

A EFETIVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E A REVOGAÇÃO DO ART. 588 DO CPC

Suelen Silveira dos Santos (G-UEMS)

Juliano Gil Alves Pereira (UEMS)

Resumo: Com a tutela antecipada o juiz confere ao jurisdicionado o próprio direito perseguido na ação, de forma provisória e célere. Disposto no artigo 588 do CPC, as regras pertinentes à execução provisória, e com a revogação deste artigo, pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, está implantado um novo mecanismo para o cumprimento da sentença no ordenamento jurídico, o qual para sua efetivação deverá observar as normas previstas nos arts. 475-O, 461, §§ 4º e 5º e 461-A.

Palavras-chave: Tutela. Antecipada. Execução. Provisória. Efetivação.

Abstract: With the tutelage advance the judge confer to the jurister the owner the right persecutor in the action, of form provisional and celerity. It went disposed in the article 588 of the CPF, the regulation pertinent to execution provisional and with the revocation of this article by law nº 11.232, of the 22ndDecember/ 2005. It is implantation a new mechanisms to the accomplishment sentence in the order juridical, the what to your affective will owe to observe the norm foreseen in the article: 475-0, 461 §§ 4º and 5º and 461-A

Key-words: Tutelage. Advance. Execution. Provisional. Affective.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.952/94 deu nova redação ao art. 273 do CPC, assegurando a sua aplicabilidade nos processos de conhecimento. Embora instituída pela referida lei de forma expressa no ordenamento, essa espécie de tutela provisória já era prevista em alguns institutos esparsos, como nas ações possessórias de força nova, nas alimentícias, bem como nas ações de mandado de segurança, onde a medida liminar conferia o próprio direito postulado pelo demandante. Por diversos estudiosos do direito é classificada como tutela de urgência, já que a satisfação do direito só é possível em tempo inferior ao do processo, como pensa o mestre Humberto Theodoro Júnior.

O instituto consiste na antecipação, total ou parcial, dos efeitos da própria sentença, em caráter provisório, se preenchidos os requisitos gerais enumerados no CPC, art. 273, a saber: prova inequívoca, verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável, abuso do direito de defesa, a prática de atos protelatórios pelo réu, e o perigo da irreversibilidade do provimento jurisdicional. Surgiu na busca de maior efetividade do processo, pois devido à morosidade do judiciário, deixava o autor, já prejudicado pela inadimplência do devedor, ainda mais prejudicado.

No intuito de inverter a situação desconfortável do autor, a lei criou tal instituto, para concede, *initio litis*, o direito material postulado pelo demandante, como forma, até mesmo, de evitar a prática de atos protelatórios por parte do demandado, que poderá não mais ter interesse na permanência da situação, pois o bem material já não mais está em seu poder.

1. OS REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Em face da natureza desse trabalho, abordaremos apenas da antecipação de tutela genérica, prevista no artigo 273 do CPC, deixando de lado a tutela específica (CPC, 461, 461-A; CDC 84, etc.) das obrigações de fazer, não fazer, de entrega de coisa certa ou incerta.

São imprescindíveis para a concessão da antecipação da tutela. Os doutrinadores não divergem quanto à importância deles, sendo citados e defendidos como base fundamental para que seja concedido o pedido de antecipação da tutela. Tendo em vista o teor específico do presente trabalho, de maneira breve trataremos dos requisitos que autorizam o juiz a antecipar os efeitos da sentença, como ensina a doutrina de Marcos Vinícius Rios Gonçalves.

No que tange à possibilidade de concessão da medida, é imprescindível que haja requerimento da parte interessada, como diz a redação do artigo 273 do CPC, não podendo o juiz concedê-la de ofício. Vale ressaltar, outrossim, que somente ao autor é lícito formular pedido de antecipação, pois é ele o titular do direito material postulado; quanto ao réu, somente será possível formular esse pedido em sede reconvenção, não se admitindo requerimento de antecipação na contestação, mormente porque nada há que se antecipar a quem apenas se opõe ao pedido deduzido.

A expressão ‘prova inequívoca’ não deve ser entendida no sentido literal, vez que, se assim fosse, levaria o intérprete do Direito ao equivocado pensamento de prova absoluta, inarredável, o que autorizaria o magistrado proferir decisão definitiva de mérito, o que não se coaduna com a característica da provisoriedade da medida antecipatória. Destarte, por prova inequívoca deve ser entendida a prova suficiente, idônea, robusta, de tal forma a incutir na mente do julgador a máxima probabilidade de que aquela prova é capaz de sustentar a alegação deduzida e que se pretende provar.

Quanto à verossimilhança da alegação, é ela o juízo de convencimento a ser feito em torno dos fatos alegados pela parte que pretende a antecipação da tutela. É mais que o *fumus boni iuris* exigível para a concessão de liminar em medida cautelar. É mais que a mera probabilidade de serem verdadeiros os fatos, razão pela qual a análise perfunctória dos fatos, aliada à prova robusta, devem formar no julgador a quase certeza da verdade do autor.

Pertinente ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tal requisito traduz-se na clara preocupação com a efetividade da justiça. Nesse contexto, importa destacar que o requisito em comento consiste em algo mais que o simples *periculum in mora*. No entanto, sugere a expressão “fundado receio” a demonstração de circunstâncias fáticas objetivas, que comprovem que a ausência de tutela ensejará a ocorrência do dano irreparável ou de difícil reparação.

Relativamente ao abuso do direito de defesa ou a prática de ato manifestamente protelatório do réu, embora seja a defesa garantia constitucional, deve ela ser exercida de forma razoável e não para retardar a realização do direito do autor. Sendo, via de regra, crucial que a ocorrência dessas hipóteses pressupõe que o requerimento de tutela, necessariamente, seja feito após a contestação.

O perigo de irreversibilidade consiste na possibilidade de o juiz, presentes os requisitos anteriores, e que ensejam a concessão da medida antecipatória, deverá verificar a possibilidade de, futuramente, revogar a decisão concessória, voltando às partes ao *status quo ante*, diante da inesquecível provisoriedade da medida que decreta a antecipação da tutela. O juiz, então, analisa o caso concreto e observa se, ao conceder a medida, poderá ele, posteriormente, revogá-la.

O perigo da irreversibilidade dos efeitos do provimento está na possível ocorrência ao réu de lesão de reparação impossível, de efeitos jurídicos, materiais ou concretos. Sendo todo

provimento provisório reversível, discute-se a efetivação dos efeitos, ou seja, fatos decorrentes da decisão, portanto, cabe ressaltar a diferença entre os conceitos. O art. 520, VII do CPC, atesta que é necessária a confirmação da antecipação dos efeitos da tutela, mas não deve se supor que este tem alcance apenas as sentenças condenatórias (dar, fazer, e não fazer), pois alcança toda e qualquer sentença, ainda entendendo alguns contrariamente, tem-se admitido antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas desde que tenha havido antecipação dos efeitos da sentença e dependendo da natureza da relação jurídica material em lide.

A lei diz que não se poderá ser criada situação jurídica irreversível, no plano do objeto da tutela, sendo que o seu princípio está em que os efeitos materiais e provisórios sejam reversíveis pelo seu caráter provisório, *in natura*, ou sob a forma sucedânea da recomposição patrimonial.

A mera ameaça ou a lesão de direito, por exemplo, sem ação que remediasse as perdas e danos morais e físicos, seria uma afronta a garantia fundamental prevista na CF (art 5º, XXXV).

2. CONVENCIMENTO FUNDAMENTADO

A Constituição Federal de 1988 trouxe no seu art. 93, IX que as decisões do Poder Judiciário, devem estar fundamentadas, sob pena de nulidade. Seguindo o art. 165 do CPC, as sentenças e acórdãos serão proferidas com observância do disposto no art. 458 do CPC, as outras devem ser fundamentadas mesmo estas estando concisas.

O § 1º do art. 273 coloca que, “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”. O Código de Processo Civil de 1939, dispunha no seu art. 280, que a sentença deveria ser clara e precisa, expressão esta que não foi repetida pelo art. 458 do atual Código, a significação difere, pois claro é o conteúdo e não a forma do ato conforme defende Sergio Sahione Fadel, em seu CPC, e ainda comenta que a prática de foro demonstrou uma certa despreocupação ou até omissão às vezes da parte dos juízes, na fundamentação das decisões, limitadas a um simples conceder, sem esclarecer a parte suas razões que motivaram o convencimento, se positivo ou negativo. As decisões dos tribunais não eram diferentes. Muitas ainda passam nas brechas do preceito constitucional.

O juiz deve se utilizar do princípio da Proporcionalidade para a concessão, a qual se desfundamentada, a decisão é de nulidade absoluta. E para quem entenda que a nulidade é relativa, esta é conseguida com requerimento da parte.

Outrossim, é bom lembrar que, se o juiz determinar a revogação ou a modificação do conteúdo da decisão, também deverá fundamentar o seu *decisum*, tanto no sentido de atender o comando constitucional, como para atender à exigência do parágrafo quarto do mesmo artigo 273. Quando o juiz antecipa a tutela, fundamenta-a na versão unilateral do autor e na prova suposta inequívoca. Podem sobrevir fatos novos no curso da demanda, podendo com estes o juiz modificar a tutela ou mesmo revogá-la. Apenas o art. 462 do Código não serve de base à revogação sem pedido expresso da parte interessada. Em todos os casos, para decidir se deferirá a tutela antecipada, o juiz deverá aferir o grau de proporcionalidade entre os riscos da consequência do deferimento e os do não deferimento, após observar esses riscos poderá aferir a sua decisão.

3. ATO JUDICIAL QUE DEFERE OU INDEFERE A TUTELA

O juiz defere a tutela devendo se embasar em cognição não exauriente, pois não se objetiva o desfecho definitivo do conflito e, em juízo de probabilidade e verossimilhança,

proferindo mera decisão interlocutória. O § 2º do art. 162 do CPC define como “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”. Com um simples despacho positivo do magistrado a ação já se considera proposta, como prevê o art. 263 do CPC, a antecipação da tutela é uma decisão.

Sendo, portanto, a decisão interlocutória, e antecipando, total ou parcialmente os efeitos pretendidos, ou indeferindo o pedido, a decisão em questão não pode ser confundida com a sentença, pois esta é o ato finalizador do processo, proferida pelo magistrado. Como acentuou o doutrinador clássico Nicola Framarino Dei Malatesta, quando nos deparamos com as afirmativas pesando mais sobre a pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas tal fato será improvável. A probabilidade então é menos que a certeza, porque os motivos divergentes na probabilidade ficam somente suplantados e não afastados. A probabilidade é mais que a verossimilhança, porque na mente do julgador esta tem um grau de equivalência, obtido através de um estado de espírito, entre os motivos divergentes e os chamados convergentes.

Não há um momento único e específico para a concessão das tutelas antecipadas. Na petição inicial o autor formulará o requerimento, as razões pelas quais entende que a medida deva ser concedida.

“Poderá, o juiz, designar audiência de justificação. A tutela antecipada de urgência pode ser concedida *inaudita altera parte*, mas ele poderá fazê-lo apenas em situações excepcionais e de perigo muito imediato”. (GONÇALVES, 2006, p.301).

Mas nada impede que a medida seja requerida e concedida em fase processual posterior, pois pode acontecer que só ao longo do processo surjam os motivos autorizadores para a sua concessão. No § 6º do art. 273 do CPC, introduzido pela Lei nº 10.444/02, estabelece que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Admite-se também a possibilidade de antecipação mesmo que o processo esteja em fase de sentença. A apelação suspende o cumprimento da sentença, mas não o da antecipação, de forma que daí poderão advir graves prejuízos para o réu. Tem-se admitido ainda, a possibilidade de concessão da medida mesmo após a prolação da sentença, mas a decisão sobre a medida não caberá mais ao juiz da causa, mas ao relator do recurso.

Mesmo que contra essa sentença seja interposta apelação com efeito suspensivo, a antecipação manterá a sua eficácia até o julgamento final.

Contra a decisão que concede ou indefere a antecipação, caberá sempre recurso de agravo, que haverá de ser interposto sob a forma de instrumento. O agravo permite ao juiz retratar-se, sem necessidade de novos elementos.

4. A EFETIVAÇÃO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA

A Lei 8952/94, ao instituir a antecipação de tutela no ordenamento processual brasileiro, trouxe em seu parágrafo terceiro a forma de se executar a decisão antecipatória, nos seguintes moldes:

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

A execução, então, da decisão que concedia a antecipação era realizada nos termos da execução provisória, aplicando-se apenas os incisos I e II do artigo 588 do CPC.

Posteriormente, através da Lei 10.444/02, foi dada nova redação ao parágrafo terceiro do art. 273 do CPC, que passou a ter a seguinte e atual redação:

“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.”

Dessa forma, foi modificada a expressão ‘execução’ por ‘efetivação’, que melhor se coaduna com a medida concedida.

E mais, o artigo 588, com todos os seus incisos, passou a ser aplicado à efetivação da medida antecipatória, consoante se verificou da nova redação dada pela Lei 10.444/02 ao parágrafo terceiro do artigo 273 do CPC.

É de se observar que foi acrescentado também a observância aos artigos 461, parágrafos quarto e quinto, e 461-A, ambos do CPC. Mas, essas regras são aplicáveis às obrigações de fazer, não fazer, e entrega de coisa certa ou incerta, que não fazem parte do nosso estudo.

Para melhor compreensão da forma de efetivação da tutela genérica (CPC, 273), transcrevemos o artigo 588 do CPC, já alterada pela Lei 10.444/02, que cuidava da execução provisória, hoje revogado pela Lei 11.232/05, *verbis*:

Art. 588 - A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.

5. A REVOGAÇÃO DO ARTIGO 588 DO CPC E A EFETIVAÇÃO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.232/05, que expurgou a execução de título judicial do processo civil pátrio, houve a revogação do artigo 588 do CPC, e a criação de uma nova fase dentro do processo de conhecimento, denominada ‘fase de cumprimento da sentença’, com profundas e importantes alterações, que facilitarão, certamente, a efetividade da prestação jurisdicional.

Na verdade, a Lei nº 11.232/05, inobstante tenha trazido sérias inovações ao sistema processual da execução do título judicial, não há mais que se tratar de execução de título judicial autônoma, sendo que a lei já assenta que é definitiva a execução da sentença transitada em julgado.

De acordo com o art. 273, § 3º, a efetivação da tutela antecipada será de caráter provisório, e, observará, no que couber e conforme sua natureza, por exemplo, quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo, observando as normas previstas nos arts. 475-O, 461, §§ 4º e 5º e 461-A. A Lei nº 11.232/05 que revogou o art. 588, de execução provisória, vigente desde o dia 22 de junho de 2006, com seus dispositivos introduzidos no art. 475-O, assegura, só será executada se a tutela for condenatória, distinguindo-se a condenação em dinheiro ou a que objetiva entrega de coisa ou obrigações de fazer e não fazer.

O art. 584, de execução de títulos judiciais, também revogado e remetido ao art. 475-A, como fase de cumprimento de sentença e a dispensa da execução das tutelas declaratórias e constitutivas. No caso de dinheiro, vige as regras do art. 475-O do CPC, e dispõe que a execução é provisória e ficará sem efeito sobrevivendo sentença ou acórdão que altere a decisão, que pela provisoriedade, as alienações de bens ou levantamentos de dinheiro dependem da prestação de caução, o favorecido responderá objetivamente pelos danos que causar à parte contrária, em virtude da efetivação da medida, caso ela venha a ser posteriormente revertida. Os prejuízos serão liquidados no mesmo processo. A efetivação da tutela será feita paralela ao processo de conhecimento, que continua o seu curso, de acordo com o art. 273, § 5º. Se a antecipação for de tutela de obrigação de fazer e não fazer, ou de entrega de coisa, deverá seguir-se às regras do art. 461. Entre elas, as que dispensam a execução para tornar efetiva a medida são executivas *lato sensu*.

Antes não era possível a realização de um direito sem ter sido declarado no processo de conhecimento. A execução exigia, como pressuposto, a prolação da sentença condenatória, que constituía título executivo judicial, conforme o art. 584 do CPC, revogado pela Lei nº 11.232/05. O processo de execução definido como aquele voltado a realizar concretamente o direito já declarado e o de conhecimento o destinado a declarar a existência do direito. A coisa julgada material, de fato, sempre foi considerada o fundamento lógico-jurídico da execução, uma vez que é ela que torna indiscutível a declaração contida na sentença. A ação executória descoincide com a certeza jurídica, e, portanto, a execução provisória desta, seria uma figura anormal, exatamente por não pressupor a certeza jurídica. Só seria normal após o trânsito em julgado da sentença.

As novas situações de direito substancial, e os conflitos da própria sociedade contemporânea, de acordo com a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, não suportam o tempo necessário para a definição do processo de conhecimento. Em relação à ação cautelar, os novos conflitos deixaram clara a necessidade de antecipação de tutela e realização do direito no curso do processo de conhecimento. Acredita-se que posturas dogmáticas e comprometidas com a realidade exigiria que fosse redefinido o próprio conceito de título executivo, sabendo se sua designação pode ser conferida a decisão fundamentada em juízo formado, apenas com parcela de provas e alegações da parte.

A lei também mune o juiz de poderes para tornar efetivo o cumprimento das tutelas específicas, conforme os §§ 4º e 5º do art. 461, e não apenas aplicados às tutelas antecipadas. Estabelece que o juiz poderá, na medida liminar ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. A multa também poderá ser de valor fixo, de uma só vez, quando imposta pelas circunstâncias. Já o § 5º são medidas de apoio, não constituindo elas próprias antecipação de tutela, mas de resguardos de decisões judiciais.

6. BREVE DISTINÇÃO ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

O acréscimo do § 7º ao art. 273 pela Lei nº 10.444/02 inovou instituindo uma fungibilidade entre estas tutelas, reduzindo a necessidade de separá-las com precisão. Já a fungibilidade no processo civil refere-se sempre a duas ou mais coisas que constituam uma pretensão. A lei permite que o juiz conceda a outra, sem risco de nulidade ou vício da decisão e esta ser *extra petita*. Os exemplos mais importantes da utilização deste princípio pela lei processual, está nas ações possessórias, dos recursos e das cautelares. Nestes exemplos

observa-se a dificuldade de diferenciação entre os dois institutos. É compreensível a celeuma jurídica sobre a identidade entre os dois instrumentos antecipatórios.

Há doutrinadores, como Luiz Guilherme Marinoni e Marcus Vinícius Rios Gonçalves, entre outros que acreditam na maior gravidade da tutela antecipatória que a cautelar, sendo, para eles, que o juiz concedendo a tutela antecipada, que é o mais, poderia conceder a cautelar, incidentemente, que é o menos, não ocorrendo, pois, o contrário.

As novas regras trazem a possibilidade de a tutela cautelar ser concedida no processo de conhecimento, sem a necessidade do ajuizamento de ação cautelar incidente autônoma, o que reduzirá a utilidade desta.

A tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final. A provisoriedade da tutela antecipada não basta para distingui-la da cautelar, ela também é mais célere, portanto, tem caráter satisfativo. A tutela antecipatória, ao contrário da tutela cautelar, embora seja caracterizada pela cautelar, embora seja caracterizada pela provisoriedade, não é caracterizada pela instrumentalidade, ou melhor, não é instrumento que se destina a assegurar a utilidade da tutela final.

A tutela antecipatória confere antecipadamente aquilo que é buscado no pedido formulado na ação de conhecimento, enquanto que na tutela cautelar há apenas a concessão de medidas que, diante de uma situação objetiva de perigo, procuram assegurar os frutos do provimento da ação principal. Portanto, atribuir natureza “cautelar” à tutela do art. 273 leva a concluir-se de forma absurda, de que a execução desta antecipatória do direito de crédito deve solucionar-se com a penhora, assim como ocorria na “execução provisória” da sentença. Luiz Guilherme Marinoni defende que quem admite isso compara essa tutela ao arresto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A antecipação da tutela existe para, antes do momento normal, ou sentença, satisfazer o autor que demonstra a probabilidade de seu direito. Uma das hipóteses para sua concessão é a possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, em razão da espera pela produção de uma decisão final. Não existe, pela natureza da antecipação da tutela, processo de execução para seu cumprimento, e sim efetivação. A Lei 11.232/05, que altera a Lei 5.869/73 do CPC, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, portanto, revogou expressamente o inciso III do art.570, 584, 588, 590, 602 a 611, 639, 640 e 641, e o Capítulo VI do Título I do Livro II (Da Liquidação de Sentença) do CPC (art.9º). Os novos conflitos sociais, portanto, demandam por soluções mais eficazes e efetivas, que não prejudiquem, de acordo com a veracidade das situações, a parte que sofreu maiores danos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FADEL, Sergio Sahione. **Código de processo civil comentado**. 7. ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES NETO, Francisco. **Jornal de Piracicaba on line**, Piracicaba, 4 de outubro de 2006.
- GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **A antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

_____. Tutela antecipada. In: _____. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

VIEGAS, Weverson. Antecipação de Tutela Análise Jurisprudencial. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4064&p=2>>. Acesso em: 4 out. 2006.