

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO

JOVANA ROSA VIEIRA



POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA SENTENÇA

5-30277

| | |
|-----------|------------|
| Tombo nº | 16086 |
| Classif.: | |
| Ex.: | 01 |
| | |
| | |
| Origem: | d. |
| Data: | 22/05/2010 |

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA/GOIÁS

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO

JOVANA ROSA VIEIRA



POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA SENTENÇA

Monografia apresentada à FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Sergio Luis Oliveira dos Santos, Especialista em Direito Privado.

RUBIATABA/GOIÁS

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOVANA ROSA VIEIRA

POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA SENTENÇA

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____

Professor Sergio Luis Oliveira dos Santos
Especialista em Direito Privado

1º Examinador: _____

Samuel Balduino Pires da Silva.
Especialista em Direito Civil

2º Examinador: _____

Gerusa Silva de Oliveira
Mestre em Sociologia

Rubiataba, 2009.

Dedico esta obra aos meus pais, a quem devo minhas primeiras lições de justiça e amor ao próximo.

Ao meu esposo e filhos, pelo amor, paciência e compreensão sem os quais eu não poderia me dedicar/entregar a este estudo.

A minha irmã Maria Carolina Rosa, que tanto ajudou, incentivando e colaborando para a realização deste trabalho.

Agradeço a Deus, por mais esse momento enriquecedor em minha vida. A todo o corpo docente da FACER que me acompanhou deste o primeiro período de faculdade contribuindo para o meu crescimento. A professora Geruza Silva de Oliveira, que, com muita competência nos fez entender a importância de um trabalho científico. Aos professores de Processo Civil, Fabiana Savini, Samuel Balduino Pires da Silva e Sergio Luis Oliveira dos Santos que fizeram com que eu gostasse cada vez mais dessa disciplina. E agradeço especialmente, ao meu professor orientador Sergio Luis Oliveira dos Santos pela sua atenção, paciência, dedicação e colaboração, dividindo comigo seus conhecimentos e me ajudando a encontrar o caminho certo a seguir.

Enfim, agradeço a todos que colaboraram para a realização desta obra.

"A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta"

Rui Barbosa

RESUMO: A pesquisa em pauta estuda a possibilidade de antecipação de tutela, simultaneamente ao momento da prolação da sentença. Apóia-se em opiniões de vários doutrinadores processualistas, bem como, em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O tema passa por uma abordagem principiológica para dar ênfase à sua aplicabilidade.

Palavras – chave: Antecipação de Tutela, Sentença

ABSTRACT: The research staff is studying the possibility of early relief, while the time of delivery of the sentence. It is based on opinions of various procedural doctrine, and, in case the Superior Court of Justice. The theme is a set of principles approach to emphasize its applicability.

Key – words: Anticipation Trusteeship, Sentence



SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 08 |
| I O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – ABORDAGEM GERAL..... | 10 |
| 1.1 Conceito..... | 10 |
| 1.2 Tipos de tutela..... | 12 |
| 1.2.1 Padrão ou ordinária..... | 12 |
| 1.2.2 Urgência: tutela cautelar e antecipação de tutela..... | 14 |
| 1.2.2.1 Antecipação de Tutela..... | 16 |
| 1.2.2.1.2 Requisitos necessários para a Antecipação da Tutela..... | 16 |
| 1.2.2.1.3 Momentos da concessão da tutela antecipatória..... | 19 |
| 2 CONTEXTO ATUAL DO PROCESSO CIVIL: EFETIVIDADE, CELERIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA..... | 21 |
| 2.1 Princípio da celeridade..... | 24 |
| 2.2 Princípio da efetividade..... | 25 |
| 2.3 Princípio da segurança jurídica..... | 26 |
| 2.4 O princípio da segurança jurídica cede espaço para o princípio da celeridade e efetividade..... | 27 |
| 3. POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA SENTENÇA..... | 30 |
| 3.1 Opiniões contrárias na doutrina..... | 30 |
| 3.1.1 Ponderações sobre a contrariedade da doutrina..... | 32 |
| 3.2 Opiniões favoráveis na doutrina e jurisprudência..... | 33 |
| 3.2.1 Ponderações sobre a favorabilidade da doutrina e da jurisprudência..... | 36 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 40 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 41 |

1 INTRODUÇÃO

O estudo desenvolvido neste trabalho refere-se à Antecipação de Tutela, sobretudo em seu aspecto temporal, ou seja, mais especificamente a Antecipação de Tutela no momento da prolação da sentença.

A partir da década de 90 iniciaram-se importantes mudanças no mundo jurídico, voltadas para a real efetividade dos resultados das demandas jurídicas, bem como, a sua própria celeridade.

A grande demora para se alcançar o resultado de uma demanda judicial faz com que, muitas vezes, o resultado da sentença seja em vão, não tendo como o titular de um direito usufruir de seu direito postulado e ganho. Esse, entre outros, foi motivo para que os legisladores iniciassem uma era de transformações no mundo processualista, a fim de garantir a eficácia da prestação jurisdicional, introduzindo no Código Processual Civil, o instituto da Antecipação de Tutela em seu artigo 273 e parágrafos seguintes.

Para conhecer um pouco mais a respeito do tema buscou-se em diversos doutrinadores, tais como Luiz Guilherme Marinoni, Teori Albino Savascki, Humberto Theodoro Júnior, Nelson Nery Jr, Teresa Arruda Alvim Wambier, Cândido Rangel Dinamarco, entre outros, e legislações pertinentes ao tema, como Código de Processo Civil e atual Constituição Federal Brasileira.

O problema analisado diz respeito à possibilidade de se conceder a antecipação de tutela no momento da prolação da sentença. O presente estudo objetivou-se conhecer a possibilidade ou não, da utilização do instituto Antecipação de Tutela no momento em que o juiz sentencia. Para se alcançar o objetivo proposto expôs-se acerca dos objetivos específicos, quais sejam: abordagem geral do instituto antecipação de tutela, análise das possibilidades para a concessão ou não, do instituto no momento da sentença e a necessidade da sua aplicabilidade nesse momento. Primeiramente, pretende-se fazer o leitor entender o que significa o instituto da antecipação de tutela para, posteriormente, compreender a importância de sua concessão no momento da sentença.

O interesse nesse estudo decorre dos possíveis benefícios que a concessão da Antecipação de Tutela na sentença pode trazer à parte beneficiada, sobretudo por efetivar a celeridade processual. Certamente, não poderá haver justiça em uma prestação jurisdicional que se prolonga por anos. Como afirma Rui Barbosa “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Para compreender a aplicabilidade da Antecipação de Tutela, especificamente no momento da prolação da sentença, desenvolveu-se este estudo da seguinte forma: no primeiro capítulo fez-se uma abordagem geral sobre o instituto, conceituando e diferenciando os diversos tipos de tutela; no capítulo 2 desenvolveu-se uma posição que justifique a aplicabilidade da medida antecipatória à luz dos princípios da celeridade e da efetividade, mitigando o princípio da segurança jurídica. Já no capítulo 3 discorreu-se sobre a possibilidade de conceder a Antecipação de Tutela no momento da sentença, sendo que essa temática foi a de maior relevância na investigação.

Para a realização da pesquisa usou-se a metodologia de compilação de ideias, por isso, se materializou o estudo em artigos doutrinários, materiais jurídicos retirados da Internet, do Código Processual Civil, Constituição Federal Brasileira, palestra ministrada pelo professor Lucio Flavio na sala de vídeo da FACER durante semana jurídica, cujo tema permeou sobre celeridade no processo civil. Foi a partir dessa palestra que o ensejo pelo assunto ficou latente.

1 O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – ABORDAGEM GERAL

1.1 Conceito

A palavra tutela tem sua origem no latim – *tueor, tueri*. E significa ver, olhar, observar que, figuradamente, quer dizer velar, vigilar, assistir¹. Para o dicionarista Aurélio Ferreira (2002, p. 532), o significado de tutela se resume em, “defesa, amparo e proteção”. É com esse sentido, que essas expressões são usadas na linguagem jurídica. A tutela jurídica ou tutela jurisdicional representa o monopólio do Estado em nos assistir, amparar e nos proteger diante das situações de conflitos, que por ventura, possam ocorrer em nossas vidas. Isso decorre da sua função administradora que o torna responsável pela criação das normas reguladoras do convívio social, bem como, pela aplicação dessas normas.

Conforme artigo 3º da Constituição Federal, ao Estado-juiz é atribuído á função de garantir à população, *in verbis*: “os objetivos fundamentais como uma sociedade desenvolvida, justa, livre, solidária, sem preconceitos e desigualdades sociais ou discriminações”. Para isso, ele se vale dos Poderes Legislativo e Judiciário, ora criando normas que devem ser observadas por todos, de cunho inibidor que impõem uma determinação de fazer ou não fazer, ora garantindo a efetividade da aplicação dessas normas. Para a composição dos litígios, o Estado-juiz se vale desses dois Poderes, a fim de harmonizar as relações sociais e organizar a vida em comum.

Essa certeza de que todos os conflitos deverão ser apreciados pelo Estado-juiz, através do judiciário, se pauta em um dos direitos constitucionais previsto no artigo 5º, inciso XXXV, *in verbis*, “a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, esse poder de resolver conflitos, atribuídos ao Estado-juiz, não é apenas um poder, mas é também um poder-dever que significa o seu compromisso em aplicar a lei a

¹ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12512>> Acesso em: 23 de mai. 2009.

todos os casos concretos que forem levados ao Poder Judiciário, bem como, garantir que a parte que teve a sentença favorável, usufrua efetivamente o seu direito.

Nesse contexto jurídico de pacificação das relações sociais intersubjetivas cabe ao Estado o poder-dever de manter a ordem social, se valendo do ordenamento jurídico, objetivando sempre a valorização do ser humano com o mínimo de desgaste possível. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006).

As observações acima, se resumem nas palavras de Zavascki (2007, p. 6), ao dizer que:

O conceito de tutela jurisdicional está relacionado com o da atividade propriamente dita, de atuar a jurisdição e com o de resultado dessa atividade. Prestar tutela jurisdicional, ou, para usar a linguagem constitucional, apreciar as lesões ou ameaças a direitos, significa, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos.

Como se expôs, anteriormente, uma das funções do Estado é a prestação jurisdicional que se caracteriza na sua capacidade de resolver os conflitos e impor decisões com o objetivo de se atingir o bem-comum. Assim, toda vez que alguém se sentir insatisfeito, em razão de uma pretensão não atendida, poderá ou deverá acionar o Estado, para que este desempenhe sua função jurisdicional.

E para atingir esse objetivo, do bem comum, o próprio Estado cria mecanismos de atuação, estabelecendo normas e princípios, criando órgãos jurisdicionais. Ao conjunto dessas normas e princípios que norteiam a forma de trabalho do Estado, ao prestar a sua função jurisdicional, dá-se o nome de direito processual. O direito processual é, portanto, um instrumento a serviço do direito substancial. É ele que dita as regras, que deverão ser seguidas por todos os envolvidos no processo: Estado-juiz, autor e réu. Sendo assim, toda vez que alguém entender que teve seu direito lesado, ou que está na iminência de ser, terá que convocar o Estado para que este assuma o seu papel de pacificador dos conflitos.

Esse direito oferecido aos indivíduos insatisfeitos, de exigir do Estado uma solução para os conflitos de interesses, pode ser definido como um direito ao exercício e à obtenção da tutela jurisdicional padrão, que vem a ser a ação. Com a propositura da ação inicia-se o processo.

O processo é um complexo de atos e fases que devem ser respeitados sob pena de ser considerado nulo. De forma resumida e simplificada Barroso (2005, p. 64), explica que:

Ato processual é todo aquele praticado pelos sujeitos do processo (partes e juiz) visando à criação, modificação ou extinção da relação jurídica processual. Os atos de criação são aqueles ligados à instauração da relação jurídica processual (petição inicial, citação e contestação), enquanto os de modificação movimentam o procedimento para o ato de extinção (sentença).

Quanto às fases procedimentais, estas se resumem em postulatória, ordinatória, probatória e decisória. Essas fases compreendem o início, o meio e o fim do processo e é nesse intervalo onde deverão ser observados todos os atos processuais, bem como, deverão ser respeitados também os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

1.2 Espécies de Tutela

1.2.1 Padrão ou Ordinária

Tutela padrão é aquela em que a sentença, somente é prolatada após transcorrerem todas as fases do processo. Sendo assim, antes de se esgotar todos os meios necessários ao conhecimento do caso concreto, não será possível a formação de uma convicção plena do juiz para que este dê o seu parecer final, ou seja, a sentença. É que o desenvolvimento do processo segue uma lógica natural, que consiste em primeiro tomar consciência do caso, depois estudar

o mesmo para conhecê-lo profundamente, baseado nos autos e nas provas que o compõem, e finalmente, decidir conforme as leis, quem está com a razão.

Durante o desenrolar do processo, o demandado terá a oportunidade de fazer sua defesa no momento da contestação, sob pena de ser considerado revêu. Essa oportunidade dada ao réu é uma garantia constitucional. Trata-se dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Também se asseguram a todos, o direito a outro princípio que é o princípio do devido processo legal. Este consiste em garantir que o processo tenha todas as fases necessárias para sua existência e validade. Sem as duas garantias constitucionais, citadas anteriormente, contraditório e ampla defesa, não há de se falar em devido processo legal.

É através de cada fase do processo que o juiz toma conhecimento do caso concreto e, assim, forma seu juízo de convicção, através das provas levadas aos autos para então, emitir sua decisão. Complementando essa posição Zavascki (2007 p. 18-19).

Diz mais a Constituição: 'aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes' (inciso LV). Ou seja, a tutela jurisdicional será conferida em processo, em que os indivíduos envolvidos no conflito terão, em igualdade de condições, a oportunidade de formular suas razões de ataque e de defesa em face do litigante adversário, produzir provas, interpor recursos, enfim, utilizar amplamente, os meios apropriados a fazer com que o prato da balança penda em seu favor.

Como se vê, a prestação jurisdicional está subordinada à garantia constitucional do princípio do contraditório e da ampla defesa. E estes são consectários do princípio do devido processo legal. Essa submissão ao contraditório e a ampla defesa, garantido ao polo passivo da relação processual, representa a base formadora do conhecimento que o juiz obtém, em relação ao caso concreto. Ou seja, é quando é possível que se forme a convicção do juiz, através de análise profunda das afirmações sustentadas pelas partes, quando da propositura da ação e na sequência da resposta do réu, momento em que se concretiza o direito ao contraditório e à ampla defesa. A convicção plena do juiz corresponde à chamada cognição exauriente, formada após a resposta do réu, respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, em regra, sem que se esgotem as oportunidades de defesa através do contraditório e da ampla defesa e, sem que haja a decisão transitada em julgado, não serão possíveis como afirma Theodoro Junior (2007, p. 18), “atos de execução contra o patrimônio do sucumbente”. Conclui-se então, a definição da tutela jurisdicional padrão, oferecida pelo Estado, nas palavras de Didier Jr.; Braga; Oliveira (2008, p. 591):

A tutela jurisdicional oferecida pelo estado-juiz pode ser definitiva ou provisória. A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material. Prestigia, sobretudo, o valor segurança jurídica. A tutela definitiva pode ser satisfativa ou não. A tutela definitiva satisfativa é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material discutido. Predis põe-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida almejado. É a tutela-padrão.

1.2.2 Urgência: tutela cautelar e antecipação de tutela

Tutela de urgência é um tipo de tutela diferenciada. Como o próprio nome diz, é tutela prestada em caráter de urgência e vem para atender as diversas situações jurídicas substanciais existentes que, de um modo especial, possam complementar a prestação jurisdicional padrão, quando esta não puder dar ao demandante, o bem jurídico que ele busca, dentro do prazo normal de um processo. Ou possa assegurar a existência do bem jurídico pretendido até que se finde o processo.

Ocorre que, muitas vezes não se pode esperar o desfecho final do processo, sob pena de ter um bem deteriorado, ou ainda que a pessoa, a qual postule um direito, não possa esperar o benefício até que se cumpram todas as etapas do devido processo legal. Outras vezes, como ensina Theodoro Junior (2007, p.55), “é o direito material mesmo, que reclama usufruição imediata, sob pena de não poder fazê-lo o respectivo titular, se tiver de aguardar o estágio final, ou se tiver de aguardar o estágio final, ulterior à coisa julgada”.

Há aqui duas situações distintas, ou seja, uma, diz respeito a um dos elementos do processo (pessoa, bem, prova); a outra se refere à própria usufruição do direito, como muito bem nos explica Theodoro Junior (2007, p. 55):

Para estas duas situações, o direito processual concebeu uma tutela jurisdicional diferenciada, que recebe o nome de tutela de urgência, desdobrada, no direito brasileiro, em duas espécies distintas: a) a tutela cautelar, que apenas preserva a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento; e b) a antecipação de tutela, que, por meio de liminares ou de medidas incidentais, permite à parte, antes do julgamento definitivo de mérito, usufruir, provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário.

Sendo assim, a tutela cautelar tem natureza conservativa, pois sua função principal é de garantir ao demandante, que seja possível um resultado útil e proveitoso.

A demora entre o pedido e a entrega da tutela é grande, pois decorre de um processo lento que, por vezes, as delongas processuais acabam colocando em risco o resultado da demanda, fazendo com que o demandante não possa utilizar o direito confirmado. É o perigo da demora (*periculum in mora*²), um dos pressupostos da tutela cautelar.

Outro pressuposto da tutela cautelar é o *fumus boni iuris*³, que consiste na aparência de que o que está sendo pleiteado seja verdade no momento em que se pede, ou seja, antes mesmo de ouvir o demandado. Por isso, diz-se que, ao contrário da tutela padrão que tem cognição exauriente, nas tutelas de urgência a cognição é sumária. Ou seja, o juiz não faz um exame aprofundado do caso concreto.

A outra espécie de tutela de urgência é a antecipação de tutela. A antecipação de tutela é possibilidade conferida à parte, de usufruir, provisoriamente, antes mesmo do julgamento do mérito, o que se pede na inicial. É este o estudo que será aprofundado, a fim de

²*Periculum in mora* (lê-se: *periculum in móra*), significa Perigo da demora. É o risco de decisão tardia, perigo em razão da demora. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Periculum_in_mora> Acesso em: 24 de mai. 2009.

³*Fumus boni iuris* (lê-se: *fúmus bôniúris*) é a expressão latina que significa Aparência do bom Direito Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Fumus_boni_juris> Acesso em: 24 de mai. 2009.

melhor compreendê-lo, para em seguida, explicar sua aplicabilidade no momento da prolação da sentença.

1.2.2.1 Antecipação de Tutela

A partir de 1994 os legisladores, preocupados com as lacunas existentes no ordenamento jurídico, introduziram a antecipação de tutela no Código Processo Civil brasileiro, em seu artigo 273.

Convém ressaltar, que a tutela antecipada já existia antes de 1994, porém ainda não estava expressa no direito brasileiro. É o caso, por exemplo, da liminar no mandado de segurança, onde a entrega antecipada e provisória do direito material pretendido pelo autor, caracterizava uma tutela antecipatória. E, mais recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor trazem em seu conteúdo a medida antecipação de tutela.

1.2.2.1.2 Requisitos necessários para a Antecipação da Tutela

Para uma melhor compreensão do instituto em exame, convém que seja feita uma análise acerca dos requisitos necessários para a sua concessão. Ressalte-se que o presente estudo será abordado somente, referente ao artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil. Diz o *caput*⁴ e incisos I e II do artigo 273, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela, pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

⁴ Caput é o termo, geralmente usado nos textos legislativos, em referência ao enunciado do artigo. Caput vem do latim e significa “cabeça”. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caput> > Acesso em: 25 de mai. 2009.

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, para que seja concedida a antecipação de tutela é necessário que estejam presentes os pressupostos autorizadores, quais sejam:

a) requerimento da parte interessada (artigo 273, *caput*). Verifica-se que somente a pedido da parte é que o juiz pode antecipar a tutela. Sendo assim, não pode o juiz concedê-la de ofício, isto em face do que prescreve o artigo 2º do Código de Processo Civil *in verbis*: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

Trata-se aqui, do princípio de que a jurisdição deve ser provocada pela iniciativa das partes. Importante ressaltar, que o provimento antecipatório apresenta-se como medida excepcional e não como mera faculdade do juiz. Portanto, não podem ser recusadas, quando presentes os seus pressupostos legais, sob pena de se configurar o abuso de direito ou de poder.

b) Prova inequívoca (artigo 273, *caput*). Embora, possa ser contraditória com outro requisito básico para a concessão da antecipação da tutela, a verossimilhança, Dinamarco (1997, p. 145) explica por que não haveria a contradição entre os requisitos, expondo, a seguir, os motivos: “(...) as expressões ‘prova inequívoca’ e ‘juízo de verossimilhança’, conjugadas no at. 273, resolvem-se pela adoção de um juízo de probabilidade, menos do que de certeza, mais do que um de simples credibilidade”, e complementa: “(...) a exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a cautela tutelar”.

Percebe-se que, ao estabelecer a presença de uma ‘prova inequívoca’ o legislador pensou na importância do ato que, se concedido, restringe certos direitos fundamentais. Portanto, comporta tal requisito, a conclusão de que, com base nas provas já examinadas nos autos, possam os fatos ser tidos como certos.

c) Verossimilhança da alegação (artigo 273, *caput*) *fumus boni iuris*. Este requisito é uma consequência da ‘prova inequívoca’, visto que é através deste, que se pode chegar a um juízo de verdade, sobre os fatos alegados verdadeiros. Verossimilhança, como já foi dito, trata-se de um juízo baseado numa quase-certeza, ou seja, em um juízo de aparência de verdade dos fatos alegados pela parte. Reporta-se, este requisito, ao convencimento do juiz, baseado em cognição sumária (reduzida), visando à celeridade e à efetividade da tutela jurisdicional, ou, pelo menos, que esta se concretize, ainda que provisoriamente, dentro de um tempo razoável, conforme prescreve o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

d) Fundado receio de dano (artigo 273, I), *periculum in mora*: De acordo com o inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil, para que ocorra a antecipação de tutela deve haver, *in verbis*: “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Segundo Zavascki (2007, p. 80):

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação de tutela é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (= o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (= o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela.

Dessa forma, para se obter a antecipação de tutela, ou seja, ter a satisfação do direito material antecipadamente, a lei exige que haja pressupostos obrigatórios e pressupostos alternativos. Os pressupostos obrigatórios são: a) Requerimento da parte interessada; b) Prova inequívoca instruída nos autos, suficiente para formar um; c) Juízo de verossimilhança – os fatos alegados pelo autor devem ser perceptíveis, mediante prova que aponte para sua veracidade

Além desses pressupostos obrigatórios, deve estar presente, pelo menos mais um dos requisitos alternativos, para que se autorize a medida antecipatória. Como já foi dito anteriormente aqui, há que se tratar apenas de um desses pressupostos, qual seja: a) o perigo de dano iminente (*periculum in mora*) que torne o dano irreparável ou de difícil reparação. Em outras palavras, como leciona Theodoro Junior (2007, p. 55), “para alcançar a satisfação antecipada do direito material, a lei exige da parte, a prova inequívoca tendente a um imediato juízo de

verossimilhança, além do perigo de dano iminente, ou, alternativamente, o abuso de direito de defesa por parte do réu”.

1.2.2.1.3 Momentos da concessão da Tutela Antecipatória

Segundo entendimentos majoritários, a exemplo de Candido Dinamarco; Teori Zavascki, Tereza Alvim, Marinoni a antecipação de tutela pode ser concedida:

a) Liminarmente, antes da ouvida do réu – a medida antecipatória normalmente deve ser concedida após a contestação. Contudo, nada impede sua concessão antes da contestação, liminarmente, antes de ouvido o réu, desde que estejam presentes os pressupostos autorizadores da medida. Não se pode negar a antecipação de tutela, somente para que seja ouvido o réu, se isto puder comprometer a efetividade da prestação jurisdicional. Para quem entende que haveria ofensa ao princípio do contraditório, o que ocorre é que este princípio fica postergado para viabilizar a efetividade da tutela dos direitos. Sendo assim, a tutela antecipada é provisória e o réu pode se defender na contestação, sem que sejam feridos os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

b) Na instrução – configurados os pressupostos autorizadores da antecipação de tutela, pode esta ser concedida após a contestação e antes da sentença, quando encerrada a fase instrutória.

d) Simultaneamente à sentença – embora tenha se discutido muito entre renomados doutrinadores, atualmente a doutrina majoritária, entende ser possível a medida antecipatória neste momento. Matéria que será abordada detalhadamente, no capítulo 3.

e) No Tribunal – a antecipação de tutela também poderá ser concedida no Tribunal, se estiverem presentes os requisitos legais autorizadores da medida, previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil. É que a situação configuradora de possível dano ao direito pode ser constituída posteriormente à prolação da sentença, ensejando assim, a autorização da medida quando então, os autos já estarão no Tribunal.

O silêncio do legislador, quanto ao momento da concessão da tutela antecipada, confirma as proposições acima. A redação dada ao artigo 273 deixa a certeza da prevalência dos requisitos impostos pela Lei, em detrimento do momento de seu requerimento/concessão, por buscar um fim maior: a efetividade da tutela jurisdicional.

A abordagem, que finaliza aqui, tratou do instituto da antecipação da tutela de forma geral, a subsequente será sobre o contexto atual do processo civil, dando enfoque aos princípios da efetividade, da celeridade e da segurança jurídica.

2 CONTEXTO ATUAL DO PROCESSO CIVIL: EFETIVIDADE, CELERIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

A nova realidade do Processo Civil trouxe mudanças que se apresentavam urgentes e requeriam uma análise, sob o ponto de vista dos princípios. Anteriormente, a atenção do legislador para a prestação jurisdicional era voltada principalmente, para a segurança jurídica, em detrimento da celeridade e da efetividade. Este modelo consistia em oferecer um procedimento engessado, rígido e muito formal.

Tal procedimento devia obedecer á uma sequência lógica de atos processuais, em que cada um acontecia em seu devido tempo, sendo que apenas em situações muito excepcionais admitia-se uma prestação mais célere, por meio de medidas cautelares.

Ao longo do tempo, foi-se percebendo o esgotamento desse modelo oferecido pelo poder judiciário. Isso porque, apesar de o direito pretendido ser entregue pelo Estado, a demora na prestação comprometia a sua utilidade.

Em outros dizeres, a tutela oferecida pelo Estado, embora estivesse de acordo com os procedimentos formais estabelecidos, tornara a prestação jurisdicional inócua. Pode-se citar como exemplo, o caso de pedido de alimentos: se o autor dependesse do resultado de sua ação para se alimentar e garantir a sua sobrevivência, poderia vir a falecer se tivesse que esperar até o julgamento final de sua causa. Certamente, de nada mais adiantaria ao autor, o resultado de seu pedido, por não resistir à demora processual.

Em consequência desse esgotamento, ocorreu uma utilização cada vez maior, das medidas cautelares como tutela jurisdicional de urgência. Como se sabe, houve uma sistematização das medidas cautelares por Calamandrei, cerca de 60 anos atrás.

Anos mais tarde, o artigo 798 do Código de Processo Civil passou a ser utilizado como instrumento para suprir a lacuna do direito processual. O referido artigo passou a ser utilizado para as mais variadas situações dos casos concretos, que reclamavam uma prestação jurisdicional liminar.

Esse contexto demonstra a insuficiência dos instrumentos processuais existentes à época, para tornar a prestação jurisdicional mais efetiva e célere. Percebeu-se assim, a necessidade de uma alteração paradigmática no modelo processual civil brasileiro.

Com efeito, o Estado proibiu a autotutela e chamou para si a responsabilidade de resolver todos os tipos de conflitos existentes. Portanto, o Estado tem como obrigação, a prestação jurisdicional.

Contudo, prestar a jurisdição não se trata simplesmente de proferir uma sentença e executá-la quando necessário. Para que o Estado cumpra devidamente, sua obrigação de solucionar conflitos é necessário que o processo se desenvolva em tempo hábil. Além disso, a prestação deve ser efetiva, de modo que as partes usufruam devidamente dos direitos materiais reclamados.

Nesse sentido, o Estado deixa ao jurisdicionado, a opção de escolher a técnica processual que melhor atenda as suas necessidades. Confirma essa posição Marinoni (2008, p. 133), ao dizer que “as diferentes situações de direito substancial exigem instrumentos processuais diferenciados ou que se diferenciem no caso concreto, como os diversos meios executivos e a técnica antecipatória”.

A nova ordem constitucional estabelecida contemplou em seu texto, alguns princípios que se aplicam diretamente ao direito processual. A contemplação do processo pela Constituição Federal/1988 é tal, que a doutrina é pacífica ao se referir a um direito processual constitucional. É com base nesses princípios constitucionais que se pode afirmar a real constatação da mudança paradigmática reclamada.

Com efeito, a Constituição Federal traz em seu artigo 5º alguns direitos e garantias fundamentais, os quais devem ser cumpridos e respeitados. Entre eles, está o inciso LXXVIII, que tornou constitucional o direito a uma razoável duração do processo. É o chamado princípio da celeridade processual. Ocorre que, na prática, a aplicação de todos os direitos fundamentais, de forma absoluta e simultânea, nem sempre é possível.

Em alguns casos concretos encontram-se dificuldades de concordância prática para a aplicação simultânea dos direitos fundamentais. Imagine-se, por exemplo, um conflito de

direitos entre a intimidade da vida privada e a liberdade de informação jornalística. É certo que um direito será mitigado em relação ao outro.

Isso também ocorre, quando se confrontam os princípios da segurança jurídica, da celeridade e da efetividade na prestação jurisdicional. Nesses casos, a solução do conflito, tanto pode ser encontrada na lei positivada (legislação ordinária), quanto pode ser construída pela apreciação casual do juiz (via judicial direta).

A lei positivada pode trazer previsões específicas para prestações judiciais liminares. Quando isso ocorrer, deverá ser essa, a via utilizada para resolver a questão. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de liminares em ações possessórias ou em mandado de segurança.

Já os casos que não comportarem previsão legal específica, deverão utilizar a via judicial direta, como descrito no Código de Processo Civil, artigo 126, *in verbis* “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei”. Consequentemente, o juiz deverá buscar meios de prestar a jurisdição e deverá fazer isso, de modo compatível com a celeridade e a efetividade.

É claro que, ao realizar esse trabalho, o juiz deverá basear-se no ordenamento jurídico, especialmente nas prescrições constitucionais. Assim, o legislador ordinário concretizou, de modo generalizado, a possibilidade de uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, por meio da inclusão do artigo 273 no Código de Processo Civil.

A partir de então, qualquer caso concreto submetido à apreciação do juiz, em que haja conflito entre a segurança jurídica, a celeridade e a efetividade, poderá ser solucionado por meio de sua apreciação e aplicação do artigo acima mencionado, conforme as exigências de cada situação.

Diante da problematização acima, é relevante a proposta de uma resolução, que vise não só a uma devida prestação jurisdicional, mas também a uma conformidade com os princípios constitucionais, que resguardem todos os direitos fundamentais do indivíduo.

Dentre os princípios constitucionais que mais interessam ao estudo aqui realizado, destacam-se: celeridade, efetividade e segurança jurídica. É sobre cada um deles que se discorrerá a seguir.

2.1 Princípio da celeridade

Entre os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, encontra-se o direito a uma razoável duração do processo. Tal direito é reconhecido como um princípio processual constitucional, chamado princípio da celeridade.

O princípio da celeridade foi recentemente, consagrado pela Constituição Federal. A Emenda Constitucional n. 45/2004, acrescentou o inciso LXXVIII no artigo 5º para assegurar, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Não há dúvida de que a instituição desse direito fundamental foi uma consequência da exigência da própria sociedade, que reclamava por uma prestação jurisdicional mais célere. A demora nas soluções das lides desacreditavam os indivíduos que precisavam acionar o Estado e acabavam por deslegitimar a prestação jurisdicional.

São frequentes as situações de urgência, que não podem esperar o desenrolar meticuloso do processo, sob pena do perecimento do direito reclamado. Não é raro ouvir reclamações sobre a excessiva demora de casos levados à justiça.

Situações como essas demonstravam a necessidade de se criar mecanismos que concretizassem o direito a uma prestação jurisdicional, dentro de um prazo considerado razoável. Com esse escopo, ampliaram-se as possibilidades de concessão da antecipação de tutela, (com o artigo 273 do Código de Processo Civil) e se positivou o inciso LXXVIII no

artigo 5º da Constituição Federal/88, elevando o princípio da celeridade ao *status*⁵ de princípio constitucional.

A antecipação de tutela é um mecanismo que permite conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, especialmente porque admite que tal prestação seja concedida já no início da lide. Assim, trata-se de instrumento que vem a concretizar o princípio da celeridade.

2.2 Princípio da efetividade

Em contrapartida à proibição, de que os indivíduos façam justiça com suas próprias mãos, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, assegurou que todos os direitos lesados ou mesmo os que estiverem na iminência de serem violados, serão protegidos pelo poder judiciário. Esse artigo dispõe, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito.”

Isso significa dizer que, aos indivíduos, como assevera Zavaski, (2007, p. 66). “(...) devem ser, e são, assegurados meios expeditos e ademais eficazes, de exame de demanda trazida à apreciação do Estado”.

Nesse sentido, compreende-se que à jurisdição estatal incumbe, além da prolação de uma sentença, conferir efetividade às decisões judiciais. Em outros dizeres, ao judiciário cabe a possibilidade de transformar em realidade, o que está explícito no conteúdo da sentença, sob pena de tornar a investigação processual inútil. A esse respeito, concluiu Zavascki (2007, p. 66):

O direito fundamental à efetividade do processo (...), compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

⁵ *Status* - (1) situação, estado ou condição ou (2) grau elevado de distinção e prestígio social. Disponível em: <<http://www.vocesabia.net/curiosidades/o-que-significa-a-palavra-status/>> Acesso em 25 de ago. 2009.

Casos que demandam urgência são comuns no poder judiciário. Muitas vezes, o direito pretendido pode ser definitivamente afastado do demandante. Pode ocorrer ainda, de o réu usar recursos processuais, com o propósito protelatório de adiar a entrega do bem reclamado. Com o instrumento da antecipação da tutela, o jurisdicionado que se encontrar nessas situações poderá ter maior possibilidade de conseguir seu pleito.

Ressalte-se também, que nos casos em que a antecipação da tutela for confirmada no curso do processo ou mesmo junto com a sentença, sua função vai além de declarar o direito. Ela representa o mecanismo de execução das decisões. Assim, o juiz, ao conceder antecipação de tutela, estará dizendo o direito e implicitamente autorizando ao autor, que transforme o seu direito em realidade.

2.3 Princípio da segurança jurídica

O direito à segurança jurídica está inserido num conjunto de garantias constitucionais. Sendo assim, trata-se de princípio constitucional, corolário do princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV Constituição Federal), *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Por sua vez, refere-se ao processo que assegura às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes (artigo 5º, LV Constituição Federal).

Segurança jurídica pressupõe garantir que todas as situações do autor e do réu – social, econômica e jurídica – continuarão como estão, do início ao fim do processo, até que se esgotem todos os meios de investigação judicial. Isso significa dizer, que a demanda seja submetida a procedimentos prévios, principalmente ao contraditório e à ampla defesa, dentro do prazo máximo permitido para tais atos.

Em que pese ser a segurança jurídica, um princípio constitucional que assegura aos jurisdicionados um processo baseado em cognição exauriente, capaz de formar coisa julgada, percebe-se que, com a antecipação de tutela, baseada apenas em cognição sumária, pode-se ter uma prestação jurisdicional mais efetiva.

A antecipação de tutela mitiga o princípio da segurança jurídica, porque não se concebe a ideia de cognição exauriente em antecipação de tutela. Esta é autorizada com base em cognição sumária, desde que estejam presentes os requisitos autorizadores. A esse respeito, Marinoni (2008, p. 127) ensina muito bem:

Quem desvia os olhos do procedimento ordinário e passa a se preocupar com a “tutela dos direitos” rompe com a relação entre satisfatividade e coisa julgada material, (...). Mais do que isto: aquele que não dá importância à “satisfação” fundada em cognição sumária, chamando-a de mera “satisfação fática”, mostra não estar atento à preocupação mais recente da doutrina, vale dizer, à preocupação com a “tutela dos direitos”, uma vez que, na perspectiva do consumidor do serviço jurisdicional, o que vale é a “tutela do direito”, pouco importando que esta venha por meio de uma decisão de cognição sumária ou mediante uma decisão de cognição exauriente e definitiva.

Nesse sentido, e em suma, a utilização da antecipação de tutela, apesar de minimizar a segurança jurídica, acaba por tornar a prestação jurisdicional mais efetiva e célere.

2.4 O princípio da segurança jurídica cede espaço para o princípio da celeridade e efetividade

Todos estes princípios têm origem constitucional. Portanto, inexistente hierarquia sobre eles. Desse modo, em uma eventual situação de conflito, esses princípios deverão ser compatibilizados.

Há momentos em que o juiz, ao tentar aplicar a norma ao caso concreto, terá que demandar um maior empenho na elucidação dos casos. Isso se deve ao fato, de que a Constituição Federal deve ser observada na sua integridade, de modo que todos os princípios contemplados por ela devem ser observados em maior ou menor medida.

Assim, caberá ao juiz, quando se deparar com conflitos de princípios, fazer prevalecer aquele, que melhor se aplique ao caso concreto. Nesse sentido, Zavascki (2007, p. 64 e 65):

O certo é que - isso é o que importa salientar nesse momento - qualquer que seja o agente ou a via utilizada, a solução do conflito entre direitos fundamentais, na busca de concordância prática entre eles, opera, necessária e invariavelmente, uma *limitação* de um, em benefício do outro.

Certamente, surgirão no plano real, situações que não estarão ao alcance do legislador e que trarão em sua natureza, a colisão de direitos. Isso obrigará o juiz, a apreciar o caso, levando-se em conta os elementos a serem harmonizados.

Tratar-se-á aqui, somente dessas últimas situações, uma vez que os casos específicos previstos pelo legislador (como as liminares em ações possessórias e mandado de segurança) já trazem a solução escrita na lei ordinária, que melhor atenda a situação urgente.

Especificamente no caso da antecipação de tutela, existem diversos elementos verificadores, a saber: o tempo, fundado receio, lesão grave, difícil reparação, dano irreparável, etc. Esses dispositivos descrevem situações de possíveis confrontos entre os princípios da efetividade, da celeridade e da segurança jurídica.

Ao juiz caberá encontrar a solução harmonizadora, em conformidade com a Constituição. Significa dizer que, embora exista colisão de direitos, na busca da norma pacificadora, todos os direitos devem sobreviver. Porém, isso deve ocorrer de forma relativizada, permitindo que um direito - aquele que se mostrar mais necessário - prevaleça sobre outro.

Nesse sentido, a Emenda Constitucional 45/2004 vem dar ênfase ao princípio da celeridade no contexto do processo civil. Esse princípio já vinha sendo reconhecido doutrinariamente, mas até então, não se encontrava positivado.

Com a análise e verificação dos requisitos da antecipação da tutela, presente nos incisos I e II do artigo 273, do Código Processo Civil, depreende-se a questão da urgência da

demanda. O tratamento não adequado de situações urgentes colocará em risco a garantia do direito fundamental da efetividade da tutela jurisdicional.

A não verificação de qualquer um desses requisitos demonstraria que o caso não exige uma solução urgente, a ponto de colocar em risco, a tempestividade que a demanda requer. Os requisitos são *in verbis*: “I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

Com efeito, se a prestação jurisdicional for dada fora do tempo, não há que se falar em prestação jurisdicional efetiva. Nesse sentido, a antecipação de tutela pode ser considerada como um instrumento de reconhecimento dos direitos fundamentais da efetividade da jurisdição e da celeridade.

Ressalte-se que houve sobreposição ao princípio da segurança jurídica pelo princípio da celeridade. Nada mais justo, pois, se houver demora da entrega do pedido, ainda que provada a plausibilidade do direito vindicado pelo autor, de nada servirá a investigação judicial minuciosa e a oportunidade de resposta dada ao réu, situações que configuram a segurança jurídica.

A discussão aqui foi em torno do contexto atual do processo civil, onde se abordou sobre a efetividade, a celeridade e a segurança jurídica. O capítulo terceiro, a investigação será sobre a possibilidade de antecipação de tutela na sentença. Foco maior da pesquisa realizada.

3 POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA SENTENÇA

Neste capítulo será abordado o tema principal deste estudo, ou seja, a possibilidade de antecipação de tutela, no momento da prolação da sentença. Foi visto, nos capítulos anteriores, acerca de considerações gerais sobre o instituto da antecipação da tutela, bem como foram traçadas algumas características do contexto do processo civil atual.

Segundo Candido Rangel Dinamarco (2003, 37), o legislador ao incluir o artigo 273 no Código de Processo Civil, não mencionou em que momento poderia antecipar os efeitos da tutela jurisdicional.

O laconismo do artigo 273 do Código de Processo Civil deixa em aberto, a questão dos limites temporais da possibilidade de antecipar a tutela jurisdicional, questionando-se se essa providência pode ser tomada logo ao início do processo (...) e se o poder de fazê-lo se exaure antes da prolação da sentença ou permanece até depois de proferida esta.

3.1 Opiniões contrárias na Doutrina

Para muitos doutrinadores, nesse momento processual – prolação da sentença – o juiz tem seu juízo de convencimento exaurido e, portanto, deve proferir sentença e não conceder a antecipação de tutela. É que nesta, a cognição é sumária, enquanto naquela a cognição é plena. Essa seria uma das justificativas da impossibilidade de concessão de antecipação de tutela na sentença.

Assis (1997, p.29), vai além quando diz que, “ao chegar o momento de proferir a sentença – o ato processual adequado para entregar o direito ao autor, se for o caso – o ato produzido pelo juiz será sentença, mesmo que se configurem presentes, o receio de dano (artigo 273, I) ou o abuso do réu (artigo 273, II)”. De acordo com esse autor, portanto, não há antecipação de tutela na sentença, pois, se proferida sentença, tudo o que a integrar será parte

da sentença. Para Araken, então, não há possibilidade de antecipação de tutela no momento da sentença.

Como já visto, dispõe o artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos da tutela, se funda em forte argumento de veracidade dos fatos, mas no momento da sentença, o juiz já terá tido tempo para apreciar as provas e a certeza surgirá. Não haveria, assim, cognição sumária que caracterizasse a decisão de antecipação de tutela; a cognição seria exauriente. Nessa mesma linha de posicionamento Fadel (1998, 60-61) “defende a impossibilidade de se conceder tal provimento, lembrando o que prescreve o parágrafo 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil, ‘a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada’”.

Sendo assim, o doutrinador entende que o juiz poderá cancelar ou modificar a decisão que antecipa os efeitos da medida ou, ainda, desaparecendo os requisitos que motivaram seu convencimento, conceder o provimento anteriormente negado. E conclui dizendo que, o juiz cometeria erro grosseiro ao decidir por antecipar tutela, no momento em que deveria encerrar o ofício jurisdicional juntando, numa única peça, a decisão antecipatória e a sentença, porquanto a tutela aí será definitiva e não a provisória de que cuida o artigo 273 do Código de Processo Civil.

Também com esse entendimento, Nery Junior (*Apud* ZAVASCKI 2007, p. 85) defende que “a medida pode ser concedida, tanto no início da lide, quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença. (...) Proferida a sentença, não há mais interesse processual na obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão”

Ainda nesse mesmo sentido, poder-se-ia defender, que a antecipação de tutela no momento da prolação de sentença seria uma espécie de redundância. É que se estaria concedendo algo, duas vezes ao mesmo tempo. Poder-se-ia dizer também, neste caso, que não se estaria antecipando a nada, porque o momento da sentença é a hora adequada para a entrega da tutela jurisdicional.

3.1.1 Ponderações sobre a contrariedade da Doutrina

Em que pesem os fundamentos expostos por esses doutrinadores, suas justificativas não devem ser acolhidas. Aos que defendem que a antecipação de tutela na sentença não se trata de antecipação propriamente dita, por ser proferida no momento da sentença - quando, então, o juiz deverá decidir o caso, baseando sua decisão em convicção plena e exauriente, cumprindo sua função com a entrega da prestação jurisdicional, dando por resolvida a lide - pode-se opor o entendimento de que o provimento antecipatório poderá ser concedido, mesmo após a avaliação exauriente das provas pelo juiz.

É que, nesse caso, o que deve sopesar, já que um dos dois requisitos autorizadores da antecipação resta provado, será o segundo requisito, que é a urgência da demanda (*periculum in mora*), a qual terá pressa em ser resolvida, sob pena de perecimento do direito do autor ou sua difícil reparação.

Outro aspecto que deve ser discutido, diz respeito à prestação jurisdicional que, segundo a opinião do autor supracitado, o julgador estaria encerrando sua prestação jurisdicional, com a prolação da sentença. Data vênia ao ilustre doutrinador, não se concebe a ideia de prestação jurisdicional do Estado com a sentença apenas, pois, até que seja alcançado o trânsito em julgado, a prestação judicial Estatal estará à disposição dos demandados, para suas verificações, conformações ou, caso contrário, interposição de recursos. Recursos estes, que poderão conservar ou não a decisão do juiz, fazendo com que o autor vitorioso tenha que esperar mais que o possível, para usufruir o seu direito; ao que tudo indica iminente.

Além disso, há que se considerar que a concessão da medida antecipatória, juntamente com a sentença, estará revestida da proteção da executoriedade, uma vez que, nessa ocasião, caberá interposição de recurso, somente com efeito devolutivo (assegurado pelo inciso VII do artigo 520 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001). Depreende-se que ao autor vitorioso será dada oportunidade de usufruir o direito pretendido, podendo satisfazer de imediato no mundo fático a sua urgente pretensão.

Dessa forma, ao se conceder a antecipação de tutela na sentença a decisão judicial estará sob o manto da executoriedade, o que justificaria o argumento da importância, aqui direcionada para o requisito da urgência que o caso possa exigir, já que a cognição estaria acima do mínimo exigido para a antecipação.

Essas são algumas considerações doutrinárias de maior relevância contra a tese de que é possível conceder a antecipação da tutela no momento da prolação da sentença. Contudo, outras teses são erguidas a favor da possibilidade, de se conceder a antecipação da tutela nesse momento, conforme será demonstrado a seguir.

3.2 Opiniões favoráveis na Doutrina e Jurisprudência

Conforme Dinamarco (2003, p. 80) “é impossível precisar o momento, ao longo do processo, da necessidade de se antecipar os efeitos da tutela, sendo esta possível, em qualquer fase da demanda”.

Na opinião de Wambier. T.; Wambier, L. (1997, p.145) não cabe óbice à concessão da tutela antecipatória na sentença, pois que, “se pode ser concedida liminarmente, razão de espécie alguma existe, para que não se possa ser concedida na sentença, decisão proferida no momento em que o juiz já tem cognição plena e exauriente dos fatos da causa”.

De acordo com Wambier. T.; Wambier, L. (1997, p.144) se a admissibilidade da antecipação da tutela é permitida, com base em uma cognição incompleta, muito mais se aceitaria após uma análise apurada dos fatos, por ocasião da sentença.

Para Bedaque (2001, p. 369), “se os requisitos autorizadores da concessão do provimento antecipatório estiverem demonstrados pelo autor, no momento do julgamento, o juiz deverá acolher o pedido e conceder a antecipação dos efeitos da tutela”.

Os doutrinadores Didier Jr, Braga, Oliveira (2008, p. 645), no livro Curso de Direito Processual Civil aceitam a antecipação de tutela no final do julgamento, porque “pode ter seus respectivos pressupostos preenchidos, já no momento da prolação da sentença”.

Desse modo, demonstra os doutrinadores, que é impossível precisar em qual momento surgirá à necessidade de se antecipar os efeitos da tutela, podendo ser em qualquer estágio processual, até mesmo em fase recursal, conforme evidencia Marinoni (2008, p.163): “E preciso dizer, ainda, que é possível o requerimento de tutela antecipatória no tribunal. Deveras, é importante lembrar que o fundado receio de dano, pode surgir em segundo grau de jurisdição e assim, abrir oportunidade para a tutela antecipatória no tribunal”. Presente os pressupostos legais da admissibilidade, não cabe ao juiz decidir com discricionariedade, mas sim, atender á necessidade do caso, concedendo o provimento requerido com a presteza necessária.

Também em âmbito jurisprudencial, a tese de possibilidade de se antecipar a tutela, quando da prolação da sentença tiver sido aceita. A matéria, inclusive, é pacífica no Superior Tribunal de Justiça, que é o tribunal competente para resolver conflitos que remetem à legislação federal. Os julgados a seguir esclarecem o tema, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - MULTA - INTUITO DE PREQUESTIONAMENTO - SUMULA 98 - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - MOMENTO DA SENTENÇA - POSSIBILIDADE - APELAÇÃO - CABIMENTO - EFEITO DEVOLUTIVO - LEI PROCESSUAL NO TEMPO - COMINAÇÃO DE MULTA - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - ARTS. 588 C/C 659 DO Código de Processo Civil.

1. A insistência na oposição de embargos declaratórios para atender á exigência de pré-questionamento explícito, não merece sanção.
2. O recurso cabível contra antecipação de tutela deferida na sentença é a apelação, recebida apenas no efeito devolutivo.
3. Mesmo antes da vigência da Lei 10.352/2001, a apelação contra sentença, que confirma ou defere antecipação de tutela, pode ser recebida sem efeito suspensivo.
4. É incabível cominação de multa em execução provisória de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. É que "se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios" (Código de Processo Civil, artigo 588, cabeça). (grifos acrescentados)

(REsp 267540/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, publicado no DJ de 12/03/2007)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 520, VII, DO Código de Processo Civil, INOCORRÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE.

1. (...)

2. A apelação quer se trate de provimento urgente cautelar, quer de tutela satisfativa antecipatória, deferida em sentença ou nesta confirmada, deve ser recebida apenas, no seu efeito devolutivo. É que não se concilia com a ideia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais, a sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumirem situação de urgência, a reclamar satisfatividade imediata.

3. A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afastando-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com relação a essa parte do decism. Arruda Alvim doutrinando acerca das recentes reformas introduzidas no sistema processual civil, ressalta o seguinte: "Esta lei é permeada pela intenção de realizar, no plano prático, a efetividade do processo. Colima proporcionar que, entre a decisão e a real produção dos seus efeitos benéficos ao autor, a quem se outorgou proteção, decorra o menor tempo possível. Tende a que, entre a decisão e a sua eficácia, não haja indesejável intervalo. Não há nela referências ao termo execução, senão que a expressão usada é efetivação (artigo 273, parágrafo 3.º), como, também, há referência a descumprimento de sentença ou decisão antecipatória (artigo 287), ao que devem suceder-se consequência (s) coercitiva (s) por causa dessa resistência ilícita, mercê da aplicação do artigo 461, parágrafo 4.º e 461-A, com vistas a dobrar a conduta do réu, que se antagoniza com o direito do autor e, especialmente, com a determinação judicial. Isto significa que se acentua o perfil do caráter mandamental da disciplina destinada a realizar, no plano prático, o mais rapidamente possível, os efeitos determinados pela decisão" (in *Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*"; Coordenadores: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Forense, Rio, 2003, p. 3/4).

4. Precedentes do STJ: (Resp 648.886/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 06/09/2004; REsp nº 473.069/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 19/12/2003; REsp nº 279.251/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 30/4/2001).

5. Recurso Especial desprovido. (grifos acrescentados)

(REsp 706252/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, publicado no DJ de 26/09/2005).

Conforme exposto pela jurisprudência acima, é pacífica, em âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a aceitação pela doutrina e pela jurisprudência, da concessão da tutela antecipada na sentença.

Trata-se de voto fundamentado na preocupação com a demora/urgência. Sendo a medida antecipatória acolhida, a apelação da sentença não terá efeito suspensivo, tornando possível a sua execução de imediato. Resta claro, a interligação da medida com o tempo

necessário, para o autor transformar o seu direito em realidade, ou seja, o tempo é fator determinante para a eficácia da sentença. Destarte, o Ministro Relator deixa explícito na motivação de seu voto, a presença dos princípios da celeridade e efetividade.

3.2.1 Ponderações sobre a favorabilidade da Doutrina e da Jurisprudência

A antecipação de tutela na sentença permite a sua imediata execução por autorização expressa do inciso VII do artigo 520 do Código de Processo Civil, ao afastar o efeito suspensivo quando da sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”. Sendo assim, o provimento antecipatório no momento da sentença, faz com que o autor vitorioso realize imediatamente o seu pleito, não tendo que esperar as delongas do processo, que poderia pôr em risco, a satisfação do seu direito.

Com a introdução do inciso VII no artigo 520 do Código de Processo Civil, que passou a vigorar em março de 2002, toda sentença que confirmar a antecipação de tutela terá seu recurso recebido apenas com efeito devolutivo. Neste caso, o recurso de apelação de sentença que confirme a antecipação de tutela, não terá o efeito suspensivo, o que permitirá um campo livre de atuação para a eficácia do provimento.

Em que pese as divergências na doutrina, acerca do tipo de recurso cabível, se agravo de instrumento - por ser a medida que antecede a tutela uma decisão interlocutória - ou recurso de apelação - por se tratar de sentença -, está pacificado pela doutrina e pela jurisprudência, que o recurso cabível é o de apelação nos moldes do inciso acima citado. Com mais essa alteração inovadora do Código de Processo Civil, tornou-se expressamente evidente, a autorização da antecipação de tutela no momento da sentença.

Dessa forma, a concessão da antecipação tutelar na sentença é uma técnica que garante maior celeridade à prestação jurisdicional. Portanto, esse provimento concretiza o princípio da celeridade, por permitir que não haja indesejável intervalo entre a sentença e a sua execução, capaz de pôr em risco o gozo, do direito do autor.

Vê-se também que outra consequência da antecipação de tutela no momento de prolação da sentença é protegê-la do efeito suspensivo, caso haja recurso de apelação, tornando efetiva a sua execução. Dessa forma, com a medida afasta-se o perigo de lesão ou ameaça ao direito do autor, que entregou sua lide ao Poder Estatal. Com o deferimento do juiz, antecipando a tutela nesse momento processual, o autor terá o acesso imediato ao seu direito, que estará protegido pelo provimento judicial e, conseqüentemente, poderá transformá-lo em realidade. É nesse contexto, que o princípio da efetividade se configura e autoriza a medida antecipatória na sentença, uma vez que dará á parte, a plena satisfação do seu direito.

Outro argumento que pode ser utilizado á favor da possibilidade de concessão da antecipação da tutela na sentença é que o legislador não delimitou o momento exato que se poderia conceder a antecipação de tutela. Conforme se percebe, ele apenas inseriu, no texto do artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil, que poderia ser liminarmente, ou seja, no início do processo.

É claro que isso somente será permitido, se estiverem presentes os requisitos autorizadores do instituto em tela, quais sejam, a comprovada verossimilhança do direito do autor (*fumus boni iuris*) e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

A antecipação da tutela é permitida liminarmente, inclusive, nas decisões judiciais “inaudita altera parte”. Porém, deve-se ressaltar o caráter excepcional desta aplicabilidade, uma vez que, afeta o princípio constitucional do contraditório. Segundo Marinoni (2008, p.159) “a tutela antecipada antes da ouvida do réu, somente tem razão de ser, quando a sua audiência puder causar lesão ao direito do autor”. Assim, será possível que essa situação ocorra somente, nos casos em que a decisão vier a requerer extrema urgência, de forma que, ao se esperar a resposta do réu, o tempo importará restrição ou sacrifício à possibilidade de acesso à justiça (DINAMARCO, 2003).

Após uma leitura atenciosa do *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil, percebe-se que o legislador deu maior importância aos pressupostos autorizadores, menosprezando o fator tempo. Sendo assim, ele preocupou-se em delimitar as situações em que os indivíduos carecessem de urgência em obter uma prestação jurisdicional do Estado,

sob pena de não poder usufruir dessa prestação, caso tivessem que esperar o tempo normal do processo.

Ao dizer que, artigo 273, *in verbis*: “o juiz poderá (...), antecipar, (...) os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (...)” o legislador não diz qual o momento exato da decisão judicial, se no início, no meio ou no fim do processo. Mas, muito sabiamente, oferece os contornos, sob os quais devem ser apreciados pelo juiz, para o seu convencimento na hora de decidir.

Dessa forma, conclui-se que, incumbe ao julgador decidir qual o momento adequado para conceder a medida judicial em estudo, obviamente desde que verificada a presença dos requisitos autorizadores, que poderão estar presentes á qualquer momento.

A possibilidade de antecipação da tutela quando da prolação da sentença, decorre de um raciocínio lógico dedutível, de que se a lei ordinária permite sua concessão liminarmente, e até mesmo *inaudita altera parte*⁶, por que não aceitaria em outras fases procedimentais? Se o momento de concessão se configurar no ato de prolação da sentença, caberá ao juiz a antecipação da tutela, juntamente com a sentença. Merece destaque a conclusão de Dinamarco (2003, p. 81), que ensina:

A mesma razão de abertura para a efetividade do acesso à justiça manda também que não se ponham barreiras à possibilidade de antecipar a tutela jurisdicional em primeiro grau de jurisdição, a partir de algum momento ou fase do procedimento. A necessidade de antecipar pode surgir a qualquer tempo, inclusive no momento de decidir a causa ou até mesmo depois da sentença, estando ainda os autos perante o juiz de primeiro grau, sem que antes disso houvesse o *periculum* justificador da medida; pode também inexistir no espírito do juiz a convicção da probabilidade do direito do autor, ou *fumus boni juris*, antes desses momentos adiantados do procedimento, sobrevindo no momento de sentenciar ou mesmo depois.

Assim, é também nesse sentido que se defende a possibilidade de antecipar a tutela na sentença. Em um contexto processual, em que a celeridade e a efetividade são amplamente reconhecidas como princípios e objetivos que devem nortear a conduta do julgador – e de

⁶Sem que seja ouvida a outra parte. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/298233/inaudita-altera-parte>> Acesso em: 22 de nov. 2009.

todos aqueles que participam no processo – a interpretação da lei processual deve buscar sempre por respeitá-las. Desse modo, a interpretação que melhor se adequar a um processo célere e efetivo, é aquela que permite a concessão da antecipação de tutela na sentença.

Diante de todo o exposto neste capítulo, o tema proposto evidencia a importância dispensada pelo legislador à nova realidade da vida que, não raras vezes, requer soluções práticas e rápidas, porém, dentro dos contornos das garantias dos direitos e princípios fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

É nesse sentido, que a antecipação de tutela na sentença, mostra sua utilidade, pois, através dela é possível garantir a concretização dos princípios da celeridade e da efetividade, ao permitir que o indivíduo, não apenas receba o seu direito, mas o receba em tempo hábil. Não basta oferecer o direito, é preciso que ele seja prestado adequadamente, com celeridade e com efetividade, garantindo realmente, os direitos do homem comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que ora se encerra teve o objetivo de compreender melhor a possibilidade do instituto Antecipação de Tutela, no momento da prolação da sentença.

Após a reforma do Código de Processo Civil, mais precisamente, a partir de 1994 com a Lei 8.952/94, introduzindo o artigo 273 e parágrafos seguintes, criou-se a possibilidade de antecipar o gozo do direito pretendido, caso o juiz verifique presentes os requisitos legais autorizadores da medida.

Com o presente estudo chegou-se à conclusão, de que a hipótese levantada sobre a aplicabilidade do instituto em tela, concomitantemente com a sentença, é perfeitamente possível, principalmente com alteração do artigo 520 do Código de Processo Civil, que passou a vigorar em março de 2002, protegendo o recurso contra a sentença que confirma a Antecipação de Tutela, afastando seu efeito suspensivo e, por conseguinte, dando eficácia à sentença que confirma a medida antecipatória.

A realização deste trabalho foi de suma importância, pois, atingiram-se os objetivos propostos, gerais e específicos no que se refere à aplicabilidade da medida antecipatória, especificamente no momento da prolação da sentença e, ainda, fez-se uma abordagem geral do instituto Antecipação de Tutela para melhor compreensão do estudo proposto, sob o prisma dos princípios da celeridade, efetividade e da segurança jurídica.

Espera-se que com essa investigação se contribua com o mundo acadêmico do direito, dando subsídios tanto aos acadêmicos do direito, como para o cidadão comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Antecipação de Tutela**. (Coord.). Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

_____. **Constituição Federal de 1988**.

_____. **Emenda Constitucional**. Número 45/2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel - **A reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo. Melhoramentos Editores Ltda., 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Melhoramentos Editores Ltda., 2006.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da Tutela no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10. ed. São Paulo. RT, 2008.

TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de; WINDTH, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum / obra coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, LUIZ Rodrigues (Coords.). **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: RT, 1997.