

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

GUILHERME TANGER JARDIM

**A TUTELA ANTECIPADA NOS ARTIGOS
273, 461 E 461-A, DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner
Orientador

Porto Alegre
2008

GUILHERME TANGER JARDIM

**A TUTELA ANTECIPADA NOS ARTIGOS 273, 461 E 461-A, DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada como requisito
para a obtenção do grau de Mestrado pelo
Programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do
Sul, área de concentração em Teoria da
Jurisdição e Direito Processual Civil

Orientador: Professor Doutor José Maria Rosa Tesheiner

Porto Alegre

2008

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade apresentar uma perspectiva sistemática da tutela antecipada nos artigos 273, 461 e 461-A, todos do Código de Processo Civil.

Para tanto, se estudarão, inicialmente, as raízes do instituto a partir do direito romano antigo até o direito processual brasileiro vigente. Antes de adentrar no cerne da questão serão desenvolvidos temas essenciais para a compreensão do instituto tais como, a jurisdição e as tutelas de urgência. A partir de então, serão desenvolvidas as modalidades da antecipação de tutela. Nesse exame, serão investigados os requisitos de cada uma das modalidades, bem como suas peculiaridades. Por fim, como ponto comum entre as tutelas antecipadas, se pesquisará a fungibilidade entre as tutelas de urgência, as particularidades procedimentais da tutela antecipada e o exame de direito comparado, tomando o direito processual italiano como paradigma.

Palavras-chave: Direito processual civil. Jurisdição. Tutela de urgência. Tutela cautelar. Tutela antecipada. Tutela antecipada preventiva. Tutela antecipada punitiva. Tutela antecipada pela incontrovérsia. Tutela antecipada relativa às obrigações de fazer e de não fazer. Fungibilidade.

RIASSUNTO

Questo lavoro ha per finalità trattare l'istituto dei provvedimenti d'urgenza degli articoli 273, 461 e 461-A del Codice di Procedura Civile. Per tanto, sarà realizzata un'indagine storica del riferito istituto partendo dal diritto romano antico ed arrivando fino al diritto processuale odierno. Prima di entrare nel cuore della questione saranno sviluppati temi essenziali per la comprensione del istituto come la giurisdizione sui provvedimenti d'urgenza. Da allora, sarà sviluppata la modalità di provvedimenti d'urgenza. In questo esame, verrà esaminato il fabbisogno di ciascuna delle modalità, così come le loro caratteristiche intrinseche. Insomma, come un comune punto tra i provvedimenti d'urgenza, sarà ricercata la fungibilità tra i provvedimenti d'urgenza, la particolarità procedurale e l'esame del diritto comparato, prendendo il diritto italiano come paradigma.

Parole-chiave: Diritto processuale civile. Giurisdizione. Provvedimenti d'urgenza. Tutela cautelare. Provvedimenti d'urgenza precauzionale. Provvedimenti d'urgenza di punizione. Provvedimenti d'urgenza dello incontestabile. Provvedimenti d'urgenza sugli obblighi di fare e non fare. Fungibilità.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DAS RAÍZES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	15
1.1 DOS PROVIMENTOS DE URGÊNCIA NO DIREITO ROMANO.....	15
1.2 DO DIREITO MEDIEVAL AO DIREITO COMUM.....	20
1.3 DA HISTÓRIA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	22
2 NOÇÕES ANTECEDENTES AO EXAME DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	31
2.1 JURISDIÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL.....	31
2.2 TUTELAS DE URGÊNCIA.....	40
2.3 FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR.....	48
3 DA TUTELA ANTECIPADA.....	55
3.1 NOÇÕES GERAIS.....	55
3.2 MODALIDADES DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	67
3.2.1 Tutela antecipada prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil.....	68
3.2.1.1 Tutela antecipada preventiva.....	70
3.2.1.2 Tutela antecipada punitiva.....	95
3.2.1.3 Tutela antecipada pela incontrovérsia.....	105
3.2.1.4 Aspectos procedimentais.....	112
3.2.2 Tutela antecipada prevista nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.....	134
3.3 INTERPRETANDO SISTEMATICAMENTE OS ARTIGOS 273, 461 E 461-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	137
3.4 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO DIREITO ITALIANO.....	148
CONCLUSÃO.....	156
REFERÊNCIAS.....	161

INTRODUÇÃO

Na seara do processo civil, o decurso do tempo vem causando problemas àqueles que recorrem ao processo para a solução de conflitos desde o Direito Romano. Isso porque, pelo fenômeno da universalização do procedimento ordinário, o momento próprio para a entrega da prestação jurisdicional àquele que recorre à Justiça estatal ocorre, em regra, ao final do processo, após o desenvolvimento de toda a atividade cognitiva. Entre a propositura da ação e a efetiva resposta do juiz, à parte só resta aguardar. Isso, pelas garantias do devido processo legal e da ampla defesa, contidas no artigo 5º, LIV e LV, que a *Lex Matter* de 1988 assegura à parte contrária no processo.

Porém, a mesma Carta Política, em seu artigo 5º, XXXV, consagra o princípio do “acesso à justiça”, que exige não só sejam disponibilizados instrumentos que viabilizem que as partes levem suas pretensões às autoridades judicantes, mas, também, que recebam a prestação jurisdicional de modo pleno e em tempo adequado. Tal princípio restou reforçado pela inserção do recente inciso LXXVIII, no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, o qual disciplinou que todo processo judicial ou administrativo deve se submeter a um tempo razoável de duração.

Diante da flagrante tensão: segurança x efetividade, o legislador processual vem desenvolvendo instrumentos para harmonizar os direitos fundamentais vinculados a elas. Dentre outros, aparecem as chamadas “tutelas de urgência”.

Embora a ciência processual tenha avançado significativamente na seara das tutelas de urgência, o tema ainda está longe de possuir tratamento sereno.

Parte da falta de consenso doutrinário decorre da ausência de uma visão clara e sistemática das tutelas de urgência. Isso se deve ao fato de, no afã de desenvolver os institutos, a doutrina ter-se dedicado a isolar e estudar cada fenômeno processual, sem a preocupação de considerá-los como partes de um todo.

Diante da necessidade de um estudo das tutelas de urgência orientado para a sistematização da matéria, e não necessariamente voltado para o aprofundamento isolado de cada tema, é que se direcionam os esforços neste trabalho.

Atendendo à necessidade de delimitação do tema, o trabalho se restringe ao exame da antecipação da tutela prevista nos artigos 273, 461 e 461-A, todos do diploma processual civil vigente, porque tratar conjuntamente das tutelas cautelares e das antecipadas, retiraria do presente estudo a especificidade que dele se exige.

De tal modo, a exclusão das tutelas cautelares do cerne do trabalho se deve a uma opção metodológica e não científica.

Para o desenvolvimento do tema proposto, o presente trabalho começa por realizar exame histórico das origens da tutela antecipada. Nessa retrospectiva observar-se-á que a tutela antecipada, enquanto tutela de urgência, remonta ao direito romano antigo. Além da exposição das três grandes fases do processo civil romano, discorrer-se-á sobre os fenômenos processuais que possibilitavam às partes mecanismos de tutela adequados à urgência da causa. A esse propósito, por exemplo, serviam os *interdicta* e a *cautio damni infecti*.

No direito medieval e comum, somente a partir da retomada do interesse pelo direito romano, com o surgimento das universidades na Itália no século XII, é que o direito processual voltou a ser objeto de estudo ordenado e sistemático.

Na história do processo civil brasileiro, será possível observar que o país somente veio a se desvincular absolutamente de Portugal, após o advento da República, por meio do decreto 763, pois antes vigiam as ordenações Filipinas para as causas cíveis, embora fosse o Brasil independente desde 1822.

Examinar-se-á a evolução do direito processual brasileiro que, após a fase dos Códigos de Processo estaduais, culminou com a criação do Código de Processo Civil de 1939, com eficácia em todo o território nacional.

A partir de então, as tutelas de urgência passaram a ser objeto de regulamentações extravagantes. Assim, foram promulgadas as leis do mandado de segurança (Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951) e da alienação fiduciária (Decreto-Lei nº 911/1969).

Ao contrário do que acontece com diversos institutos do direito processual, a promulgação do Código de Processo Civil de 1973 não encerra o exame histórico das tutelas antecipadas, porque, da data do Código até a promulgação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994 (que inseriu a antecipação de tutela modo expresso no seu texto), várias foram as leis que disciplinaram o tema. Assim, por exemplo, as modificações da Lei nº 6.513/1977 (ação popular), a Lei nº 7.347/1985 (ação civil pública), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (ações de despejo).

Após a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, verdadeiro divisor de águas na matéria, a tutela antecipada ainda foi fortemente influenciada pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, que alterou e inseriu diversos dispositivos no Código de Processo Civil, modificando a redação dos artigos 273, 287, 461 e 461-A.

Realizado o exame histórico da tutela antecipada e antes de se adentrar propriamente em seu estudo, será necessário apresentar alguns temas que se mostram imprescindíveis: a jurisdição e as tutelas de urgência (em sentido lato).

Acerca da jurisdição se buscará uma conceituação e se abordará a jurisdição anômala e a tutela jurisdicional.

No tocante às tutelas de urgência, serão abordadas as nações de tutela provisória e tutela definitiva; de congnição; de regulação provisória; de tutelar cautelar; de medida liminar, de satisfatividade, etc.

Adentrando-se no tema do trabalho, se procurará apresentar um conceito para a tutela antecipada a partir da definição do instituto e de sua finalidade; definir-se-á seu alcance; e será analisada a antecipação da tutela sob a ótica das cargas de eficácia da sentença.

Após, serão buscadas as hipóteses em que a tutela antecipada se materializa no ordenamento processual civil brasileiro. Dentro da idéia de sistematização da tutela antecipada ao artigo 273, 461 e 461-A, todos os Códigos de Processo Civil, principal motivo do presente estudo, serão apresentadas as diversas modalidades de antecipação da tutela que se encontram previstas no artigo 461 e 461-A. Também serão alvos de abordagem a fungibilidade entre as tutelas de urgência, as questões procedimentais que envolvem a antecipação da tutela e o instituto à luz do direito italiano.

Ao fim da exposição, será apresentada a conclusão. Com vista a sistematização da tutela antecipada prevista nos aludidos artigos 273, 461 e 461-A, da lei processual.

CONCLUSÃO

Define-se a tutela jurisdicional como a proteção que os juízes, no exercício da jurisdição, oferecem ao litigante que tiver razão, ou seja, é a concreta e efetiva oferta dos bens ou situações jurídicas que o favoreça na realidade da vida. É, em outras palavras, a real satisfação de uma pretensão, ou, ainda, do ponto de vista de quem postula, é o resultado de um provimento favorável.

Para a obtenção da tutela jurisdicional é essencial a provocação do Estado pelo exercício do direito de ação e da conseqüente utilização do processo.

Porém, o processo civil, por exigências constitucionais está deve, ao mesmo tempo, ser seguro e eficiente. Diante dessa tensão: segurança *versus* efetividade, o legislador processual inseriu na mecânica processual nacional as “tutelas de urgência”, das quais fazem parte a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Ambas possuem pontos em comum, mas, também, substanciais diferenças. Dentre os pontos em comum, destacam-se a provisoriedade e a revogabilidade. A principal nota distintiva reside nas funções das tutelas; enquanto a tutela antecipada implica o adiantamento de efeitos da sentença de mérito, a tutela cautelar se limita a garantir a utilidade da demanda principal.

Entretanto, a lei e os princípios admitem a fungibilidade entre elas, veja-se o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil (com redação da Lei nº 10.444/2002), e os princípios do *iura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*.

A fungibilidade prevista no parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil alcança não apenas as medidas cautelares postuladas em processo ordinário, como as antecipações de tutela requeridas em processos “cautelares”.

No direito brasileiro, a tutela antecipada foi sendo inserida gradualmente no ordenamento jurídico através de leis extravagantes. Não foi a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que criou a antecipação dos efeitos da tutela. O que a aludida lei inovou, foi a generalização do instituto.

No plano principiológico, a tutela antecipada encontra fundamento na tensão entre a segurança jurídica (representada no caso em concreto pela cognição exauriente, ampla defesa e contraditório) e o acesso à justiça (materializado no prazo adequado da prestação jurisdicional a fim de garantir não apenas uma decisão justa, mas uma decisão com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos).

A antecipação da tutela consiste, de regra, na antecipação, com cognição, sumária e com eficácia provisória, dos efeitos práticos da futura sentença. Ou seja, a tutela antecipada é o provimento jurisdicional adotado na relação jurídica processual instalada que tem como objetivo entregar ao autor da própria pretensão deduzida em juízo, total ou parcialmente, os seus efeitos antes do exaurimento da cognição (ou na própria sentença), satisfazendo, no plano dos fatos, àquele que teve sua esfera fática e jurídica atingida pela ação do réu.

Os efeitos que podem ser antecipados na tutela antecipatória abrangem todas as cargas eficazes da sentença. Entretanto, nas ações declaratórias e

constitutivas não pode ser adiantado o elemento nuclear do pedido, mas somente os *efeitos* que decorrerão do "preceito" contido na futura sentença de (provável) procedência.

As regras gerais de antecipação da tutela estão nos artigos 273, 461 e 461-A, todos, do Código de Processo Civil. As modalidades de antecipação da tutela previstas no artigo 273 são: a tutela antecipada preventiva, a tutela antecipada punitiva e a tutela antecipada pela incontrovérisa.

A antecipação preventiva poderá ser utilizada para fazer cessar dano grave que a parte já venha sofrendo ou para, quanto menos, minimizar os efeitos desse dano. Os requisitos da tutela antecipada preventiva são: o pedido da parte, a verossimilhança fundada em prova inequívoca, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e a reversibilidade da medida.

A tutela antecipada deve ser requerida, de regra, pelo autor, sendo possível ser postulada pelo réu nas ações em que este também possa receber a tutela jurisdicional (tal como ocorre nas demandas de natureza dúplice e nas causas que admitem contra-pedido) ou por terceiro que venha ao processo também buscar a obtenção de tutela jurisdicional.

O juiz não poderá conceder a antecipação de tutela preventiva *ex officio*, dependendo, para tanto do pedido expresso da parte

Para a concessão da tutela, terá de ser demonstrada a verossimilhança das alegações, com base em "prova inequívoca", conceito que deve ser interpretado como "prova consistente", "prova robusta", prova capaz de formar a convicção do juiz a respeito da probabilidade de sucesso na demanda. Tal prova pode ser de natureza documental, pericial, testemunhal, etc., contanto que tenha sido obtida lícitamente.

A verossimilhança representa a probabilidade de sucesso quanto à pretensão deduzida, situada num meio termo entre a verdade possível e a verdade real, representando, portanto, um juízo de aparência mais denso do que o *fumus boni iuris* exigido para a concessão de tutela cautelar.

Os critérios a serem considerados para se averiguar a reparabilidade ou irreparabilidade levam em conta o enfoque do réu e do objeto a ser reparado, que podem levar em conta circunstâncias específicas das partes no processo (precariedade econômica ou patrimonial do réu) ou a própria natureza do objeto (bem infungível).

A reversibilidade que se constitui requisito da antecipação de tutela está relacionada com o plano fático e não com o plano jurídico da tutela postulada, pois o provimento (a decisão) é sempre reversível.

A antecipação de tutela punitiva tem por finalidade distribuir o *ônus* do tempo do processo, pois, ainda que o autor não receie dano, é certo que aquele que procura a justiça não deve esperar mais do que o necessário para a realização do seu direito.

Os requisitos da tutela antecipada punitiva são: o pedido da parte, a verossimilhança fundada em prova inequívoca, o abuso no direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório e a reversibilidade da medida.

O pedido de antecipação de tutela punitiva não pode constar da inicial pois tende a dar a efetividade a provimento preterido em face de conduta processual reprovável do réu.

O juiz não poderá conceder a antecipação de tutela punitiva *ex officio*, dependendo, para tanto do pedido expresso da parte e ela não se confunde com a litigância de má-fé.

Tanto o abuso do direito de defesa, quanto o manifesto propósito protelatório, revelam a recalcitrância injustificada ao curso do processo.

O requisito da tutela antecipada pela incontrovérsia é a ausência de disputa objeto parcial da lide, sendo que essa incontrovérsia não pode alcançar todo(s) o(s) pedido(s), porque, nesse caso, o juiz prestará a jurisdição e encerrará o processo pelo julgamento antecipado da lide, figura prevista no artigo 330 do Código de Processo Civil.

A tutela antecipada pode ser concedida e requerida em qualquer fase do processo, inclusive na sentença e em grau de recurso, sendo que a antecipação de tutela concedida na sentença desafia recurso de apelação.

Em princípio, qualquer que seja a natureza da ação, existe em tese a possibilidade de antecipação de tutela, de dar, de fazer ou de não fazer, tudo dependendo do caso concreto.

A possibilidade de se obter a antecipação da tutela por força dos artigos 461 e 461-A, diz com as obrigações de fazer e as de não fazer.

Os requisitos para a antecipação da tutela nas ações previstas nos artigos 461 e 461-A são: a) a relevância do fundamento da demanda. Falar em relevância do fundamento não é outra coisa que exigir a verossimilhança de tudo o que arrola o autor para pretender a tutela jurisdicional, e b) o risco de ineficácia do provimento final. O receio da ineficácia do provimento traduz uma situação de perigo (real ou temido), pelo que deve vir acompanhado de circunstâncias fáticas, a demonstrar que a falta de liminar poderá comprometer o provimento final.

O artigo 273 e o parágrafo 3º do artigo 461 (também aplicável ao artigo 461-A) tratam da antecipação de tutela. Logo, esta unidade conceitual deve, para o hermenêuta, aproximá-los e não distanciá-los. Isso também para a manutenção da unidade do sistema.

Muito embora o parágrafo 3º do artigo 461 do CPC nada refira sobre a necessidade de ser formulado pedido expresso para que o juiz antecipe a tutela, deve-se aplicar a regra do artigo 273. Ou seja, exigir também o requerimento da parte, vedando-se, por via de consequência, a antecipação *ex officio*.

No que tange à probabilidade do direito alegado, a verossimilhança fundada em prova inequívoca – prevista no *caput* do artigo 273 do CPC – também deve ser estendida ao artigo 461 do Código de Processo Civil, afastando-se a idéia de que o parágrafo 3º deste dispositivo exige menos probabilidade de direito do que aquele.

O risco de ineficácia do provimento final reclamado pelo parágrafo 3º do artigo 461, s.m.j., pode ser encaixado dentro da concepção de risco de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, I).

O artigo 461, §3º, não cogita da irreversibilidade do provimento, mas de sua ineficácia, no sentido de que ele, embora existente e válido, será ineficaz, no sentido de que não acarretará consequências práticas diante de sua já então reconhecida inutilidade para o fim específico pretendido pelo autor.

E a conclusão a que se chega é a de que os requisitos e os mecanismos de efetivação da antecipação da tutela prevista no artigo 273, do Código de Processo

Civil, e da prevista nos artigos 461 e 461-A, também da lei processual, são rigorosamente os mesmos.