no art. 543, também prevê várias garantias ao dirigente sindical, como a proibição do empregador de obstar o exercício de suas funções, ou que o transfira para lugar que possa dificultar ou tornar impossível o desempenho de suas atribuições sindicais.

Verifica-se, assim, que tanto a Constituição Federal como a CLT protegem o dirigente sindical. Ambos os textos se complementam. Há uma preocupação do legislador constitucional e infraconstitucional em preservar o emprego do dirigente sindical, protegendo-o de qualquer empecilho ao exercício da representação sindical, como ensina José Roberto Dantas Oliva, que conclui da seguinte forma:

Daí por que costuma-se dizer que a estabilidade e demais garantias que lhe são conferidas pertencem muito mais à categoria representada do que ao empregado investido na função de dirigente sindical (OLIVA, 2002, p. 53).

Ademais, há de concluir-se, analisando o art. 659 da CLT, que tais dispositivos possuem caráter satisfativo, tratando-se de casos de antecipação da tutela. Isto significa que a reintegração no emprego de dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador resulta em antecipação da prestação jurisdicional, isto é, satisfaz o direito pretendido pela parte em reclamação trabalhista.

Cabe ressaltar que, como ensina Sérgio Pinto Martins (2004, p. 620), se ocorrer a extinção do contrato de trabalho, sendo este feito por prazo determinado, não terá o empregado direito à garantia do emprego, visto que, neste caso, não é o mesmo despedido injustamente, porém ocorre tão somente o término do mencionado contrato. Conforme se denota do texto constitucional mencionado, a garantia é para o empregado

sindicalizado candidato a cargo de direção ou representação sindical, não sendo aplicado, portanto, ao dirigente de entidade fiscalizadora de exercício de profissão liberal, assim entendendo a OAB, CRM, CREA, etc.

Da mesma forma, era o entendimento da OJ da Seção de Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho:

145. Estabilidade. Dirigente sindical. Categoria diferenciada. O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.

Cabe ressaltar que tal OJ foi convertida na súmula 369, do TST:

DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 34, 35, 86, 145 e 266 da SBDI- 1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005

I - É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT (ex-OJ nº 34 – Inserida em 29.04.1994).

II - O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (ex-OJ nº 266 - Inserida em 27.09.2002).

III- O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente (ex-OJ nº 145 - Inserida em 27.11.1998).

IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade (ex-OJ nº 86 - Inserida em 28.04.1997).

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho (ex-OJ nº 35 - Inserida em 14.03.1994).

Portanto, somente poderá requerer a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para a reintegração no emprego, estando em curso reclamação trabalhista, o empregado que seja dirigente sindical de categoria profissional.

Quanto a esta garantia, a CLT, em seu art. 543, § 7º, prevê uma exceção, qual seja a dispensa por falta grave, devendo esta ser apurada nos termos da norma consolidada, isto é, através de inquérito, para que se apure falta grave a ele cominada.

Desta forma, também dispõe a Súmula 197 do STF, a qual dispõe que “o empregado com representação sindical só pode ser dispensado mediante inquérito em que se apure falta grave”.

Assim também é o entendimento da jurisprudência do TRT da 15ª Região:

Decisão Nº 000567/2003-PDI1. MANDADO DE SEGURANÇA

Juiz(a): FANY FAJERSTEIN

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIRIGENTE SINDICAL. REINTEGRAÇÃO POR LIMINAR. O artigo 543, § 3º, da CLT, ao conferir estabilidade provisória ao dirigente sindical, busca preservar os interesses de toda a categoria da qual é representante, e o artigo 659, X, do mesmo Diploma legal, prevê a concessão de medida liminar para sua reintegração, se despedido imotivadamente. Em mandado de segurança não se discute o mérito da causa originária; o exame fica restrito aos pressupostos específicos de concessão da medida. Se, com base nos elementos dos autos, a D.Autoridade impetrada convenceu-se da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, por entender provado que estava em plena vigência o mandato sindical e que não houve encerramento das atividades da empresa, nem fechamento de estabelecimento, como alegado pela impetrante para justificar o despedimento imotivado, mas, sim, sucessão de empresa, a concessão de liminar para a imediata reintegração do obreiro, por despacho fundamentado, não ofende a lei.

Assim como a Súmula 379 do TST: “O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, da CLT”.

Conclui-se, desse modo, que dispensa do dirigente sindical deve ser precedida de inquérito judicial para apuração de falta grave por ele cometida, já que o mesmo goza de estabilidade, não podendo ser dispensado de forma arbitrária.

11.3. REQUERIMENTO PELO EMPREGADOR

Segundo entendimento na análise feita ao art. 273 do Código de Processo Civil, poderá requerer a antecipação da tutela aquele que deduz pretensão. Deste modo, entende-se ser possível o requerimento da medida antecipatória por parte do empregador, porque nem sempre o empregador ocupará o polo passivo da demanda trabalhista.

Poderá, então, o empregador pleitear que lhe seja concedido o seu pedido antecipadamente, desde que, por óbvio, demonstre a presença dos requisitos ensejadores da antecipação da tutela. Além disso, entretanto, é cediço que um dos princípios que regem o processo do trabalho é o princípio *in dubio pro operário*, segundo o qual, na dúvida, deverá ser beneficiado o empregado, parte hipossuficiente da relação.

É de se entender que, diante do princípio acima mencionado, em caso de requerimento de antecipação da tutela por parte do empregador, o magistrado deverá

marcar audiência de justificação prévia, para que, nesta, possa analisar sobre a viabilidade ou não da concessão da medida de antecipação. Tal princípio, contudo, não é absoluto, de modo que, se o empregador apresentar prova cabal de sua pretensão e o juiz se convencer de sua alegação, estará dispensada a audiência de justificação prévia.

Assim, o empregador está legitimado a pleitear a tutela antecipada, desde que deduza pretensão, isto é, haja pedido em seu favor.

Por fim, se nada é mencionado no diploma processual trabalhista, e, aplicando a norma processual civil de forma complementar, o empregador, ao propor ação de reconvenção em face de reclamante, ou, até mesmo, quando este ajuíza uma ação contra o empregado, poderá requerer a medida antecipatória da tutela jurisdicional, devendo-se observar os pressupostos de tal instituto.

11.4. RESPONSABILIDADE POR DANO RESULTANTE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Na hipótese de a parte que teve sua pretensão antecipada, isto é, que se beneficiou com a concessão da antecipação da tutela, seja vencido na demanda e a execução da medida tenha causado algum dano à parte contrária, vencedora então na ação, terá a parte requerente da medida de antecipação o dever de indenizar os prejuízos a que aquele tenha sofrido.

É cediço que todo aquele que causar um dano a outrem está obrigado a repará-lo. Dessa forma, evita-se o chamado locupletamento ilícito, ou enriquecimento sem causa, pois não é lícito que uma das partes tenha sua pretensão antecipada, e, tendo esta sucumbido na ação, a outra parte continue com o prejuízo. Neste caso, a mesma deverá ser indenizada de forma que se possa retornar ao estado *quo ante*.

Neste sentido, também é o entendimento de José Roberto Dantas Oliva (2002, p.60):

Parece não haver dúvida que, se mesmo no processo cautelar, o requerente, quando vencido no processo principal, deve reparar os prejuízos causados pela execução, com muito mais razão quando ocorre a antecipação da tutela, por ser medida que visa não apenas assegurar, mas a satisfazer precocemente o próprio direito material perseguido, trazendo, por isto mesmo, conseqüências até mais graves.

Conforme ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, há de ser utilizado o disposto no art. 811 do Código de Processo Civil por extensão.

Os autores mencionados (2004, p. 651) definem que “a responsabilidade é objetiva, devendo ser caracterizada independentemente de sua conduta [...]”. Isso, porém, não é pacífico na doutrina.

Cabe ressaltar que a responsabilidade por dano decorrente da antecipação da tutela deriva da efetiva execução da medida, e não do deferimento da pretensão de antecipação da tutela jurisdicional.

Verifica-se, portanto, que, apesar de se tratar de um instituto de direito processual civil, a medida de antecipação do provimento jurisdicional também deve ser aplicada no processo do trabalho, visto que a CLT é omissa quanto a sua aplicação de forma genérica, já que trata somente de hipóteses específicas de antecipação da tutela, e também as normas de direito processual comum são aplicadas de forma subsidiária nas relações processuais trabalhistas.

O que se tem visto na prática forense trabalhista, como em todo o Judiciário brasileiro, é um “congestionamento” de processo, devido ao volume muito grande de lides que se instauram a cada ano.

Por mais que seja adotado um procedimento mais célere, com princípios e regras que tendem a tornar o processo mais rápido, a Justiça do Trabalho encontra-se abarrotada de ações, seja pela intenção de procrastinação do andamento do feito pela partes, o que não é muito raro, seja pela falta de funcionários nos fóruns trabalhistas, de estrutura, juízes e varas disponíveis.

É importante frisar a necessidade de aplicação deste instituto nas demandas trabalhistas, tendo em vista o caráter alimentar que envolve as lides laborais, já que o empregado, muitas vezes, não poderia suportar a demora em ver seu direito concretizado. Tal medida, entretanto, não é cabível somente em benefício do empregado.

Ao empregador também deve ser dado o direito de ver o seu interesse atendido de forma pronta e eficaz, já que a jurisdição deve sempre ser prestada de forma imparcial. Ao deduzir pretensão, qualquer das partes poderá pleitear a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, de forma a evitar que seu direito se perca ou que a sentença final seja inútil.

Ressalta-se que somente poderá ser pleiteada a tutela antecipada se verificado que a parte preenche os requisitos que a lei processual impõe de forma imperativa. Com fundamento em cada uma dessas proposições, procurou-se discorrer sobre o tema ao longo do trabalho ora proposto.

Analisando as principais características a respeito do assunto, sua importância em relação à busca da efetividade do processo e os posicionamentos dados a respeito, buscou-se analisar a moderna concepção de direito de ação, o qual não é baseado somente na possibilidade de intentar ações frente ao Judiciário, mas no direito de o jurisdicionado ver seu litígio solucionado.

12. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Além de estabelecerem toda uma estrutura principiológica singular, os Juizados especiais também contemplam rito e procedimento diversos daqueles apresentados pelo CPC (ARENHART; MARINONI, 2003, p. 714).

Houve quem discutisse que a lei dos Juizados, na verdade, estaria a criar um novo órgão do Poder Judiciário, uma espécie de tribunal inferior, de forma que a Lei 9.099/95 deveria ser considerada inconstitucional. Não se observa, todavia, qualquer criação, tampouco mudanças na estrutura judiciária existente. O legislador apenas observou a necessidade de criação de um novo órgão integrante da Justiça Ordinária, sem o vício de qualquer inconstitucionalidade (ROCHA, 2002, p. 11-12).

Em 2001, foi promulgada a Lei 10.259, para regular a matéria no âmbito da Justiça Federal, observando-se suas peculiaridades. A nova norma veio a complementar a Lei 9.099/95, sendo a este submetida, quando o objeto assim permitir.

Atualmente, entende-se que a Lei dos Juizados criou, em verdade, um microssistema judiciário, adequado às causas cíveis de menor complexidade e com valores limitados, detentor de princípios e regras próprias, com a incumbência de ampliar o acesso à justiça e descarregar os demais órgãos jurisdicionais.

O procedimento adotado nos Juizados é hialinamente diverso daquele adotado pelo Código de Processo Civil, pois tem como escopo fundamental atender aos critérios informativos da Lei 9.099/95, bem como oferecer mecanismos adequados aos interesses pleiteados nestes órgãos (ARENHART; MARINONI, 2003, p. 722-723).

A lei autoriza a comunicação dos atos através de qualquer meio idôneo de comunicação, o que contribui com os princípios que regem os Juizados. As partes podem ser intimadas de um despacho via fax, as testemunhas arroladas poderão ser notificadas através de um telefonema e a citação pode ocorrer por carta registrada, mediante aviso de recebimento em mãos próprias.

Quanto ao tempo, os Juizados possuem a prerrogativa do art. 12, que permite a realização de atos processuais no período noturno, devidamente regulado pela organização judiciária competente de cada região. Quanto ao lugar, a prática dos atos prefere o foro do órgão, porém nada impede que possam ser praticados além da sede dos Juizados, quando, assim, aprouver: vistorias de imóveis, colheita de depoimento das pessoas enumeradas no art. 144 do CPC.

Ainda, só são reduzidos a termo escrito os atos que se demonstrarem essenciais, afastando o formalismo que reveste o procedimento da Justiça Comum.

Aliás, todo ato produzido nos autos, mesmo que revestido de vícios formais ou materiais, uma vez que atinja sua finalidade no processo, sem causar prejuízo para nenhuma das partes, há de ser considerado um ato válido e legítimo.

Inexistem ainda nos Juizados causas que tramitem em segredo de justiça, de maneira que todo e qualquer ato processual é, por força de lei, um ato público, contrariamente ao procedimento comum, em que, muitas vezes, em razão da matéria, o segredo de justiça é essencial, para não submergir a efetividade da prestação jurisdicional.

As audiências também possuem procedimento especial, pois são presididas pela pessoa do conciliador, quando da audiência preliminar de conciliação, e pelo juiz leigo, quando da audiência de instrução e julgamento. Ainda que estes profissionais sejam assistidos a todo o momento pelo magistrado togado, são considerados auxiliares da justiça e possuem a autonomia necessária para efetividade dos atos aos quais foram designados.

A inexistência de cobrança do pagamento de custas, taxas e emolumentos, em primeiro grau de jurisdição, também é prerrogativa dos Juizados. Em que pese no procedimento comum as partes possam requerer o benefício da justiça gratuita, salvaguardado pela Lei 1060/50, nos Juizados, o benefício independe de requerimento, ou seja, ainda que a parte tenha condições de arcar com as sucumbências, dela nada será cobrado, salvo as exceções legais, pela interposição de recurso após a sentença de primeira instância transitada em julgado, ou ainda quando condenada por litigância de má-fé (ARENHART; MARINONI, 2003, p. 723-724).

A representação técnica através de advogado também não é exigida em primeira instância, até o limite de vinte salários mínimos. Neste ponto, a doutrina diverge quanto à capacidade postulatória das partes, entendendo, de um lado, que a parte poderá atuar no processo até a sentença final, enquanto outra corrente entende necessária a presença do causídico depois de frustrada a audiência conciliatória, quando passaria o processo a exigir do demandante conhecimento técnico inerente do profissional advogado, sem o qual poderia restar a parte em prejuízo irreparável.

Quase tudo que fora dito quanto aos Juizados Especiais Estaduais, também se aplicara aos Juizados Especiais Federais, porém impende destacar as características exclusivas presentes no âmbito da Justiça Federal. Ao contrário do que se observa no procedimento comum no âmbito da Justiça Federal, nos Juizados Federais, a Fazenda Pública não conta com privilégios processuais, como prazos estendidos, diante de seu caráter público (art. 9º).

Também, a Lei 10.259/01 outorgou ao autor o direito de eleger um representante legal judicial, ainda que não seja necessário (art. 10). Em parte, esta permissão pode ser

justificada por algumas situações costumeiras nas causas de matéria previdenciária. Primeiramente, é cediço que uma subseção judiciária federal é responsável por vários municípios. É inequívoco concluir que quase a totalidade das ações previdenciárias é pleiteada por pessoas idosas ou inválidas, que objetivam o benefício da aposentadoria, auxílios ou pensão. Unindo ambas as situações, é fácil perceber que uma ampla quantidade de requerentes teria dificuldades de se locomover até a sede do juizado, o que contrariaria aquele fim de garantir o acesso à justiça, de modo que se faz legítimo e eficaz a representação judicial de pessoa física que não possua a mesma investidura que a figura do causídico. Ainda na esfera federal, pode-se observar a possibilidade de realização de perícia técnica, quando o laudo pericial for essencial ao deslinde da causa.

Talvez o ponto mais importante que possa ser inserido singelamente neste ponto do artigo é o permissivo do art. 8º, § 2º, que prevê a possibilidade de recebimento de petições e realização de demais atos processuais através da via eletrônica. Esta regra deu origem ao E-proc, já utilizado em todos os Juizados da 4ª região, com resultados bastante agradáveis.

Todas as pessoas envolvidas no processo demandado nos Juizados Federais – advogados, servidores da justiça federal, funcionários e procuradores das autarquias, fundações e empresas públicas federais – são habilitados no E-proc através da assinatura de um termo de compromisso e recebem uma senha pessoal e intransferível, que deverá ser utilizada para o acompanhamento do processo judicial.

Conhecido também como juizado virtual, o procedimento do E-proc se demonstra uma verdadeira “mão-na-roda” na garantia do acesso à justiça e no cumprimento dos preceitos fundamentais dos Juizados. O processo se torna mais célere e, conseqüentemente, mais eficaz, diminui as despesas do cartório, pois quase extingue a utilização do papel, e ainda facilita a vida dos procuradores que atuam perante o órgão, que podem acompanhar os atos simultaneamente, sem ter que se deslocarem de seus escritórios e gabinetes até a sede da Justiça Federal.

Nos Juizados Federais, o cumprimento pecuniário da sentença não dependerá de expedição de precatórios. Os pagamentos poderão ser feitos através de Requisição de Pagamento de Valor – RPV-, no prazo máximo de sessenta dias, a contar da requisição feita pelo juiz, por ofício, sendo que este também poderá seqüestrar numerário das contas dos entes públicos, nos casos de descumprimento (BOCHENEK, 2004, p. 172).

Por fim, destaca-se o texto do art. 4º da Lei 10.259/01, que, ainda hoje, suscita grande polêmica acerca da hipótese de apreciação de medidas cautelares em sede de Juizados, porém, tratar-se-á do tema com mais afinco, a seguir.

Prescreve o dispositivo: “Art. 4º. O Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação”.

Resta entender: qual foi a verdadeira pretensão do legislador ao dispor sobre medidas cautelares, inclusive quando é sabido que o projeto original da lei 10.259 continha a expressão “medidas urgentes” no texto do art. 4º?

As tutelas cautelares não se confundem com a tutela antecipatória, pois apresentam requisitos distintos, e cada qual busca objetivos diversos.

A dificuldade, porém, encontra-se em diferenciar medida cautelar de tutela cautelar e processo cautelar. Marília Lourido dos Santos, citando Humberto Theodoro Junior (1998), ensina que a tutela cautelar se realiza através do processo cautelar, constitui uma nova face da jurisdição, um *tertium genus* que contém a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução, e tem por elemento específico a prevenção. Já a medida cautelar é mais ampla e tem a finalidade de prevenção ou precaução de outro direito, a ser invocado posteriormente.

Seja qual for a nomenclatura, é certo que a doutrina é pacífica ao pronunciar que, em sendo cautelar, via de regra, será acessória e se sujeitará a um processo principal. Em se tratando de Juizados, a face de seus princípios, dentre eles o da informalidade e da celeridade, “não há necessidade de autuação própria do pedido cautelar, podendo ele ser formulado por simples petição” (BOLLMAN, 2004, p. 36).

Portanto, não há que se confundir a tutela cautelar com a tutela antecipatória. A primeira é prevista na lei especial e pelos fundamentos dela deve ser procedida, e não pelos preceitos da norma geral do CPC, que certamente exigiria a formalidade da autuação apartada da ação principal. Outrossim, não se deve generalizar o termo “medidas cautelares” e inserir a tutela antecipada como sua espécie. Esta também será possível nos Juizados, como a frente se verá, mas não pelos fundamentos no art. 4º, e sim pelos defendidos motivos da possibilidade da aplicação subsidiária do CPC em sede do órgão especial.

É legítima a aplicação do CPC às lacunas da Lei 9099/95, por meio de analogia, observando a não contrariedade com a norma específica. Neste sentido, defende Misael Montenegro Filho (2005, p. 68):

A Lei Maior garantiu o direito de ação, abrindo as portas do judiciário para que as pessoas que se sentem lesadas apresentem ações formais perante o representante do poder em análise, impondo a formação de um processo. Porém, evidente que o direito de ação não se limita a assegurar o acesso ao representante do Poder Judiciário. No momento em que o processo é formado, o Estado se torna devedor de uma resposta jurisdicional, não necessariamente de mérito, segundo a teoria eclética desenvolvida por Liebman, exigindo-se do autor que preencha as condições da ação (...). Percebendo que a lei especial prega a celeridade do processo (...) não nos parece lógico negar a antecipação da tutela no âmbito dos órgãos especiais, já que o seu deferimento estará sempre apoiado no princípio em estudo.

A presente situação elucida a necessidade de se estudar e praticar os métodos hermenêuticos na interpretação da lei. A análise exclusiva da letra fria da lei, tão somente quanto à sua sintática, não expressa a *mens legislatoris*, tendo em vista que, em se aplicando somente este método restritivo de interpretação, não seria possível buscar solução para os casos que a lei deixou de prescrever.

Hans Kelsen já ensinava, em sua obra Teoria Pura do Direito, que o direito é um sistema que é, em si mesmo, bastante, pois as normas que o compõem contêm em si a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação dos magistrados ou órgãos jurisdicionais competentes. Leciona o jurisfilósofo (2003, p. 273):

[...] uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese dessa norma jurídica, no entender do Tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandante ou acusado seja regulada de modo positivo. [...] quando não houver a norma jurídica singular, que expresse qual postura deverá ser adotada no caso concreto, sempre será possível a aplicação da ordem jurídica, o que é, também, a aplicação do direito.

Norberto Bobbio (1999, p. 114-116), por sua vez, aperfeiçoou esse raciocínio e discorreu sobre a Completude do Ordenamento Jurídico: não existe caso que não possa ser regulado por uma norma extraída do sistema, excluindo-se a possibilidade de haver lacunas, ou seja, falta de normas que regulem os fatos.

Desta sorte, é imprescindível que se admita a hipótese de aplicação secundária do CPC ante aos Juizados Especiais Cíveis – Estaduais ou Federais -, pois o que se pretende é alcançar a justiça e não impor obstáculos à sua perpetuação, diante da omissão equivocada do legislador.

O motivo que talvez possa justificar mais adequadamente a antecipação dos efeitos da sentença nos Juizados é a dinâmica do princípio da celeridade. Esse princípio relaciona-se intrinsecamente com a tutela antecipada nos Juizados, como pressuposto fundamental. Ora, se os Juizados são competentes para processar determinada ação, é mister também ousar dizer que ao juízo cumpre tomar todas as providências devidas para o cumprimento da função jurisdicional. Outrossim, a regra do art. 273 do CPC pode ser muito bem aplicada, com resultados satisfatórios ao que se pretende, pois não apresenta conflitos com a lei especial. Senão, veja-se a decisão:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - POSSIBILIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS - DECISÃO QUE NÃO SE REVELA TERATOLÓGICA - DENEGAÇÃO DA ORDEM. A antecipação da tutela é cabível nos Juizados Especiais Cíveis, tratando-se de medida que se coaduna perfeitamente com os modernos

princípios de celeridade da prestação jurisdicional com justa distribuição do ônus da demora processual entre as partes. São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória em sede dos Juizados Especiais Cíveis, em caráter incidental (II Encontro Nacional dos Coordenadores de Juizados Especiais, Cuiabá, dezembro de 1997). É compatível com o rito estabelecido pela Lei nº 9.099/95 a tutela antecipatória a que alude o art. 273 do Código de Processo Civil (Enunciado nº 06, do 1º EMJERJ). Decisão que, em antecipação de tutela determinou o bloqueio da transferência de veículo perante o Detran em razão de garantia da satisfação de obrigação pelo Impetrante, é medida acautelatória facultada ao Juízo, que não se revela teratológica. Denegada a ordem (TJPR. 2006.0003477-7. Rel. Jose Sebastião Fagundes Cunha. 28/07/2006).

Seja sob qual posicionamento for, importa que é hialino o entendimento de que a tutela não só é cabível nos Juizados Especiais Cíveis, como também se demonstra necessária, com o escopo de atingir a finalidade da prestação jurisdicional, ainda que no contexto das pequenas causas.

Ao tratar da tutela antecipada no âmbito dos Juizados Especiais Federais, não se deve concluir que ela encontra-se prevista na lei, diante do exposto no art. 4º da Lei 10.259/01. Aquele dispositivo trata das medidas cautelares e não da medida satisfativa que se perfaz na tutela antecipada. Esta é igualmente possível de ser concedida na sede do órgão especial, porém, pelos seus próprios fundamentos.

Vilian Bollmann (2004, p. 38) defende que a tutela é possível nos Juizados pelos motivos da possibilidade da aplicação supletiva do Código de Processo Civil face à lei especial, assim como ante ao princípio da celeridade e da efetividade da jurisdição, pois condiz com o “espírito” dos Juizados Especiais. Assim, inexistente incompatibilidade entre os Juizados Especiais Federais e a tutela antecipada, pois “ambos constituem mecanismos de salvaguarda da efetividade do direito material, seja pela adoção de procedimento mais célere, seja pela produção, em tempo presente dos efeitos de uma futura sentença”.

Observe também a decisão proferida pela Turma Recursal do Estado da Bahia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO CONTRA DECISÃO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÕES A PACIENTE PORTADOR DE HTLV-I. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM O ESTADO E MUNICÍPIO. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS JUIZADOS ESPECIAIS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA PRESENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Inexistente ilegitimidade passiva da União para o fornecimento de medicamento, pois a Constituição Federal e a Lei nº 8.080, de 19.09.90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, estabelece a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de prover as condições indispensáveis ao

TUTELA ANTECIPADA

pleno exercício do direito à saúde. 2. Considerando-se a obrigação concorrente da União, Estado e Município de prover a atenção à saúde, nada obsta que a decisão antecipatória da tutela se volte apenas contra a União, se os outros entes políticos não dispõem da medicação pleiteada. 3. Não ocorrendo nenhuma das situações de exclusão legalmente previstas, não há que se falar em incompetência do Juizado Especial Federal. 4. Cabível a antecipação dos efeitos da tutela nos Juizados Especiais Federais como medida de urgência prevista no art. 273, inciso I, do CPC, efetuando-se uma interpretação não literal do art. 4º da Lei nº 10.259/2001, conforme exige o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, como também considerando a aplicação supletiva do Código de Processo Civil. 5. Comprovada a existência nos autos de prova inequívoca da doença da Recorrida (Paraparesia Espástica Tropical, causada pelo vírus HTLV-I), bem como o fundado receio de dano irreparável à saúde, sem o fornecimento do medicamento necessário, deve ser mantida a decisão que antecipou os efeitos da tutela. 6. Recurso desprovido (Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Recurso Inominado. 2004.33.00.762691-0. Rel. Rosana Noya Weibel Kaufmann. 16/12/2005).

O subsistema dos Juizados Federais possui ainda uma característica peculiar: a de tratar de causas de natureza alimentar ou salarial, quando das ações de direito previdenciário. Portanto, a antecipação dos efeitos do mérito se faz mais que necessária, pois o direito em questão pode estar a retirar do requerente verbas de caráter alimentar, ou seja, essenciais à própria subsistência.

Com relação à sua concessão *ex officio*, adota-se o entendimento de que é possível e necessário. Negar que a antecipação da tutela possa ocorrer de ofício por ato do juiz é negar, do mesmo modo, as garantias que à lei outorga ao requerente, leigo, de propor ação sem a representação judicial. Ora, não se pode exigir que a parte autora possua conhecimento técnico para apontar ao remédio legal do seu litígio, tampouco prosperará a ideia de que o magistrado não possa vir a reconhecer este remédio pelo seu próprio impulso (SANTOS, 2005).

Conforme preceitua a regra do art. 43 da Lei 9099/95, os recursos serão recebidos apenas do efeito devolutivo, sendo outorgada ao juiz a possibilidade de utilizar-se do efeito suspensivo somente para evitar o dano irreparável para a parte. Assim sendo, a lei dos Juizados preceitua a regra de que sempre será possível a execução provisória da sentença, salvo aqueles casos em que, mesmo em caráter provisório, a execução possa vir a acarretar prejuízos para a parte executada.

A tutela antecipada poderá ser concedida no âmbito recursal, face aos juizados especiais cíveis, nos casos em que, sendo julgada improcedente a ação em primeiro grau, o requerente continue a apresentar os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC, não apreciados às vistas do julgador da primeira instância. Portanto, uma vez observados

presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada, poderá ser concedida no âmbito recursal, respeitando os limites da execução provisória.

William Santos Ferreira (2000, p. 244) aduz suas justificativas para a admissão da tutela antecipada no âmbito recursal. Entre tais fundamentos, ensina que, no âmbito recursal, o processo é dotado de mais elementos, portanto é mais maduro, o que traz maior segurança na verificação dos requisitos do art. 273 do CPC.

Em consonância, cumpre ressaltar que, no procedimento comum, uma vez recebido o recurso somente no efeito suspensivo, contra esta decisão caberá o agravo de instrumento, requerendo o efeito ativo da tutela antecipatória. Tratando a lei dos juizados de um procedimento especial, um subsistema judiciário, não é possível a interposição de agravo de instrumento, posto que a Lei 9099/95, nos artigos 41 e 42, versou sobre os recursos passíveis na sede do órgão especial, excluindo-se a referida modalidade.

Para dirimir tal questão, a Turma Recursal Única do Paraná já se consolidou a respeito:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO INOMINADO PARA A TURMA RECURSAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE SER EXERCIDO PELO ÓRGÃO A QUO. É cabível, excepcionalmente, a impetração de Mandado de Segurança para a Turma Recursal quando o ato judicial atacado subtraiu da sua competência o exame do recurso inominado previsto na Lei 9.099/95 contra a sentença. Não é lícito ao Juízo a quo exercer o juízo de admissibilidade recursal nos Juizados Especiais Cíveis. Esse controle de admissibilidade recursal somente poderá ser exercido pelo Juízo a quo nas hipóteses de recursos manifestamente incabíveis e em processos com certidão do trânsito em julgado da sentença que se pretende revisar. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJDF, Classe do Processo: DIVERSOS NO JUIZADO ESPECIAL; Registro do Acórdão Número: 105833. Órgão Julgador: Turma Recursal dos Juizados Especiais; Rel. Angelo Canducci Passareli. DJ: 15/06/1998).

Portanto, não sendo possível a interposição de agravo de instrumento, a sua ferramenta mais próxima será o mandado de segurança, pois se trata da garantia constitucional aos atos ilegais praticados pela autoridade pública. Outra questão pertinente é a competência para julgar o mandado de segurança interpelado em face da decisão do magistrado atuante nos Juizados Especiais.

Com o intuito de pacificar o entendimento, o STJ proferiu a seguinte decisão:

JUIZADOS ESPECIAIS. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE AUTORIDADE DE PRIMEIRO GRAU. Competência do órgão que, em segundo, se constitui em instancia revisora de seus atos. decisão por unanimidade, negar provimento

TUTELA ANTECIPADA

ao recurso ordinário. (STJ, Órgão Julgador - TER- CEIRA TURMA Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO ROMS 6710/SC; (96/0005778-8) Data da Decisão 08/10/1996, in DJ, ed. 25/11/1996 p. 46201).

Assim, não obstante as diversas polêmicas que permeiam a questão dos recursos contra decisões interlocutórias nos Juizados, o direito existente não poderá deixar de ser apreciado por falta da previsão legal, de forma que, ainda que não seja o instrumento totalmente adequado, o mandado de segurança é a ferramenta que tem a possibilidade de garantir o direito de recurso.

Defende-se a tese de que é possível a aplicação da tutela antecipada em sede dos Juizados Especiais Cíveis – Estaduais ou Federais –, porquanto o instituto apresentado pela norma geral não conflita com a lei especial. Pelo contrário, contribui com a eficácia da celeridade motivadora daqueles órgãos, aproximando a parte do seu direito material.

Também, defende-se a tese da possibilidade da aplicação da antecipação dos provimentos do mérito *ex officio* pela pessoa do magistrado. Como dito, os Juizados são norteados pelo seu próprio sistema principiológico, dentro os quais o da informalidade, que, inclusive, veio a permitir que as partes possam pleitear ação judicial desacompanhadas de advogado. Assim, permitiu a lei, em outras palavras, que aquele que não detenha conhecimento técnico jurídico possa atuar em causa própria, destarte, sem que isso lhe cause consequências aquém dos seus direitos.

13. RECURSOS CABÍVEIS CONTRA O DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NO PRIMEIRO E SEGUNDO GRAU

Ponderamos que estamos atribuindo ao substantivo *sistema* o significado de complexo, que é composto por estrutura (relações) e repertório (elementos). Obviamente, o sistema jurídico - assim como o seu subsistema recursal - deve ter a finalidade de buscar a coerência e harmonia para existir. O abalo a estes escopos, todavia, pode gerar duas consequências, a saber: o sistema suporta os impactos e remanesce ou se dissipa - gerando outro ou desaparecendo. (FERRAZ JR, 2003, p.176).

Com relação ao sistema recursal, entendemos que, por ora, ele ainda está suportando as incoerências (BOBBIO, 1995, p.210).

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 tem sofrido profundas reformas, inclusive, em relação ao sistema recursal, com o propósito de imprimir maior efetividade na entrega da tutela jurisdicional.

Cumulativamente – em regra –, a maior demora da tramitação processual ocorre no tribunal, onde, infelizmente, não é difícil um recurso demorar mais de cinco anos para ser julgado. Com essa ordem de ideias, entendemos que a interpretação do CPC deve partir da necessidade de plena entrega da tutela jurisdicional, com o máximo possível de segurança jurídica.

Nesse contexto, o efeito antecipativo é um mecanismo importante, pois, de um lado, trará efetividade, e, de outro lado, a presença dos pressupostos pertinentes ao referido efeito resguardará a segurança jurídica.

Vamos imaginar que uma ação de alimentos tenha sido julgada improcedente, por latente equívoco do juiz. Até a respectiva apelação ser julgada, o recorrente já terá *morrido de fome*.

Essa ausência de efetividade é incompatível com o princípio máximo do processo justo, conforme posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco (2005, p.14), ao expressar:

A regra de ouro para a solução de problemas dessa ordem é a lembrança de que nenhum princípio é um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça.

Se as normas processuais devem ser interpretadas como meio (instrumento) para propiciar maior efetividade com o máximo de segurança jurídica possível, por outro

ângulo, não podemos admitir as ações autônomas de impugnação, se o próprio sistema recursal fornecer meios para suprir a sua finalidade.

Do contrário, aumentaremos a ineficiência do sistema recursal, pois estas ações autônomas exigem um processamento mais complexo. Nessa linha de raciocínio, adverte Roberto Armelin (1997, p.440):

É chegada a hora de se pôr fim à promiscuidade de pedidos cautelares-satisfativos, bem como dos mandados de segurança contra ato judicial como sucedâneo de recurso, que a todos vêm incomodando e multiplicando desnecessariamente o número de feitos a serem processados e julgados pelo Judiciário, tanto no âmbito do primeiro grau de jurisdição quanto em sede de tribunais.

Nesse contexto, podemos concluir que: a) o escopo maior das reformas reside na entrega de efetividade ao jurisdicionado; b) a classificação da tutela antecipada recursal como um efeito do recurso permite que os meios para efetivá-la sejam, gradativamente, mais extraídos do próprio sistema recursal - conforme veremos adiante -, e, por consequência, será minimizado o uso anômalo das ações autônomas.

13.1.ADMISSIBILIDADE DO EFEITO ANTECIPATIVO NA FASE RECURSAL

A necessidade de entrega da tutela diferenciada no processo, por meio do efeito antecipativo, pode ocorrer a qualquer momento, inclusive na fase recursal. A aplicabilidade desse efeito, porém, exige uma solução para a equação advinda da efetividade (do requerente) frente à segurança jurídica (do requerido).

Essa equação é provocada, geralmente, pela relevante atuação do elemento *tempo*, pois desencadeia a necessidade de a tutela ser efetiva. Ademais, frisando a relevância do fator tempo, Teori Albino Zavascki (2005, p.67) registra:

O decurso do tempo, todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Sempre que se tiver presente situação dessa natureza – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição – ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora.

Não poderíamos deixar de registrar que existem decisões contrárias à incidência da medida antecipativa no âmbito recursal. Essa realidade está espelhada no acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, com ementa expressando:

TUTELA ANTECIPADA

A antecipação da tutela jurisdicional, instituto novo trazido ao nosso ordenamento processual civil através da Lei nº 8.952/94, dando nova roupagem ao Art. 273 do CPC, tem por escopo adiantar o provimento jurisdicional com relação ao bem jurídico que se visa tutelar. O referido dispositivo encontra-se disciplinado no Código de Processo Civil no Livro I, sob o título 'Do Processo de Conhecimento', não podendo, pois, a medida ser deferida após a entrega definitiva da prestação jurisdicional, face à ausência de interesse processual na sua obtenção. Agravo provido²⁸.

Ousamos discordar desse entendimento, pois parte da equivocada premissa de que a sentença esgotaria definitivamente o processo, e, por essa razão, a tutela jurisdicional já teria sido entregue.

Ora, em regra, justamente após a sentença, aumenta astronomicamente o lapso temporal para a entrega da tutela jurisdicional. É cediço que a eventual apelação interposta pela parte adversa, não raramente, demorará anos e anos para ser julgada. Além disso, o fato de o processo estar aguardando o julgamento de recurso não é suficiente para afastar a real possibilidade de surgir uma situação que materialize os pressupostos de incidência do efeito antecipativo, como a urgência do jurisdicionado, por exemplo.

Felizmente, existem fortes argumentos para esse entendimento não prevalecer, portanto a admissibilidade da concessão da tutela antecipada recursal tem bom trânsito no direito.

Outro problema do jurisdicionado, entretanto, reside na forma de postulação do efeito antecipativo, conforme veremos adiante.

Com esse pano de fundo, defendemos a inclusão da tutela antecipada recursal como um dos efeitos dos recursos (efeito *antecipativo*), pois isso facilitará, inclusive, a visualização do juízo detentor da competência inicial para analisá-lo, conforme veremos na sequência, à medida que será o mesmo que for competente para se pronunciar sobre os demais efeitos.

13.1.1 Ampliação dos poderes do relator

No atual cenário, esta ampliação de poderes não pode ser desprezada, porque o relator é o responsável pelo exame do pedido de efeito antecipativo nos tribunais, na grande maioria das vezes.

28. Tribunal Regional Federal, 1ª Turma, Agravo nº 03.025.483, Des. Rel. Sinval Antunes, DJU de 17/06/97.

Em sua redação originária, o CPC/73 - tal como o CPC/39 - manteve a postura tradicional, ao ratificar a competência do órgão colegiado no tribunal. Por essa razão, as atividades do relator eram restritas a: a) elaborar o relatório; b) proferir o primeiro voto; c) redigir o acórdão, se o seu posicionamento fosse vencedor.

Essa limitação das atividades do relator implicava em uma das causas determinantes do notório e angustiante congestionamento do Poder Judiciário. Essa realidade levou Cândido Rangel Dinamarco (1999, p.129) a defender a decisão singular (isolada) do relator, para auxiliar na diminuição da morosidade dos recursos.

No ordenamento pátrio, encontramos o primeiro sinal de ampliação dos poderes do relator em 1.963, pois o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - Art. 15, inc. IV - outorgou competência ao relator, para determinar o arquivamento de recurso extraordinário ou do agravo de instrumento interposto em relação à respectiva decisão denegatória, mediante a indicação da Súmula.

O aludido procedimento – que era meramente regimental – foi ratificado pelos §§ 2º e 3º do Art. 28, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1.990.

Esta ampliação dos poderes do relator também ocorre em segunda instância, principalmente, por força das Leis nº 9.139/95 e nº 9.756/98, que alteraram o Art. 557 do CPC e, por conseguinte, outorgaram poder ao relator para:

a) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em contrariedade com Súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (CPC, Art. 557, *caput*);

b) dar provimento às razões recursais, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (CPC, Art. 557, § 1º-A);

c) converter o agravo de instrumento em retido, se não houver urgência (CPC, Art. 527, inc. II), além de analisar os pedidos para concessão dos efeitos antecipativo e suspensivo *dependente* (CPC, Art. 527, inc. III).

Nessa nova dimensão das funções que lhe foram atribuídas, o relator passou a ser um verdadeiro porta-voz avançado do colegiado.

A constitucionalidade dessa medida frente ao princípio do juiz natural, entretanto, apenas se justifica diante do agravo interno, pois é o mecanismo entregue ao jurisdicionado prejudicado, para impugnar a decisão isolada do relator frente ao colegiado competente.

Com fundamento nesse elastério dos poderes do relator, atribuído pela atual redação do Art. 557 do CPC, adverte, com propriedade, Nelson Nery Júnior (2004, p.491) que o relator também está autorizado a: “[...] conceder a tutela recursal antecipadamente, em ato sujeito à confirmação pelo órgão colegiado competente para o julgamento do recurso”.

Enfim, o adentramento às hipóteses em que o relator poderá agir isoladamente ultrapassa o nosso tem, contudo é importante salientarmos que o relator recebeu poderes, até mesmo, para julgar o mérito recursal.

Ora, se pode julgar o mérito, com muito mais razão, poderá analisar o efeito antecipativo.

Nessa forma de interposição – de modo geral –, não incide o efeito antecipativo, conforme veremos ao contrastar o seu procedimento com os pressupostos específicos da tutela antecipada recursal.

O processamento está regulamentado pelo Art. 523 do CPC, e as suas principais etapas são:

a) o prazo para interposição é de dez dias, consoante determina o Art. 522 do CPC²⁹. Ao contrário do agravo de instrumento, a espécie retida deve ser aforada perante o juízo prolator da decisão impugnada;

b) interposto o recurso, o juiz abrirá vista para a parte adversa ofertar a contraminuta, no prazo de dez dias. Após, é facultado ao magistrado o direito de exercer o juízo de retratação;

c) também é condição de admissibilidade, que o recorrente reitere expressamente pelo conhecimento do agravo retido, para o órgão *ad quem*, por meio de preliminar nas razões recursais da apelação (ou contra-razões), conforme determina o *caput* do Art. 523 do CPC;

d) no tribunal, será analisado após o exame dos pressupostos de admissibilidade da apelação (CPC, Art. 523, *caput*).

Com relação ao procedimento na instância superior, com muita propriedade, expressa Teresa Arruda Alvim Wambier (2000, p.111), que o julgamento se opera em três oportunidades distintas, a saber:

1º) juízo de admissibilidade da apelação e, se positivo, verificação da existência do requerimento do agravante, no sentido de ver julgado o agravo retido anteriormente interposto, o que significa o primeiro passo no juízo de admissibilidade do próprio agravo; 2º) complementação do juízo de admissibilidade do agravo e juízo de mérito deste mesmo recurso; 3º) juízo de mérito da apelação.

É interessante observarmos que – por esse delineamento –, se a apelação não for conhecida, por consequência, o agravo retido terá o mesmo destino.

29. Esse prazo é contado em dobro se o recorrente for: a) Fazenda Pública e o Ministério Público [CPC, Art. 188]; b) defensor público [Lei nº 1.060 de 05/02/50, Art. 5º, § 5º]; c) litisconsorte com procuradores diferentes [CPC, Art. 191].

Verificado o procedimento, passamos a contrastá-lo com os pressupostos específicos para a concessão do efeito antecipativo, a saber: a) perigo de demora; b) atos protelatórios; c) incontrovérsia.

Nesse contexto, o agravo retido não se refere às situações que demandam urgência, e, por essa razão, o perigo da demora não estará presente. Poderia, no entanto, ser admitido o efeito antecipativo, no caso de restar evidenciada a prática de ato - relacionado às razões recursais - que seja protelatório ou incontroverso?

Também entendemos que não, pois, se o agravo retido não possui o efeito suspensivo *dependente*, também não poderá possuir o antecipativo.

Cumulativamente, o inc. III do Art. 527 do CPC apenas admite a tutela antecipativa na forma de instrumento, além disso, o julgamento do agravo retido também fica inviabilizado, pois dependerá do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de outro recurso – apelação -, que apenas seria interposto ao término do processo.

Em suma, de modo geral, o efeito antecipativo não poderá ser concedido ao agravo retido.

No que tange ao efeito antecipativo no agravo de instrumento, o Art. 522 do CPC é contundente em determinar três situações, a saber:

a) o agravo é o recurso cabível, para impugnar as decisões interlocutórias; b) não elenca, exaustivamente, as decisões interlocutórias que desafiam o agravo; c) a forma de instrumento é restrita aos casos de urgência e/ou de impossibilidade de o agravo retido ser transportado até o juízo *ad quem*.

Por essas razões, em tese, todo o pronunciamento que se enquadrar no conceito de decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º) pode ser impugnado pelo recurso de agravo.

Em paralelo, há decisões interlocutórias que demandam uma solução efetiva e célere, sob pena de o recorrente sofrer danos - tanto de ordem física, quanto moral e/ou patrimonial -, as quais apenas podem ser impugnadas por meio de agravo de instrumento. Na redação originária do CPC/73 (antes da Lei nº 9.139/95), entretanto, era muito difícil de a parte obter o efeito suspensivo, uma vez que, além de pouco utilizado - pois estava previsto para raríssimas situações -, não tinha um rito eficaz.

Cumulativamente, não podia mais ser tolerado o uso deturpado do mandado de segurança, para atribuir o efeito suspensivo ao agravo, inclusive, em função de emperrar ainda mais os trabalhos do judiciário³⁰.

30. Por essa razão, acertadamente, a jurisprudência não tem admitido a impetração de mandado de segurança, nas hipóteses agasalhadas pelos Arts. 527, inc. III, e 558, ambos do CPC. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Ordinário nº 7.761, Rel. Min. José Delgado, DJU de 03/05/99, p. 97, cujo trecho expressa: “[...] 2. Como regra geral, não se deve admitir o mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, visto que a ação cautelar e agora o pedido de efeito suspensivo, este previsto tanto para o agravo de instrumento [CPC, Arts. 527, II, e 588], quanto para a apelação quando desprovida do referido efeito [CPC, Arts. 520 e 558, parágrafo único] revelam-se mais adequados para

Logo, a necessidade de uma tutela de urgência e a dificuldade procedimental para a obtenção do efeito suspensivo foram os motivos que levaram o legislador a alterar a forma de concessão do efeito suspensivo do agravo.

A referida modificação foi materializada pela atual redação dos Arts. 527, inc. III, e 558, ambos do CPC, trazidas respectivamente pelas Leis nº 9.139/95, nº 10.352/01 e nº 11.187/05, as quais permitiram a atribuição ao agravo de instrumento dos efeitos suspensivo e antecipativo, desde que presentes os pressupostos pertinentes.

Atualmente, é o recurso em que o legislador foi mais explícito na forma de obtenção do efeito antecipativo, conforme verificamos no inc. III, do Art. 527, do CPC.

Por outro lado, na medida do possível, também foi preservada a segurança jurídica, porque o legislador ofertou mecanismos, que – se bem utilizados – reduzirão os recursos procrastinatórios, a saber:

a) destinou poderes ao relator para, de plano, negar seguimento ao recurso (CPC, Art. 557, *caput*), ou converter o agravo de instrumento em retido, se a matéria não envolver a tutela de urgência e o agravo retido puder ser transportado até o juízo *ad quem* (CPC, Art. 527, inc. II);

b) tipificou a interposição de recurso manifestamente protelatório como litigância de má-fé (CPC, Art. 17, inc. VII).

Decorre, inafastavelmente, que o escopo dos Arts. 527, inc. III, e 558, ambos do CPC, reside em contribuir na outorga de efetividade aos jurisdicionados e atender ao princípio da economia processual, pois visa a eliminar o manejo anômalo de ações autônomas, para impugnar os pronunciamentos judiciais.

Para facilitar a nossa exposição, verificaremos as etapas mais marcantes do procedimento do agravo de instrumento. Nesse sentido, os aspectos principais de seu rito são:

a) o prazo para interposição é de dez dias (CPC, Art. 522 do CPC), entretanto,

tutelar a situação. O mandamus não pode substituir o recurso adequado e, se este foi interposto, não pode justificar o exame da pretensão nela manifestada em sede diversa daquela recursal. 3. A despeito do que estabelece a Súmula nº 267/STJ e de, tecnicamente, ser mais adequada à utilização da ação cautelar, a jurisprudência passou a admitir, sempre que houvesse perigo de dano de difícil reparação, o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo, em regra, apenas, para o fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso dele desprovido. 4. Entretanto, desde o advento da Lei nº 9.139, de 30/11/95, que deu nova redação ao Art. 558, do CPC e, nos casos em que a execução da providência judicial questionada possa provocar lesão grave e de difícil reparação, permitiu ao relator atribuir efeito suspensivo tanto ao recurso de agravo de instrumento, como ao de apelação dele desprovido, não se justifica mais o referido entendimento e, portanto, o mandado de segurança não deve ser admitido em hipóteses como a dos autos. 5. Decisão do colendo STF no sentido de suspender até o trânsito em julgado da decisão a liminar concedida em relação a esses autos. 6. Recurso improvido”.

ao contrário do agravo retido, deve ser distribuído no tribunal competente (CPC, Art. 524), juntamente com as peças integrantes do instrumento (CPC, Art. 525) e comprovantes de recolhimento do preparo (CPC, Art. 525, § 1º)³¹;

b) uma vez distribuído o recurso, o relator, isoladamente, deve negar-lhe seguimento, nas hipóteses do *caput* do Art. 557 do CPC, ou dar-lhe provimento, se a situação estiver tipificada no § 1º-A, do Art. 557 do CPC;

c) se a reforma da decisão agravada não for urgente, o relator deve convertê-lo em agravo retido (CPC, Art. 527, inc. II);

d) mas, nos termos do inc. III, do Art. 527 do CPC, se a reforma da decisão clamar por urgência e o recorrente assim postular, deve ser concedido o efeito suspensivo na presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, ou o antecipativo, se presentes os pressupostos do Art. 273 do CPC (gerais e específicos);

e) sendo pertinente para formar a sua convicção, o relator deve requisitar informações ao juízo a *quo* (CPC, Art. 527, inc. IV);

f) após, abrirá o prazo de dez dias para o agravado contraminutar e trasladar peças (CPC, Art. 527, inc. V), bem como, se for caso de intervenção do ministério público, concederá prazo para a manifestação deste (CPC, Art. 527, inc. VI);

g) uma vez processado, o relator pedirá dia para o colegiado julgar o agravo (CPC, Art. 552).

Necessário salientarmos que a Lei nº 9.139/95 manteve a retratação, ao prever que o agravo se tornará prejudicado, caso o juiz a *quo* comunique a reforma da decisão agravada (BORGES, 2005, p.12), conforme expresso no Art. 529 do CPC³².

De fato, a legislação omitiu o momento para o juiz se retratar, contudo jamais vedou a possibilidade de realização desse instituto. Assim, entendemos que o magistrado terá, em regra, dois momentos para a eventual retratação, a saber: a) o primeiro, quando o agravante cumprir o Art. 526 do CPC, pela juntada de cópia do recurso e peças nos autos, em primeira instância; b) o segundo, quando (e se) o relator requisitar informações ao juízo a *quo*.

31. Salientamos que o preparo consiste no pagamento de todas as despesas necessárias (previstas na lei) para a interposição do recurso. Por essa razão, o valor do porte e das custas são espécies do gênero preparo. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 262.678, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 11/06/01, p. 230, com ementa, expressa: “Processual Civil. Preparo tempestivo, mas relativamente à parte das despesas, faltando o recolhimento da parte correspondente ao porte de retorno. Pagamento parcial do preparo. Inocorrência de deserção. Precedentes. O preparo consiste no pagamento das despesas processuais. O preparo do recurso compreende tudo o que, a partir de previsão legal, precisa ser pago para que ele possa prosseguir, incluindo, portanto, não só o que se conhece como custas como também o chamado porte de remessa e de retorno. A insuficiência do valor recolhido a título de preparo, na acepção da palavra, não pode ser equiparada à sua falta, para o fim de se ter o recurso como deserto nos termos do Art. 511, CPC, impondo-se aplicação ao seu § 2º, introduzido pela Lei nº 9.756/98. Recurso especial conhecido e provido, para que seja oportunizada no Tribunal de origem a complementação, ficando com isso relevada a pena de deserção”.

32. Nesse sentido há acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 1ª Turma, Agravo de Instrumento nº 98.03.021892-1, Rel. Des. Federal Roberto Haddad, DJU de 29/06/99, p. 247, expressando: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – ART. 529 DO CPC – PERDA DO OBJETO – FATO SUPERVENIENTE – Conforme informações prestadas pelo MM.

Além desses dois momentos, o juiz *a quo* apenas poderá se retratar na presença de *fato novo*, isto é, algo relevante que inexistia na ocasião em que a decisão impugnada foi proferida, sob pena de violar a competência do juiz *ad quem*. Ademais, as questões processuais não podem ficar indefinidamente em aberto, sob pena de violar a segurança jurídica (CPC, Art. 471).

Embora os pressupostos do efeito antecipativo (previstos no Art. 273 do CPC) sejam mais rigorosos que os do suspensivo (perigo da demora e plausibilidade do direito), o mecanismo de postulação de ambos é similar. Isso ocorre, porque o inc. III, do Art. 527, do CPC, estabelece a competência do relator, para decidir sobre os efeitos dependentes do agravo (suspensivo e antecipativo), isto é, os efeitos que ficam na dependência dos respectivos pressupostos legais para serem concedidos.

Ressalvado esse aspecto, na esmagadora maioria das vezes, o agravo de instrumento contempla uma peculiaridade relevante, pois depende da tutela de urgência para reformar o pronunciamento impugnado (ao contrário da forma retida), conforme previsto no inc. II, do Art. 527, do CPC.

Mesmo quanto à única situação em que se admite o agravo de instrumento independentemente da urgência (inadmissibilidade da apelação), a menos que também exista a urgência, não visualizamos a possibilidade de atribuição do efeito antecipativo pela controvérsia ou protelação, pois se trata de ato do juiz.

Emerge daí que, dos três pressupostos *específicos* (perigo da demora, protelação e incontroverso), o único que poderá lastrear a concessão do efeito antecipativo é o perigo da demora (CPC, Art. 273, inc. I), pois é da natureza do agravo de instrumento que exista urgência na reforma da decisão interlocutória impugnada.

Em outros termos, se o agravo de instrumento geralmente pressupõe urgência, sob pena de ser convertido em retido (CPC, Art. 527, inc. II), então, o perigo da demora deverá estar presente em toda a concessão do efeito antecipativo. Logo, os demais pressupostos específicos da protelação (CPC, Art. 273, inc. II) e do incontroverso (CPC, Art. 273, § 6º) somente ensejam o efeito antecipativo no agravo de instrumento, se a urgência também estiver presente.

Portanto, ao transladar as peças dos autos para o instrumento que postula pelo efeito antecipativo, o agravante deverá ter o cuidado de incluir – além das obrigatórias (CPC, Art. 525, inc. I) –, notadamente, as peças que comprovem os pressupostos, a saber:

Juízo a quo, foi inteiramente reconsiderada a decisão agravada, na modalidade de instrumento. Assim sendo, houve a perda do objeto do recurso vertente, nos termos do Art. 529, do CPC. Julgo prejudicado o agravo de instrumento, diante da manifesta perda do objeto, em face de fato superveniente”.

a) a probabilidade máxima do direito invocado e, conseqüentemente, do equívoco da decisão impugnada (diante da conjugação dos substantivos prova *inequívoca* e *verossimilhança*, previstos no Art. 273, caput, do CPC);

b) a irreversibilidade da medida no plano dos fatos (CPC, Art. 273, § 2º), ou seja, não importa a provisoriedade (pois essa característica é da natureza da tutela sumária), mas sim que seja possível reverter os seus efeitos caso seja revogada. Na impossibilidade, as peças devem denotar a presença dos pressupostos necessários para a aplicação do princípio da proporcionalidade, isto é, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (por exemplo, a demolição de um prédio é irreversível, mas, se estiver na iminência de desabar e matar inúmeras pessoas, o direito à vida deve prevalecer diante do direito de propriedade do dono do imóvel);

c) o perigo da demora, ou seja, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, Art. 273, inc. I).

Fica ainda, entretanto, uma questão, a saber: A ausência dessas peças determinaria o não-conhecimento do agravo, visto que não estão incluídas no rol das peças obrigatórias trazido pelo inc. I, do Art. 525, do CPC?

Para respondermos a essa indagação, é pertinente verificarmos que o instrumento pode ser formado por duas espécies de peças, a saber: a) obrigatórias (CPC, Art. 525, inc. I); b) facultativas (CPC, Art. 525, inc. II), isto é, as que o agravante entender pertinente.

Diante dessas espécies, há acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o rol de peças previstas no inc. I, do Art. 525, do CPC, consiste na formação mínima do instrumento e a ausência de peça necessária (que possibilitaria a exata compreensão da matéria), embora alheia ao inc. I, do Art. 525, do CPC, também impede o conhecimento do agravo³³. Posicionamento similar é adotado por Nelson Nery Júnior (2004, p.390).

Por outro lado, também há acórdão do próprio Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que a matéria ainda não tem um posicionamento definitivo naquele sodalício³⁴.

33. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, embargos de divergência em REsp nº 504.914, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17/12/04, p. 388, com trecho da ementa expressando: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE PEÇA FACULTATIVA, MAS NECESSÁRIA À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 168/STJ. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. I – Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a ausência de peças no agravo de instrumento, ainda que facultativas, mas necessárias ao pleno conhecimento da controvérsia pelo órgão julgador, constitui óbice ao conhecimento do recurso. II – O rol descrito no Art. 525, I do Diploma Processual Civil, diz respeito somente à formação mínima a ser dada ao agravo de instrumento. Assim, as peças ali elencadas são de obrigatoria observância. Além dessas, à evidência, deve o recorrente juntar todas outras que possibilitem o melhor e mais amplo entendimento do litígio posto em questão. Em síntese, tem-se que as peças necessárias também devem ser trasladadas pelo agravante, sob pena de não conhecimento do recurso. Precedentes [...]".

34 Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, agravo regimental nos embargos de divergência no REsp nº 478.155, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 12/02/05, DJU de 31/05/04, p. 168, expressando: "PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – EMBARGOS

Em nosso entendimento, o legislador optou por não exigir outras peças, além das obrigatórias, em que pese a nossa convicção de *lege ferenda* de que algumas das peças facultativas (como a petição inicial, por exemplo) deveriam ser obrigatórias, até mesmo, para imprimir maior efetividade ao processamento do agravo.

Ora, o Art. 525 do CPC não alçou as peças facultativas na condição de pressupostos de admissibilidade. Muito pelo contrário, pois o seu inc. II afirma expressamente que se trata de *faculdade* da parte (e não obrigatoriedade).

Sendo faculdade, a parte tanto pode cumprir, como deixar de cumprir. No tocante à possível inexistência de peça que o relator entenda indispensável para possibilitar a compreensão da matéria, esta deverá ser suprimida pela requisição ao juiz da causa, juntamente com as informações (CPC, Art. 527, inc. I).

Salientamos ainda que o maior prejudicado pela ausência de peça facultativa relevante será o próprio agravante, porque, enquanto essa peça não estiver nos autos, o relator não poderá analisar o seu pedido de atribuição do efeito dependente (antecipativo ou suspensivo).

Em conclusão: a) o efeito antecipativo do agravo de instrumento exigirá o pressuposto específico da urgência, pois é da natureza desse recurso; b) também devem ser demonstrados os pressupostos gerais da prova inequívoca e verossimilhança - que devem ser interpretados como probabilidade máxima -, além da irreversibilidade, ainda que esta possa ser mitigada pelo princípio da proporcionalidade.

No que tange ao efeito antecipativo em relação ao agravo interno, a legislação limita-se a rotular este meio de impugnação apenas como agravo, sem atribuir qualquer outro nome (CPC, Arts. 120, parágrafo único; 532; 539, parágrafo único; 545; 557, § 1º). Essa omissão não contribui em nada com o sistema recursal, pois pode provocar confusão, diante da pluralidade das espécies do recurso denominado *agravo*, tais como: instrumento, retido, interno e regimental.

Frente a esta situação, pensamos que a melhor alternativa é rotularmos este agravo, por meio do critério lastreado na forma de interposição.

Esse procedimento auxiliará o intérprete na identificação dos agravos, uma vez que podem ser divididos em apenas três espécies, a saber: a) *retido*, se for interposto nos próprios autos e ficar na dependência de futura apelação para transportá-lo ao tribunal; b) *instrumento*, quando for interposto em outros autos (por meio de instrumento) e

DE DIVERGÊNCIA – JURISPRUDÊNCIA EM DIVERGÊNCIA: PROVA. 1. No STJ ainda há divergência de entendimento quanto às peças consideradas imprescindíveis à formação do instrumento do agravo. 2. Embora majoritária a corrente que exige, sob pena de indeferimento do recurso, as peças necessárias juntamente com as obrigatórias, em complementação ao Art. 525, I, do CPC, a Segunda e a Quarta Turma resistem à posição jurisprudencial da maioria. 3. Agravo regimental provido para determinar o processamento dos embargos de divergência”.

tiver processamento imediato; c) *interno*, se for interposto nos próprios autos e tiver processamento imediato.

Ademais, essa última espécie de recurso – justamente por estar prevista no CPC – também não poderia ser denominada de *agravo regimental*, pois, como observa João Batista Lopes (2001, p.587): “[...] não posso considerar regimental um agravo que seja previsto em lei”.

Logo, o meio de impugnação da decisão interlocutória isolada, no tribunal, deve ser denominado de *agravo interno*, pois fica inserido nos próprios autos (interno) e, ao contrário do agravo retido, é processado imediatamente.

Nesse ínterim, fica uma questão: Se tanto o agravo interno quanto o regimental servem para impugnar os pronunciamentos isolados nos tribunais, qual a diferença entre ambos?

A resposta está no escopo desses recursos, isto é, servem como mecanismos constitucionalizadores da decisão interlocutória isolada, proferida no tribunal, frente ao princípio do juiz natural. Quando o magistrado atua singularmente – no tribunal –, age por delegação do respectivo colegiado respectivo, e esse órgão representa o juiz natural naquela fase processual.

Por outro lado, é cediço que o agravo regimental - como o próprio nome afirma - está previsto apenas nos regimentos internos dos tribunais. Em razão dessa ausência de previsão na legislação federal, esse mecanismo violaria a constituição, uma vez que a competência para dispor sobre matéria processual é privativa da União (CF, Art. 22, inc. I).

Aliás, justamente pela ofensa aos princípios da taxatividade e da legalidade, gerada pela inexistência de previsão na lei federal, João Batista Lopes (2001, p.588) adverte que o agravo regimental é inconstitucional, pois é defeso ao tribunal criar recursos ou matéria processual, por meio de norma administrativa.

A jurisprudência, porém, tem admitido o agravo regimental, ou seja, após balancear os valores envolvidos, enaltece o princípio do juiz natural e minimiza a incompetência do tribunal, para legislar sobre matéria processual. Nesse mesmo sentido, há acórdão do Supremo Tribunal Federal aceitando esta regulamentação regimental, para impedir que a decisão individual dos juízes se torne definitiva, nos tribunais³⁵.

Com o advento da Lei Federal nº 9.139/95, todavia, foi inserido um agravo (sem nome), com a mesma função do regimental (CPC, Art. 557, §§ 1º e 2º).

35 STF, 1ª Turma, REExt nº 112.405, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ vol. CXXI, p. 374, com trecho expressando: “Podem os tribunais, através de normas regimentais, atribuir competência própria e singular aos seus membros. Mas não podem declinar a favor deles a competência que a Constituição investiu nos próprios tribunais, como órgãos de deliberação coletiva. Sobretudo, não podem emprestar o atributo de decisão definitiva aos despachos de seus membros”.

Embora esse agravo apenas estivesse restrito à hipótese de o relator, isoladamente, dar ou negar provimento a recurso, acreditamos que o mencionado dispositivo deve ser interpretado ampliativamente, para aplicá-lo como meio de impugnação as decisões interlocutórias proferidas nos tribunais.

Esse entendimento permite que seja afastado o argumento de ausência de previsão em lei federal, pois o agravo interno está previsto no CPC, inclusive, para situações alheias ao Art. 557 (CPC, Arts. 120, parágrafo único; 532; 539, parágrafo único; e 545).

Por fim, o terceiro aspecto para ponderarmos é sobre a importância desse agravo interno no sistema recursal, porque constatamos a inquestionável tendência legislativa de aumentar os poderes do relator, para agir isoladamente.

Ora, se de um lado, os poderes estão aumentando, então, de outro, é imprescindível a utilização do agravo interno como contrapeso, pois é o instrumento para impugnar esse pronunciamento.

Na proporção em que aumentam os poderes do relator, também deve ser aumentada a amplitude do agravo interno, até mesmo, para que ele seja julgado na sessão de julgamento subsequente a sua interposição (e não na ocasião do julgamento do recurso principal como inconstitucionalmente previsto no parágrafo único do Art. 527 do CPC).

Não poderíamos deixar de registrar uma odiosa realidade advinda do *monocratismo* das decisões nos tribunais. É inaceitável a conduta (inconstitucional), por meio da qual a decisão do relator, geralmente, é mantida sem qualquer objeção pelo colegiado, como se fosse definitiva. Tanto é assim que dificilmente um agravo interno é provido.

Aliás, essa realidade fica bem ilustrada pela representação feita por órgão de classe dos advogados junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo em vista que algumas câmaras estariam se limitando à leitura da ementa trazida pelo relator -omitindo-se em relação ao relatório e respectivo voto - e, após, julgavam o recurso ao arrepio da Constituição. Não é difícil imaginarmos que raramente o voto do relator - que nem foi lido - será modificado pelos demais julgadores.

Em suma, pensamos que: a) o agravo regimental deve ser substituído pelo *interno*, uma vez que – este – está previsto na lei federal; b) em regra, o agravo interno tem a função de impugnar a decisão isolada proferida no tribunal, para levá-la ao crivo do colegiado, propiciando a sua adequação ao princípio do juiz natural; c) não podemos desprezar a relevante importância desse instrumento no cenário processual, até mesmo, por servir como meio de equilíbrio ao propiciar a segurança jurídica frente à

efetividade pretendida pela ampliação dos poderes do relator; d) mas esta efetividade apenas será materializada, se houver uma melhor conscientização sobre a relevância desse mecanismo e o seu julgamento ocorrer na sessão subsequente a sua interposição.

Com relação à interação com o efeito antecipativo, aqui verificaremos se o agravo interno pode ter efeito com incidência *dependente* - suspensivo ou antecipativo.

Inicialmente, consignamos o nosso posicionamento de que a natureza jurídica do referido mecanismo é recursal, pois é uma modalidade de agravo. Além disso, é um remédio voluntário e idôneo, para ensejar a alteração da decisão judicial impugnada, dentro do mesmo processo.

Ressalvada a sua natureza recursal, a legislação sobre o agravo interno é omissa quanto aos seus efeitos (CPC, Art. 557, §§ 1º e 2º). A lei processual, entretanto, sujeita todos os recursos aos efeitos que incidem *independentemente* de pedido do recorrente (devolutivo, translativo, expansivo e substitutivo).

Por outro ângulo, o inc. III do Art. 527 do CPC apenas contempla o efeito suspensivo para a interposição do agravo por meio de instrumento (e não para a espécie *interna*) e, ainda assim, em caráter excepcional, pois a sua incidência *depende* da presença dos seus pressupostos, como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Essa realidade poderia nos levar à conclusão de que o agravo interno não admitiria os efeitos de incidência *dependente* - suspensivo e antecipativo. Entendemos, entretanto, que é possível a concessão desses efeitos ao agravo interno, não somente pela necessidade de a tutela ser entregue de forma plena, mas também por outros dois fundamentos, a saber: a) se o relator pode dar provimento ao próprio recurso que é objeto do agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º-A), também poderá conceder o efeito de incidência *dependente*. Quem pode o *mais*, pode o *menos*; b) o Art. 558 do CPC - ao permitir o deferimento da suspensividade nos casos de urgência -, apenas se refere ao agravo, ou seja, não restringe o efeito suspensivo à espécie de instrumento.

Para facilitar o nosso raciocínio, vamos adotar o caso prático em que o relator, por equívoco, nega seguimento a um agravo de instrumento que postula pelo efeito antecipativo para conceder a liminar negada (também erroneamente), pelo juízo de primeiro grau.

Se esse pronunciamento do relator fosse impugnado por meio de agravo interno (com pedido de concessão do efeito antecipativo, caso não fosse reformada a decisão impugnada), existiriam duas situações básicas, a saber: a) o relator se retrataria e, por conseguinte, analisaria o efeito antecipativo. Ainda que esse efeito fosse deferido, ele seria atribuído ao recurso originário (agravo de instrumento) e não propriamente ao agravo interno, por isso o agravo interno não poderia ter o efeito antecipativo nesse caso; b) não se retrataria e, nessa hipótese, poderia conceder o aludido efeito de incidência

dependente, ou não. Aqui, não há como negarmos que o efeito antecipativo seria atribuído ao agravo interno, pois é consequência do referido recurso.

Certamente esta última situação não é comum no cotidiano jurídico, pois a manutenção da decisão do relator poderia significar – a princípio – que ele não vislumbraria os respectivos pressupostos para a concessão do efeito *dependente*. Algumas vezes, no entanto, o juiz decide em um sentido, mas sabe que os tribunais superiores têm outro entendimento.

É o caso da autenticação das peças que integram o instrumento do agravo. Por exemplo, esta exigência ainda é feita por alguns magistrados do Tribunal Regional Federal da Terceira Região³⁶, embora esse procedimento seja repudiado pelo Superior Tribunal de Justiça³⁷, quando não existir impugnação da parte adversa em relação à veracidade das peças.

Traçado esse quadro – em sede de agravo interno –, nada impede que o relator mantenha a sua decisão de não conhecimento do agravo de instrumento - diante da ausência de autenticação das peças -, mas defira o efeito antecipativo até que o colegiado julgue o referido recurso.

Certamente, o relator irá conceder esta medida antecipada recursal com fundamento, principalmente, na verossimilhança advinda da elevada probabilidade

36 A exigência da autenticação é adotada no acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 1ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.012384-8, Rel. Des. Fed. Johanson Di Salvo, DJU de 03/05/05, p. 570, com ementa expressando: "PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO LEGAL – ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – EXIGÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS QUE COMPÕEM O INSTRUMENTO, CONFORME ARTS. 365, III, E 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – IMPOSSIBILIDADE DE AUTENTICAÇÃO PELO PRÓPRIO ADVOGADO – AGRAVO IMPROVIDO – 1. As peças colacionadas para compor o instrumento de agravo, são efetivamente "provas" daquilo que o agravante deduz ao Tribunal como causa petendi e dessa forma não há qualquer defeito em exigir que as mesmas venham devidamente autenticadas para valer como documentos com força probatória do quanto alegado, pois é evidente que o Tribunal necessita ter confiança em que o instrumento é espelho do que foi apresentado em 1ª instância. Portanto, não há erro nem 'inconstitucionalidade' na Resolução nº 54 desta Casa que, de conhecimento público como é, impõe a exigência da autenticação, com o que se fica de acordo com o Art. 365, inc. III e Art. 384, ambos do Código de Processo Civil. 2. Cabe ao agravante fornecer ao Tribunal, que não tem imediato acesso aos autos onde proferida a decisão agravada, segurança a respeito dos papéis que formam o instrumento. 3. Como a regra de que as reproduções obtidas por processo de repetição apenas quando estão autenticadas têm o valor do original já se encontrava estipulada no Art. 384 do Código de Processo Civil, não havia a necessidade de o legislador disciplinar a exigibilidade da autenticação de peças em relação ao recurso de agravo de instrumento porquanto tal circunstância decorria diretamente das normas processuais relativas à prova documental. 4. Quanto a possibilidade de autenticação pelo próprio advogado, não é aceitável, porque é a Constituição Federal que prevê a capacidade de o Estado executar serviços notariais – e um deles é a autenticação de documentos – ainda que através de delegação a notários e oficiais registrários e seus prepostos, segundo a regulamentação da Lei nº 8.935 de 18/11/94. 5. Assim, aparentemente viola a Magna Carta e infirma o estatuto da função pública delegada o dispositivo da Lei Processual – aliás, reservado apenas aos casos de agravo de instrumento tirado contra denegação de admissibilidade de recursos especial e extraordinário – que comete ao advogado, detentor apenas de *munus privado* e representante de quem é interessado direto no deslinde do recurso, a capacidade de autenticação de cópias. 6. Agravo legal a que se nega provimento".

37. Afastando a necessidade da autenticação se não houver impugnação da parte adversa, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 563.189-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16/11/04, p. 174, com ementa expressando: "PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS TRASLADADAS (ARTS. 365, III, 525 E 544, § 1º DO CPC) – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS CÓPIAS JUNTADAS À INICIAL OU NOS

de reforma da sua decisão impugnada, no entanto devem estar presentes todos os pressupostos elencados no Art. 273 do CPC, inclusive, em relação à decisão proferida pelo juízo a quo.

Outro exemplo é o deferimento equivocado de liminar em mandado de segurança de competência originária do tribunal, pois, uma vez interposto o agravo interno e na presença dos pressupostos legais, o relator atribuirá o efeito suspensivo até que o referido recurso seja julgado pelo colegiado competente.

Da mesma forma – se a liminar fosse indeferida erroneamente –, o relator deve conceder o efeito antecipativo ao agravo interno, desde que presentes os seus requisitos.

Esse nosso raciocínio também é compatível com a irrecorribilidade em separado das interlocutórias, pois o escopo desse princípio é a busca pelo resultado mais efetivo do processo por meio da não concessão de efeito suspensivo a recurso que seja apto para atacá-la.

Havendo, no entanto, os respectivos pressupostos, é inegável a necessidade de deferimento do respectivo efeito de incidência *dependente*, até mesmo para que esse princípio conviva harmonicamente com o amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV). Certamente, nas hipóteses excepcionais em que o efeito de incidência dependente (atribuído ao agravo interno) não for suficiente, restará ao prejudicado a interposição da medida cautelar, ou – se esta ação autônoma não tutelar adequadamente o direito versado nas razões recursais – deverá ser impetrado o mandado de segurança.

Feitas essas considerações, entendemos que é cabível a concessão dos efeitos de incidência *dependente* - suspensivo e antecipativo - ao agravo interno.

13.2. EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE À APELAÇÃO

No Brasil, atualmente, a apelação está regulamentada nos Arts. 513 a 521 do CPC, sendo que o seu escopo é impugnar as sentenças terminativas (não ingressam no mérito) e definitivas (adentram ao mérito). Em outros termos, a apelação é o recurso

AGRAVOS DE INSTRUMENTO, SE A PARTE CONTRÁRIA NÃO IMPUGNA SUA AUTENTICIDADE – PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL – 1. Entendimento firmado pela Corte Especial no sentido de reconhecer a presunção de veracidade dos documentos apresentados por cópia, se na oportunidade de resposta a parte contrária não questiona sua autenticidade (ERESP 179.147/SP, julgado em agosto/2.000). 2. Posição ratificada em junho/2.003 no ERESP 450.974/RS, pelo mesmo órgão. 3. Inaugurando nova divergência, a Primeira Seção e a Sexta Turma, em decisões isoladas, vêm considerando obrigatórias a autenticação ou a declaração de autenticidade firmada pelo advogado no agravo de instrumento do Art. 544 do CPC, em virtude da alteração legislativa promovida no seu parágrafo primeiro pela Lei nº 10.352/2.001. 4. Interpretação sistemática que chancela os precedentes anteriores da Corte Especial, não alterada pela nova reforma do CPC, que veio apenas positivar e consolidar a interpretação dada pelos Tribunais, no sentido de que é desnecessária a autenticação dos documentos juntados com a inicial ou nos agravos de instrumento dos Arts. 525 e 544 do CPC, prevalecendo a presunção *juris tantum* de veracidade. 5. Agravo regimental improvido”.

apto, para impugnar o pronunciamento que tem a atividade programada de colocar fim ao processo (sentença).

Quanto ao seu procedimento, relevante observarmos que é interposta no juízo *a quo* e, após o devido processamento, é remetida para ser julgada perante o juízo *ad quem*.

Em suma, havendo uma sentença (CPC, Art. 162, § 1º), o mecanismo de impugnação correspondente é o recurso de apelação (CPC, Art. 513).

Após constataremos os principais aspectos da apelação, doravante adentraremos, propriamente, a interação deste recurso com o efeito antecipativo.

O efeito antecipativo é imprescindível, para realizar o acesso à justiça do jurisdicionado, quando presentes os seus pressupostos. Essa realidade ganha relevo na apelação, pois este recurso tem o escopo de impugnar o pronunciamento que, em regra, é programado para entregar a tutela jurisdicional definitivamente.

Ora, no caso de a sentença ter sido equivocada, a parte teria que amargar a indesejável espera por anos e anos, até o julgamento da respectiva apelação.

Da mesma forma, o efeito suspensivo advindo da apelação interposta pelo réu para impugnar a sentença de procedência (proferida corretamente) prejudicará mais o autor.

Além disso, o legislador ordinário não delineou o procedimento para a obtenção do efeito antecipativo da apelação (ao contrário do agravo de instrumento), limitando-se a mencionar a sua existência (CPC, Art. 558, parágrafo único).

Havendo essa omissão, estamos diante da necessidade de tutela diferenciada que deve ser buscada, primeiramente, nos mecanismos constantes no sistema recursal.

É tal como adverte Donaldo Armelin (2002, p.53), ao expressar que:

Concluindo, impende observar que a doação de tutela diferenciada influi diretamente na celeridade processual apenas no primeiro grau de jurisdição. Por isso mesmo deve ser conjugada com outras medidas que também provoquem o mesmo efeito no procedimento recursal, ou que retirem dos recursos efeito suspensivo relativamente aos provimentos emergentes desse tipo de tutela.

Nesse contexto, a admissão da medida antecipada recursal como um efeito da apelação se mostra importante para uma melhor sistematização na busca pela tutela jurisdicional.

O *caput* do Art. 520 do CPC elege o efeito suspensivo *dependente (natural)*, como regra no recurso de apelação, entretanto o mesmo dispositivo cria situações de exceção a esta regra, em seus incs. I a VII, isto é, nesses casos a apelação não terá suspensividade.

Cumulativamente, o parágrafo único do Art. 558 do CPC determina que o pedido de efeito suspensivo possa ser concedido nas mencionadas hipóteses previstas nos incs. do Art. 520 do CPC, ou seja, quando a apelação apenas for recebida no efeito devolutivo, ao expressar:

Art. 558: O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único: Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do Art. 520.

Esta redação não deixa dúvida sobre a possibilidade de atribuição do efeito suspensivo *dependente*, ao recurso de apelação. Existem, entretanto, outras ações que também comportam o recebimento da apelação no efeito meramente devolutivo e não estão no rol trazido pelos incs. do Art. 520 do CPC.

Nesse sentido, temos – dentre outras – as sentenças, a saber: a) proferida na interdição (CPC, Art. 1.184); b) de procedência de despejo (Lei nº 8.245/91, Art. 58, inc. V); c) proferida no mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, Art. 12, parágrafo único).

Isso nos leva à inevitável indagação: O rol constante nos incs. do Art. 520 do CPC é taxativo ou exemplificativo?

Inicialmente, salientamos que tanto o anteprojeto de Alfredo Buzaid (Art. 605) quanto o projeto definitivo (Art. 572) apenas previam a suspensão pelo relator, sendo que o parágrafo único do Art. 558 do CPC foi criado e inserido no mencionado dispositivo pelo Senado.

Nada obstante a louvável intenção do legislador, houve manifesta impropriedade técnica, pois o aludido dispositivo não guardava relação com a matéria versada no capítulo VII do CPC - referente à ordem dos processos no tribunal. Por essa razão, a Comissão de Reforma esvaziou o seu conteúdo e colocou em seu lugar a atual redação trazida pela Lei nº 9.139/95.

Nessa seara, logo após a vigência da Lei nº 9.139/95, vozes autorizadas na doutrina afirmaram que o rol das hipóteses do Art. 520 do CPC seria taxativo (e não exemplificativo), pois esgotaria as possibilidades, portanto não haveria margem para a aplicação da interpretação ampliada (WAMBIER, 2000, p.248). Existe, inclusive, acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nesse sentido³⁸. Dentro desse

38. Tribunal de Justiça-SC, 1ª Câmara Cível, Agravo Regimental nº 96.004072-2, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 27/08/96, Juris Síntese nº 805917, expressando: “No magistério de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, tratando-se de norma de caráter excepcional, o Art. 558, parágrafo único do CPC, na sua atual redação, impõe-se interpretado restritivamente. Destarte, apenas no referente às apelações interpostas das sentenças prolatadas nas causas referidas no Art. 520 do mesmo Código está autorizada a concessão de efeito suspensivo, através de agravo. Em todas as demais hipóteses, entre as quais se inserem

contexto, se o interessado pretendesse atribuir o efeito suspensivo à apelação (em hipótese alheia ao rol do Art. 520 do CPC), deveria socorrer-se do mandado de segurança (desde que os seus pressupostos estivessem presentes e passíveis de demonstração pré-constituída).

Registramos a mudança de posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier, que passou a admitir o efeito suspensivo em situações alheias aos incs. do Art. 520 do CPC, diante da necessidade de o sistema jurídico ser interpretado em seu conjunto, ao expressar:

Hoje, parece-nos ser esta a opinião mais acertada, já que o sistema jurídico positivo deve ser interpretado como um todo. Por isso, na verdade, os outros casos a respeito dos quais o legislador dispõe em leis extravagantes são como se fossem outros incs. do Art. 520, que apenas formalmente não estão ali (WAMBIER, 2000, p.310).

Igualmente, Valentina Jungmann Cintra Allá (1998, p.165) sustenta que a mencionada determinação deve ser estendida para todas as demais hipóteses do sistema processual civil, ante a necessidade de ser interpretado ampliativamente, pois atribui a oportunidade de o juiz voltar a aplicar a regra geral da suspensividade recursal.

Em nosso entendimento, obviamente, o legislador falhou ao redigir o projeto de lei que redundou no parágrafo único do Art. 558 do CPC.

Não há como negarmos a concessão do efeito suspensivo para todas as hipóteses de recebimento da apelação no efeito meramente devolutivo (inclusive as que forem alheias ao rol do Art. 520 do CPC), desde que seja relevante o fundamento, bem como possa resultar lesão grave e de difícil reparação³⁹.

Os argumentos que nos conduzem a essa conclusão são: a) o uso de tutela diferenciada para garantir o acesso à justiça deve aproveitar ao máximo os mecanismos

os ataques recursais às sentenças que acolhem as ações de despejo, o efeito suspensivo somente poderá ser obtido através de mandado de segurança, e exclusivamente quando o ato decisório for ilegal e abusivo, implicando em violação do direito da parte”.

39. Em consonância o acórdão do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, 3ª Turma, Agravo nº 2003.02.01.002716-3, Rel. Juiz Fed. Conv. José Neiva, DJU de 25/02/05, p. 213, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL – EFEITO SUSPENSIVO APELAÇÃO DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – MILITAR – PENSÃO ESPECIAL – EX-COMBATENTE – 1 – Agravo de Instrumento que objetiva atribuir efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto nos autos do Mandado de Segurança ensejar a suspensão da execução da sentença proferida pelo r. Juízo a quo, que ajustou as pensões dos associados da agravada, para o montante equivalente ao percebido por segundo-tenente das Forças Armadas, determinando o seu imediato cumprimento. 2 – o parágrafo único do Art. 558 do CPC é aplicável ao presente recurso, consideradas a relevância da fundamentação e a possibilidade de resultar lesão grave e de difícil reparação à economia pública, já que há situação de risco presente na execução possivelmente indevida envolvendo milhares de pensionistas. 3 – É relevante o aspecto de que nem todas as pensionistas fazem jus à pensão especial de ex-combatente, correspondente a 2º Tenente das Forças Armadas, de que trata o Art. 53, III, do ADCT, havendo quem perceba pensão com base na Lei nº 4.242/63, que corresponde à de Segundo Sargento. Tempus regit actum. 4 – Agravo conhecido e provido”.

existentes na legislação e, por conseguinte, causará menor impacto no sistema processual; b) a mencionada interpretação ampliativa viria de encontro ao escopo de eliminar o manejo anômalo do mandado de segurança, além de outorgar maior integração ao sistema jurídico processual (MOREIRA, 2003, p.368).

Em suma, entendemos que: a) a apelação é o único recurso em que o CPC/73 admite expressamente a incidência do efeito suspensivo *independentemente* de requerimento do recorrente; b) também poderá ser concedido o efeito suspensivo *dependente*, ou seja, se estiverem presentes o perigo da demora e a fumaça do bom direito; c) ambas as premissas anteriores também nos darão suporte, para adentrarmos, na sequência, ao efeito antecipativo.

Uma situação é a suspensão dos efeitos de uma sentença - que já existe -, e outra é a concessão da tutela antecipada recursal - por meio do efeito antecipativo -, para adiantar os efeitos do julgamento das razões recursais (que ainda não existe).

Essa realidade nos leva a seguinte questão: Tendo em vista que o parágrafo único do Art. 558 do CPC somente se refere à concessão do efeito suspensivo *dependente* à apelação, é possível aplicarmos esse dispositivo também em relação ao efeito antecipativo?

Para auxiliar essa nossa investigação, vamos trazer um caso prático que tivemos conhecimento, em que o autor (há muito) litigava por verba de natureza alimentar. Ao sentenciar, por equívoco, o pedido foi julgado improcedente.

Simultaneamente à interposição da apelação, foi postulado pelo deferimento da tutela antecipada recursal. O juiz reconheceu o erro, contudo indeferiu o efeito antecipativo, ante o fundamento de que não poderia inovar no processo.

Interposto agravo de instrumento dessa decisão, no Tribunal Regional Federal da Terceira Região, o relator converteu o mencionado recurso em retido (CPC, Art. 527, inc. II), ante a alegação de que, após a sentença, seria inadmissível a interposição de agravo de instrumento, por força do Art. 523, § 4º, do CPC.

Na sequência, esse pronunciamento do relator foi impugnado por agravo interno, mas isso não importa para este estudo. O relevante é sopesarmos se estas razões do relator subsistem em nosso sistema processual civil, para não admitir o efeito antecipativo.

Com o devido respeito, pensamos que está absolutamente equivocado esse posicionamento.

A propósito, de modo oposto a esta decisão, Teresa Arruda Alvim Wambier (2000, p.268) defende a interpretação ampliativa, para conjugarmos o Art. 273 do CPC com o parágrafo único do Art. 558, ao expressar:

TUTELA ANTECIPADA

Este pedido pode, sim, ser formulado, mas com base no Art. 273, pois o que se pede é, na verdade, a antecipação da tutela recursal. Assim não poderia deixar de ser, até por causa do princípio da isonomia. Afinal, a parte que não obtém a providência pleiteada não pode ficar em situação de desvantagem em relação àquela que recorre de decisão que concedeu a providência a seu ex-adverso. Esta poderia obter o efeito suspensivo da decisão que concedeu a medida à outra parte, mas a que a pediu, não a tendo obtido, teria de esperar até o julgamento do recurso. Esta disparidade de tratamento não se harmoniza com o sistema do Código e o correto é considerar-se que a parte possa obter a providência equivalente, ainda que com base em outro dispositivo legal, o que nos parece absolutamente circunstancial e secundário.

Em nosso entendimento, na presença dos seus respectivos pressupostos, deverá ser concedido o efeito de incidência *dependente* adequado - antecipativo ou suspensivo - pelas seguintes razões:

a) ainda que não existisse o Art. 558 do CPC, o efeito antecipativo é cabível com fundamento no princípio do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, XXXV). Assim, o § 4º do Art. 523 do CPC não se aplica, primeiro, porque foi revogado pela Lei nº 11.187/05, segundo, pois, mesmo antes dessa revogação, a anterior redação permitia a interposição do agravo de instrumento em relação ao pronunciamento que dispõe sobre os efeitos da apelação e, terceiro, porque a norma infraconstitucional não pode criar embaraços para a efetiva entrega da tutela jurisdicional;

b) por se tratar de disposição sobre direito fundamental (efetividade), o parágrafo único do Art. 558 do CPC deve ser interpretado ampliativamente e, em conjunto, com o Art. 273 do CPC;

c) se pode ser dado provimento ao mérito recursal (CPC, Art. 557, § 1º-A), não há como negarmos o poder para a concessão de mero efeito antecipativo (que é provisório);

d) se o juiz a *quo* pode conceder a tutela antecipada em sede de cognição sumária, o tribunal também poderá deferir o efeito antecipativo à apelação, pois, em regra, a cognição será exauriente, e a matéria lhe foi devolvida (efeito devolutivo);

e) a efetividade dos recursos e a consequente redução da impetração anômala da ação mandamental é um dos escopos do legislador reformista⁴⁰;

40. Decidindo pela impossibilidade de mandado de segurança, para obter efeito suspensivo à apelação, justamente porque há essa previsão no ordenamento, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.021, Rel. Min. José Delgado, DJU de 11/04/05, p. 178, com ementa expressando: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PETIÇÃO EM OUTRO MANDAMUS NÃO-IMPUGNADO POR RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SÚMULA Nº 267/STF. PRECEDENTES. 1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança contra acórdão que julgou a impetrante carecedora de ação mandamental ofertada no Tribunal recorrido por entender que o remédio heróico é meio instrumental inadequado a impugnar decisão singular, a qual deveria ser atacada via agravo de

f) esta solução causa menor oneração às partes e ao próprio Judiciário, pois aproveita o mesmo procedimento destinado ao pleito de efeito suspensivo *dependente*;
 g) não podemos perder de vista que ambos estes efeitos incidem de forma igual (*dependente*), isto é, são duas faces da mesma moeda, embora tenham conteúdo e consequências diferentes.

Diante do exposto, a apelação poderá ter efeito suspensivo e antecipativo (conforme o caso concreto), inclusive, nas hipóteses alheias ao rol do Art. 520 do CPC. Desde já, ressaltamos que são idênticos os ritos para a atribuição, ao recurso de apelação, dos efeitos antecipativo e suspensivo *dependente*, pois ambos têm a mesma incidência (*dependente*), além de usarem o mesmo dispositivo para serem processados (parágrafo único do Art. 558).

Registramos que esta semelhança se refere apenas ao procedimento, pois os pressupostos e consequências são diferentes em relação a cada efeito.

Para aferirmos a importância desse tema, basta imaginarmos os danos advindos do equívoco de uma sentença de improcedência de pedido de sequestro de bens (que estavam na iminência de serem dissipados), deduzido em processo cautelar. Ora, o aguardo pelo julgamento do recurso implicará na inutilidade da tutela jurisdicional, pois o réu já terá *acabado* com o patrimônio que deveria ser objeto do acautelamento.

Outro exemplo, em situação inversa (em que há necessidade do efeito suspensivo *dependente*), é o caso de uma sentença cautelar proferida erroneamente em detrimento do requerido. Por consequência, a respectiva apelação será recebida no efeito meramente devolutivo, permitindo a imediata – e, nessa situação, indesejável – produção de efeitos da sentença.

Feitas essas considerações, já é possível delimitarmos o objeto investigado nesse tópico, ou seja, a competência para a postulação do efeito antecipativo na apelação.

instrumento. 2. Como regra geral, não se deve admitir o mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, visto que a ação cautelar e agora o pedido de efeito suspensivo, este previsto tanto para o agravo de instrumento (Arts. 527, II, e 588 CPC) quanto para a apelação quando desprovida do referido efeito (Arts. 520 e 558, parágrafo único, CPC), revelam-se mais adequados para tutelar a situação. O *mandamus* não pode substituir o recurso adequado e, se este foi interposto, não pode justificar o exame da pretensão nela manifestada em sede diversa daquela recursal. 3. Apesar do que estabelece a Súmula nº 267/STF e de, tecnicamente, ser mais adequada a utilização da ação cautelar, a jurisprudência passou a admitir, sempre que houvesse perigo de dano de difícil reparação, o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo, em regra, apenas, para o fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso dele desprovido. 4. Entretanto, desde o advento da Lei nº 9.139, de 30/11/95, que deu nova redação ao Art. 558 do CPC, e, nos casos em que a execução da providência judicial questionada possa provocar lesão grave e de difícil reparação, permitiu-se ao relator atribuir efeito suspensivo tanto ao recurso de agravo de instrumento, como ao de apelação dele desprovido. Não se justifica mais o referido entendimento e, portanto, o mandado de segurança não deve ser admitido em hipóteses como a dos autos. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior. 5. O entendimento jurisprudencial pacífico desta Corte é no sentido de admitir o mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso que não o tem, desde que teratológica a decisão impugnada ou se demonstre a presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, incorrentes no presente caso. Aplicação da Súmula nº 267/STF: 'Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção'. 6. Recurso não provido".

Em sentido amplo, ressaltamos a existência de três correntes inerentes à forma de postular pela aplicabilidade do parágrafo único do Art. 558 do CPC, a saber: a) a *primeira* defende que o efeito deve ser postulado perante juízo a *quo*; b) a *segunda* entende que deve ser requerido no juízo *ad quem*; c) a *terceira* – que pode ser rotulada de *intermediária* – salienta que o efeito de incidência *dependente* pode ser pedido tanto no juízo a *quo* quanto no *ad quem*.

O principal embasamento da *primeira* corrente reside na preclusão, pois a competência para declarar os efeitos é do juízo a *quo*. Logo, se o referido efeito não foi postulado, estaria ultrapassado o prazo para essa finalidade.

Nessa linha de raciocínio, há acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, expressando com ementa:

CIVIL E PROCESSO CIVIL – EMBARGOS – APELO – EFEITO SUSPENSIVO – PRECLUSÃO – EXECUÇÃO – EXCESSO – NORMALIDADE – NULIDADE – 1. Consoante o parágrafo único do Art. 558 do CPC, pode-se conferir, excepcionalmente, efeito suspensivo ao recurso de apelação. Todavia, necessária a interposição, no momento oportuno, de agravo de instrumento. 2. Ausente inconformismo hábil e tempestivo contra a decisão que recebeu o apelo apenas no efeito devolutivo, não há viabilidade para, na sede apelatória, perseguir a suspensão dos efeitos do julgado, em virtude da preclusão [...] ⁴¹.

A *segunda* corrente tem como principais argumentos a posição topográfica do parágrafo único do Art. 558 do CPC, bem como a sua redação, pois determina a aplicação da suspensividade em relação à apelação, na forma do *caput* do mesmo dispositivo. Por sua vez, o referido *caput* menciona que a competência para atribuir o efeito suspensivo será do relator.

Em outras palavras, para essa corrente, a competência seria do tribunal (e não do juiz da causa), pois – ao contrário do disposto na anterior redação do Art. 558, parágrafo único – o mencionado dispositivo encontra-se inserido topograficamente no livro I do CPC (relativo ao processo de conhecimento), do título X (inerente aos recursos), do capítulo VII (referente à ordem dos processos no tribunal).

Defendendo essa corrente (mas sob o embasamento de que a sentença esgotaria a atividade do juízo a *quo*), Teori Albino Zavascki (2005, p.83) sustenta o cabimento do mandado de segurança para postular pelo efeito de incidência dependente, ao expressar:

E se a situação de perigo ocorrer após a sentença, mas antes da subida dos autos ao tribunal? Nesse caso, ressalvada a especialíssima hipótese do Art. 296 do Código de Processo Civil, a competência será também do tribunal, pois o juiz de primeiro grau, tendo proferido sentença, já completou sua atividade, não mais podendo inovar no processo.

41. Tribunal de Justiça-DF, 1ª Turma Cível, Apelação nº 20020150010109–DF, Rel. Des. Valter Xavier, DJU de 23/10/02, p. 41.

Quanto à *terceira* corrente (intermediária), que goza de boa aceitação na seara jurídica, tem como principais argumentos: a) a impossibilidade de desprezo à competência do juízo a quo, para deliberar sobre os efeitos recursais (CPC, Art. 518); b) a competência do tribunal para julgar as razões recursais⁴².

Adotando essa corrente, Nelson Nery Júnior (2004, p.456) afirma que o parágrafo único do Art. 558 “[...] estende a possibilidade de o juiz de primeiro grau, ou o relator no tribunal, conceder efeito suspensivo ao recurso de apelação, nos casos do CPC”.

Justamente por admitir a competência de ambos os juízos (*a quo* e *ad quem*), para atribuir o efeito de incidência *dependente*, há certa celeuma em relação ao momento em que termina a competência do juízo prolator da sentença, para ser iniciada a do tribunal.

Para William Santos Ferreira (2000, p.277), há dois momentos que devem ser considerados para a fixação do juízo competente para deliberar sobre o efeito de incidência *dependente*. O primeiro que vai da sentença até a interposição da apelação, e o segundo que se estende da apelação até a chegada no tribunal.

Desse modo, o Autor defende que: a) no primeiro momento, a competência é do juízo a *quo*, pois decorre do poder geral de cautela, e, por sua vez, o parágrafo único do Art. 800 do CPC apenas admite a cautelar após a interposição do recurso; b) no segundo momento, a competência será do relator.

Acreditamos que a corrente intermediária é a mais adequada, porque a apuração do juízo competente, para deliberar sobre o efeito de incidência *dependente*, deverá seguir a mesma regra adotada para os demais efeitos recursais (uma vez que o efeito antecipativo está inserido nesse rol).

Por essa razão, não há qualquer ofensa ao Art. 463 do CPC (que impede a inovação do juiz a *quo* após ter proferido a sentença), ao decidir sobre o pedido de tutela

Nesse sentido o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça-SC, 1ª Câmara Cível, Agravo Regimental nº 98.012557-0, Rel. Des. Pedro Manoel de Abreu, j. em 12/11/98, Juris Síntese nº 805241, expressando: “[...] A norma do Art. 558, parágrafo único do CPC, admite a concessão de efeito suspensivo às apelações que excepcionalmente não o tenham (CPC, Art. 520). Interposta a apelação, pode o magistrado, em primeiro plano, dar o efeito suspensivo, já que tem ele o juízo de admissibilidade diferido do recurso. Como a competência para proferir, de forma definitiva, esse juízo de admissibilidade é do tribunal, com muito maior razão pode o relator, conferir o efeito suspensivo, se a parte o requerer e se estiverem presentes os requisitos do Art. 558, *caput*. À vista do disposto no Art. 558, *caput*, e parágrafo único do CPC, salvo o caso de gritante violação de lei e lesão de difícil reparação, não se admitirá mandado de segurança contra sentença ou decisão de primeiro grau, porque em todas elas poderá ser obtido efeito suspensivo ao recurso, sem necessidade de impetração do writ com essa finalidade, a teor da Súmula nº 267, do STF”

antecipada recursal, à medida que possui a competência para decidir sobre os efeitos recursais (como é o caso do antecipativo), conforme previsto no Art. 518 do CPC.

Além disso, não contraria o nosso raciocínio o fato de o *caput* do Art. 558 do CPC indicar que o relator atribuirá o efeito de incidência *independente*, pois ele deve ser aplicado apenas no que for cabível, em relação à apelação.

Isso significa que, realmente, é cabível a competência do tribunal para atribuir esse efeito ao agravo de instrumento, pois este recurso é interposto diretamente no tribunal (CPC, Art. 524). Esta parte do dispositivo, todavia, não é cabível em relação à apelação, pois é interposta perante o juízo a *quo* (CPC, Art. 514).

Sendo assim, o recorrente deverá requerer o efeito antecipativo juntamente com a interposição da apelação e, preferencialmente, na própria petição do recurso. A propósito, essa é uma das grandes vantagens de enquadrarmos o instituto da tutela antecipada recursal como um efeito do recurso, pois permite uma melhor sistematização do procedimento, para obtê-la, até mesmo, pela aplicação do Art. 518 do CPC, nessa hipótese.

Vale ressaltar, todavia, como bem lembra João Batista Lopes (2003, p.119), a concessão da medida antecipativa recursal pode ser necessária após a interposição da apelação.

Nessa situação em que a apelação já foi interposta, o efeito de incidência *dependente* deverá ser postulado perante o tribunal competente.

Cumulativamente, não procede a argumentação de que estaria preclusa a decisão do juízo a *quo* inerente ao recebimento da apelação sem o efeito de incidência *dependente* pretendido, pois, se o juízo *ad quem* pode dar provimento às razões recursais, inclusive isoladamente, pelo relator (CPC, Art. 557, § 1º-A), com muito mais razão poderá conceder ou modificar o efeito de incidência *dependente*⁴³.

43. Adotando raciocínio semelhante, o acórdão proferido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil-SP, 3ª Câmara, Agravo de Instrumento nº 1.235.288-8—São Roque, Rel. Juiz Carvalho Viana, j. 21/10/03, Boletim Juris Síntese IOB nº 69000549, com ementa expressando: “RECURSO – Apelação – Efeitos – Recebimento, apenas no efeito devolutivo, de apelação interposta contra rejeição de embargos do devedor opostos à execução de honorários – Controvérsia acerca do valor da execução – Apelo que deve ser recebido no efeito suspensivo, para que não haja o levantamento do dinheiro depositado enquanto não houver definição do valor da dívida – Litigância de má-fé não caracterizada – Inocorrência, ainda, da alegada preclusão para o pedido de efeito suspensivo – Agravo de instrumento provido, prejudicado o regimental – Declaração de voto vencedor”. Da mesma forma o acórdão proferido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil-SP, 9ª Câmara, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.237.548-7/01 – São Paulo, Rel. Juiz João Carlos Garcia, j. 14/10/03, Boletim Juris Síntese IOB, nº 69000961, com ementa expressando: “RECURSO – Apelação – Interposição contra sentença que deferiu antecipação de tutela – Alegação de preclusão, pela não interposição de agravo de instrumento – Controvérsia quanto ao cabimento do recurso, se apelação, se agravo – Cabimento de apelação, por se caracterizar capítulo de sentença a antecipação da tutela – Adequação da medida cautelar para sustar os efeitos da concessão da tutela – Preliminar de carência de ação afastada – Recurso não provido. Medida cautelar – Liminar – Concessão para conferir efeito suspensivo à apelação, especificamente na parte que deferiu a tutela rescisória do contrato de franquia – Natureza da cautelar de preservação do processo – Garantia do resultado útil e justo do processo, que prescinde de ampla comprovação dos fatos alegados – Pretensão das autoras de manter os vínculos contratuais, sob pena de liquidação da empresa e do empreendimento – Pretensão das rés de darem o destino que melhor lhes aprouver ao espaço sublocado e destinado à atividade franqueada – Prevalência da boa-fé objetiva e da justiça social – Sustação dos efeitos da antecipação da tutela concedida na sentença apelada – Recurso não provido”.

Não podemos perder de vista que o conhecimento da matéria impugnada foi devolvido ao juízo *ad quem*, e, por essa razão, também foi remetido o poder para dispor sobre o efeito antecipativo.

Por fim, se a apelação já estiver sido levada à mesa, estará esgotada a função do relator, e a competência para decidir sobre esse efeito será do presidente ou vice, pré-definido pelo regimento interno do respectivo tribunal.

Se a urgência, entretanto, não admitir que seja aguardado pela distribuição do recurso a um relator, será o caso de interposição de ação autônoma que entregará a tutela de forma mais efetiva. Se ambas as ações surtirem o mesmo efeito prático, então, a escolha deverá recair, preferencialmente, sobre a cautelar, pois está mais amoldada ao sistema recursal.

Traçados esses aspectos, concluímos que a terceira corrente (intermediária) é a melhor para fixar o juízo competente, para decidir sobre o pedido de efeito de incidência *dependente* (parágrafo único, do Art. 558 do CPC), devendo ser vista nas etapas, a saber: a) do momento em que a sentença foi prolatada até a interposição do recurso de apelação, o pedido deverá ser formulado perante o juízo *a quo*; b) após, a competência pertencerá ao tribunal, que será representado pelo relator a partir da distribuição até a remessa do recurso a mesa para julgamento, e, fora desse período, o pleito deverá ser decidido pelo presidente ou vice, definido previamente pelo regimento interno, para conhecer dos eventuais recursos extraordinários e especiais - salvo se forem interpostos embargos infringentes, pois remeterão a competência ao respectivo relator.

13.2.1. Efeito antecipativo frente ao Art. 285-A do CPC

A Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2.006, inseriu o Art. 285-A no CPC, que expressa:

Art. 285-A: Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º – Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º – Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Não adentraremos à duvidosa constitucionalidade desse dispositivo, pois ultrapassa os limites desse estudo. Assim, partiremos do comando trazido nessa norma, que permite a decretação da improcedência da ação, sem a citação do réu, quando a matéria for de direito e o juiz já tiver julgado outros casos iguais.

Em verdade, estamos diante de uma espécie de *sentença vinculante*, com menos força que a súmula vinculante, pois poderá ser impugnada por apelação.

Com esse quadro, se houver equívoco na sentença de improcedência do pedido [proferida nos termos do Art. 285-A], o autor poderá apelar e pedir pela concessão do efeito antecipativo, devendo demonstrar os pressupostos do Art. 273 do CPC (gerais e específicos). Nessa situação, é de rigor a concessão do efeito antecipativo ao recurso de apelação, na presença dos requisitos do Art. 273 do CPC.

Por outro lado, no tocante aos pressupostos específicos, o referido efeito apenas poderá ser concedido com fundamento no perigo da demora, pois, como o réu ainda não foi citado, não há do que se cogitar na presença dos demais pressupostos, quais sejam: o *incontroverso* e a protelação.

Vamos exemplificar por meio das inúmeras ações aforadas em relação às empresas concessionárias de telefonia fixa, as quais questionam a ilegalidade da cobrança da assinatura mensal da linha telefônica.

Caso um juiz que já tenha proferido inúmeras sentenças de improcedência desse pedido venha a receber outra ação semelhante, poderá aplicar a regra do Art. 285-A e, por conseguinte, também julgar improcedente esse pleito, sem citar a parte adversa.

Se a jurisprudência, no entanto, estiver firmada no sentido da ilegalidade da referida assinatura, ou seja, de modo contrário ao decidido pela sentença, praticamente, estará demonstrada a prova inequívoca e a verossimilhança.

Decorre disso que, se o autor demonstrar os demais pressupostos (inclusive o perigo da demora), poderá apelar e também pedir pela concessão do efeito antecipativo.

Em suma, se houver erro do juiz na aplicação do Art. 285-A e se estiverem presentes os pressupostos do Art. 273 do CPC, o autor poderá apelar e também postular pelo efeito antecipativo.

13.3. EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Com o propósito de facilitar a nossa exposição sobre este recurso, inicialmente estudaremos sucintamente a amplitude destes embargos e, após, a incidência do efeito antecipativo.

Nesse item, investigaremos os limites dos embargos declaratórios, pois o efeito antecipativo não pode ultrapassá-los.

Para analisarmos a incidência do efeito antecipativo, é relevante delimitarmos os pronunciamentos que podem ser impugnados por meio desse recurso.

Emerge daí a indagação, a saber: Os embargos declaratórios poderiam ser interpostos em relação a qualquer pronunciamento judicial?

É inegável que a redação do Art. 535 do CPC, ao mencionar apenas a sentença e o acórdão, causava demasiada confusão sobre a possibilidade de interposição dos embargos declaratórios, para impugnar o despacho e a decisão interlocutória.

Tanto é que já existiu acórdão no Superior Tribunal de Justiça, restringindo o uso do aludido recurso à sentença e ao acórdão⁴⁴.

Cabe ressaltarmos que o legislador perdeu uma ótima oportunidade de solucionar esse impasse, por meio da Lei nº 8.950, de 13/12/94, a qual deu nova redação ao Art. 535, passando a expressar:

Art. 535: Cabem embargos de declaração, quando:

I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

A propósito, ressalva José Carlos Barbosa Moreira (2003, p.302) que é de rigor a aceitação deste recurso em relação a todos os pronunciamentos, independentemente dessa reforma legislativa, pois os vícios advindos da falta de clareza não podem ficar sem solução, inclusive no tocante aos despachos de mero expediente, ao expressar: “Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, o qualifique de ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração”.

Adotamos a mesma conclusão, ou seja, mesmo na redação primitiva do CPC/73, era (como continua sendo) admissível o cabimento deste recurso em relação a qualquer pronunciamento, pelos seguintes argumentos: a) a garantia de o jurisdicionado receber a tutela jurisdicional, de forma clara, decorre do Estado de direito; b) se há possibilidade de o juízo incorrer em falta de clareza na sentença ou no acórdão (que exigem maior atenção para a elaboração), com muito maior razão, esses erros podem surgir em relação às decisões interlocutórias, pois, de modo geral, exigem menos atenção do julgador (e por essa razão a margem de erro é maior).

Felizmente – na atualidade –, o Superior Tribunal de Justiça modificou o seu posicionamento e tem aceitado essa necessária amplitude dos embargos declaratórios⁴⁵. Aliás, a ementa abaixo salienta bem a impossibilidade de interpretarmos

44. Nesse sentido, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 4.316, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 24/10/94, p. 28.728, com ementa expressando: “MANDADO DE SEGURANÇA. CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NÃO CONHECIDOS. REVISÃO, PELO JUIZ, DE MANIFESTAÇÃO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. LIVRE CONVENCIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. Cabem embargos declaratórios das sentenças e não de simples despachos interlocutórios. Ao não conhecer dos embargos, nada impedia que o magistrado reapreciasse a manifestação anterior, já que a liminar tem caráter de provisoriedade, podendo ser revogada a qualquer tempo. Decisão fundamentada, fruto do livre convencimento do juiz, deve ser reexaminada no agravo, ou mesmo na cautelar, mas não na via excepcional do mandado de segurança”.

45. Nesse sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo Regimental no REsp nº 652.743, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 21/02/05, p. 188, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA

literalmente o Art. 535 do CPC (sob pena de violação da sistemática do CPC estabelecida pela Lei nº 9.756/98), ao expressar:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. PRECEDENTES. 1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual não cabem embargos declaratórios de decisão interlocutória e que não há interrupção do prazo recursal em face da sua interposição contra decisão interlocutória. 2. Até pouco tempo atrás, era discordante a jurisprudência no sentido do cabimento dos embargos de declaração, com predominância de que os aclaratórios só eram cabíveis contra decisões terminativas e proferidas (sentença ou acórdãos), não sendo possível a sua interposição contra decisões interlocutórias e, no âmbito dos Tribunais, em face de decisões monocráticas. 3. No entanto, após a reforma do CPC, por meio da Lei nº 9.756, de 17/12/98, DOU de 18/12/98, esta Casa Julgadora tem admitido o oferecimento de embargos de declaração contra quaisquer decisões, ponham elas fim ou não ao processo. 4. Nessa esteira, a egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de ser cabível a oposição de embargos declaratórios contra quaisquer decisões judiciais, inclusive monocráticas e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal, não se devendo interpretar de modo literal o Art. 535, CPC, vez que atritaria com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual (REsp nº 159.317/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 26/04/99) 5. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior. 6. Recurso provido⁴⁶.

Em suma, os embargos de declaração têm natureza recursal, bem como são cabíveis em relação a todos os pronunciamentos judiciais.

Como os efeitos *dependentes* - antecipativo e suspensivo - têm o mesmo procedimento de incidência - embora os seus pressupostos e consequências sejam diversos -, investigaremos a suspensividade, com o propósito de facilitar o nosso raciocínio sobre o efeito antecipativo.

Interessante salientarmos que o CPC/73 é omissivo em relação ao efeito suspensivo desse recurso. Em verdade, apenas afirma que interrompe o prazo para a interposição dos demais recursos (CPC, Art. 538), ou seja, dispõe sobre a interrupção do prazo recursal (e não propriamente dos efeitos do pronunciamento impugnado).

DECLINATÓRIA DE FORO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CABIMENTO EM TESE. INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. TEMPESTIVIDADE DO ULTERIOR AGRAVO DE INSTRUMENTO. I. Em princípio, de acordo com o entendimento mais moderno do STJ, cabem embargos declaratórios contra qualquer decisão judicial, ainda que interlocutória. II. Ocorrendo a interrupção do prazo com o aviamento dos embargos tempestivamente, a interposição do ulterior agravo de instrumento se fez dentro do prazo legal. III. Agravo regimental improvido”.

46. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 478.459, Rel. Min. José Delgado, DJU de 31/03/03, p. 175.

Por seu turno, diante dessa realidade, indagamos: Os embargos declaratórios têm o efeito suspensivo?

Para José Carlos Barbosa Moreira (2003, p.210), os embargos de declaração são dotados de suspensividade, pois, como este efeito seria regra no sistema processual civil recursal, o seu afastamento apenas poderia ocorrer por meio de exceção expressamente prevista na lei.

A mesma opinião é adotada por Ada Pellegrini Grinover (2000), embora fundamente o seu posicionamento na impossibilidade de a tutela se completar antes do esclarecimento do pronunciamento. Desse modo, o efeito suspensivo seria gerado pela impossibilidade da interposição de outro recurso (que não seja os aludidos embargos), para impugnar a decisão incompleta.

Depois de profunda reflexão sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p.87) conclui que este recurso apenas terá o efeito suspensivo, se a parte pedir ao juiz com embasamento na impossibilidade de a decisão ser cumprida sem o acolhimento destes embargos.

Após sopesarmos esses posicionamentos, concordamos com a tese de Teresa Arruda Alvim Wambier (2005), por isso passamos a ajustá-la para um dos escopos deste nosso estudo, ou seja, a diferenciação das formas de incidência dos efeitos recursais.

Com esse procedimento, concluímos que é incabível a incidência do efeito suspensivo *independente* (que não depende de requerimento do embargante) em relação aos embargos declaratórios. Apenas seria possível o efeito suspensivo dependente (que depende dos pressupostos para poder ser concedido, isto é, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*).

Esse raciocínio afasta a impossibilidade de cumprimento de tutela incompleta, bem ponderada por Ada Pellegrini Grinover, pois é justamente esta incompletude que materializa o *fumus boni iuris* necessário para a concessão do efeito suspensivo.

Por outro lado, também não se aplica a suspensividade *independente* como regra, por dois motivos. O *primeiro* reside no escopo de apenas integrar o pronunciamento embargado deste recurso, por isso, somente se já gerava efeitos anteriores aos embargos, continuará produzindo (do contrário não). O *segundo* reside na excepcionalidade da suspensividade *independente*, ou seja, o único recurso que possui este efeito é a apelação, assim mesmo, nas hipóteses alheias ao rol dos incs. do Art. 520 do CPC.

Ademais, esse pensamento impede que a parte adversa interponha inúmeros embargos declaratórios apenas com o propósito de adiar o cumprimento do pronunciamento judicial.

Nesse contexto, somos levados a concluir que os embargos declaratórios

têm efeito suspensivo, mas apresentam as peculiaridades, a saber: a) apenas incidem de modo *dependente*, pois fica condicionado ao pedido do recorrente, demonstrando a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*; b) o *fumus boni iuris* reside na comprovação da impossibilidade de cumprimento do pronunciamento sem o provimento das razões recursais; c) o *periculum in mora* se materializa pela possibilidade de danos advindos da rejeição da suspensividade.

No que tange aos efeitos modificativos, esse item guarda relação com o nosso tema, pois o *calibre* dos efeitos que podem ser antecipados aumenta proporcionalmente conforme são elevadas as hipóteses de incidência dos embargos declaratórios. Por conseguinte, a inversão do pronunciamento impugnado (chamada de efeito modificativo ou infringente na seara jurídica), criada por este recurso, aumentará a amplitude do efeito antecipativo.

Com esse pano de fundo, lembramos que a característica de apenas integrar ou esclarecer a decisão judicial - sem modificar o resultado - é regra nos embargos declaratórios.

Também é verdade que – excepcionalmente –, em razão dessa integração do pronunciamento (ou esclarecimento), o resultado pode ser alterado, ou seja, os embargos declaratórios podem ter efeitos modificativos.

Esses efeitos podem ocorrer, por exemplo, se a sentença for omissa em relação a um aspecto suficiente para modificar o resultado do julgamento. Aliás, em certa ocasião, vivenciamos uma situação que ilustra bem essa realidade, pois impugnamos tempestivamente os embargos do devedor aforado pela parte adversa. O cartório, contudo, não juntou a impugnação, bem como certificou erroneamente que teria transcorrido o respectivo prazo.

Diante dessa pseudo-revelia, foi prolatada a sentença de procedência dos pedidos deduzidos nos embargos. No intuito de aclarar esse julgado, interpusemos embargos declaratórios que foram rejeitados pelo juiz sob o pretexto de que não poderia inovar, embora reconhecesse a sucessão de erros da serventia, além de determinar a instauração de sindicância, para apurar a responsabilidade administrativa no cartório (de ofício).

Por certo, impetramos mandado de segurança, para impugnar esse pronunciamento. Nesse exemplo, o importante é constatarmos a presença de uma situação em que, irrefutavelmente, o juiz deveria conhecer dos embargos, para lhe atribuir efeito modificativo e, por conseguinte, anular a sentença. Se o uso excepcional dos efeitos modificativos permite a efetividade, não podemos desprezar que a *banalização* dessa finalidade dos embargos de declaração comprometerá a segurança jurídica advinda dos pronunciamentos judiciais.

Daí a relevância de buscarmos os critérios para a definição das hipóteses que poderiam ser objeto do efeito infringente.

Diante dessa conjuntura, estamos plenamente de acordo com os critérios apresentados por Teresa Arruda Alvim Wambier (2004, p.278), pois delineiam com clareza as três hipóteses que ensejam o efeito modificativo, ao expressar:

1. quando este efeito decorrer das hipóteses 'normais' de cabimento deste recurso, como efeito secundário. O caso mais comum é o suprimento da lacuna na decisão, cujo preenchimento torne inviável a subsistência do resto do julgado;
2. quando houver correção de erro material;
3. quando – e este é o assunto que mais interessa a este estudo – se tratar de decretar de ofício ou a requerimento das partes, formulado nos próprios embargos declaratórios, nulidade absoluta.

Importante registrarmos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴⁷ e do Superior Tribunal de Justiça⁴⁸ tem admitido o efeito modificativo dos embargos declaratórios, nessas situações excepcionais.

Por fim, ressaltamos que a possibilidade de atribuição de efeito modificativo passou a constar expressamente na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por meio da inclusão do Art. 897-A, trazido pela Lei nº 9.957/00.

Com essas considerações, entendemos pela possibilidade da concessão dos efeitos modificativos/infringentes aos embargos, quando a alteração decorrer de uma das situações, a saber: a) omissão, obscuridade ou contradição; b) correção do erro material; c) reconhecimento de nulidade absoluta.

47. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Embargos Declaratórios no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 377.361-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 08/04/05, p. 36, com ementa expressando: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL – DESISTÊNCIA DA AÇÃO APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO – HOMOLOGAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – POSSIBILIDADE – 1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que o impetrante de mandado de segurança pode desistir da ação em qualquer tempo e grau de jurisdição. Precedentes: RE 301.851-AGR-AGR (DJ de 14/11/02) e RE 140.851-AGR (DJ de 14/11/02). 2. Entendimento que deve ser aplicado mesmo quando a desistência tenha sido apresentada após o julgamento do recurso extraordinário, mas antes de sua publicação. Precedente: RE 228.751-AGR-AGR-AGR (DJ de 04/04/03). 3. Embargos de declaração acolhidos para, atribuindo-lhes efeitos modificativos, dar provimento ao agravo regimental”. Com o mesmo posicionamento: Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Embargos Declaratórios no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 306.538-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 10/12/04, p. 41; Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Embargos Declaratórios em REExt nº 216.482-SC, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 02/05/03, p. 37; Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Embargos Declaratórios de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.931-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 19/12/02, p. 127.

48. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Embargos Declaratórios no Agravo Regimental em REsp nº 450.777-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 18/04/05, p. 363, com ementa expressando: “ESPECIAL – EFEITO MODIFICATIVO – HONORÁRIOS PERICIAIS – JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA NO SENTIDO DE QUE DEVEM SER SUPORTADOS PELA PARTE EXEQÜENTE – Embargos de declaração recebidos, com efeitos infringentes, para, nos termos da jurisprudência desta Corte, afastar a condenação da autarquia em honorários periciais”. Com o mesmo posicionamento: Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Embargos Declaratórios em REsp nº 321.290-SC, Rel. Min. Castro Meira, DJU 18/04/05, p. 245; Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Embargos Declaratórios em REsp nº 621.601-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18/04/05, p. 258; Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 578.831-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 28/03/05, p. 190; Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 453.825-MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 21/03/05, p. 383.

Por meio das considerações formuladas até aqui, já podemos constatar a relevância do efeito antecipativo em relação aos embargos, diante dos argumentos, a saber: a) o efeito suspensivo pode prejudicar a parte adversa; b) a matéria que será aclarada pode ensejar a modificação do resultado do pronunciamento embargado; c) a manifestação prévia do embargado poderá impedir a entrega tempestiva da tutela jurisdicional.

Com esse cenário, passamos a analisar a presença do efeito antecipativo nessa modalidade recursal.

Para facilitar o nosso exame, vamos imaginar algumas situações práticas em que esse efeito se justifique.

Uma delas é a situação em que o réu-apelante interpõe embargos em relação ao acórdão que negou provimento à sua apelação. Melhor esclarecendo: a) a ação é julgada procedente; b) após, a apelação do réu (recebida no efeito suspensivo) é improvida; c) no intuito de adiar protelatoriamente a produção de efeitos do julgado, o réu-apelante interpõe embargos de declaração.

Para William Santos Ferreira (2000, p.316), essa hipótese permite que o autor embargado postule pela tutela antecipada recursal, para adiantar os efeitos do julgamento dos embargos declaratórios, inclusive, com fundamento na protelação do embargante (CPC, Art. 273 inc. II).

Estamos de acordo com a possibilidade de o autor requerer a medida antecipativa, contudo ousamos discordar que esse efeito seja inerente aos embargos declaratórios.

Na verdade, embora essa medida antecipada possa ser concedida no âmbito recursal, a rigor, não se trata do efeito antecipativo dos embargos, mas sim da antecipação dos efeitos da sentença proferida em primeiro grau.

Essa eficácia outorgada ao pronunciamento, visando a entregar a tutela jurisdicional de forma efetiva e tempestiva, não se confunde com o efeito antecipativo dos embargos declaratórios.

Esse nosso posicionamento decorre da impossibilidade de o autor pedir pelo efeito antecipativo, tendo em vista que o recurso é da parte adversa, ou seja, o autor é recorrido (e não recorrente). O efeito decorre do recurso e somente poderá ser concedido, se a parte for recorrente.

Concomitantemente, a suspensividade advinda do recebimento da apelação e a sucessiva interposição dos embargos impedem que a sentença produza efeitos. Logo, esses efeitos podem ser antecipados, pois o processo ainda não terminou.

A propósito, há um caso prático ocorrido no Supremo Tribunal Federal que ilustra bem essa situação, pois versa sobre a interposição dos embargos declaratórios,

com o propósito de protelar o cumprimento de acórdão proferido em sede de recurso extraordinário.

Na ocasião, foi dado provimento ao recurso extraordinário para reconhecer o cometimento de crime político e, por conseguinte, cassar o mandato de um vereador⁴⁹.

Esse julgamento ocorreu no dia 31 de maio de 1.995, contudo, graças a três embargos declaratórios protelatários, o vereador exerceu indevidamente o seu mandato até o dia 07 de dezembro de 1.995, isto é, ficou aproximadamente por sete meses recebendo indevidamente dos cofres públicos.

O edil só não ficou mais tempo, pois, ao julgar o terceiro recurso de embargos declaratórios, o Supremo Tribunal Federal concedeu o efeito antecipativo, com fundamento no Art. 273 do CPC, para cumprir imediatamente a decisão de cassação do mandato do vereador - independentemente da publicação do acórdão e do trânsito em julgado⁵⁰.

Interessante transcrevermos o trecho do voto vencedor do Ministro Marco Aurélio, ponderando pela imperiosidade de aplicação do Art. 273 do CPC, na espécie, ao afirmar:

Com esteio nessas premissas, e não subscrevendo a proposta formulada – que, penso, será a prevalente no Plenário – e aplicando as normas do Art. 273 do Código de Processo Civil e do Art. 216 do Código Eleitoral, rejeito os embargos declaratórios, e determino, de imediato, o cumprimento da decisão.

No mesmo sentido, o trecho do voto vencedor do Ministro Moreira Alves ressalta a imprescindibilidade de serem adotadas medidas para resguardar a efetividade da tutela jurisdicional, ao expressar:

Porém, sobre tudo isso, o que mais importa é que estamos em tempos de preocupação, justificadamente obsessiva com a efetividade do processo, e, creio legítimo e necessário que o Supremo Tribunal Federal do País crie mecanismos que, a exemplo do *contempt of court*, da prática anglo saxã, resguardem a exigência maior de poder o Tribunal exercer a missão que lhe deu a Constituição, a de guardar a Lei Fundamental, não teórica ou retoricamente, mas com eficácia real.

49. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, REExt nº 179.502, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31/05/95, DJU de 08/09/95, p. 28.389, com ementa expressando: “Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do Art. 15, III, da Constituição Federal. – Em face do disposto no Art. 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

50. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Terceiro Embargos Declaratórios no REExt nº 179.502, Rel. Min. Moreira Alves, j. 07/12/95, DJU de 08/09/00, p. 16, com ementa expressando: “Embargos de declaração. Reiteração de embargos manifestamente protelatários e abusivos, visando a fim ilícito, com o manifesto propósito de impedir que transite em julgado a decisão desta Corte. Embargos de declaração que se rejeitam, determinando-se que a decisão embargada seja cumprida de imediato”.

Não podemos perder de vista, entretanto, que este efeito antecipativo foi atribuído ao recurso extraordinário (e não aos embargos declaratórios). Tanto é assim que o acórdão dá imediata eficácia à decisão. Mas qual decisão?

Ora, facilmente constatamos que a única existente no processo - para ser dado imediato cumprimento - é a constante no acórdão que foi impugnado pelo recurso extraordinário.

Estaríamos, no entanto, diante de uma hipótese diversa, se fosse improvida a apelação do autor, para manter a improcedência do pedido deduzido na ação da forma, a saber: a) a ação é julgada improcedente; b) o autor interpõe apelação recebida no duplo efeito (CPC, Art. 520); c) na sequência, as razões recursais são improvidas; d) o autor ingressa com embargos declaratórios deduzindo efeito modificativo, pois o julgado teria se omitido em relação a um aspecto que modificaria o resultado do acórdão embargado.

Aqui estamos falando de efeito antecipativo dos embargos, pois será pedido pelo recorrente (e não pela parte adversa), bem como é consequência do recurso.

Esse efeito poderia ter como fundamento, por exemplo, a necessidade de urgência surgida naquela ocasião (CPC, Art. 273 inc. I) e a sua finalidade seria para antecipar os efeitos do julgamento dos embargos.

Em linhas gerais, o acórdão impugnado por meio de embargos declaratórios pode gerar três situações em relação ao efeito antecipativo.

A *primeira* ocorre no caso de o acórdão embargado decidir contrariamente ao réu. Se o autor embargar, poderá pedir pelo efeito antecipativo (quanto à matéria devolvida pelos embargos), desde que estejam presentes os respectivos pressupostos (gerais e específicos).

Caso o réu interponha embargos, poderá pedir pelo efeito suspensivo *dependente*, porém, se o recurso for protelatório (e seja entendido que possui suspensividade), o autor deve postular pelo efeito antecipativo em relação ao recurso que originou o acórdão embargado (e não quanto aos embargos, pois estes não foram interpostos pelo autor). Por outro lado, se o autor também não for o recorrente do aludido recurso subjacente, deverá pedir pela medida antecipativa do Art. 273 (e não propriamente pelo efeito antecipativo).

A *segunda* situação ocorrerá, quando o acórdão embargado decidir favoravelmente ao réu. Se os embargos, interpostos pelo autor, puderem modificar o pronunciamento, então, poderá ser pedido pelo efeito antecipativo (desde que estejam presentes os respectivos pressupostos).

Já se os embargos forem interpostos pelo réu, então, não visualizamos a possibilidade de efeito antecipativo, diante da ausência de prejuízos.

A *terceira* hipótese ocorrerá, quando o acórdão embargado decidir pela parcial

procedência da condenação do réu. Por exemplo, em vez do valor pedido na petição inicial (R\$20.000,00), o réu é condenado a pagar o montante de R\$12.000,00.

Nessa situação, se o autor embargar, poderá postular pela antecipação dos efeitos da tutela em relação à execução dos R\$12.000,00 ou pelo efeito antecipativo sobre os R\$20.000,00, se os embargos puderem modificar o julgamento, para fixar a condenação em R\$20.000,00.

Caso o réu interponha embargos protelatórios, então, o autor poderá pedir pelo efeito antecipativo ao recurso subjacente - em que foi proferido o acórdão embargado -, ou pedir pela medida antecipativa do Art. 273 - e não pelo efeito antecipativo -, na hipótese de o autor também não ser o recorrente do aludido recurso originário.

Desse cenário, resulta o proporcional aumento da justificação do efeito antecipativo, à medida que o processo se aproxima de seu término, pois as possibilidades recursais vão diminuindo e, por conseguinte, a cognição vai se tornando mais exauriente.

Ademais, este anseio pela tutela efetiva ficou bem evidenciado por trecho do voto do ministro Moreira Alves, realizado no Supremo Tribunal Federal, expressando:

De minha parte, eu me contentaria com uma interpretação construtiva do novo Art. 273 do Código de Processo Civil. Se, à vista dela, considerando 'inequívoca a prova', poderá o Juiz antecipar os 'efeitos da tutela pretendida', creio que, com mais razão, se há de poder fazer coisa similar quando se já tem uma decisão do Supremo Tribunal Federal e se verifica, nos terceiros embargos de declaração a ela opostos, que nada mais há a decidir e que o recurso está sendo fraudulentamente usado, abusivamente utilizado, simplesmente para impedir a eficácia do julgamento da Corte⁵¹.

Enfim, a tutela jurisdicional não pode deixar de ser entregue - na presença dos pressupostos pertinentes -, inclusive, por meio da atribuição do efeito antecipativo aos embargos declaratórios.

Conforme estamos insistindo nesse estudo, a competência inicial, para analisar o pedido de efeito antecipativo, será do mesmo juízo competente, para decretar os efeitos em que os embargos são recebidos.

Em outras palavras, a competência será do juízo prolator do pronunciamento embargado, pois, nos embargos declaratórios, os juízos *a quo* e *ad quem* são os mesmos. Por esses fundamentos, concordamos com William Santos Ferreira (2000, p.316), quando observa que, no tribunal, será do relator a competência, para analisar a medida antecipativa recursal pedida pelo embargante, ao afirmar:

TUTELA ANTECIPADA

Podemos dizer que a urgência (Art. 273, I) ou o manifesto propósito protelatório do réu ou o abuso do direito de defesa (Art. 273, II) podem, em tese, ocorrer. Como o julgamento dos embargos pode demorar, nada há que impeça que o pedido de tutela antecipada seja apreciado pelo relator, que será o mesmo do acórdão embargado, por todos os motivos já expostos.

Logo, o embargante deverá demonstrar ao juízo a *quo* a presença dos pressupostos pertinentes para a concessão do efeito antecipativo recursal.

Quanto aos pressupostos *gerais*, o embargante deverá demonstrar: a) a sua legitimidade prevista no Art. 499 do CPC; b) pedido expresso pelo deferimento do efeito antecipativo; c) a prova inequívoca, analisada à luz da verossimilhança, para indicar a alta probabilidade de provimento das razões recursais; d) a reversibilidade desse efeito no plano dos fatos ou que o direito fundamental do recorrente seja superior ao da parte adversa (princípio da proporcionalidade).

No tocante aos pressupostos *específicos*, o embargante deve comprovar que, se o efeito antecipativo não for concedido naquele momento, haverá lesão ou ameaça ao direito do jurisdicionado. Com relação aos atos protelatórios e o incontroverso, será mais difícil de ocorrer, pois não estamos mais em primeira instância.

Fica ainda, todavia, a seguinte indagação: Qual o recurso cabível em relação à decisão do relator que analisa o efeito antecipativo?

Ora, o referido pronunciamento é decisão interlocutória, por ser isolado, não ter a finalidade programada de colocar fim ao recurso e apresentar conteúdo decisório suficiente para causar gravame. Assim, poderá ser desafiado por meio de agravo interno, para submeter esta decisão singular ao crivo do respectivo colegiado, em sintonia com o princípio do juiz natural.

Com essas considerações, concluímos que o efeito antecipativo deve ser requerido ao juízo a *quo*, ou seja, o mesmo que proferiu o pronunciamento embargado.

13.4. EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AOS EMBARGOS INFRINGENTES

Esse recurso chama a atenção pela limitação da sua devolutividade (e, por consequência, do efeito antecipativo), ao âmbito do voto divergente. Nem poderia ser diferente, pois o escopo desses embargos é, justamente, revisar a divergência (e nada mais). Isso significa que o embargante apenas poderá postular pela revisão total da matéria, se o desacordo for geral (e não parcial).

Vamos a um exemplo prático, a saber: a) são julgados procedentes os pedidos de dano moral e material em sede de ação de conhecimento; b) na sequência, é dado provimento às razões recursais da apelação do réu, por maioria de votos, para julgar

improcedente ambos os pedidos; c) o voto vencido, todavia, restringiu-se a decidir pela procedência do dano material.

Nessa situação, a divergência foi parcial, por isso, se o autor interpuser embargos infringentes, jamais poderá atingir toda a matéria, isto é, serão restritos ao objeto da discordância (dano material), pois, em relação ao pedido de dano moral, houve unanimidade.

A consequência disso para este nosso estudo é que o pedido de efeito antecipativo também deve se limitar ao objeto da divergência. Nesse ínterim, ao interpor os aludidos embargos, no exemplo anterior, o autor apenas poderia postular pelo efeito antecipativo em relação ao dano material (desde que presentes os requisitos do Art. 273 do CPC), uma vez que o dano moral não foi devolvido pelos embargos infringentes.

Não podemos, contudo, desprezar que o critério para aferir a discordância deve focalizar a *conclusão* adotada em cada voto (e não a fundamentação). Portanto, o contraste do voto vencido em relação aos demais deve ser feito, principalmente, pela conclusão, isto é, se o provimento foi negado ou concedido total ou, ainda, parcialmente.

Tanto é assim que a fundamentação do voto divergente não limita os argumentos dos embargos infringentes⁵². Embora o embargante tenha liberdade na fundamentação, não poderá inovar em relação à causa de pedir por determinação do Art. 264 do CPC⁵³.

Em outros termos, o embargante poderá articular outros fundamentos, desde que não haja modificação da causa de pedir.

Como exemplo dessa afirmação, vamos a outro exemplo, a saber: a) é estabelecida uma divergência em relação ao pedido “a”, em que o voto vencido adotou o argumento “q”; b) ora, nesse caso, nada impede que o recorrente fundamente os

52. Admitindo a utilização de novos argumentos em relação ao objeto da divergência o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, RESp nº 148.413. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 21/02/00, p. 113, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS INFRINGENTES – CABIMENTO – EXTENSÃO DA DEVOLUTIVIDADE – VOTO VENCIDO – POSSIBILIDADE DA EMBARGANTE UTILIZAR NOVOS ARGUMENTOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 530 CPC – PRECEDENTES STJ. – Não obstante o julgamento dos embargos infringentes deva, necessariamente, cingir-se à matéria divergente, o efeito devolutivo diminuto do recurso, não impede que a embargante, visando à prevalência do voto minoritário, utilize ampla argumentação. – Recurso conhecido e provido”.

53. Nesse sentido o acórdão do Tribunal de Alçada-PR, 3ª Câmara Cível, Embargos Declaratórios nº 258.519-5/02 (226565), Rel. Juiz Jurandyr Souza Junior, DOE 04/02/05, com ementa expressando: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – DECISÃO COLEGIADA – RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E OBSCURIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO – INOCORRÊNCIA – EFEITO INFRINGENTE – IMPOSSIBILIDADE – Recurso desprovido. O juiz não está vinculado aos argumentos jurídicos das partes, mas tão-somente à causa de pedir como situada no processo. Desde que a aplicação ao fato ou ao conjunto de fatos de qualificação jurídica distinta daquela prevista pelas partes não promova alteração na causa de pedir, o juiz estará livre na sua investigação para subsumir o fato à norma. Perfeitamente clara a finalidade dos embargos, como seja, a de forçar o exame por este colegiado da tese jurídica deduzida no processo e no recurso pela embargante. É preciso salientar, antes de mais nada, que o acórdão embargado apreendeu a situação conflituosa, dando-lhe o tratamento jurídico que a Câmara entendeu compatível, vale dizer, em termos processuais, à causa de pedir o órgão julgador aplicou solução que lhe pareceu pertinente, extraída do ordenamento positivo”.

embargos nos argumentos “q”, “r” e “s” (ainda que esses dois últimos não tenham sido adotados no voto divergente).

A restrição imposta ao embargante está adstrita ao objeto da divergência - pedido “a” -, não atingindo a fundamentação adotada em relação à discrepância do pedido “a”.

Em suma, apuramos que o efeito devolutivo dos embargos infringentes limita a conclusão do voto divergente (e não a fundamentação).

Nessa linha de pensamento, ambos os efeitos (devolutivo e antecipativo) estão diretamente relacionados, pois somente a matéria que for devolvida poderá ser antecipada.

Conforme constatamos anteriormente, dos recursos constantes no CPC, a apelação é o único que tem a suspensividade *independente* de pedido (e, mesmo assim, nas hipóteses alheias ao rol do Art. 520 do CPC). De outro lado, a lei nada aduz sobre esse efeito em relação aos embargos infringentes.

A partir daí, emerge a inevitável indagação: Os embargos infringentes têm efeito suspensivo?

Para Nelson Nery Júnior (2004, p.386), essa suspensividade apenas atinge a parte que for objeto dos embargos (divergência), ao expressar: “Quanto aos embargos infringentes, a suspensividade fica limitada ao âmbito de abrangência do voto vencido, que ensejou a interposição desse recurso”.

Cumulativamente, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo estabeleceu uma relação entre a suspensividade dos embargos infringentes e o efeito suspensivo da apelação originária. Essa regra é trazida pelo Art. 843 do RITJSP, que expressa: “Dentro dos limites do voto vencido, os embargos têm efeito suspensivo, se também a apelação tinha esse efeito” (CUNHA, 1993, p.94).

Em nosso entendimento, como apenas a apelação pode ter suspensividade *independentemente* de pedido, a solução está em verificarmos os efeitos de seu recebimento. Se o pronunciamento impugnado pela apelação não estiver no rol dos incs. do Art. 520 do CPC, então, será recebida no efeito suspensivo *independente*, e os embargos infringentes terão o mesmo efeito em relação ao objeto da divergência. Do contrário, os embargos infringentes não terão o mencionado efeito suspensivo. Certamente, esta suspensividade dos embargos infringentes não terá o condão de modificar os efeitos da sentença apelada, pois estará limitada aos efeitos do acórdão (e não da sentença).

Por fim, é inegável a incidência do efeito suspensivo dependente, caso estejam presentes os respectivos pressupostos (periculum in mora e *fumus boni iuris*).

Com essas considerações, somos levados a concluir que os embargos infringentes: a) são dotados de efeito suspensivo *independente* - de pedido do embargante -, desde que a apelação originária também tenha este efeito; b) esta suspensividade está condicionada à existência desse efeito em relação à apelação originária, bem como está limitado ao objeto da divergência.

Pelo que expusemos, é inquestionável (embora excepcional) a possibilidade de ser concedido o efeito antecipativo aos embargos infringentes.

No intuito de auxiliar essa nossa investigação, verificaremos algumas situações de ordem prática, com o objetivo de contrastá-las com o efeito antecipativo.

Adotaremos, como primeira hipótese, a ação que julga improcedente o pedido “a”, e, em sede de apelação, o tribunal nega provimento às razões recursais por maioria de votos.

Se o autor interpuser embargos infringentes, em tese, a demora advinda do respectivo julgamento poderia tornar ineficaz a entrega da tutela jurisdicional. Logo, a alternativa do autor é postular pelo recebimento dos embargos e o imediato deferimento do efeito antecipativo (na própria petição do recurso).

Deverá, todavia, demonstrar a presença dos requisitos do Art. 273 do CPC e também que os referidos pressupostos se ajustam aos limites do voto vencido. Desse modo, se a divergência for total, o efeito antecipativo também poderá ser total, mas, se for parcial, este efeito deverá ficar restrito ao âmbito da divergência materializada pelo voto vencido.

Outra situação prática é trazida por William Santos Ferreira (2000, p.320), que defende a possibilidade de o autor-embargado obter a tutela antecipada recursal, para afastar o efeito suspensivo dos embargos infringentes interpostos pelo réu, ao expressar:

Fica claro que, se a apelação tinha efeito suspensivo, os embargos infringentes também suspenderão os efeitos do provimento final, isto é, o autor não poderá ainda obter o bem da vida que almeja e que até o momento lhe foi reconhecido pelo Poder Judiciário. Aqui também, ante a ausência de efeitos, é cabível em tese a tutela antecipada (justamente para antecipar os efeitos ainda não gerados). Mas deverá o julgador, para antecipar a tutela, verificar se os embargos infringentes interpostos pelo réu têm grandes chances de prosperar; se tiverem, desaparecerá, para a tutela antecipada (pedido do autor), a ‘verossimilhança da alegação e a prova inequívoca’, do que decorrerá o indeferimento do pedido; caso contrário, a tutela antecipada deverá ser deferida.

Concordamos com a possibilidade de o autor postular pelo efeito antecipativo. Frisamos, entretanto, que esse efeito não é dos embargos infringentes. Em verdade, essa medida antecipada recursal será atribuída ao recurso de apelação (e não aos embargos infringentes).

Somos levados a essa conclusão, pelos seguintes argumentos:

a) o autor não tem legitimidade para pedir pela decretação do efeito antecipativo ao recurso da outra parte. Concomitantemente, o efeito é consequência do recurso, por isso somente poderia ser concedido, se a parte for recorrente;

b) o objeto do efeito antecipativo não pode ser diferente das razões recursais dos embargos;

c) a interposição dos embargos infringentes impede que o acórdão da apelação produza efeitos - se a apelação também tinha suspensividade -, logo esses efeitos podem ser antecipados, mas não os dos embargos;

d) o deferimento da tutela antecipada recursal à apelação (interposta pelo autor) afastará a suspensividade dos embargos infringentes. De forma análoga, esse raciocínio ocorre com a antecipação dos efeitos da tutela em primeiro grau, pois a eventual apelação que desafiar a sentença (que convalidar a referida aludida liminar) deverá ser recebida no efeito meramente devolutivo (CPC, Art. 520, inc. VII);

e) o julgamento por maioria auxiliará a análise da verossimilhança do julgador, ao analisar o referido efeito, embora não seja vinculativo.

Nesse contexto, o apelante-embargado deverá demonstrar a presença dos respectivos pressupostos para postular pela concessão de efeito antecipativo ao seu recurso de apelação (e não quanto aos embargos infringentes).

Fica, todavia, uma indagação: Quem é o juízo competente, para decidir sobre o efeito antecipativo dos embargos infringentes?

Por se tratar de efeito do recurso, basta localizarmos quem será o juízo competente para receber os embargos infringentes.

Como determina o Art. 531 do CPC, o referido recurso deverá ser interposto perante o relator do acórdão embargado, o qual, por sua vez, também será competente para decidir sobre o efeito antecipativo.

Essa decisão do relator, contudo, não impede o reexame de sua decisão (sobre a medida antecipada recursal), podendo ser reexaminada pelo eventual novo relator sorteado para apreciar os embargos infringentes (CPC, Art. 534), pois estará representando o juízo *ad quem*.

Feitas essas considerações, concluímos que: a) o efeito antecipativo pode ser atribuído aos embargos infringentes; b) o interessado deverá requerer (juntamente com o recurso) ao relator do acórdão embargado (CPC, Art. 531) ou, caso já tenha sido recebido, ao eventual novo relator sorteado (CPC, Art. 533).

13.5. EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Existe muita controvérsia sobre os mecanismos e momentos para a obtenção do efeito antecipativo nesses recursos. Dividiremos, por isso, a matéria nos tópicos que seguem.

Importante registrarmos que uma das condições para ser permitida a interposição dos recursos excepcionais é a existência de *causa decidida* (CF, Arts. 102, inc. III, e 105, inc. III)⁵⁴, isto é, devem estar esgotados todos os demais recursos ordinários possíveis para a referida causa⁵⁵.

De um lado, pode existir *causa decidida* suficiente, para provocar severos prejuízos aos jurisdicionados, todavia, por outro, os recursos excepcionais são destituídos do efeito suspensivo que incide *independentemente* de pedido (CPC, Art. 497). Isso permite, dentre outras possibilidades, que um acórdão equivocado possa ser executado provisoriamente em detrimento da parte executada.

Esse impasse apenas pode ser solucionado pela admissibilidade do efeito suspensivo *dependente*, ou seja, como os recursos excepcionais são despidos do efeito suspensivo *independente*, a incidência desta suspensividade fica condicionada à presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Ainda assim, podem existir acórdãos em que seja necessário o efeito antecipativo, diante da insuficiência do efeito suspensivo *dependente*. Para visualizarmos a necessidade de admissibilidade do efeito antecipativo para os recursos especial e extraordinário, basta imaginarmos a seguinte situação:

a) uma determinada indústria está na iminência de causar irreparável dano ambiental advindo de suas atividades;

b) o tribunal local (por intermédio da respectiva câmara), em sede de agravo de instrumento, equivocadamente, revoga a liminar concedida pelo juízo de primeira instância que estava impedindo as suas atividades.

54. Pelo fato de ser passível de impugnação por meio do agravo interno é que a decisão isolada do relator não pode ser objeto dos recursos excepcionais. Nesse sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 6.566-MT, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 01/09/03, p. 217, com ementa expressando: “MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. INDEFERIMENTO. 1. A decisão monocrática de relator indeferindo antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento interposto perante tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado. Aplicação do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do Art. 39 da Lei nº 8.039, de 1.990. 2. “Não está na competência do STJ, nem por via recursal e muito menos por ação direta (como, no caso, a ação cautelar) exercer o controle sobre atos de relator ainda sujeitos a recurso para o tribunal perante o qual ainda tramita a demanda”.

55. Conforme veremos adiante, o substantivo *causa* não pode ser interpretado restritivamente para permitir que os recursos excepcionais sejam interpostos apenas em relação aos acórdãos relativos às sentenças. Nesse sentido a Súmula nº 86 do STJ determina: “cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

Ora, em uma situação desse nível, desde que presentes os pressupostos legais, mostra-se imprescindível o deferimento de efeito antecipativo ao recurso especial interposto pelo autor, para impedir o dano ambiental.

Pensamento em contrário afrontaria o princípio constitucional do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV), até mesmo, por decretar a ineficácia da entrega da tutela jurisdicional.

Como lembra Teori Albino Zavascki (2005, p.148) - após ressaltar que a situação de urgência também pode ocorrer no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça -, os mesmos argumentos que autorizam o efeito suspensivo (*dependente*) também permitem a antecipação da tutela recursal, ao expressar:

Por imperativo de coerência lógica, não há como deixar de reconhecer que, em casos tais, presente a relevância do direito, os mesmos fundamentos que dão suporte à concessão de efeito suspensivo ao recurso autorizam e impõem a concessão, também, de medida para antecipar os efeitos do seu futuro (e provável) provimento.

Logicamente, não estamos defendendo a generalização da medida antecipada recursal (sob pena de violação da segurança jurídica da parte adversa), mas sim a concessão dessa espécie de tutela diferenciada em situações excepcionais, em que os seus pressupostos estiverem presentes.

Aliás, há acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o qual apenas admite a tutela antecipada recursal, nesses casos, em situações *teratológicas*⁵⁶.

O problema é desvendarmos quais seriam as situações encampadas pelo adjetivo *teratológico*, visto que significa a narração de fatos espantosos ou monstruosos.

Para nós, estará materializada a teratologia na presença dos pressupostos do Art. 273 do CPC (em relação ao efeito antecipativo).

A explicação é simples, pois, quanto mais se afunila o processo, maior será a exauriência da cognição.

Logo, a existência da alta probabilidade de equívoco na entrega da tutela jurisdicional seria uma irrefutável monstruosidade.

Por derradeiro, como ressalva com propriedade João Batista Lopes (2003, p.121), as principais hipóteses de cabimento dessa medida consistem em matérias de

56. Nesse sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 9.433-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 26/02/04, p. 182, com trecho da ementa expressando: “[...] 2. O acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em sede de Agravo Regimental em Suspensão de segurança desafia recurso especial ou extraordinário com possibilidade de concessão de efeito suspensivo pelo relator, quer como antecipação de tutela recursal quer via cautelar. Não estando configurado ato judicial teratológico e nem dano processual irreparável, há de confirmar-se a decisão que denegou a segurança [...]”.

direito e de outorga definitiva da tutela.

Com esse panorama, entendemos que os efeitos *dependentes* (antecipativo e suspensivo) são essenciais, para permitir uma maior efetividade na entrega da tutela jurisdicional.

Tendo em vista que o processamento é similar (embora os pressupostos e conseqüências sejam diferentes), abordaremos em conjunto os efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está firmada, no sentido de afastar a sua competência para decidir sobre os efeitos suspensivo e antecipativo dos recursos excepcionais, antes do exame de admissibilidade do tribunal a *quo* (Súmulas nº 634 e nº 635)⁵⁷.

Em processo que tivemos a oportunidade de acompanhar no Supremo Tribunal Federal, o acórdão adiantou que o motivo da criação dessas súmulas seria o intuito de não abalar a jurisdição do tribunal local. Na oportunidade, foi argumentado que, se o tribunal *ad quem* concedesse o referido efeito, estaria limitando a atuação da presidência do tribunal a *quo* (de efetivar o primeiro juízo de admissibilidade), pois não poderia decidir de modo diferente⁵⁸.

Feitas essas colocações, a primeira indagação que surge é a seguinte:

Estaria correto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (Súmulas nº 634 e nº 635), ao afastar a sua competência, para decidir sobre os efeitos de incidência *dependente* dos recursos excepcionais (suspensivo e antecipativo), enquanto não houver o exame de admissibilidade do tribunal a *quo*?

Para respondermos a esta questão analisaremos, inicialmente, o panorama jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que, de modo geral, existem duas correntes.

Uma, obstativa, não admite que o Superior Tribunal de Justiça examine pedido de concessão de efeito suspensivo ou antecipativo, antes da interposição do recurso especial, mediante a argumentação de que a inexistência do mencionado recurso afasta

57. Súmula nº 634 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”.

Súmula nº 635 do STF: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

58. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Agravo Regimental na Petição nº 1.810-9-SP, para acórdão Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19/10/99, DJU 19/10/01, com ementa expressando: “AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. PROCESSUAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM PROCESSAMENTO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Medidas Cautelares. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Possibilidade. Admite-se medidas cautelares em recursos, como previsto nos Arts. 8º, I, in fine, 21, IV e V, e 304 do Regimento Interno, mas somente quando o extraordinário já estiver admitido e, conseqüentemente, sob jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Agravo regimental provido, para cassar a liminar deferida e, em decorrência, julgar extinto o processo”.

a plausibilidade do direito⁵⁹, além de propiciar indevida intervenção no tribunal local⁶⁰.

Já a outra (permissiva) admite a concessão desses efeitos, na presença de situação excepcional. Seus principais embasamentos são: a) como a tutela jurisdicional não pode ser sonegada, o fato de estarmos diante de situação teratológica e excepcional admite o deferimento, sem violar as Súmulas nº 634 e nº 635 do STF⁶¹; b) a plausibilidade do direito pode ser aferida pela petição inicial da cautelar⁶².

Interessante registrarmos a existência de uma ala, na corrente permissiva, que defende a necessidade de o acórdão já ter sido lavrado, para permitir a concessão dos efeitos de incidência *dependente*, pois, do contrário, não haveria parâmetros para a apuração da presença da plausibilidade jurídica⁶³. A cópia do julgado, por isso, deve estar inclusa nas peças que instruírem o pedido de efeito antecipativo.

Emerge dessa análise que – ao contrário do Supremo Tribunal Federal –, em algumas situações, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a sua competência para decidir sobre os efeitos suspensivo e antecipativo dos recursos excepcionais, antes do primeiro exame de admissibilidade - no tribunal local.

Infelizmente, essa corrente permissiva está, gradativamente, sendo vencida pela obstativa, conforme adverte Teori Albino Zavascki (2005, p.150), ao expressar:

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, embora ainda se admita 'em situação excepcional' pedido de medida cautelar diretamente ao Tribunal, mesmo quando o recurso especial ainda não tenha sido admitido na origem, firma-se orientação semelhante à adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo à Presidência do tribunal a *quo* a atribuição de examinar o pedido naqueles casos, prática que se incorporou à rotina forense.

59. No sentido de afastamento da plausibilidade do direito diante da inexistência do recurso especial, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 9.542, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJU de 18/04/05, p. 302, com ementa expressando: "Processo civil. Medida cautelar com o objetivo de obter efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto. Inviabilidade. O deferimento de pedido formulado em medida cautelar originária necessita da comprovação do perigo na demora da prestação jurisdicional requerida e da aparência do bom direito. A ausência de interposição do recurso especial inviabiliza a análise da aparência do bom direito. Agravo na medida cautelar provido. Processo extinto sem julgamento do mérito".

60. Decidindo pela intervenção indevida no juízo a *quo* acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 5.413, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 25/11/02, p. 246, com ementa expressando: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO. DESCABIMENTO. Incabível o manejo de ação cautelar visando conferir efeito suspensivo a recurso especial que ainda não passou pelo crivo de admissibilidade no Tribunal de origem, uma vez que representaria uma intervenção descabida na jurisdição do Tribunal de origem. Precedentes desta Corte e do col. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento".

61. Advertindo sobre a possibilidade excepcional, para não violar a efetividade da jurisdição, há o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 7.604, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 04/10/04, p. 210, com ementa expressando: "PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. RISCO DA DANO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO (LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS). VEROSSIMILHANÇA DO PEDIDO CONFIGURADA PELA PROBABILIDADE DE ÊXITO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas

Em nosso entendimento, a solução para o impasse está na interpretação sistemática do parágrafo único do Art. 800 do CPC, cumulado com o enquadramento – na condição de efeitos recursais – tanto do antecipativo quanto do suspensivo *dependente*.

Ora, não podemos perder de vista que os efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo) encontram na medida cautelar um mecanismo mais compatível para serem postulados (conforme veremos no tópico subsequente). Além disso, a suspensividade *dependente* não deixa de ter natureza cautelar, inclusive, por ter pressupostos similares aos da tutela cautelar (*periculum in mora* e *ao fumus boni iuris*).

Cumulativamente, para facilitar o nosso raciocínio, basta o mero silogismo, a saber: a) após a interposição do recurso, a providência cautelar deve ser requerida perante o juízo *ad quem*; b) os efeitos de incidência *dependente* são postulados por meio de medida cautelar; c) logo, a solicitação destes efeitos, após a interposição do recurso, deve ser feita perante o tribunal superior competente.

Esse nosso raciocínio (guardadas as devidas proporções) é análogo ao que utilizamos na investigação da competência para dispor sobre os efeitos antecipativo e suspensivo dependente em relação ao recurso de apelação.

Desse modo, até a interposição do recurso excepcional cabível, a competência, para receber (e decidir) o pedido de concessão dos respectivos efeitos de incidência *dependente*, será do presidente ou vice do tribunal a *quo*.

Após, o pedido deverá ser formulado diretamente ao tribunal superior

Súmulas nº 634 e nº 635, em casos excepcionalíssimos, em que haja risco de comprometimento de valor jurídico prevaemente, como o direito constitucional à efetividade da jurisdição, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto no Tribunal de origem. O caso dos autos enquadra-se perfeitamente na referida hipótese de exceção, diante da singular gravidade e das razões de direito alinhadas na inicial, que evidenciam a probabilidade da reforma dos acórdãos proferidos pelo Tribunal local, que ensejaram a expedição de ordem para levantamento de quantias vultosas, oferecidas pela própria demandada como garantia de créditos tributários, e que foram objeto de pedidos de arresto e de penhora, requeridos pelo Município do Rio de Janeiro, para garantir das demais execuções fiscais em curso perante à Justiça Estadual. 2. Medida cautelar procedente. Agravo regimental prejudicado”. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 7.811, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 25/10/04, p. 211; Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 3.936, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 22/10/01, p. 324.

62. Admitindo a competência e a presença da plausibilidade do direito pela inicial da cautelar, há o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 8.990, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 21/02/05, p. 169, com ementa expressando: “Agravo regimental. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial ainda não interposto. Falência. Letra de câmbio. Entrega das mercadorias. Súmula nº 7/STJ. 1. O Art. 288, § 2º, do Regimento Interno, permite que o Relator decida a ‘própria cautelar’, o que encontra respaldo, ainda, no Art. 34, inc. XVIII, do mesmo diploma quando manifestamente improcedente o pedido. 2. Não interposto o recurso especial, a possibilidade de sucesso deste e o *fumus boni iuris* devem ser aferidos à luz da fundamentação trazida na inicial da cautelar. 3. Hipótese em que as razões adotadas na cautelar, relativas ao não-recebimento da mercadoria, esbarram na vedação da Súmula nº 7/STJ e não trazem os dispositivos legais eventualmente contrariados pelo acórdão a ser impugnado no recurso especial. 4. Agravo regimental desprovido”.

63. Exigindo a presença do acórdão para a análise do *fumus boni iuris*, existe o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 2.937-MA, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 19/03/01, p. 94, com trecho da ementa

competente, por força da competência que lhe foi transferida pelo parágrafo único do Art. 800 do CPC.

Por consequência, entendemos cabível a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional antes da interposição do recurso excepcional (desde que preenchidos os respectivos pressupostos). Discordamos, todavia, da competência do tribunal superior para decidir sobre essa medida antecipativa, uma vez que essa tutela deverá ser buscada, primeiramente, frente ao tribunal *a quo*⁶⁴.

Destacamos que, se o recurso excepcional não foi interposto, será inexistente, por isso a competência não poderá ser transferida ao respectivo tribunal superior. Ademais, é importante ressaltarmos que, uma vez não interposto o recurso excepcional no prazo legal, a eventual medida antecipativa deferida ficará condicionada a interposição do recurso.

A propósito, esta dependência do recurso principal é bem ilustrada por meio de interessante situação em que foi revogada a autorização governamental concedida a uma faculdade para ter o curso de bacharelado em Direito. Por sua vez, os interessados ingressaram com ação, para que os alunos pudessem concluir o curso, mas o tribunal negou essa pretensão.

Antes da interposição do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça concedeu liminar em sede de medida cautelar, para suspender a eficácia do acórdão, contudo os interessados perderam o prazo para a interposição do mencionado recurso especial e, por conseguinte, a suspensividade foi revogada.

expressando: “[...] não há conceber a idéia de atribuir efeito suspensivo a recurso especial que ainda não existe e cujo acórdão sequer foi publicado. É cediço que o v. acórdão goza de presunção de autenticidade e legalidade formal, mas não de presunção de acerto ou desacerto, pois, quanto a esse aspecto, o problema diz respeito à valoração crítica dos elementos que emergirem dos autos. O entendimento pessoal do relator harmoniza-se com a orientação do Excelso Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, enquanto não interposto e admitido recurso especial, a atribuição para providências cautelares pertence ao Presidente do Tribunal de origem. Agravo regimental não provido. Decisão unânime”. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 5.578-PE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 02/12/02, p. 301.

64. Sobre o tema, há julgado que, embora tenha negado o pedido do requerente para conceder efeito antecipativo a recurso especial ainda não interposto, admite essa possibilidade em situações teratológicas. Nesse sentido o acórdão proferido no Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 7.720-GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 25/02/04, p. 95, com ementa expressando: “MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL NÃO INTERPOSTO. IMPLAUSIBILIDADE DOS FUNDAMENTOS. INDEFERIMENTO. 1. A antecipação da tutela recursal em casos em que o recurso sequer foi interposto somente será concebível em situações excepcionais, quando manifesto o risco de dano irreparável e inquestionável a relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do futuro recurso especial. 2. Revelando-se improvável o conhecimento do recurso especial, não se configura o requisito da verossimilhança, indispensável à concessão da medida antecipatória. 3. A medida antecipatória não pode ter conteúdo maior ou diferente do que resultaria do próprio provimento do futuro recurso. Não se pode adiantar provisoriamente mais do que será possível conceder de modo definitivo. 4. Medida cautelar indeferida”. No mesmo sentido Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 7.083-PA, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 15/03/04, p. 151.

Uma situação interessante aconteceu no Superior Tribunal de Justiça, em que os fatos ocorreram da forma, a saber⁶⁵: a) em sede de ação indenizatória, os efeitos da tutela foram antecipados, para obrigar a ré ao pagamento de R\$1.500.000,00, mediante o oferecimento de garantia real pela autora; b) a ré interpôs agravo de instrumento dessa decisão, aduzindo erro do pronunciamento e incompetência do juízo *a quo*, mas não foi concedido o respectivo efeito suspensivo ao agravo, sendo mantida a determinação de pagamento; c) mesmo sem o colegiado julgar o referido agravo - havendo apenas a decisão isolada do relator que negou o efeito suspensivo -, o réu-agravante interpôs medida cautelar, no Superior Tribunal de Justiça, para suspender o referido pagamento, tendo sido concedida a liminar, mesmo sem o julgamento do colegiado do tribunal *a quo* e da interposição de recurso especial.

A propósito, é interessante o trecho do voto vencedor do Ministro Castro Filho, que defende a concessão da liminar pelo Superior Tribunal de Justiça (para sustar o pagamento), diante da excepcionalidade da situação, ao expressar:

Vejam bem: sempre que há antecipação de tutela, todos sabemos, é exequível *latu sensu*, de imediato, em mãos do próprio oficial de justiça, com a simples comunicação. Então, em situações dessa natureza, nas quais há antecipação de tutela, seja ela de mérito ou simplesmente cautelar, submeter a apreciação do pedido de suspensão à interposição do recurso, ainda que dispensemos a obrigatoriedade, como faz o Supremo Tribunal Federal, de manifestação do Tribunal de origem, ainda assim, a medida poderia ser tardia; logo, ineficaz, e, com isso, estaríamos contribuindo para que se concretizasse uma injustiça. Somente, por isso, é que, também, nesse caso, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, sem embargo de reconhecer que o normal é admitir a medida apenas após interposto o recurso.

Certamente, estamos diante de uma situação teratológica. Mesmo assim, apenas entendemos possível o deferimento dessa liminar, se a medida já tiver sido postulada perante a presidência do tribunal local e o mesmo não decidiu em tempo hábil ou indeferiu o pleito, para preservar o critério de que a competência do tribunal *ad quem*

65. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Medida Cautelar nº 10.739-CE, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 17/11/05, Boletim Informativo do STJ nº 268, com trecho expressando: "MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO. NÃO-INTERPOSIÇÃO. RESP. LEVANTAMENTO. DINHEIRO. O juiz, reputado incompetente pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, refutou exceção e entendeu conceder tutela antecipada para que se depositasse vultosa quantia referente à indenização em discussão. Por sua vez, o Tribunal de Justiça permitiu o levantamento dessa quantia, o que foi imediatamente diligenciado pela autora. Na premência de se dar tal levantamento, mesmo pendente de julgamento agravo regimental aviado, a ora ré, conhecida empresa do ramo automobilístico, impetrou a presente medida cautelar com o fito de impedi-lo. Diante disso, a Turma, por maioria entendeu confirmar a concessão da medida; pois, em casos tais, de extrema necessidade, em que o decurso do tempo prejudica a efetividade do recurso e consolida abuso judicial ou grande injustiça, é competente o STJ para concedê-la sem que ainda haja sequer a interposição do REsp. Pode ainda este Superior Tribunal de Justiça coibir, de modo efetivo, esses abusos. Os votos vencidos mantinham a antiga posição adotada pela Turma de que só é possível a cautelar se já interposto o recurso especial".

(inerente ao recebimento de pedido de concessão de efeito *dependente*) apenas existirá a partir da interposição do respectivo recurso excepcional.

A propósito, em sede de agravo regimental que interpusemos com fundamento na ausência de sua competência naquele momento, o Supremo Tribunal Federal acolheu as nossas razões recursais, para revogar a liminar deferida e julgar extinta a respectiva cautelar.

Interessante descrevermos o trecho do voto do então Ministro Neri da Silveira, que expressa:

Em primeiro lugar, compreendo que a medida cautelar só pode ser entendida, aqui, como um pleito de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, que foi interposto contra o acórdão ao negar provimento ao agravo de instrumento, restabelecendo, assim, a decisão do juízo de primeiro grau. O Supremo Tribunal Federal não teria competência originária para conhecer dessa matéria, senão pela via própria do recurso extraordinário. Não caberia nenhuma ação ordinária para esta Corte cassar, originariamente, o ato da Câmara de Vereadores, e só seria possível a cautelar preparatória se coubesse a ação principal. E o STF não tem competência originária para conhecer de uma ação principal, originária, contra esse ato da Câmara⁶⁶.

Exatamente a inexistência de competência originária impede a concessão do efeito postulado. Em nosso entendimento, entretanto, esta competência para receber o pedido do mencionado efeito dependente passa a incidir a partir da interposição do recurso (CPC, Art. 800, parágrafo único).

De qualquer forma, é imprescindível a perfeita visualização, principalmente, da alta probabilidade de provimento do futuro recurso excepcional (de que a fundamentação básica deverá constar no pedido). Do contrário, o efeito de incidência *dependente* deverá ser indeferido. Estas argumentações, contudo, não esgotam o tema, pois ainda remanesce um interessante posicionamento trazido por Domingos Franciulli Netto (2003, p.127), ao afastar a regra do parágrafo único do Art. 800 do CPC, diante da interpretação sistemática desse dispositivo com o Art. 542, § 1º do CPC, ao expressar:

Nem se argumente com a atual redação do Art. 800, parágrafo único, do CPC, no sentido de que 'interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal'. Em verdade, esse preceito processual não deve ser focado de maneira isolada, sob pena de, por um absurdo, permitir que este STJ, guardião do direito infraconstitucional, vulnere o comando previsto no Art. 542, § 1º, do CPC.

66. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Agravo Regimental na Petição nº 1.810-9-SP, para acórdão Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19/10/99, DJU 19/10/01.

Por seu turno, o referido § 1º do Art. 541 apenas estabelece que: “Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 [quinze] dias, em decisão fundamentada”.

Ousamos discordar desse entendimento, para continuarmos defendendo que a interposição do recurso excepcional inaugura a competência do tribunal ad quem, para receber o pedido de efeito *dependente* (CPC, Art. 800, parágrafo único), pelas razões, a saber:

a) a palavra *admissão*, como o próprio nome indica, refere-se exclusivamente aos pressupostos de admissibilidade do recurso. Os efeitos são consequências advindas do recurso, e não condições que devem ser superadas para a apreciação do mérito recursal;

b) o primeiro juízo de admissibilidade feito no tribunal a quo não vincula o segundo juízo realizado no tribunal *ad quem*.

Outro aspecto muito importante é o elevado cuidado que o judiciário deverá ter para conceder o efeito de incidência *dependente* sem que exista o recurso, sob pena de violar demasiadamente a segurança jurídica da parte adversa.

Com essas argumentações, discordamos das Súmulas nº 634 e nº 635 do STF, pois a competência do tribunal superior se inicia a partir da interposição do recurso excepcional (e não após o primeiro juízo de admissibilidade).

Ainda, entretanto, existe outra questão: Seria recorrível a decisão isolada do presidente do tribunal a *quo*, que dispõe sobre medida cautelar, pedindo pela atribuição de efeito *dependente* (suspensivo ou antecipativo)?

Para Teori Albino Zavascki (2005, p.150), esse pronunciamento é recorrível, pois, de um lado, está sujeito a colegialidade do tribunal superior, e, de outro, o presidente do tribunal de origem atua por delegação do tribunal *ad quem*. Essa recorribilidade, todavia, apenas pode ser exercida por intermédio de medida cautelar, e não por outras espécies de meios impugnativos, tais como o agravo regimental ou mandado de segurança.

Até para guardarmos coerência com os resultados dessa nossa investigação, também acreditamos que este pronunciamento do tribunal a *quo* é impugnável por meio de medida cautelar, desde que presentes os pressupostos pertinentes (perigo da demora e plausibilidade do direito, quando se tratar de efeito suspensivo, e os previstos no Art. 273 do CPC, quando for referente ao antecipativo). Isso ocorre, pelas razões, a saber: a) todos os atos preparatórios adotados pelo tribunal local são provisórios, uma vez que ficam sujeitos ao crivo do tribunal superior competente; b) se o tribunal *ad quem* pode até reformar o acórdão, com muito maior fundamento terá competência para conceder o efeito suspensivo ou antecipativo. Não podemos esquecer que o tribunal de origem atua por delegação do ad quem; c) a partir da interposição do recurso excepcional, a competência, para receber o pedido de concessão dos efeitos de incidência dependente - suspensivo e antecipativo -, é transferida automaticamente ao tribunal *ad quem* (CPC, Art. 800, parágrafo único).

Vale lembrar, entretanto, que qualquer que seja a decisão do tribunal superior sobre o pedido de efeito antecipativo ou suspensivo ficará condicionada à interposição tempestiva do recurso de agravo de instrumento, para impugnar a decisão de indeferimento do respectivo recurso especial e/ou extraordinário (CPC, Art. 544).

Diante do exposto, concluímos que: a) a interposição do recurso excepcional determina a transferência da competência ao tribunal *ad quem*, para receber o pedido de concessão do efeito de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo); b) Esse raciocínio é obtido a partir do enquadramento da tutela antecipada recursal como um dos efeitos dos recursos, juntamente com a regra do parágrafo único do Art. 800 do CPC; c) se o tribunal local indeferir o pedido de efeito *dependente*, o recorrente poderá renovar este pleito perante o tribunal *ad quem*, desde que presentes os respectivos pressupostos, mas o recorrente deverá interpor tempestivamente o respectivo agravo de instrumento (CPC, Art. 544).

Estabelecida a competência, passaremos a analisar o mecanismo mais adequado para o requerimento do efeito antecipativo.

Esclarecemos que o instrumento necessário para a obtenção do efeito suspensivo é o mesmo usado em relação ao efeito antecipativo, pois os dois têm incidência *dependente*, e, por essa razão, trataremos de ambos nesse tópico.

Ressalvado esse aspecto, questionamos: Quando se tratar de requerimento de efeito de incidência *dependente* (suspensivo ou antecipativo) perante o tribunal superior, o mecanismo mais adequado para veicular essa pretensão seria o mandado de segurança, o agravo de instrumento (CPC, Art. 544) ou a medida cautelar?

O mandado de segurança apenas seria possível na inexistência de qualquer outro meio para tutelar o objeto da lide.

Em relação ao agravo de instrumento, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o qual admite esse mecanismo, para impugnar a decisão que indefere a retenção do recurso especial prevista no § 3º do Art. 542 do CPC. A argumentação está fundada na necessidade de interpretarmos ampliativamente o Art. 544 do CPC, para não ficar restrito unicamente às hipóteses de indeferimento dos recursos extraordinário e/ou especial⁶⁷.

Para tanto, o recorrente deveria interpor o recurso de agravo de instrumento previsto no Art. 544 do CPC - em vez da medida cautelar ou do mandado de segurança - em relação à decisão da presidência - ou vice-presidência - do tribunal de origem que determinar a retenção dos recursos excepcionais.

67. No sentido de ser utilizado o agravo de instrumento (ao invés da medida cautelar), o acórdão proferido no Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Medida Cautelar nº 2.430, Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 22/02/00, com trecho expressando: “Quer-se o processamento e a subida do especial. Quanto à subida, tal só é possível, processualmente, através do agravo de instrumento (CPC, Art. 544 e §§). No atinente ao processamento, o recurso cabível, a meu ver, também é o agravo. Sucede, no entanto, que aqui há precedentes admitindo a ação cautelar. Ao que cuido, urge que se defina, no seio do Tribunal, qual o melhor e o mais correto dos expedientes. A minha opção é pela admissão do agravo de instrumento, pois, juridicamente, equiparam-se não-admissão e retenção. Onde se lê ‘Não admitido’ é lícito que se leia ‘Não admitido ou retido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento (CPC, Art. 544)’”.

Posicionamento diverso é trazido por Donaldo Armelin (1999, p.207), ao defender a interposição da medida cautelar, tanto para o afastamento da retenção (CPC, Art. 542, § 3º) quanto para requerer a concessão do efeito suspensivo ao respectivo recurso excepcional, ao expressar:

Na modalidade retida, agora inaugurada pela Lei nº 9.756/98, tais recursos não apenas continuam carentes de efeito suspensivo como ainda não terão a sua admissibilidade apreciada antes de sua reiteração tempestiva. Nem por isso, contudo, poderá ser inibido o poder geral de cautela direcionado a evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Para tanto, mister se fará inovar a respeito, admitindo a ação cautelar incidental para se assegurar o efeito suspensivo a tais recursos, enquanto retidos e condicionados, no atinente ao seu processamento, à reiteração da parte que o interpôs.

Em razão dessa maior integração com o sistema dos tribunais superiores, Luiz Rodrigues Wambier (2002, p.750), além de defender a adoção da medida cautelar, entende ser criticável a postura do Supremo Tribunal Federal de não aceitá-la, quando o recurso extraordinário ainda não tenha sido recebido.

O mesmo entendimento é manifestado por acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando que a cautelar (CPC, Art. 800) é o mecanismo eleito para a preservação da tutela em caráter excepcional⁶⁸.

Diante desse quadro, entendemos que a interposição da medida cautelar (CPC, Art. 800) se mostra mais adequada para a espécie, desde que presentes os pressupostos do respectivo efeito de incidência *dependente* reclamado⁶⁹.

Isso se explica, porque essa medida já é uma realidade no próprio regimento interno dos tribunais superiores, além de ter uma tramitação relativamente célere. Por exemplo, quanto ao Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a integração

68. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Medida Cautelar nº 1.626, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 28/06/99, p. 112, com ementa expressando: “Cautelar. Recurso Especial Retido. Lei nº 9.756/98. Efeito Suspensivo. Possibilidade. Casos Excepcionais. *Fumus Boni Iuris e Periculum In Mora*. Serasa. Inscrição. Inadequação. Dívida Em Juízo. Precedentes Do Tribunal. Agravo Desprovido. I – Nos termos da jurisprudência desta Corte, é cabível o deferimento de liminar para obstar a inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, pendendo de decisão judicial a definição do valor da dívida. II – A celeridade e a economia nortearam a inserção, no ordenamento jurídico, do recurso especial retido (CPC, Art. 542, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98), de modo a privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional. Todavia, a excepcionalidade dos casos concretos deve ser apreciada por esta Corte, em sede de cautelar (Art. 800, parágrafo único), dando temperamento à norma legal, quando se vislumbrar a possibilidade do dano de difícil ou incerta reparação, em obediência ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional”.

69. Em relação ao recurso especial, a medida cautelar deve ser interposta no Superior Tribunal de Justiça e, tratando-se de recurso extraordinário, deve ser interposta no Supremo Tribunal Federal. Registramos ainda, que havendo a interposição de recurso extraordinário ou especial, em regra, primeiro, há o processamento deste último e, somente após, do extraordinário, consoante determina o Art. 543 do CPC.

dessa via autônoma é feita pelos dispositivos, a saber: a) o inc. I do Art. 15 estabelece a competência para julgamento da cautelar; b) a letra b do Art. 54 determina a redistribuição imediata da cautelar, se houver afastamento do relator por mais de três dias; c) o Art. 156 estabelece a possibilidade de preferência no julgamento da cautelar; d) o Art. 288 ratifica poderes para o relator decidir isoladamente a cautelar, bem como estabelece um rito célere.

Da mesma forma, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal contempla a cautelar nos dispositivos, a saber: a) o inc. I do Art. 8º dispõe sobre a competência para julgá-la; b) o inc. VIII do Art. 13 delega competência ao ministro presidente, para decidir sobre cautelar no período de recesso ou férias; c) o inc. IV do Art. 21 delega poderes ao relator, para decidir isoladamente sobre cautelares (desde que preservado o juiz natural); d) o Art. 304 ratifica poderes, para o relator decidir isoladamente a cautelar, bem como estabelece um rito célere.

Emerge daí que essa maior integração da medida cautelar com os tribunais superiores repele o manejo do mandado de segurança e do agravo de instrumento (CPC, Art. 544)⁷⁰. Reiteramos que toda tutela diferenciada, como é o caso dos efeitos de incidência *dependente*, deve aproveitar, ao máximo, os instrumentos processuais existentes no sistema processual.

Por outro lado, se o mecanismo para postular pelo efeito de incidência dependente é a cautelar, perguntamos: Quais os pressupostos que a parte deve se preocupar em demonstrar, ao instruí-la?

O autor deve considerar duas situações, a saber: a) uma é se for postulado pelo efeito antecipativo, pois, nesse caso, devem estar presentes os pressupostos do Art. 273 do CPC; b) já a outra possibilidade é se for pedido pelo efeito suspensivo, uma vez que o autor deverá demonstrar a plausibilidade do direito postulado pela parte (*fumus boni iuris*), além do *periculum in mora*, exteriorizado no risco de dano provocado pela demora do provimento jurisdicional definitivo.

De qualquer forma, a cópia do recurso especial interposto no tribunal a *quo* deve integrar a inicial da cautelar, sob pena de faltar interesse de ação.

Em outras palavras, a ausência dessa peça inviabiliza a aferição da alta probabilidade de êxito do recurso excepcional, pelo tribunal *ad quem*.

Da mesma forma, caso exista decisão de indeferimento do recurso excepcional, também deverá ser juntado na cautelar a cópia do agravo previsto no Art. 544 do CPC e respectivas peças que integram o instrumento.

70. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo de Instrumento nº 248.036, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 20/03/00, p. 79, com ementa expressando: “Processo Civil. Recurso Especial retido. Agravo do Art. 544, CPC. Descabimento. Doutrina. Agravo não conhecido. É incabível o agravo previsto no Art. 544, CPC, contra a decisão da Presidência do Tribunal de Segunda instância que determina a retenção do recurso especial nos autos, até a reiteração posterior”.

Por fim – conforme expusemos no item anterior –, o presidente do tribunal de origem pode decidir sobre os efeitos *dependentes* dos recursos excepcionais - suspensivo e antecipativo -, quando provocado por meio de medida cautelar. Questionamos, todavia: qual o meio de impugnação cabível em relação a este pronunciamento?

Sustenta Teori Albino Zavascki (2005, p.151) que, diante da omissão do legislador, o Art. 544 do CPC deve ser interpretado ampliativamente, para admitir a interposição do agravo de instrumento também em relação ao pronunciamento que dispõe sobre a medida cautelar (não devendo ficar restrito ao indeferimento dos recursos excepcionais), embora também admita a possibilidade de interposição de outra medida cautelar (em vez do agravo), diretamente no tribunal superior *ad quem*, se estiverem presentes o perigo da demora e da alegação relevante.

Ousamos discordar desse posicionamento diante da impossibilidade de interpretarmos ampliativamente o Art. 544 do CPC, quando existe outro mecanismo suficiente (e mais célere) no sistema processual, isto é, a cautelar.

Além disso, a interposição do agravo de instrumento, por ser desnecessária, criaria indesejável óbice para a celeridade e a economia processual.

Ora, a condição mínima para ser pedido pelo efeito suspensivo dependente perante o presidente do tribunal é a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou seja, os mesmos pressupostos da cautelar que será interposta no tribunal superior *ad quem*.

Vamos ao um exemplo prático, a saber:

a) o presidente do tribunal local indefere o efeito suspensivo *dependente* ao recurso especial;

b) o recorrente interpõe agravo de instrumento perante o tribunal local, (CPC, Art. 544) e, como sabemos, somente após a devida tramitação, este recurso será remetido ao Superior Tribunal de Justiça;

c) não podendo aguardar pelo processamento do agravo, sob pena de tornar ineficaz o seu direito, o recorrente interpõe medida cautelar diretamente no aludido Tribunal Superior reiterando pela atribuição da suspensividade.

Ora, os pressupostos para a concessão da tutela cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) são os mesmos que devem ser analisados para a concessão do efeito suspensivo. Em outras palavras, acreditamos que os requisitos alçados por Teori Albino Zavascki (2005) como *excepcionais* (perigo da demora e plausibilidade do direito), em verdade, consistem na *regra* (e não na exceção), pois o efeito suspensivo não poderá ser deferido sem eles. Não seria prático, por isso, obrigarmos o interessado a interpor o agravo de instrumento (CPC, Art. 544) e, após, a medida cautelar, quando apenas esta última bastaria.

O mesmo ocorre em relação ao pedido de efeito antecipativo, pois os seus pressupostos são até mais rigorosos (CPC, Art. 273). Não podemos esquecer ainda – reiteramos – que a cautelar está mais integrada com a realidade dos tribunais superiores, e isso também afasta a utilização do agravo de instrumento (CPC, Art. 544).

Com essas considerações, entendemos, em suma, que: a) a veiculação dos efeitos de incidência *dependente* - suspensivo e antecipativo - deve ser feita por meio de medida cautelar, notadamente, diante da regra do Art. 800 do CPC, em que o recorrente deverá demonstrar os respectivos pressupostos; b) se a cautelar for postulada antes da interposição do recurso excepcional, deverá ser interposta no tribunal a *quo*, e, nessa situação, o pronunciamento do referido sodalício poderá ser impugnado no tribunal *ad quem* por meio de outra medida cautelar.

13.6. EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Esse recurso está previsto tanto na Constituição Federal quanto no CPC e nos regimentos dos tribunais, sendo que a competência para julgá-lo é distribuída de duas formas.

Será do Supremo Tribunal Federal (CF, Art. 102, inc. II, a e CPC, Art. 539, inc. I) nas decisões proferidas nos remédios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção), desde que o julgamento apresente todas as características, a saber: a) em única instância, isto é, verse sobre competência originária do tribunal (e não recursal); b) proferido por tribunal superior (Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho); c) denegatório (independentemente de adentrar, ou não, no mérito) (MOREIRA, 2003, p.315).

Também será da competência da Suprema Corte, quando envolver crime político (CF, Art. 102, inc. II, b).

De outro lado, será competente o Superior Tribunal de Justiça (CF, Art. 105, inc. II, a e CPC, Art. 539, inc. II, a) quando o recurso impugnar decisões proferidas nos remédios constitucionais (*habeas corpus*, *hábeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção), desde que o julgamento apresente todas as características, a saber: a) em única instância, isto é, verse sobre competência originária dos tribunais; b) proferido pelos tribunais regionais federais, estaduais ou do distrito federal e territórios; c) denegatório (independentemente de adentrar, ou não, no mérito) (MOREIRA, 2003, p.316).

Igualmente, será da competência do Superior Tribunal de Justiça, quando a causa envolver, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro,

município ou pessoa residente no País (CF, Art. 105, inc. II, c e CPC, Art. 539, inc. II, b).

Emerge, dessas considerações e da sua devolutividade plena - ao contrário dos recursos extraordinário e especial -, que, na grande maioria dos casos, o principal escopo do recurso ordinário é criar uma segunda instância para julgamento das ações originárias. Em verdade, esse recurso tem a função de uma apelação em relação aos pronunciamentos dos tribunais inferiores, e essa amplitude implica na maior necessidade de efeito antecipativo.

Como o CPC/73 não regula detalhadamente o processamento desse recurso, quando existirem omissões, adotaremos o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo - apenas como parâmetro -, o qual elenca as etapas, a saber:

a) o prazo de interposição é de quinze dias (CPC, Art. 508). No ato da propositura também deve ser comprovado o recolhimento do preparo (RITJSP, Art. 867, § 2º);

b) deve ser interposto por meio de petição, em que o recorrente deduzirá as razões do pedido de reforma (RITJSP, Art. 866, § 2º). Na sequência, abre-se vista a parte adversa (RITJSP, Art. 866, § 3º);

c) após o prazo para a Procuradoria-Geral de Justiça apresentar o seu parecer, os autos seguem para o juízo de admissibilidade do presidente da seção pertinente (RITJSP, Art. 866, § 4º);

d) ao exercer o juízo de admissibilidade, serão aplicados, conforme o caso, o disposto com relação ao pedido originário de *habeas corpus* e as regras relativas à apelação, constantes no CPC (RITJSP, Art. 866, § 5º).

Também em função desse longo procedimento perante o tribunal a *quo*, a necessidade do efeito antecipativo pode se mostrar presente, conforme verificaremos na sequência.

No que tange à interação com o efeito antecipativo, inicialmente, salientamos que este recurso possui devolutividade plena, ou seja, tal como a apelação, remete todas as questões impugnadas ao tribunal *ad quem*.

Diante dessa semelhança com o recurso de apelação, advinda da incidência da devolutividade integral, Nelson Nery Júnior (2004, p.444) expressa:

Cabível de algumas decisões de única instância dos tribunais regionais federais e tribunais estaduais, tanto para o STF (CF 102 II) quanto para o STJ (CF 105 II), o recurso ordinário constitucional assemelha-se ao recurso de apelação, sendo pertinente aqui o que foi dito sobre o efeito devolutivo da apelação. A devolutividade do recurso ordinário é total, não estando ele sujeito às limitações do recurso especial.

Diante da omissão da lei, todavia, o Processualista defende a inexistência de efeito suspensivo no recurso ordinário, ante a argumentação de que: a) o CPC apenas

determina a aplicação das *regras* da apelação (e não dos *efeitos*); b) não necessita desse efeito, pois apenas seriam cabíveis nas hipóteses de denegação, ou seja, pronunciamento negativo (NERY JR, 2004, p.446).

Ousamos discordar desse entendimento, pois, em primeiro lugar, o recurso ordinário constitucional não se restringe às denegações dos remédios constitucionais, isto é, também pode ser interposto em relação a outros pronunciamentos, conforme previsto nos Arts. 102, inc. II, *b*, e 105, inc. II, *c*, ambos da CF.

Em segundo lugar, acreditamos que a determinação, para aplicar as regras da apelação, também abarca os efeitos recursais, notadamente, porque ele assume a mesma função recursal - guardadas as devidas proporções.

O sistema recursal adotado pelo CPC consagra a suspensividade como regra para a apelação - independentemente de requerimento -, ou seja, esse efeito apenas poderia ser afastado, se houvesse previsão expressa.

Por tudo isso, entendemos que o recurso ordinário deve ter efeito suspensivo, entretanto reconhecemos que esse nosso entendimento não encontra respaldo na jurisprudência, pois apenas admite a suspensividade por meio de medida cautelar⁷¹.

Com esse cenário, ponderamos que o critério para a obtenção dos efeitos de incidência *dependente* - antecipativo e suspensivo - em relação ao recurso ordinário é o mesmo que verificamos quanto aos recursos extraordinário e especial.

Isso ocorre, porque o processamento é similar, ou seja, há um primeiro juízo de admissibilidade no tribunal local, e, somente após, o recurso é remetido ao tribunal superior competente para o julgamento.

Quanto à possibilidade de postulação do efeito de incidência *dependente* - suspensivo ou antecipativo -, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando que, em situações excepcionais, pode ser concedido o efeito suspensivo, ao expressar:

MEDIDA CAUTELAR. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PERSISTÊNCIA DAS RAZÕES DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I – Não obstante a decisão denegatória de segurança não tenha conteúdo executório, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido, em circunstâncias específicas e excepcionais, a concessão de efeito suspensivo a recurso ordinário, desde que utilizada, pelo interessado, a competente medida cautelar, devendo, ainda, ser demonstrada a ocorrência do

71. Dentre outros acórdãos existem: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 2.981-PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/02/05, p. 185; Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 9.119-RN, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 17/12/04, p. 413; Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 9.198-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 18/04/05, p. 241.

fumus boni iuris e do *periculum in mora*. II – Na hipótese em questão, ainda que possa restar caracterizada a ocorrência de eventual *periculum in mora*, não há como se antever a ocorrência do *fumus boni iuris*, tendo em vista que o pleito lançado na ação confunde-se com o mérito do recurso ordinário interposto. III – Ademais, para o deferimento do provimento urgente, seria imprescindível a constatação *primo oculi* das ilegalidades apontadas, sem que fosse necessário, neste juízo de cognição sumária, a análise detalhada do conjunto probatório. IV – Agravo interno desprovido⁷².

Vamos a um exemplo prático, que teve, basicamente, as seguintes etapas, a saber:

a) certa feita, um prefeito no município de Bauru teve o seu mandato cassado pela Câmara dos Vereadores local, em razão da prática de infrações político-administrativas;

b) para impugnar essa cassação, o alcaide ajuizou ação própria, pedindo pela sua imediata reintegração no cargo, cuja liminar foi indeferida;

c) inconformado, interpôs agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça de São Pulo, cujo efeito antecipativo foi indeferido;

d) para impugnar este indeferimento do relator, impetrou mandado de segurança perante o Quarto Vice-Presidente daquele sodalício, cuja liminar também foi indeferida;

e) em nova impugnação – agora em relação ao indeferimento proferido pelo Quarto Vice-Presidente –, impetrou outro mandado de segurança perante o Primeiro Vice-Presidente, porém, desta feita, logrou êxito, pois foi deferida a liminar postulada, para reconduzi-lo ao cargo.

A partir desse último mandado de segurança - que é da competência originária do tribunal -, vamos supor que a ordem fosse denegada pelo tribunal local, no julgamento final.

Ora, estaríamos diante de um acórdão que poderia ser impugnado por meio de recurso ordinário. Assim, desde que presentes os pressupostos pertinentes, nada impede que o interessado interponha medida cautelar, para postular pela concessão do efeito antecipativo perante o tribunal superior *ad quem*.

Da mesma forma que em relação aos recursos excepcionais, a medida cautelar é o mecanismo cabível, para postular pelos referidos efeitos *dependentes*. Igualmente, a competência para decidir sobre o referido efeito.

Logo, podem ser concedidos os efeitos de incidência *dependente* -antecipativo

72. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 9.558, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 18/04/05, p. 351.

ou suspensivo - a esse recurso. O meio de postulação é a medida cautelar. O ato de interposição do recurso ordinário desloca a competência, para receber o pedido de efeito *dependente* para o tribunal *ad quem* (CPC, Art. 800, parágrafo único).

13.7. EFEITO ANTECIPATIVO FRENTE AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Estes embargos apenas podem ser aplicados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, quando julgarem os respectivos recursos excepcionais. As hipóteses de cabimento estão previstas no Art. 546 do CPC, que expressa:

Art. 546: É embargável a decisão da turma que: I – em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II – em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.
Parágrafo único: Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno.

Desse modo, esses embargos serão cabíveis no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quando o julgado proferido em sede de recurso especial divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial.

Da mesma forma, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, serão cabíveis, quando, em sede de recurso extraordinário, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário.

O parágrafo único do Art. 546 do CPC delega competência aos respectivos tribunais para regulamentarem o rito desses embargos.

Com essa outorga de poder, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça estabelece o rito, a saber:

a) a petição do recurso deverá ser interposta no prazo de quinze dias (CPC, Art. 508 e RISTJ Art. 266), contendo a comprovação da divergência (RISTJ, Art. 266, § 1º);

b) uma vez interpostos, não terão efeito suspensivo *independente* (RISTJ, Art. 266, § 2º), bem como irão para a conclusão do relator sorteado, que poderá rejeitá-los nos casos de intempestividade, contrariedade à súmula ou ausência de comprovação da divergência (RISTJ, Art. 266, § 3º);

c) se for o caso de intervenção, o Ministério Público terá vista por vinte dias (RISTJ, Art. 266, § 4º). Igualmente, se os embargos forem admitidos, também será aberta vista ao embargado pelo prazo de quinze dias (RISTJ, Art. 267);

d) na sequência, o relator pede dia para julgamento (RISTJ, 267, parágrafo único).

Outro aspecto relevante é a necessidade de que a divergência seja atual, sob pena de perder a sua finalidade uniformizadora. Não será atual, por isso, o acórdão proferido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) ou pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando tinha competência, para conhecer de ofensas à lei federal⁷³.

Entendemos, todavia, que este fato pode até levar a rejeição do mérito, mas jamais poderá ser alçado como pressuposto de admissibilidade. Ora, o fato de o pronunciamento ser antigo não significa que é incorreto, pois esta conclusão apenas poderá ser obtida por intermédio da análise das razões recursais⁷⁴.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (RISTF, Arts. 330 a 336), de modo geral, os embargos têm um procedimento análogo ao do Superior Tribunal de Justiça.

Após verificarmos este rito, não é difícil imaginarmos situações em que o efeito antecipativo se mostra presente.

Diante do processamento destes embargos (que não é imediato), em situações excepcionais, poderiam se materializar os pressupostos para a concessão dos efeitos de incidência *dependente* - antecipativo e suspensivo.

Vamos a um exemplo concreto. Por meio da Lei nº 9.032, com vigência no dia 29/04/95, foi dada nova redação ao Art. 75 da Lei nº 8.213/91, passando a garantir que a pensão por morte concedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) seja equivalente a 100% (cem por cento) do benefício recebido pelo segurado falecido.

Como existiam muitas viúvas que recebiam percentual inferior, houve muita polêmica sobre a possibilidade de aplicar esta garantia às pensões concedidas antes da Lei nº 9.032/95.

Consagrando essa possibilidade de a lei mais benéfica retroagir para favorecer o segurado, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu ementa expressando:

73. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 553.680, Rel. Min. José Delgado, DJU 04/10/04, p. 202., expressando: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE AS HIPÓTESES EM CONFRONTO. DESATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 255 DO RISTJ. PARADIGMA QUE NÃO REPRESENTA O ATUAL ENTENDIMENTO DA CORTE. INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Em se tratando de embargos de divergência, antes que seja examinado o tema de mérito, é necessário que se verifique o atendimento aos requisitos formais exigidos à caracterização do dissenso interpretativo, consoante estabelece o Art. 266, § 1º, do RISTJ: ‘A divergência indicada deverá ser comprovada na forma do disposto no Art. 255, §§ 1º e 2º, deste Regimento’. Na espécie, tais requisitos não foram supridos. 2. Se a divergência que se pretende demonstrar está fundada em paradigma que não mais representa o entendimento da Corte sobre o tema, caracteriza-se defeito formal que impede o conhecimento dos embargos de divergência, na medida em que ausente um de seus pressupostos elementares de interposição, qual seja, a efetiva existência de interpretação diversa sobre a mesma matéria. 3. As razões recursais devem se mostrar suficientes à alteração do provimento jurídico atacado. Ausente essa condição, impõe-se a denegação do pedido. 4. Agravo regimental desprovido”.

74. No âmbito do STJ, existem duas súmulas sobre estes embargos. A primeira é a 158, que expressa: “Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”. Já, a Súmula nº 168 estabelece: “Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

TUTELA ANTECIPADA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DA CF/88. MAJORAÇÃO DE QUOTA FAMILIAR. LEI Nº 8.213/91. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. A eg. Terceira Seção, pelas Turmas que a compõem, consolidou entendimento no sentido da possibilidade de majoração da cota familiar dos benefícios de pensão por morte concedidos sob a égide da legislação pretérita. 2. Aplica-se o Art. 75 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, a todos os benefícios previdenciários, mesmo no tocante aos concedidos antes de sua vigência, sem que isso configure, a rigor, retroação de lei mais benéfica, mas apenas seu alcance às situações dos que se encontram em idêntico estado de fato. 3. Embargos de divergência acolhidos⁷⁵.

Traçado esse paralelo, vamos imaginar que a 5ª Turma do STJ decidisse de modo diverso da 3ª Seção, para dar provimento ao recurso especial do INSS e afastar o direito de a pensão da recorrida ser equivalente a 100% do benefício de seu finado marido, ante o fundamento de que a Lei nº 9.032/95 seria posterior.

Ora, nessa situação, interpostos os embargos de divergência, adotando o acórdão paradigma da 3ª Seção, nada impede a concessão do efeito antecipativo, para reajustar os benefícios da recorrente (desde que presentes os requisitos específicos).

Da mesma forma, o recorrente também poderia postular pelo efeito *dependente* suspensivo, caso o acórdão tivesse determinado alguma obrigação que fosse contrária ao entendimento de outra turma ou seção.

Uma vez verificada, entretanto, a possibilidade de concessão dos efeitos de incidência *dependente* - suspensivo e antecipativo -, fica uma questão: Qual o meio para postularmos pelos mesmos?

Para auxiliar a nossa resposta, novamente lembramos que o enquadramento da tutela antecipada recursal como efeito do recurso gera a competência do relator que receber o recurso para analisá-lo.

Desse modo, o recorrente deve pedir pelo deferimento do respectivo efeito de incidência *dependente* na própria petição dos embargos de divergência.

75. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Seção, Embargos de Divergência no REsp nº 273.866, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 14/03/05, p. 191.

CONCLUSÃO

A suplantação do Estado legalista-positivista pelo Estado Constitucional conferiu às normas constitucionais a força normativa que lhe é própria, fundada e legitimada nas aspirações da sociedade pela Constituição regulada. O Estado Democrático e de Direito sujeita o próprio Estado, nas suas relações com os cidadãos, a limites formais e materiais, representando obstáculos à ingerência do Estado em um rol de direitos indisponíveis.

Para efeitos deste estudo, considera-se justa a tutela que promova a composição do conflito de interesse, atingindo a pacificação social, não somente aplicando o direito positivado, mas aplicando-o em consonância com os princípios e direitos fundamentais que fundamentam e legitimam o aparato estatal e o próprio ordenamento jurídico. Por tutela jurisdicional adequada, entende-se aquela que dispõe dos mecanismos – técnicas - adequados e suficientes, para promover efetivamente a proteção dos direitos concedidos pela ordem jurídica. Tutela jurisdicional tempestiva é a concedida a tempo de promover a efetiva e adequada proteção do direito.

Para cumprir com os adjetivos de justiça, adequação e tempestividade, as partes e o Estado-juiz devem ter à disposição instrumentos apropriados para o efetivo resguardo dos direitos. Trata-se das técnicas processuais.

As técnicas processuais são atos que efetivamente podem conceder a tutela jurisdicional, as quais devem ser escolhidas, tendo em vista a capacidade de promover, efetivamente, a proteção e efetivação dos direitos. Face ao dever estatal de promover a pacificação social mediante a composição dos conflitos de interesses, o que deve ser feito pela efetivação dos direitos, tem o legislador o dever, perante o direito fundamental do cidadão de receber tutela jurisdicional justa, tempestiva e adequada, de instituir técnicas processuais idôneas e aptas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito material.

Conceder a tutela jurisdicional não é apenas formular a norma concreta que regerá determinada relação jurídica, mas também entregar ao jurisdicionado, titular de um direito subjetivo, o bem (coisa, dinheiro etc.) e/ou pô-lo na situação jurídica que o direito material lhe concede, permitindo-lhe usufruir dessa situação que lhe é

garantida abstratamente. Somente com a conjugação da formulação da regra concreta pela sentença, produtora de efeitos, com a realização destes, a tutela jurisdicional será completamente concedida.

O que se pode antecipar são os efeitos práticos da tutela jurisdicional, os efeitos que adviriam de futura declaração, decretação ou condenação, colocando-se o autor na situação de fato, ainda que parcial, que somente adviria após a concessão da tutela jurisdicional pela sentença e sua efetivação.

Tanto a cautelar quanto a tutela antecipatória são tutelas não satisfativas, uma vez que não definitivas. Enquanto a tutela cautelar apenas assegura ou garante o que a doutrina chama de “eficácia da tutela jurisdicional”, a tutela antecipada concede imediatamente os efeitos da tutela jurisdicional que somente seria concedida mais tarde, em momento adequado, após a realização da cognição exauriente pelo magistrado. Ambas as tutelas, no entanto, não são satisfativas, uma vez que não concedem, em definitivo, a proteção ao direito alegado em juízo, ao qual se pede a tutela jurisdicional.

Para que a tutela antecipada possa ser concedida, é imprescindível que haja pedido expresso da parte cuja antecipação interessa. A lei não estabelece prazo para que se peça a antecipação de tutela, não podendo falar que tenha havido preclusão na hipótese de o autor não pedir a tutela antecipada logo na inicial.

A antecipação da tutela não agride o direito ao contraditório e à ampla defesa: o contraditório será apenas postecipado para o futuro, em que o réu poderá defender-se amplamente, fazendo as alegações e protestando e produzindo as provas que entender necessárias.

Tanto a decisão que concede quanto a que denega a tutela antecipada devem ser clara e precisamente fundamentada pelo magistrado, que deverá expor as razões de sua decisão, demonstrando estarem presentes ou ausentes os requisitos legais para a caracterização da medida pleiteada.

Não se deve antecipar um efeito concreto que se mostre irreversível, para proteger um direito pecuniário ou patrimonial, prejudicando outro direito patrimonial do réu, sem que este tenha a oportunidade de se defender. Por outro lado, tratando-se de um confronto entre o direito à vida, à saúde ou à integridade física ante um direito patrimonial e se apresentado aquele corroborado por prova suficiente que demonstre sua verossimilhança, deverá o magistrado optar por proteger aquele, na impossibilidade de se proteger a ambos.

Para a concessão da antecipação da tutela, o requisito da presença de prova inequívoca, previsto no *caput* do art. 273 do CPC, deve ser entendido como prova suficiente a convencer o juiz da verossimilhança das alegações.

Não é possível, na prática, estabelecer elementos que possam mensurar a quantidade de “certeza”, “probabilidade” ou “verossimilhança”. Por verossímil, deve-se entender aquilo que parece verdadeiro, que é possível ou provável de não contrariar a verdade.

Apenas a hipótese do inciso I do art. 273 é caso de tutela de urgência, fundada na necessidade de o provimento ser concedido antecipadamente, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação.

O requisito previsto no inciso II do art. 273 do CPC é requisito específico da tutela antecipada sancionatória, que, para ser concedida, deve estar cumulada com os requisitos do *caput* do artigo, não sendo necessária a presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A antecipação de tutela fundada na parte incontroversa da demanda não pode ser concedida em caráter liminar, nem pode ser pleiteada na petição inicial, uma vez que se faz necessário esperar, no mínimo, pela contestação do réu, para, então, verificar se algum pedido ou parcela dele tornou-se incontroverso. O art. 273, § 6º, não prevê técnica de desmembramento de pedido, nem excepciona o princípio da unidade do julgamento: trata-se de provimento concedido com base em cognição sumária.

Quando do momento de prolatar a sentença, ainda que não haja novos fundamentos de fato ou de direito relevantes, é preciso admitir que a tutela antecipada seja modificada ou revogada, uma vez que somente agora, após uma análise mais acurada das alegações constantes da petição inicial, da contestação, da análise de todos os documentos e provas realizadas, estará o juiz proferindo uma decisão fundada em cognição exauriente.

A doutrina vem entendendo que este § 7º do art. 273 se caracteriza como um mecanismo de mão dupla, i. e., assim como é possível conceder a medida cautelar, quando pedida sob o título de antecipação de tutela, esta poderá ser concedida, quando requerida sob a forma de medida cautelar.

A declaração subjacente à sentença, com efeito, não pode ser antecipada, mas os efeitos concretos advindos da condenação, da ordem judicial ou do cumprimento por meio de auxiliares da justiça são plenamente possíveis e se coadunam com a própria natureza do provimento antecipatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLA, Valentina Jungmann Cintra. **O recurso de agravo e a lei nº 9.139 de 30/11/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALMEIDA, Eneá de Stutz (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de segurança no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da Antecipação de tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de Processo nº 108**. São Paulo: Revista dos Tribunais. out- dez 2002. p. 107-108.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela antecipada**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ANDOLINA, Italo. **“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale**. Milano: Giufrfrè, 1983.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARMELIN, Donaldo. **Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à lei nº 8.038/90, impostas pela lei nº 9.756/98: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier [coord.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARMELIN, Roberto. **Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição: aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier [coords.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ARRUDAALVIM, José Manoel. **Manual de direito procesual civil: processo de conhecimento**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência [tentativa de sistematização]**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 81, ano 21, jan./mar. 1996.

BELINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [Coord.] **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BERMUDES, Sérgio. **Direito Processual Civil: estudos e pareceres.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Traduzido por Carlos Rodrigues e Márcio Pugliesi, Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOCHENEK, Antonio César. **Competência Cível.** Da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BOLLMAN, Vilian. **Juizados Especiais Federais.** Comentários à Legislação de Regência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BORGES, Marcos Afonso. A nova feição do agravo. In: **Revista de Jurisprudência**, nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Inovações no código de processo civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense. 2004.

CAPELLETTI Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNELUTTI, F. **Instituições de Processo Civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

CARREIRA ALVIM, J.E. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela antecipada**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CHIAVASSA, Tércio. **Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookselles, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COUTURE, J.E. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Mozar Vitor Russomano. Belo Horizonte: Líder, 1998.

CUNHA, Gisele Heloísa. **Embargos infringentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CUNHA, A. M. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v.11.

DECOMAIN, Pedro. **Elegibilidade e Inelegibilidade**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

DELFINO, Lúcio. **Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência**. **Revista de Processo nº 122**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 206-207.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **O relator – a jurisprudência e os recursos: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. São Paulo: Melhoramentos. 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1995.

FABRÍCIO, A. F. **Inovações Sobre o Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FADEL, Sérgio Fahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. Realização das liminares e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, mar./abr. de 2004, n.º 372.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Concessão de efeito suspensivo em recurso especial. In: **Revista de Processo**, nº 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência** [fundamentos da tutela antecipada]. São Paulo: Saraiva, 1996.

GARCIA Emerson. **Abuso de Poder nas Eleições Meios de Coibição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais: a busca de uma exegese emancipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES. M.V.R. **Novo Curso de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HADDAD, José Eduardo. **O rito sumaríssimo trabalhista.** Campinas: Bookseller Editora, 2000.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 8, t. 1.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOPES, João Batista. **Agravo regimental – recurso ou pedido de reconsideração: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998.

MALLET, Estevão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINS, Victor A.A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho.** São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil. Medidas de Urgência, tutela antecipada e Ação Cautelar, Procedimentos Especiais.** v. 3. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña et al. **Nova reforma processual civil comentada.** São Paulo: Método, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVA, José Roberto Dantas. **Tutela de urgência no processo do trabalho.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória. **Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 66, p. 204-205, mar. 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, jun. de 2005, nº 836, p. 11-33.

ORTELLS RAMOS, Manuel. **Las medidas cautelares**. Madrid: La Ley, 2000.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. **A importância do advogado na Justiça do Trabalho**. Direito-USF. Bragança Paulista. v.17. n.2. p.13-44. jul./dez. 2000.

RICCI, Edoardo. Il progetto rognoni di riforma urgente Del proceso civile. **Revista di Diritto Processuale**, p.631, 1987.

ROCHA, Felipe Borring. **Juizados Especiais Cíveis**. Aspectos Polêmicos da Lei 9009/95. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O Direito Processual e sua Efetividade na Condição de Instrumento de Atuação da Ordem Constitucional e Comunitária. **Revista de Integração Latino-Americana**. Mestrado em Integração Latino-Americana, Ano 01, n.º 01, 2004.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Hipóteses para concessão da tutela antecipatória da parte incontroversa da demanda (art. 273, § 6º). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.º 121, março de 2005.

SANTOS, Marília Lourido dos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória (âmbito e diferenças dos institutos). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=871>>. Acesso em: 8 nov 2009.

SANTOS, Raimundo Nonato Silva. **A Tutela Antecipada em Sede de Juizados Especiais**. Associação Cearense de Magistrados. 2005. Disponível em: <http://www.acmag.com.br/HTML/tutela_ant_je.htm>. Acesso em: 8 nov 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais** n. 30, ano 11. São Paulo: Guita Grin Debert, 1996.

SCARSELLI, Giuliano. **La condonna com riserva**. Milano: Giuffrè, 1989.

SCHAFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais, do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo Cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, abr./-jun. de 2003, n.º 110.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária. **Genesis: Revista de direito processual civil**. Curitiba: Genesis, ano 3, jul./set. de 1998.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, §7º, do CPC). **Revista de Processo** nº 112. São Paulo: Revista dos Tribunais. Out-dez 2003, p. 74.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o principio da fungibilidade (§7º do art. 273 do CPC). **Revista de Processo** nº 144. São Paulo: Revista dos Tribunais. fev-2007. p. 24-26.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 87, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. v.1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil: Lei n.º 10.352, de 26/12/2001, Lei n.º 10.358 de 27/12/2001, Lei n.º 10.444, de 07/05/2002**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Nulidades do processo e da sentença**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, ano 2, jan./abr. 1997, n.º 4, p. 111-124.

TUTELA ANTECIPADA

